

**OS QUESTIONAMENTOS EM TORNO DA APLICABILIDADE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**

***THE QUESTIONS ABOUT THE APPLICABILITY OF CONSTITUTIONAL
AMENDMENT Nº 66/2010***

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 referida emenda 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. 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. Mesmo com a Emenda Constitucional 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. Vê, portanto, que à semelhança do que ocorre em relação à eficácia da Emenda Constitucional 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.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Emenda Constitucional. Inovações.

Abstract: In July 2010, the National Congress approved Constitutional Amendment No. 66, which abolished the requirements for marriage to be dissolved by divorce, changing art. 226, § 6 of the Federal Constitution of 1988 and consecrating the divorce as the only dissolution of marriage. This amendment produced a great revolution in Family Law. These changes brought with it many doubts, generating discordant jurisprudence in several senses. Faced with this situation, criticisms have also arisen, dividing doctrinators and operators of law. It was necessary for the Constitution to deal with separation, adding that the innovations brought in did not put an end to marriage, but only to the conjugal society. Moreover, they allow the reestablishment of the broken marriage union, without, however, being necessary a new marriage. Even with Constitutional Amendment No. 66/2010, which, according to most of the writers, derogates from the rules on guilt in matters of judicial separation, the heated debates continue in the field of inheritance law, arguing that the provisions contained in art. 1,830 of the Civil Code. He sees, therefore, that, as in the case of the effectiveness of Constitutional Amendment No. 66/2010, there is much discussion about the provisions contained in the article in question. Proponents of the 'Theory of the absence of sensible modifications' also assert that the content of the article has not undergone any alteration, a position that differs from that adopted by those who consider absurd the fact that the separated spouse in fact preserves for two years the status of heir required.

Keywords: Succession Law. Constitutional amendment. Innovations.

Recebido em 10/01/2017 Aceito em 01/12/2017

Bacharelas em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP.

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

RBDGP / GVAA - Pombal - Paraíba, Brasil, v. 4, n. 1, p. 1-10, jan.-dez., 2017

1 Introdução

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 contratempos, 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.

A referida Emenda, fruto da Proposta nº 33/07, popularmente conhecida como 'PEC do Divórcio', proveio de uma de 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).

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.

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. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo abordar os questionamentos em torno da aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010.

2 Revisão de Literatura

2.1 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

Recebido em 10/01/2017 Aceito em 01/12/2017

Bacharelas em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP.

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

RBDGP / GVAA - Pombal - Paraíba, Brasil, v. 4, n. 1, p. 1-10, jan.-dez., 2017

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 [...]. Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista a obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio. De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no direito brasileiro passível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àqueles frontalmente contrários à dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com a possibilidade de pôr termo, apenas e tão somente, à sociedade conjugal. Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido. Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distintos apenas redundam em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se vêm a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação - penoso, inclusive, para toda a família, principalmente para os filhos. Não menos importante é a constatação prática de que apenas uma parcela realmente ínfima das separações reverte para a reconciliação do casal (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.

2.2 Do Lapso Temporal

O fim do instituto da separação judicial fez surgir várias questões relacionadas ao direito intertemporal, isto porque com a Emenda Constitucional nº 66, o pedido de separação judicial tornou-se juridicamente impossível.

Quando da promulgação da referida Emenda, o judiciário teve que encontrar uma solução rápida para aquelas ações que se encontravam em tramitação. Uma das soluções foi a convocação da parte demandante, para que, se de seu interesse e sob pena de extinção do processo, requeresse o divórcio nos novos termos (MASCHIETTO, 2011).

Decorridos quase três anos do início da vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010, muitas questões acerca da separação se encontram pendentes, pelo simples fato de que as disposições que regem tal instituto ainda não foram suprimidas do Código Civil.

Dissertando sobre o assunto, Lobo (2010) afirma que o Código Civil somente disciplina a separação judicial por causa das disposições contidas no artigo 226, § 6º da Constituição Federal. Assim, se a EC nº 66/2010 suprimiu a separação judicial do referido artigo, não há como uma lei ordinária manter tal instituto.

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 139) destacam a necessidade de também se alterar o Código Civil, para evitar que o cônjuge separado judicialmente continue com o estado civil de casado, visto que na forma ali expressa este não passa ao estado de divorciado automaticamente. Sendo, portanto, necessário requer o divórcio. Isto por que:

[...] as pessoas já separadas ao tempo da promulgação da Emenda não pode ser consideradas automaticamente divorciadas. Não haveria sentido algum. Esse entendimento, aliás, a parte de gera grave insegurança jurídica, resultaria no desagradável equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas.

No entanto, é importante destacar que com base nas inovações trazidas pela EC nº 66/2010, a conversão da separação em divórcio deve ser feita sem qualquer observância de prazo (comprovação de lapso temporal). Em síntese, nos casos de separação fática do casal, inexistente a possibilidade de se falar em lapso temporal, como também em comprovação desse lapso.

De acordo com Dias (2010, p. 39), "as pessoas ainda casadas, separadas de fato ou de corpos; separadas judicial ou extrajudicialmente podem pedir imediatamente a declaração do divórcio sem haver a necessidade de culpabilizar o outro ou aguardar o decurso de qualquer prazo".

Outra situação também digna de registro, diz respeito àqueles que se encontram separados

judicialmente. A nova regra permite o restabelecimento da sociedade conjugal a qualquer tempo, até mesmo, administrativamente. Pois, o estado civil destes não foi alterado com as inovações advindas da EC nº 66/2010.

2.3 Da culpa

Antes da EC nº 66/2010, a separação podia ocorrer por iniciativa de um dos cônjuges ou por vontade de ambos. No entanto, também havia situação onde a intenção de romper o casamento era mútua.

Abordando essa última modalidade de separação, Dias (2010, p. 47) afirma que:

[...] não havia necessidade de apontar qualquer motivação para o decreto judicial de separação. Mas o casal precisava o decurso de um ano da celebração das núpcias para pleiteá-la de modo consensual (CC 1.574). Mesmo que antes desse prazo tivesse acabado o vínculo afetivo, e o par não mais convivesse sob mesmo teto, a lei, de forma aleatória e arbitrária, impingia a manutenção do status de casado. Não se conseguia identificar outro motivo da negativa de referendar o desejo dos cônjuges, a não ser impor, de forma coacta, um período de reflexão ao casal, na esperança de que se arrependessem do impensado ato.

Diante da revogação tácita que colocou um fim na separação judicial, os dispositivos que regulamentavam a discussão da culpa no fim do matrimônio foram excluídos. De forma que o final do casamento não está mais vinculado a nenhum tipo de causa ou motivo. O que se exige é que pelos menos um dos cônjuges demonstre a vontade inequívoca de colocar um fim no matrimônio.

É oportuno destacar que mesmo antes da EC em comento, a jurisprudência já era alimentada com decisões, que, cada vez mais, procurava excluir a análise da culpa nos processos de separação judicial. É, portanto, o que se constata após a análise de uma decisão oriunda da 7ª Câmara Cível, do TJRS, que, em parte, expressa:

[...] O exame da culpa na separação judicial deve ser evitado sempre que possível, consoante tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida, pois, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno,

em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um.

(TJRS. AP n. 70.003.893.534. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Vasconcellos Chaves, j. 6-3-2002).

Por outro lado, após a EC 66/2010, no novo Direito de Família, com a impossibilidade de se imputar a culpa ao outro consorte pelo fim do casamento ampliaram-se as discussões em torno das sanções, a exemplo dos alimentos e do uso do nome.

Embora exista o entendimento por parte dos chamados defensores da manutenção do sistema dual de que o direito a essa discussão é do cônjuge que se sentir lesado, este entendimento não é acatado pela maioria dos doutrinadores, pois com o fim da separação, entende-se que as sanções dela decorrentes também se extinguem.

Assegura Dias (2010, p. 79), que as questões relacionadas à guarda dos filhos, exercício do direito de visitas e verba alimentar deverão ser discutidas na ação de divórcio, pois:

Ainda que nada diga a lei, indispensável que na ação de divórcio - seja consensual, seja litigiosa - reste decidida a guarda dos filhos menores ou incapazes, o valor dos alimentos e o regime de visitas, por aplicação analógica ao que é determinado quanto à separação (CPC 1.121). Mesmo não mais existindo a separação, o procedimento persiste para o divórcio.

Em relação aos alimentos, o atual Código Civil em seu art. 1694, §2º, imputa a responsabilidade àquele que houver dado causa à situação de necessidade do outro, não levando em consideração, portanto, quem causou o fim do casamento,

Por outro lado, Carvalho (2010) a exemplo de outros doutrinadores, defende a extinção da separação mantendo a discussão da culpa em processo autônomo ao do divórcio, sob o argumento de que sua extinção no Direito de Família transforma o casamento num compromisso jurídico desprovido de responsabilidades.

Complementando esse pensamento, Rodrigues (2011) afirma que independentemente da forma como o divórcio foi decretado, a melhor solução é a discussão da culpa numa ação autônoma, desvinculada, portanto.

Sindeaux; Fagundes e Farias (2011) afirmam que a averiguação da culpabilidade como requisito para a decretação do divórcio era um resquício proveniente do instituto da separação, ora entendida como extinta, e que já fora minimizada pelo Código Civil de 2002.

Assim, após a EC nº 66/2010, não só está dispensada a aferição de culpa, como também de todas as causas objetivas anteriormente exigidas para a decretação do divórcio, que segundo Lobo (2010) eram:

- a) a quebra da união de vida por mais de um ano, a partir da decretação da separação judicial;
- b) a separação de fato por mais de dois anos (divórcio direto).
- c) o surgimento de doença mental em um dos cônjuges, após o casamento (divórcio indireto).

Embora possua um texto singelo, a Emenda do Divórcio produziu uma modificação de grande alcance. Ela não somente eliminou prazos para a concessão do divórcio, como também afastou por completo a possibilidade de discussão da culpa com o fim do casamento. E mais, impôs novas regras que passaram a fundamentar os pedidos de pensão alimentícia pelo cônjuge. Nessa nova visão, quando da solicitação de pensão será observado o binômio necessidade/possibilidade econômica, o que antes era completamente deixado de lado (FERREIRA, 2011).

2.4 Teorias e aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010

Apesar de ter trazido uma grande contribuição ao ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional nº 66/2010 também gerou e tem gerado muitas discussões. Conforme já demonstrado no item anterior, existe uma corrente que, com base na mencionada Emenda, afirma que a separação judicial foi extinta, e, uma segunda, que defende a permanência da ação de separação judicial, sob o argumento de que as alterações promovidas no texto constitucional somente suprimiram o requisito da prévia separação. E, que em nenhum momento houve alteração na legislação infraconstitucional, que dispõe sobre a matéria.

Não existe consenso entre as Cortes Colegiadas quanto ao fato de que as alterações introduzidas pela EC nº 66/2010 têm aplicação imediata ou não. Uma decisão anunciada pela TJDF, na Apelação Cível nº 2010.01.1.064251-3, traz o seguinte teor:

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO.

A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou

a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. **A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso.** Apelo conhecido e provido.

(TJDF, Apelação Cível nº 2010.01.1.064251-3, Rel.^a Des.^a Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª turma cível, j.29/09/2010).

Adotando um posicionamento contrário ao acima apresentado, a 8ª Câmara Cível do TJRS, assim sumulou seu entendimento sobre a matéria:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSAO EM DIVÓRCIO. 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. (TJRS - Apelação Cível nº 70039476221 - Garibaldi - 8ª Câmara Cível - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos - DJ 25.01.2011).

É oportuno destacar que dentro da esfera do próprio TJRS também existe entendimento contrário

ao transcrito acima. É, portanto, o que se percebe após a análise do voto do desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, que embora tenha seguindo o relator no Acórdão epigrafado, entende que a EC nº 66/2010 revogou a lei ordinária, pois a Carta Magna se sobressai sobre qualquer norma, assim expressando-se:

Em primeiro lugar, registro não haver participado dos precedentes lembrados pelo em. Relator, apontando julgamento unânime pela Câmara.

Isso porque, sintetizando essa questão polêmica, ainda não sedimentada, sustento que a EC 66/10 não se militou a abrir espaço à modificação na legislação infraconstitucional. Ao contrário, tendo eficácia plena e imediata, derogou implicitamente a lei ordinária que dispõe em sentido contrário. O alcance e amplitude da Lei Maior não pode levar, com a máxima vênua, à diferente interpretação, pena de inversão da hierarquia das leis.

Admite-se, é certo, que a separação judicial pode não ter sido extirpada do ordenamento jurídico, mas a modificação alvitada, limitada ao afastamento do requisito temporal para o divórcio, não conduz à necessidade de regulamentação ou mesmo de prévia adaptação da lei civil, derogada pela incompatibilidade com a Carta [...]. (TJRS - Apelação Cível nº 70039476221 - Garibaldi - 8ª Câmara Cível - DJ 25.01.2011).

A maioria dos juristas entendem que a Emenda Constitucional nº 66/2010, colocou um fim na separação judicial. No entanto, alguns argumentam que o referido instituto não foi completamente abolido e sustentam que a separação foi suprimida da Constituição Federal, subsistindo, na lei ordinária. Diante disto, percebe-se que as controvérsias em torno da EC Nº 66 também dizem respeito à sua eficácia.

Defensor dessa última corrente, Pereira (2010) ressalta que é um grande equívoco afirmar que a EC nº 66/2010 extirpou do ordenamento jurídico brasileiro a separação judicial, assim como os requisitos do divórcio. Estes continuam disciplinados no Código Civil e lá permanecerão até que o legislador os retire.

Argumenta também Pereira (2010) que a sociedade brasileira possui um caráter pluralista e que por essa razão, não há como suprimir o instituto da separação do ordenamento jurídico, acrescentando que mesmo com as mudanças trazidas pela EC nº 66/2010, tal instituto continuará existindo e poderá ser sempre utilizado de forma facultativa por aqueles casais que desejam apenas a dissolução

da sociedade conjugal, mas não a extinção do casamento.

Assim, divergindo um pouco do que já foi apresentado, Albuquerque Júnior (2012), dissertando sobre consequências produzidas pela Emenda 66/10 sobre o divórcio e campo sucessório, assegura que:

- a) A Emenda 66 se aplica imediatamente;
- b) A separação de direito, judicial ou extrajudicial, está extinta;
- c) A separação de fato permanece no sistema e mantém os seus efeitos;
- d) O divórcio direto constitui um direito formativo extintivo não vinculado a causas ou requisitos;
- e) Os procedimentos anteriores se mantêm;
- f) Os separados judicialmente na vigência do regime anterior continuam com o mesmo status.

Concordando em parte com o pensamento acima apresentado, Maschietto (2011), é enfático e afirma que as alterações advindas da EC nº 66/2010 devem ser aplicadas imediatamente, face o que dispõe os princípios da força normativa e da máxima efetividade do texto constitucional, que determinam que a eficácia de uma norma constitucional é superior à de uma legislação infraconstitucional.

Assim sendo, se plenamente válido esse posicionamento, inexistente a necessidade de se instituir uma norma infraconstitucional, objetivando regulamentar a Emenda em comento.

Por outro lado, além de afirmar que a EC nº 66/2010 não aboliu o instituto da separação do Código Civil, Santos (2010, p. 1) registra que:

A eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária [...]. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional.

Vê-se, portanto, o quanto tal citação contrapõe-se às afirmações de Maschietto (2011). Logo, se acolhido o pensamento desta última corrente, o instituto da separação judicial continua mantido. Contudo, se aceito o entendimento defendido por Tartuce, todas as expressões 'separação judicial' existentes no Código Civil, principalmente, quando atreladas ao divórcio, encontram-se revogadas.

Deve-se trazer também à discussão o fato de que existe uma terceira corrente, que prega a não extinção da separação judicial do ordenamento jurídico, argumentando que a EC nº 66/2010 apenas eliminou-a como requisito para o pedido de divórcio. E, que tal instituto continua existindo, sendo uma opção aos cônjuges no momento da dissolução da sociedade conjugal (BOTTEGA, 2010).

Explica Dias (2010, p.142), que os defensores dessa terceira corrente argumentam que "como foi mantido o verbo 'pode' no texto constitucional [...] não desapareceu o instituto da separação judicial,

persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão só pelo fato de continuar na lei civil os dispositivos que a regulam".

É importante destacar que o próprio Conselho Nacional de Justiça defende a manutenção da "separação extrajudicial como opção aos cônjuges, o que traz ainda mais confusão à sociedade e aos jurisdicionados" (BOTTEGA, 2010 p. 63).

Objetivando um melhor entendimento, o Quadro 1 apresenta as principais teorias interpretativas da EC nº 66/2010.

Quadro 1 - Teorias Interpretativas da EC nº 66/2010

| TEORIA | DESCRIÇÃO |
|--|--|
| Teoria da ausência de modificações sensíveis | Defende que mesmo com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, alterando a redação no § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não houve qualquer mudança significativa no ordenamento jurídico, mantendo-se assim o sistema dual para dissolução do casamento e, mantendo-se, também, os prazos do divórcio. |
| Teoria da manutenção da separação judicial como opção aos cônjuges | Defende que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu a separação judicial do ordenamento jurídico, mas tão somente como requisito para o pedido de divórcio, deixando, assim, o instituto da separação judicial como opção aos cônjuges no momento da dissolução do casamento. |
| Teoria da revogação da separação judicial e dos prazos para o divórcio | Estabelece claramente que o objetivo da Emenda Constitucional nº 66/2010 é, em primeiro lugar, extinguir o instituto da separação judicial e, em segundo lugar, extinguir os prazos para o divórcio, facilitando assim a dissolução do vínculo matrimonial. |

Fonte: Bottega (2010, p. 53-55), adaptado.

Na prática, os defensores da 'Teoria da ausência de modificações sensíveis' ignoram qualquer alteração em relação ao instituto da separação judicial e vão mais além ao afirmarem que a EC nº 66/2010 manteve o sistema dual para dissolução do casamento, bem como os prazos do divórcio estabelecidos quando ainda da vigência do Código Civil de 1916.

Os doutrinadores que defendem essa teoria argumentam que o art. 226 da Carta Magna, com a redação dada pela EC nº 66/2010 limita-se a afirmar que "o casamento 'pode' ser dissolvido pelo divórcio", sem, contudo, fazer nenhuma referência expressa à separação judicial.

Dentro dessa visão, a nova ordem constitucional trata não uma obrigação, mas de uma faculdade, deixando transparecer que nada foi alterado em relação à separação judicial e aos prazos para o divórcio, partindo do princípio de que esses pontos não foram abordados pela mencionada Emenda Constitucional, afastando-se, assim, a revogação dos dispositivos do Código Civil em vigor, que tratam do assunto.

As descrições apresentadas no Quadro 1, também mostram que os defensores da chamada 'Teoria da manutenção da separação judicial como

opção aos cônjuges', argumentam que a separação judicial continua existindo no ordenamento jurídico, como um instituto facultativo para aqueles que querem dissolver o casamento e ao mesmo tempo podendo servir como um requisito ao pedido de divórcio.

A análise do Quadro 1 também possibilita o entendimento de que a 'Teoria da revogação da separação judicial e dos prazos para o divórcio' parecer ser a mais abalizada, por dois motivos: reconhece a extinção do instituto da separação judicial e que houver realmente a extinção dos prazos para o divórcio. Entendem os defensores dessa teoria que o maior contributo da EC nº 66/2010, resume-se no fato que ao extinguir a separação e os prazos para o divórcio, tal Emenda facilita de forma substancial dissolução do casamento.

Na defesa das diferentes teorias acima apresentadas, encontram-se renomados juristas e doutrinadores brasileiros. Contudo, entende-se que esses pontos discordantes somente serão extintos quando houver realmente uma alteração na legislação infraconstitucional.

2.3 O artigo 1830 do atual código civil frente à EC Nº 66/2010

Em seu teor, o art. 1.830 do atual Código Civil, expressa *in verbis* 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 *apud* ANGHER, 2010, p. 221).

No direito de sucessão vigora o princípio da proteção da família. Assim, a divisão do patrimônio do *de cuius* visa proteger a família com a qual ele, no momento da sua morte, mantinha uma convivência. É importante destacar que antes mesmo da EC n° 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.

3 Considerações Finais

Pode-se concluir que 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 1016, tomando por base as Ordenações Filipinas, 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 cuius* seja factível. E, se entre o casal existe uma separação, não há como se falar nessa contribuição.

Mesmo com a EC n° 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.

Vê, portanto, que à semelhança do que ocorre em relação à eficácia da EC n° 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.

4 Referências

ANGHER, Anne Joyce. **VadeMecum acadêmico de direito**. São Paulo: Rideel, 2010.

BOTTEGA, Clarissa. **O novo divórcio no direito brasileiro: breves linhas** (2010). Disponível in: <http://www.clarissabottega.com/novoDivorciodireitobrasil.pdf>. Acesso: 01 fev 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. **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.

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.

FERREIRA, Natasha do Nascimento. Aspectos processuais da Emenda Constitucional n° 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.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família (as famílias sob perspectiva constitucional)**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6.

LOBO, Paulo Luiz. **Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências**. 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>. Acesso em: 04 fev 2015.

MASCHIETTO, Fabia. **Novo divórcio**. Leme-SP: Mundo Jurídico, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Emenda Constitucional n° 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.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SINDEAUX, Ana Carolina Lucena Freitas; FAGUNDES, Daniel Cabral; FARIAS, Thales Menezes de. O divórcio no Brasil, à luz da emenda constitucional 66/10. **Revista Eletrônica Jurídica Institucional do MP do Estado do Rio Grande do Norte**, Natal/RN v. 1 n. 1 mar/abril 2011.

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