

A APLICABILIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

THE APPLICABILITY OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 66/2010 AND ITS REFLECTIONS IN THE BRAZILIAN SUCCESSORY LAW

Silvana Azevedo da Costa

Sílvia Azevedo da Costa

Resumo: Em julho de 2010, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 66, que suprimiu os requisitos para que o casamento fosse dissolvido pelo divórcio, alterando o art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988 e consagrando o divórcio como única modalidade de dissolução do casamento. A Emenda Constitucional nº 66/2010 produziu uma grande revolução no Direito de Família. Existe o entendimento de que a mencionada Emenda retirou a eficácia da legislação infraconstitucional que regula a separação judicial e administrativa e que sua intenção foi a de facilitar o divórcio, abolindo os requisitos para a dissolução do vínculo conjugal. Ela trouxe ao Direito de Família uma significativa evolução, fazendo com que o mesmo caminhasse da fase de indissolubilidade do vínculo conjugal para um chamado processo de maior facilitação. Quanto ao direito sucessório, à luz da mencionada Emenda, a maioria dos doutrinadores entende que o cônjuge sobrevivente somente possui a condição de herdeiro se até a data do falecimento do *de cuius*, manteve com o mesmo uma relação conjugal, sendo, portanto, injustificável se falar em direito sucessório para quem estava separado de fato. Uma segunda corrente ressalta que as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 66/2010 não atingem as disposições contidas no artigo 1.830, do CC, que se encontram inalteradas, devendo serem observadas na íntegra, partindo do princípio de que a mencionada aquela limitou-se a tratar da dissolução do casamento, através do divórcio, eliminando apenas seus antigos requisitos. O presente estudo, de natureza bibliográfica, tem por objetivo promover uma análise sobre a aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010 e seus reflexos no direito sucessório brasileiro. A escolha do referido tema deu-se pelo fato de que as inovações trazidas pela mencionada em Emenda ainda não foram incorporada ao Código Civil e estas incoerências têm gerado muitas discussões, principalmente, no âmbito do Direito Sucessório. Com base na revisão de literatura produzida pode-se concluir que a legislação infraconstitucional não é dotada de uma força normativa superior a que possui a própria Constituição. Logo, se a separação judicial foi abolida do texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade, não há como se falar em sua subsistência em diplomas inferiores, sendo, portanto, necessário alterar o Código Civil, retirando dele as disposições sobre a separação judicial, objetivando colocar um fim nas discussões divergentes.

Palavras-chaves: Emenda Constitucional nº 66. Aplicabilidade. Direito sucessório.

Abstract: In July 2010, Congress approved Constitutional Amendment No. 66, which removed the requirement that the marriage was dissolved by divorce, changing art. 226, § 6 of the Federal Constitution of 1988 and consecrating divorce as the only mode of dissolution of marriage. Constitutional Amendment No. 66/2010 produced a revolution in family law. There is the understanding that the said amendment withdrew the effectiveness of constitutional legislation which regulates the administrative and judicial separation and that his intention was to facilitate divorce, abolishing the requirements for the dissolution of the marital bond. She brought to the Family Law a significant evolution, causing even walked the stage of the indissolubility of the marriage bond for an appeal process greater facilitation. Regarding the succession law, in the light of that amendment, the majority of scholars believes that the surviving spouse has only condition is heir to the date of death of the deceased, had with even a marital relationship, therefore, is unjustifiable

Recebido em 10/10/2016 Aceito em 01/11/2016

Bacharelas em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP.

E-mail: costasilvana83@yahoo.com.br/silvinhaadc@gmail.com

RBDGP / GVAA - Pombal - Paraíba, Brasil, v. 3, n. 1, p. 35-45, abr-jun., 2016

speak in the inheritance law to whom he was separated from fact. A second strand emphasizes that the innovations introduced by Constitutional Amendment No. 66/2010 does not affect the provisions contained in Article 1830 of the CC, which are unchanged and should be complied with in full, assuming that said that merely deal with the dissolution of marriage through divorce, only eliminating their old requirements. This study consists of a literature review, aims to promote an analysis of the applicability of Constitutional Amendment No. 66/2010 and its effects on the Brazilian inheritance law. The choice of this topic was given by the fact that the innovations mentioned in the Amendment has not been incorporated into the Civil Code and these inconsistencies have generated much discussion, mainly under the Inheritance Law. Based on the literature review produced can be concluded that the constitutional legislation is not endowed with a normative force over who owns the Constitution itself. Thus, if the legal separation was abolished the Constitution, otherwise unconstitutional, there is no way to talk about their livelihoods in lower degrees, is therefore necessary to amend the Civil Code provisions on withdrawing his legal separation, aiming to put an end in discussions divergent.

Keywords: Constitutional Amendment No. 66. Applicability. Inheritance law

1 Introdução

No início do terceiro trimestre de 2010 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 66/2010, conhecida como 'Emenda do Divórcio', tendo por objetivo facilitar o processo de divórcio no ordenamento jurídico pátrio, dando-lhe mais celeridade, concedendo àqueles que desejam romper com o vínculo matrimonial, a oportunidade de fazê-lo, sem, contudo, terem que aguardar o lapso temporal, estabelecido na antiga redação dada ao artigo 226 (§ 6º), da Carta Magna.

Na ótica de vários doutrinadores, a EC nº 66/2010 estripou por completo a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio e mais, que as inovações trazidas por esta Emenda são autoaplicáveis, gerando também efeitos sobre o direito sucessório, partindo do princípio de que separação de fato produz implicações tanto no regime de bens, quanto no direito de herança, previstos nos artigos 1683 e 1830, do Código Civil em vigor.

Uma segunda corrente procura demonstrar que o legislador não tratou da extinção do instituto da separação judicial no novo texto constitucional, limitando-se apenas a disciplinar as novas regras para a dissolução do casamento, mediante o divórcio.

Nem mesmo entre os membros dos Tribunais de Justiça, o entendimento acerca da Emenda Constitucional nº 66/2010 é consenso, fato que tem gerado a produção de várias decisões divergentes.

No que diz respeito, principalmente, às questões que envolvem o art. 1830 do Código Civil, que trata do direito de herança, parte dos juristas defende que enquanto não seja promovida a adequação das disposições contidas no Código

Civil aos novos paradigmas constitucionais, cabe à doutrina pátria e aos aplicadores do direito a missão de encontrarem a solução mais justa para a aplicação das disposições ali contidas.

No presente trabalho, de natureza bibliográfica, tenta-se fazer uma abordagem sobre a aplicabilidade da Emenda Constitucional 66/2010, focalizando seus reflexos no direito sucessório brasileiro.

2 Revisão de Literatura

2.1 Aspectos gerais do direito sucessório

No Direito Civil, a palavra sucessão é amplamente utilizada, sendo entendida numa situação jurídica como a substituição de uma pessoa por outra na titularidade de um determinado bem.

Informa Oliveira (2004, p. 58), que "o direito das sucessões tem fundamento na Constituição Federal, art. 5º, inc. XXX, consagrador do direito de herança. Trata-se, portanto, de direito fundamental, que não pode ser negado pela legislação infraconstitucional".

Acrescenta Gonçalves (2008), que o direito das sucessões regula a transmissão dos bens (patrimônio) deixado pelo *de cujus* (autor da herança) para seus sucessores.

Completando esse pensamento, ensina Venosa (2009, p. 1) que:

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.

Assim, na forma demonstrada pela citação acima, constata-se que a sucessão pode ocorrer de um ato entre vivos ou ser produzida pela morte do portador da titularidade de determinados bens. E, que nesse último caso, ocorre uma transferência dos bens para os herdeiros e/ou legatários.

Afirma Rodrigues (2002, p. 2), que "em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*".

A compra e venda é um exemplo perfeito de transmissão de direitos por ato *inter vivos*. Neste caso, ocorre a substituição do titular do direito e a sucessão se opera a título oneroso. Dá-se, portanto, a sucessão a título gratuito quando ocorre a transmissão do direito de propriedade pela morte de seu titular.

Existem várias definições para o termo 'sucessão'. Plácido e Silva (2004, p. 1339), por sua vez, define sucessão como sendo:

[...] a transmissão de bens e de direitos de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode usufruí-los, dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome. Em sentido estrito, porém, e em significação mais técnica, sucessão é a transmissão de bens e de direitos a uma, ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado por uma pessoa falecida.

Geralmente, quando se fala em sucessão, associa-se o referido termo ao patrimônio deixado por alguém que faleceu. E esse é o sentido estrito da palavra, do qual se exclui a transmissão de bens produzida por ato entre vivos.

Na concepção de Rodrigues (2002, p. 3), "a ideia de sucessão sugere, genericamente, a de transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular".

Entretanto, esclarece Venosa (2009, p. 15) que:

Quando se fala, no direito, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão entre vivos.

Da análise dos conceitos acima apresentados, conclui-se que o termo 'sucessão' encontra-se estritamente ligado ao ato de substituição de uma pessoa. Por outro lado, os direitos sucessórios constituem o instituto voltado para disciplinar a transmissão de um bem (patrimônio) de uma pessoa falecida para seu(s) herdeiro(s) e/ou legatário(s), respeitando a vontade do *de cuius* estabelecida em testamento ou observando as disposições contidas em lei.

Nesse sentido, afirmam Carvalho e Carvalho (2007, p. 27-28) que:

Juridicamente, na sucessão, uma pessoa insere-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa, ou, por outras palavras, é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão ou de aquisição de bens ou de direitos patrimoniais.

Em síntese, ocorrendo a morte do titular de um patrimônio, essa titularidade será exercida por outra pessoa, que assumirá a posição jurídica anteriormente ocupada pelo *de cuius*, tornando-se responsável, inclusive, por suas dívidas.

É importante destacar que a sucessão pode ocorrer de forma legítima (*ab intestato*) ou de forma testamentária. Explica Gomes (2008), que esta última modalidade representa uma declaração de vontade (testamento), enquanto que a primeira modalidade está condicionada ao que expressa a lei.

No processo sucessório distinguem-se o herdeiro e legatário. O primeiro é considerado sucessor universal, podendo, se único, receber a totalidade dos bens (herança) ou dividi-los com outros de sua mesma condição, caso existam. O legatário, por sua vez, é tido como sucessor singular, somente recebendo um legado quando disposto em testamento (OLIVEIRA, 2004).

2.2 O instituto da culpa no direito sucessório

O novo Código Civil trouxe significativas inovações para o direito sucessório. Ele trata também da culpa do cônjuge sobrevivente, algo que não foi abordado pelo Código Civil que vigorou até 2002. A regra básica estabelecida pelo Código Civil de 1916 era que "quando da morte de um dos cônjuges, o sobrevivente teria direito à

herança caso aquele não houvesse deixado descendentes ou ascendentes" (SARTORI, 2009, p. 28).

Entretanto, com base nesse antigo diploma, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente somente existia se quando da abertura da sucessão, ficasse comprovado que a sociedade conjugal não estava dissolvida.

Complementando esse pensamento, acrescenta Sartori (2009, p. 29) que à luz do Código Civil de 1916, "o cônjuge supérstite só teria afastado o direito sucessório quando houvesse decisão transitada em julgado seja de separação, seja de divórcio direto".

Por sua vez, o Código Civil de 2002 trouxe inovações em relação ao direito sucessório, estabelecendo que:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (BRASIL, 2002, p. 316).

Pelo demonstrado, a exclusão do cônjuge da sucessão somente ocorrerá se o mesmo estiver separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos. No entanto, comprovando o cônjuge sobrevivente que não teve culpa no rompimento da convivência, seu direito sucessório será reconhecido.

Dissertando sobre o instituto da culpa no atual direito sucessório, Giorgis (2005, p. 98) faz a seguinte observação:

[...] se o defunto foi o responsável pela separação de fato, ou se houve acordo tácito/explicito para o afastamento fático do casal, ou se não houve culpa de ninguém, o cônjuge sobrevivente, mesmo que separado de fato, participará da sucessão, concorrendo com descendentes ou ascendentes (CC, artigo 1.829, I e II) ou ficando com a totalidade da herança se não houver outros herdeiros necessários (CC, artigo 1.829, III), o que não ocorrerá se demonstrado que teve culpa exclusiva na ruptura conjugal ou, em caso de culpa concorrente, o par se encontre apartado de fato há mais de dois anos.

Assim sendo, considerando o fato que de atualmente o cônjuge é herdeiro necessário, aquele que sobreviver participará da sucessão, concorrendo com os demais herdeiros, mesmo quando estiver separado de fato.

É importante destacar que o fato da separação já ser superior a dois anos não constitui obstáculo à habilitação do cônjuge à sucessão. Sua exclusão somente será promovida se ficar comprovada sua culpa pela extinção da convivência. No entanto, tal situação compete aos herdeiros provarem e não ao cônjuge. A este, basta demonstrar que é casado para se habilitar à sucessão.

Lembra Giorgis (2005, p. 98) que:

[...] todas as vezes que o legislador permitiu a exclusão de herdeiros, seja por indignidade ou deserção, impôs aos interessados na herança de propor a ação competente para o afastamento, daí caber aos parentes interessados na sucessão propor a ação, que não é uma ação de estado.

Desta forma, a inobservância deste princípio por parte dos parentes interessados na sucessão, resultará num grande benefício ao cônjuge separado de fato a mais de dois anos do '*de cujus*'.

Ainda na concepção de Giorgis (2005, p. 98), "não foi feliz o legislador em incluir a discussão da culpa para respaldar o direito sucessório, como também não o fora em entronizá-la como causa para a separação do casal".

Desse entendimento compartilha vários doutrinadores, a exemplo Carvalho (2003, p. 326), que comentando a inovação trazida pelo art. 1.830, em sua segunda parte, afirma:

A inovação, repita-se, com certeza vai causar divergentes posições jurídicas, ao introduzir discussão de culpa por separação de casal no direito sucessório, matéria de direito de família, que obviamente, por tratar-se de alta indagação deve ser resolvida nas vias ordinárias, com pedido de reserva de bens no inventário, proporcionando discussões intermináveis, chegando ao absurdo do consorte, separado de fato há mais de vinte anos, pleitear os direitos sucessórios do ex-cônjuge sob o fundamento de que foi abandonado e não teve culpa na separação. O prazo de dois

anos de separado de fato permite ao cônjuge requerer o divórcio direto e extinguir o vínculo conjugal, independente de culpa, não se justificando, a partir deste período, pleitear direitos sucessórios, devendo ser excluído da sucessão e não permitir discussão de culpa do responsável pela separação de fato.

O teor da segunda parte do art. 1.830, dá ao cônjuge separado de fato há mais de vinte anos, o direito de pleitear em juízo os bens deixados pelo ex-cônjuge, sob o argumento de que não deu culpa à separação. E esta situação vem sendo bastante questionada por doutrinadores e operadores do direito.

Compartilhando desse pensamento, Sartori (2009, p. 32) fazendo várias considerações sobre a introdução do instituto da culpa no direito sucessório, afirma que:

Deve ser sopesado, ainda, que se a discussão da culpa é inócua quando a separação é proposta logo após o fim da vida conjugal, afigura-se ainda mais írrita se ocorrer depois de pelo menos dois anos do término da vida em comum. Outro ponto a ser ponderado é o seguinte: ainda que se admitisse a separação por culpa, se um dos cônjuges, logo após o fim da vida conjugal, propõe a separação judicial imputando ao outro violação dos deveres conjugais e obtém a procedência da ação, transitando em julgado a decisão, e o cônjuge considerado culpado morre após essa data, o cônjuge inocente não terá direito à herança pois já estará separado judicialmente. Por outro lado, se o cônjuge mesmo com o final da vida conjugal não tivesse ajuizado a ação, ficando apenas separado de fato, ele poderia ter direito à herança, se após a morte provasse que a convivência não se tornou insuportável por sua culpa.

Completando seu ponto de vista, afirma ainda Sartori (2009, p. 32) que:

Há, ainda, outra importante questão a ser debatida: Como admitir a discussão da culpa se um dos cônjuges, inclusive aquele que será acusado de culpado, não tem possibilidade de se defender, pois já falecido? Para afirmar que a convivência se tornara impossível sem sua culpa, o cônjuge

sobrevivente terá que imputar a culpa ao *de cuius*.

Pelo exposto, o que se pode concluir é que o art. 1.830, do atual Código Civil, em sua parte final, fere os princípios constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa, visto que deixa os demais herdeiros impossibilitados de discutir, como também de provar a quem cabe a culpa pelo fim da convivência.

Diante dessa realidade, entende Sartori (2009) que as disposições mencionadas no artigo são flagrantemente inconstitucionais, confirmando, portanto, o que a princípio observou Carvalho (2003), que a introdução da culpa no direito sucessório causaria divergentes posições jurídicas.

2.3 A aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010

Em julho de 2010, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 66, que suprimiu os requisitos para que o casamento fosse dissolvido pelo divórcio, alterando o art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988 e consagrando o divórcio como única modalidade de dissolução do casamento.

Dissertando sobre o novo divórcio no direito brasileiro, Bottega (2010, p. 51) afirma que a Emenda Constitucional nº 66/2010 representa uma verdadeira conquista para a sociedade brasileira, acrescentando que:

Apesar de vozes contrárias, muitos tumultos e contratemplos, aprovamos a nova sistemática do divórcio no Brasil em 14 de julho de 2010, mudamos a forma de dissolução do casamento. Tal mudança é sensível no ordenamento jurídico e, apesar da clareza de intenções do novo texto legal, e dos anseios sociais, a mudança já causa celeumas e divergências doutrinárias. O fato é que houve um grande rompimento em relação ao sistema anterior de dissolução do casamento que era realizado em duas etapas e necessitava da observância de prazos inexplicáveis. Facilitou-se o rompimento do casamento, a extinção da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial. Abriu-se o flanco para novos arranjos familiares, novos casamentos, novas uniões estáveis.

A referida Emenda, fruto da Proposta nº 33/07, popularmente conhecida como 'PEC do Divórcio', proveio de uma discussão patrocinada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), durante a plenária do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, tendo como objetivo unificar todas as hipóteses de cessação da vida conjugal no divórcio (CARVALHO, 2010).

Viegas (2010, p. 5) enaltecendo as modificações trazidas pela mencionada Emenda, afirma que:

[...] A PEC do divórcio veio para amenizar o sofrimento e o desgaste daqueles cônjuges que desejam colocar fim ao casamento, exercendo deste modo plenamente a autonomia de sua vontade, por vezes limitada por prazos, processos desnecessários e imposições de culpas inócuas sem maior relevância para a dissolução do vínculo matrimonial.

Com a promulgação da mencionada Emenda, alguns doutrinadores passaram a defender que a mesma revogou todos os dispositivos legais até então em vigor, que tratavam da separação judicial, de forma que, juridicamente, será impossível a admissão do pedido de separação judicial.

Na concepção Bottega (2010, p. 51), com a PEC nº 66/2010 o ordenamento jurídico brasileiro deu um significativo passo. Pois:

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade restaram fortalecidos no que se refere ao Direito de Família, pois o divórcio perdeu o requisito do prazo e hoje os cônjuges que não possuem mais uma vida comum podem converter a verdade fática em verdade formal de forma mais tranquila e rápida. O princípio da intimidade da vida privada também foi valorizado, pois o Poder Judiciário não poderá mais interferir na intimidade da vida do casal para discutir picuinhas e rugas que não interessam à família e à sociedade.

Embora venha gerando discussões até entre os doutrinadores, a EC nº 66/2010 eliminou a exigência de prazos ou identificação de culpados para que o casamento fosse dissolvido pelo divórcio, abolindo o instituto da separação

judicial, conforme será demonstrado nos itens a seguir.

2.4 Inovações produzidas pela EC nº 66/2010 no direito de família

A Emenda Constitucional nº 66/2010 produziu uma grande revolução no Direito de Família. Essas mudanças trouxeram consigo muitas dúvidas, gerando jurisprudências discordantes em diversos sentidos. Diante dessa situação, críticas também surgiram, dividindo doutrinadores e operadores do direito.

A referida Emenda trás a seguinte redação:

Art. 1º. O §6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 226. (...)

§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (BRASIL, 2012, p. 124) (BRASIL, 2011 p. 283).

No texto Constitucional, a emenda em comento modificou o §6º do art. 226, que tratava da dissolução do casamento pelo divórcio, condicionando-o à separação judicial prévia, com a decorrência do prazo de um ano ou à separação de fato de dois anos, condicionantes estes que foram retirados do texto constitucional.

Na concepção de Marques (2010), ao permitir o divórcio, sem, contudo ser exigida a prévia separação judicial ou de fato, a Emenda Constitucional nº 66/2010 nada mais fez do que facilitar a dissolução do matrimônio.

As alterações produzidas pela EC nº 66/2010, trouxeram celeridade e também reduziu os empecilhos que antes existiam para serem observados quanto ao fim do vínculo conjugal, rompendo com os valores religiosos que circundavam o divórcio, retirando a intervenção do Estado na vida privada do cidadão. Ademais, a referida Emenda provocou "uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa no âmbito do Direito das Famílias" (DIAS, 2010, p. 91).

Vista por esse lado, a Emenda em comento representa um significativo avanço no Direito de Família na medida em que extinguiu a exigência de prazos, bem com as causas para a dissolução do casamento, como também trouxe o fim da separação judicial (FERREIRA, 2011).

Deve-se registrar que quanto à primeira inovação acima transcrita, existe consenso entre a maioria dos doutrinadores. No entanto, o mesmo não acontece em relação à segunda alegada inovação.

Mostrando os pontos positivos das mudanças trazidas pela EC nº 66/2010 ao Direito de Família, Pinto (2010) afirma que era necessário que a Constituição passa-se a tratar da separação, acrescentando que as inovações trazidas não colocam um fim ao casamento, mas apenas à sociedade conjugal. E mais, que permitem o restabelecimento da união conjugal rompida, sem, contudo, ser necessário um novo casamento.

Por outro lado, Donizetti (2010) entende que embora a separação tenha deixado de ser obrigatória como procedimento prévio ao divórcio e de que a Carta Constitucional não mais a ela faça menção, isto não invalida as disposições contidas na legislação ordinária sobre o referido instituto.

Vê-se, portanto, que Donizetti (2010) possui um ponto de vista bem diferente do apresentado por Marques (2010), Ferreira (2011) e Pinto (2010).

A necessidade de se adequar a legislação à realidade vivida pela sociedade foi algo verificado na exposição de motivos da própria Emenda Constitucional nº 66/2010, onde, contextualmente se lê:

Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal [...] (BRASIL, 2007, p. 6-7).

A exposição de motivos apresentada na PEC que deu origem a Emenda Constitucional nº 66/2010 mostrou que o instituto da separação já vinha sendo colocado de lado, face, principalmente, à instituição do divórcio direto. Assim, ao alterar a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, a Emenda Constitucional em comento fez com que a separação deixasse de ser requisito geral para a concessão do divórcio.

No entanto, informa Ferreira (2011), que tais mudanças não foram acolhidas com bons

olhos pelos segmentos conservadores, sob o argumento de que a facilitação do divórcio leva à fragilização da família e à banalização do casamento.

Existe também, dentro dessa minoria conservadora, o entendimento de que as disposições introduzidas pela mencionada EC não são autoaplicáveis, necessitando ser regulamentada por lei infraconstitucional. E, a separação judicial ainda persiste no ordenamento jurídico pátrio (FERREIRA, 2011).

Por outro lado, afirma Dias (2010, p. 35) que:

A singeleza do texto de Emenda Constitucional 66/10, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, ensejou interpretações várias: muitos aplausos e algumas críticas. Posições favoráveis e contrárias floresceram. Há opiniões para todos os lados. Conclusão, ninguém sabe bem o que fazer! Os notórios e registradores estão temerosos de aplicar as novas regras por receios de descumprirem a lei. Os juízes, no entanto, estão ávidos para acabar com processos que tramitam a longos anos e que não tem resultado prático algum, a não ser atender ao desejo de vingança de um do par.

Alguns teóricos entendem que a Emenda nº 66/2010, alterou apenas a disciplina constitucional do divórcio, deixando de lado o instituto da separação judicial, por entenderem ser perfeitamente possível um casal ter interesse em dissolver a sociedade conjugal, sem objetivar o fim do casamento.

Informa ainda Dias (2012, p. 628) que antes mesmo da Emenda Constitucional nº 66/2010, a doutrina já se manifestava a favor da extinção da separação no ordenamento jurídico brasileiro, esclarecendo que:

[...] Ainda que permaneçam no Código Civil os dispositivos que regiam o instituto (arts. 1.571 a 1.578), tal não significa que persista a possibilidade de alguém buscar somente o 'término' do casamento, quer judicial quer extrajudicialmente. Agora é possível pleitear a dissolução do casamento via divórcio.

Nesse sentido, conclui-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010 retirou a eficácia da

legislação infraconstitucional que regula a separação judicial e administrativa e que sua intenção foi a de facilitar o divórcio, abolindo os requisitos para a dissolução do vínculo conjugal. Ela trouxe ao Direito de Família uma significativa evolução, fazendo com que o mesmo caminhasse da fase de indissolubilidade do vínculo conjugal para um chamado processo de maior facilitação.

Comentando essa evolução, Maschietto (2011) afirma que a mencionada Emenda ao abolir do ordenamento jurídico pátrio de forma definitiva o instituto da separação judicial, acabou com a dicotomia da existência da dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Antes da promulgação da EC nº 66/2010, era imprescindível a existência da separação judicial para o término da sociedade conjugal. Ademais, essa evolução no Direito de Família foi por demais necessária, porque manter a separação judicial no ordenamento jurídico pátrio seria contrariar os fins sociais expressos na Constituição Federal.

Dissertando ainda sobre a retirada da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, Dias (2010, p. 137) faz o seguinte comentário, digno de registro:

A partir de 14 de julho de 2010, com a entrada em vigor da Ementa Constitucional 66/2010, dando nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, a única forma de pôr fim ao casamento é por meio do divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu do sistema jurídico. Não pode ser buscado nem consensualmente, nem em sede administrativa via procedimento de jurisdição voluntária.

Assim sendo, não merece ser acolhido o argumento daqueles que defendem a permanência da separação judicial para quem não quer divorciar. Isto porque a simples separação de corpos atende a essa pretensão, visto que coloca um fim nos deveres do casamento. E, que embora rompendo com o regime patrimonial, mantém a sociedade conjugal inalterada.

2.5 O Artigo 1830 do atual Código Civil frente à EC nº 66/2010

No direito de sucessão vigora o princípio da proteção da família. Assim, a divisão do patrimônio do *de cujus* visa proteger a família com a qual ele, no momento da sua morte,

mantinha uma convivência. É importante destacar que antes mesmo da EC nº 66/2010 havia o entendimento de que ex-cônjuge sobrevivente separado de fato há mais de dois anos, deixava de fazer parte da linha sucessória do falecido, partindo do princípio de que os laços concretos estavam extintos.

Explicando essa situação Pereira (2010) afirma que quando da separação ocorre um rompimento no casamento e também no estatuto patrimonial. E, que quando essa separação se torna definitiva, independentemente se fruto de uma decisão unilateral ou conjunta do casal, não há mais como se falar em comunhão de afeto e nem tampouco de bens.

Corroborando com esse pensamento, Dias (2012, p. 59), destaca a incongruência da lei, quando condiciona o prazo de dois anos para o fim do direito sucessório, afirmando que:

No âmbito do direito sucessório, o Código Civil questiona culpa e perpetua o direito à herança mesmo depois de o casal estar separado de fato quando do falecimento de um dos cônjuges. Assim, mesmo o cônjuge 'culpado', durante o longo período de dois anos preserva a condição de herdeiro necessário, concorre com os descendentes e os ascendentes; e pode ser contemplado com a herança (CC 1.830). A previsão legal não podia ser mais absurda. Absolutamente desarrazoado preservar o ex-cônjuge a condição de herdeiro, independentemente do tempo da separação.

Partindo do exposto, conclui-se que na ótica de Dias (2012), para a perda do direito sucessório não deve levar em consideração qualquer prazo: ela decorre simplesmente da separação de fato em si.

É oportuno registrar que mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, tomando por base as Ordenações Filipinas, Cahali (2012) já afirmava que o separado de fato não possui direito sucessório.

Assim, colocando de lado a 'culpa', o separado de fato pode perder a condição de herdeiro, pelo simples fato da convivência ter chegado ao fim. Isto porque para ser considerado herdeiro, "o cônjuge deve estar ainda numa situação jurídica em que a contribuição para a construção e manutenção do patrimônio do *de cujus* seja factível" (CATEB, 2007, p. 257). E, se

entre o casal existe uma separação, não há como se falar nessa contribuição.

Mesmo com a EC nº 66/2010, derogando, segundo a maioria dos doutrinadores, as normas relativas à culpa em matéria de separação judicial, os acalorados debates continuam no campo do direito sucessório, argumentando que se deve observar completamente as disposições contidas no art. 1.830 do Código Civil (PEREIRA, 2010).

Vê, portanto, que à semelhança do que ocorre em relação à eficácia da EC nº 66/2010, existe muita discussão em torno das disposições contidas no artigo em comento. Os defensores da 'Teoria da ausência de modificações sensíveis' também asseguram que o teor do mencionado artigo não sofreu nenhuma alteração, posicionamento este que difere do adotado por aqueles que consideram absurdo o fato do cônjuge separado de fato preservar durante dois anos a condição de herdeiro necessário.

3 Considerações Finais

Acolhida por uma considerável parcela dos doutrinadores como uma relevante contribuição ao ordenamento jurídico pátrio, a Emenda Constitucional nº 66/2010 tem também alimentado calorosos debates doutrinários.

Entre a maioria dos doutrinadores existe o consenso de que a referida Emenda extirpou do texto constitucional a separação judicial, determinando que a mesma não é mais exigível nos processos de dissolução do casamento. Essa mesma maioria também defende que as disposições contidas na lei ordinária, relacionadas à separação judicial, perderam sua eficácia.

Entendem a maioria dos doutrinadores que a sociedade não mais precisava da separação judicial. E, como dela não mais fazia uso como antes, a medida da EC nº 66/10 foi salutar porque adequou a dissolução matrimonial à prática, atendendo não somente o anseio da sociedade, como também dando mais celeridade às soluções dos conflitos conjugais.

Através da revisão bibliográfica produzida, pode-se também constatar que existe uma corrente que prega ser um equívoco a afirmação de que ao alterar o art. 226 da Constituição Federal, a mencionada Emenda extirpou a separação judicial. E, que essa parte dos doutrinadores, denominada de 'ala conservadora' e considerada minoria, afirmam que as inovações produzidas pela Emenda do Divórcio não são autoaplicáveis.

Com base no Direito Civil Constitucional, a legislação infraconstitucional não é dotada de uma força normativa superior a que possui a própria Constituição. Assim, se a separação judicial foi abolida do texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade, não há como se falar em sua subsistência em diplomas inferiores. Contudo, tem-se que reconhecer que é necessário alterar o Código Civil, retirando dele as disposições sobre a separação judicial, objetivando colocar um fim nas discussões divergentes.

Na presente produção acadêmica ficou demonstrado que a 'Teoria da revogação da separação judicial e dos prazos para o divórcio' é a que desfruta de uma maior aceitação entre os juristas e doutrinadores, embora algumas Cortes estaduais tenham se posicionado tanto a favor da 'Teoria de manutenção da separação judicial como opção aos cônjuges', quanto pela 'Teoria da ausência de modificações sensíveis'.

No entanto, apesar de tais decisões sumuladas, impera o entendimento de que a EC nº 66/2010, ao suprimir o instituto da separação judicial como requisito para a dissolução do casamento, adequou a Carta Magna aos anseios da sociedade, reduzindo o poder de intervenção do Estado na vida do cidadão ao mesmo tempo em que desburocratizou a dissolução matrimonial, tornando mais célere processo através do divórcio.

Ademais, se as discussões promovidas no Direito de Família são acaloradas, no Direito Sucessório a Emenda do Divórcio causou o mesmo efeito: não existe consenso quanto à aplicabilidade do art. 1.830, do Código Civil.

A maioria dos doutrinadores entendem que o cônjuge sobrevivente somente possui a condição de herdeiro se até a data do falecimento do *de cujus*, manteve com o mesmo uma relação conjugal, sendo, portanto, injustificável se falar em direito sucessório para quem estava separado de fato. Assim sendo, com base nesse entendimento, precisa ser rapidamente alterado, face à estripação da separação judicial do ordenamento jurídico pátrio.

Uma segunda corrente ressalta que as inovações trazidas pela EC nº 66/2010 não atingem as disposições contidas no art. 1.830, do CC, que se encontram inalteradas, devendo serem observadas na íntegra, partindo do princípio de que aquela limitou-se a tratar da dissolução do casamento, através do divórcio, eliminando apenas seus antigos requisitos.

Ante ao que exposto foi, espera-se que a doutrina e a jurisprudência apresentem sugestões,

capazes de contribuírem para a solução dos conflitos, que atualmente envolvem tanto o direito de família, quanto o direito sucessório, oportunizando ao legislador o entendimento necessário para que melhor possa adequar a norma infraconstitucional à realidade social, colocando-a em comum acordo com o texto constitucional.

4 Referências

- BOTTEGA, Clarissa. **O novo divórcio no direito brasileiro**: breves linhas (2010). Disponível in: <http://www.clarissabottega.com/novoDivorciodireitobrasil.pdf>. Acesso: 01 fev 2015.
- BRASIL. **Código civil** (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). 50 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 2002). Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.
- _____. Câmara dos Deputados. **Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 22-A/1999, do senhor Enio Bacci, que autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências, alterando o disposto no artigo 226, § 6º, da Constituição Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.
- CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARVALHO, Dimas Meneses de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das sucessões**: inventário e partilha, teoria, jurisprudência e esquemas práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO, Dimas Messias de. Sucessão legítima do cônjuge e do companheiro no novo código civil. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 14, n. 2, p. 323-333, mai., 2003.
- _____. **Divórcio judicial e administrativo**: de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11.698/2008, 1 ed. Belo Horizontes: Del Rey, 2010.
- CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010.
- _____. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DONIZETTI, Elpidio. A Emenda do Divórcio não fez o réquiem da separação de direito. **Jornal Estado de Direito**, ano V, n. 28, p. 9, 2010.
- FERREIRA, Natasha do Nascimento. Aspectos processuais da Emenda Constitucional nº 66/2010. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/=revista_artigos_leitura&artigo>. Acesso: 04 fev 2015.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 29, p. 88-127, abr-mai., 2005.
- GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (v. 7).
- MARQUES, Nemércio Rodrigues. A emenda constitucional nº 66 e a separação judicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível in: <http://jus.com.br/revista/texto/17350/a-emenda-constitucional-no-66-e-a-separacao-judicial>. Acesso: 10 jan. 2015.
- MASCHIETTO, Fabia. **Novo divórcio**. Leme-SP: Mundo Jurídico, 2011.
- OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo código civil. **R. CEJ**, Brasília, n. 27, p. 57-63, out./dez. 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal**. **IBDFAM**, 20 de julho de 2010, Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>. Acesso: 2 fev 2015.

PINTO, Fernando Henrique. **Emenda constitucional não revoga prazos legais para separação.** 2010. Disponível in: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>. Acesso: 10 jan. 2015.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar de. **Vocabulário jurídico.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil:** direito das sucessões. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

SARTORI, Fernando. **A culpa como causa da separação e seus efeitos** (2009). Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Sartori_Culpa.doc. Acesso: 22 jan 2015.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil:** direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEGAS, Suzana. **A nova emenda constitucional do divórcio: é o fim da família?** (2010). Disponível in: <http://www.ibdfam.br/?artigos&artigo=656>. Acesso: 10 jan. 2015.