

Da conversão de separação em divórcio diante da nova redação do § 6º, do art. 226, da Constituição da República Federativa do Brasil

Mafalda Lucchese ¹

INTRODUÇÃO

A nova redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 66 ao § 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil trouxe várias divergências quanto à sua aplicação, dentre elas a questão sobre a permanência ou não em nosso ordenamento jurídico da conversão da separação judicial em divórcio, entendendo alguns que não tem mais aplicação o artigo 35 da Lei nº 6.515, de 1977, existindo apenas o Divórcio Direto.

Ocorre que o dispositivo constitucional não pôs termo ao estado civil de separado, e os separados judicial ou extrajudicialmente, por escritura pública, não voltaram a ser casados e nem passaram a ser divorciados automaticamente.

Por outro lado, a questão acima referida, em conformidade com o entendimento que vier a ser adotado pelo aplicador do Direito, implica em distribuir-se o pedido livremente a uma das Varas de Família, nas Comarcas em que há mais de um Juízo com a mesma competência, ou distribuir-se o pedido por dependência, se proposto perante a mesma Comarca em que foi decretada ou homologada a separação.

¹Juíza de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias.

DESENVOLVIMENTO

Em nosso ordenamento jurídico, o estado civil é a situação de uma pessoa em relação ao matrimônio ou à sociedade conjugal e, os possíveis estados civis, em conformidade com a legislação pátria são[1][1]:

- 1) Solteiro: quem nunca se casou ou que teve o casamento anulado ou declarado nulo;
- 2) Casado: quem contraiu matrimônio;
- 3) Separado: quem obteve sentença que deliberou por decretar a separação judicial dos cônjuges ou realizou escritura pública lavrando a separação, não tendo ainda obtido o divórcio, pondo fim às obrigações oriundas da sociedade conjugal (deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens);
- 4) Divorciado: após a homologação/decretação do divórcio judicial ou através de escritura pública;
- 5) Viúvo: pessoa cujo cônjuge faleceu.

A nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal apenas deixou de exigir o prazo de um ano do decreto de separação judicial para obtenção do divórcio, mas não alterou o procedimento judicial e nem retirou do ordenamento jurídico o estado civil de separado. As pessoas em tal situação não passaram a ser consideradas automaticamente divorciadas. Deve ser resguardado o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna e art. 6º da Lei de Introdução). Devem, ainda, ser aplicadas ao caso sub judice as regras de interpretação das Normas Jurídicas e de Direito Intertemporal, não se podendo interpretar apenas literalmente o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, pois conforme CELSO:

“Saber as leis não consiste em conhecer-lhes as palavras, mas sua força e poder” (Digesto, Livro 1º, Título 3º, fragmento 17).

Quanto ao método de interpretação, a mesma pode ser: gramatical (ou literal), lógica, histórica e sistemática.

A interpretação literal se refere aos elementos puramente verbais da lei, ao real significado de seus termos e períodos que informam o texto, buscando estabelecer a coerência entre o significado, ou seja, o sentido normativo da lei e os usos linguísticos.

Entretanto, a simples análise gramatical não é suficiente, podendo levar o intérprete a conclusões contrárias às diretrizes da ordem jurídica e, por tal razão, deve também ser investigada sua finalidade, o seu objetivo, a *ratio legis*. Daí a interpretação lógica, porquanto o estudo puro e simples da letra da lei conduz a resultados insuficientes e imprecisos, havendo necessidade de investigações mais amplas. Busca o intérprete, por este meio, a razão, a intenção da lei e a ocasião da lei. Tem que se indagar qual o motivo determinante do dispositivo.

Já a interpretação histórica consiste na investigação de elementos históricos remotos e próximos da lei, procurando revelar o estado de espírito dos autores da lei, os motivos que ensejaram esta, a análise cuidadosa do projeto, com sua exposição de motivos, mensagens do Executivo, debates etc.

E, finalmente, na interpretação sistemática, se confronta o dispositivo a ser interpretado com as demais normas do sistema que tratam do mesmo assunto e, até mesmo, com a própria ordem jurídica global. Parte-se do pressuposto de que uma lei não pode ser entendida isoladamente. É um processo comparativo.

Nos casos das separações judiciais ou extrajudiciais já existentes no momento em que entrou em vigor a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, trata-se de relação já exaurida, sendo um ato jurídico perfeito, que goza de proteção, não tendo a alteração da norma constitucional força para modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada em conformidade com as normas vigentes na época de sua constituição.

A doutrina tem sido praticamente unânime, com ROUBIER e SERPA LOPES, no sentido de que todas aquelas leis que se referem ao estado

das pessoas, principalmente às relações de família, têm aplicação imediata e geral, o que não se confunde com aplicação retroativa. Ou seja, a lei aplicar-se-á a todas as relações existentes, só não se aplicará, evidentemente, àquelas relações que já estavam exauridas antes de sua vigência.

Em regra, deve sempre prevalecer o princípio da irretroatividade das leis, não tendo efeitos pretéritos, só valendo para o futuro. Tal princípio constitui um dos postulados que dominam toda a legislação contemporânea. WALKER, citado por BARBALHO (**Constituição Federal Brasileira**, p.42) afirmava que *leis retroativas só tiranos as fazem e só escravos se lhes submetem*.

Conforme preleciona o sempre festejado Autor Prof^o. CAIO MAIO DA SILVA PEREIRA, em sua obra **Instituições de Direito Civil**, v. I. Ed. Forense, 10^a ed., p. 100:

“Fazendo-se abstração de qualquer motivo de política legislativa, e independentemente de encarar o assunto no terreno do direito positivo, o efeito retroativo da lei encontra repulsa na consciência jurídica, além de traduzir, como diz bem FERRARA, uma contradição do Estado consigo mesmo, pois que as relações e direito que se fundam sob a garantia e proteção de suas leis não podem ser arbitrariamente destituídos de eficácia.”

A nova regra constitucional se limita, simplesmente, a declarar que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, nada dispondo em relação à dispensa ou não de qualquer outro requisito. Mantém-se o caráter processual, sendo necessária a aplicação do procedimento estabelecido pela legislação infraconstitucional.

O texto constitucional não revogou os dispositivos do Código Civil e da Lei nº 6.515. Tão somente deixou de exigir prazo, seja para o divórcio direto, seja para a conversão da separação em divórcio.

Cumprе esclarecer que embora alguns profissionais do direito intitulem a ação como Divórcio direto, entretanto, o nome tecnicamente correto do pedido é de Conversão de Separação em Divórcio, *ex vi* do artigo

35, da Lei nº. 6.515, que dispõe:

“Art. 35. A conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges.”

A renomada Desembargadora e Jurista MARIA BERENICE DIAS, em sua obra **Manual de Direito das Famílias**, 6ª Ed., Ed. RT, p. 319, ao comentar o tema da Conversão da Separação em Divórcio, preleciona:

“Com o fim da separação, a ação de conversão em divórcio irá desaparecer, na medida em que ocorrer a conversão de todas as separações que foram decretadas antes da sua extinção. No entanto, a exigência temporal de um ano do art. 1.580 do CC simplesmente vai desaparecer. Os separados judicialmente ou separados de corpos, por decisão judicial, podem pedir a conversão da separação em divórcio sem aguardar o decurso de qualquer prazo. Enquanto isso, devem continuar a se qualificarem como separados, apesar de o estado civil que as identifica não mais existir. Mas enquanto se mantiverem separados, nada impede a reconciliação, com o retorno ao estado de casado (CC 1.577)”.

Assim, em tendo sido decretada ou homologada a separação judicial previamente, o pedido de Divórcio deve ser distribuído por dependência, quando na mesma Comarca, tendo aplicação o disposto no parágrafo único do art. 35 da Lei nº. 6.515, que dispõe:

“Art. 35. ...

Parágrafo único. O pedido será apensado aos autos da separação judicial (art. 48)”.

O Prof^or. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, na obra por este coordenada, intitulada de **Curso Avançado de Processo Civil**, v. I. 8ª ed., Editora RT, p. 40, preleciona:

*“São garantias como a do devido processo legal, **do juiz natural**,” (grifei) “da indelegabilidade e indeclinabilidade da jurisdição, da ampla defesa, do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais, da razoável duração do processo, dentre outras tantas, igualmente previstas na Constituição Federal, que garantem aos cidadãos do Estado e às pessoas em geral o direito de acesso às decisões judiciais”.*

O art. 5º, LIII, da Constituição Federal, estabelece que *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”*. E repita-se, a Lei 6.515, no parágrafo único do art. 35, estabelece que *o pedido será apensado aos autos da separação judicial*.

Por outro lado, através do PROVIMENTO CGJ Nº 25/2011, o Desembargador ANTÔNIO JOSÉ AZEVEDO PINTO, Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso XX do artigo 44 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, deu nova redação ao art. 31, da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça (parte judicial), que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 31. Ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei, os feitos ajuizados serão distribuídos igualmente entre os Juízos e Ofícios de Registro de Distribuição, obedecido o critério de compensação.

...

§ 6º. Na hipótese de petição inicial de conversão de separação em divórcio, acompanhada da certidão de casamento contendo a averbação da separação, em que fique comprovado que o Juízo prevento tem sede na mesma Comarca, a distribuição por dependência será feita independentemente de decisão judicial e de ofício.”

Ora, caso não mais existisse a Conversão de Separação em Divórcio, não haveria necessidade de regulamentação da distribuição por dependência

de tal pedido pela Consolidação Normativa da Corregedoria da Justiça.

Acrescente-se que somente os Estados podem legislar sobre normas de organização Judiciária, nos termos e a *contrario senso* do art. 22, XVII, da Constituição Federal.

Ressalte-se que o órgão julgador está adstrito aos limites objetivos do pedido, nos termos dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Leciona o Prof^or. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em sua obra **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Ed. Forense, 1997, 19^a. ed., que:

*“Através da demanda, formula a parte um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual é lícito ao Órgão Judicial decidir a lide (art. 128). Ao proferir a Sentença de Mérito, o Juiz acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido do autor (art. 459, 1^a parte). Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem em quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460). É o princípio da Correlação (ou da Congruência entre o pedido e a Sentença (**Ne Eat Iudex Ultra Vel Extra Petita Partium**), só afastável ante exceção legal expressa”.*

Ensina ainda o autor acima referido que inexistente *nomem iuris* da ação, existindo sim, ações de Conhecimento, Cautelar, de Execução etc. (ob. citada).

Acrescente-se, ainda, que, conforme o renomado jurista ENRICO TULLIO LIEBMAN, em sua obra **Manual de Direito Processual Civil**, Ed. Forense, 1984, volume I, p. 56, *in verbis*:

“A competência é um pressuposto processual, ou seja, requisito de validade do processo e dos seus atos, no sentido de que o Juiz sem competência não pode realizar atividade alguma e deve apenas declarar sua própria incompetência.”

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já decidiu a respeito, conforme acórdão a seguir, transcrevendo o voto integralmente em razão da abrangência minuciosa em relação às divergentes questões surgidas sobre a matéria:

“DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0003346-71.2011.8.19.0000. SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS. SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DE DUQUE DE CAXIAS. RELATOR: DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1) Inobstante a recente modificação introduzida pela Emenda constitucional nº 66/2010 venha provocando extensa discussão acerca da extinção ou não do instituto da separação judicial, no pertinente aos já separados quando da edição da referida emenda, entende a maioria dos doutrinadores que a hipótese é de conversão da separação em divórcio, circunstância que atrai a aplicação do artigo 35 da Lei 6.515/77. 2) Disto se extrai que a competência para processar e julgar a ‘conversão de separação em divórcio’ postulada pelos ora interessados é do Juízo da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias, por onde tramitou a separação judicial. 3) Conflito do qual se conhece para fixar a competência do Juízo suscitante para processar e julgar a conversão da separação judicial em divórcio requerida pelos ora interessados.

ACÓRDÃO. Acordamos Desembargadores que integram a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do presente conflito e fixar a competência do Juízo suscitante para processar e julgar a conversão da separação em divórcio requerida pelos ora interessados.

Trata-se de conflito negativo de competência, sendo suscitante o

Juízo de Direito da 3ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias e suscitado o Juízo de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias. Afirma o suscitante, em apertada síntese, que o pedido inicial é de divórcio direto e não de conversão de separação em divórcio. Entende, por essa razão, que não há prevenção ou conexão com o processo findo de separação judicial que tramitou naquele Juízo, pelo que, em consequência, é competente para apreciar o pedido aquele que couber por livre distribuição, no caso, o Juízo suscitado.

Instado a apresentar as cópias necessárias ao exame do conflito, o Juízo suscitante fez acostar os documentos de fls. 34/56.

Em suas informações, o Juízo suscitado sustenta ser competente o suscitante, uma vez que, conforme consulta ao sistema informatizado deste Tribunal, verifica-se a existência de Separação Judicial homologada pelo Juízo da 3ª Vara de Família daquela Comarca, ora suscitante. Entende, assim, que tem aplicação o artigo 35, da Lei 6.515/77 que dispõe: Artigo 35 – A conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges. Parágrafo único: O pedido será apensado aos autos da separação judicial (art. 48). Destaca, ainda, que, ao contrário do que afirmou o Juízo suscitante, não houve alteração do pedido formulado pelas partes, o qual tem por finalidade a obtenção do divórcio, nada obstante não se lhe tenha dado a correta denominação que é ‘Conversão de Separação em Divórcio’. O Ministério Público opinou no sentido de que seja fixada a competência do Juízo suscitante, conforme se colhe do parecer de fls. 63/66. É o relatório. Passo a votar. Nada obstante a modificação introduzida pela Emenda Constitucional 66/2010, que suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência de separação fática por mais de dois anos para a concessão do divórcio, tenha suscitado extrema celeuma acerca extinção ou não da separação judicial, no pertinente aos já separados judicialmente, antes da edição da referida emenda, a questão não guarde grande controvérsia. É que, mesmo aqueles

que afirmam ter sido abolido o instituto da separação judicial, entendem que o estado civil “separado judicialmente” não deixou de existir, porquanto não há qualquer lógica em simplesmente transformar, de modo automático, os separados judicialmente em divorciados, já que houve um processo regular de separação judicial e não de divórcio. Nesta ordem de ideias, pode-se afirmar que, em que pese o patrono das partes interessadas tenha nominado a ação simplesmente de ‘divórcio consensual’, na verdade, o caso é de ‘conversão de separação em divórcio’, não havendo falar-se em ‘mudança de pedido’. Deveras, não se pode considerar que os interessados ostentam hoje o estado civil de separados. Portanto, não poderiam simplesmente pleitear o divórcio, ignorando a sua condição atual. A discussão, repita-se, ainda está em fase de maturação, ante a proximidade da alteração perpetrada. No entanto, a renomada jurista Maria Berenice Dias já se pronunciou acerca do tema, sendo pertinente transcrever o trecho destacada nas informações do Juízo suscitado. Confira-se: “Com o fim da separação, a ação de conversão em divórcio irá desaparecer, na medida em que ocorrer a conversão de todas as separações que foram decretadas antes da sua extinção. No entanto, a exigência temporal de um ano do art. 1.580 do CC simplesmente vai desaparecer. Os separados judicialmente ou separados de corpos, por decisão judicial, podem pedir a conversão da separação em divórcio sem aguardar o decurso de qualquer prazo. Enquanto isso, devem continuar a se qualificarem como separados, apesar do estado civil que as identifica não mais existir. Mas, enquanto se mantiverem separados, nada impede a reconciliação, com o retorno ao estado de casado (CC 1.577)”. Muito pertinente também é a colocação ministerial assim expressa: “A alteração do sobredito dispositivo constitucional não autoriza, contudo, a ilação de que se aboliu a ação de conversão de separação em divórcio, já que esta se mantém imprescindível para a regularização do estado civil daqueles que se separaram judicialmente antes do advento da EC 66/2010”. Nessa linha de raciocínio, se o pedido

deve ser considerado como ‘conversão de separação em divórcio’ (ainda que tecnicamente não tenha sido assim veiculado), tem incidência o artigo 35 supra referenciado, pelo que é competente o Juízo pelo qual tramitou a separação judicial, no caso, o Juízo suscitante. Note-se que, todavia, para o deferimento do pedido, considerando que a emenda constitucional em testilha já está em vigor, não mais será necessário o cumprimento do prazo anteriormente previsto no § 6º, do artigo 226, da Constituição da República. Ante o exposto, voto no sentido de se conhecer do conflito e fixar a competência do Juízo suscitante, a 3ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias para processar e julgar a conversão da separação judicial em divórcio requerida pelos ora interessados”.

Para os que entendem que não mais subsiste no ordenamento jurídico de nosso país a separação judicial ou extrajudicial, o divórcio indireto não mais existe a partir da vigência da nova redação do § 6º do artigo 226 da Carta Magna, porém para aqueles que se encontravam apenas separados judicial ou extrajudicialmente, por escritura pública, mesmo que venha a se pacificar o entendimento jurídico no sentido de ter sido abolida a separação judicial ou extrajudicial, persiste a necessidade de se converter a separação em divórcio para os que desejem alterar o respectivo estado civil para divorciado, apenas não mais se exige o decurso do prazo de um ano da separação, seja judicial ou extrajudicial.

O professor FLÁVIO TARTUCE, em sua obra **Manual de Direito Civil**, volume único, 2ª Ed., Editora Método, ano 2012, p. 1.121, esclarece:

“Em suma, o art. 1.580 do Código Civil está revogado, pois não recepcionado pelo novo Texto Constitucional. Perdeu sustento o § 1º. do comando, pelo que a conversão em divórcio seria concedida sem que houvesse menção à sua causa. Isso porque não existe mais no sistema a citada conversão, a não ser para o caso de pessoas já separadas juridicamente” (grifei).

A distribuição por dependência evita que seja necessária a extração de cópias das peças dos autos da separação para instruir o pedido de conversão em divórcio, porquanto, embora o art. 1.581 do Código Civil dispense a prévia partilha de bens para a decretação do divórcio, *torna-se necessário ter-se conhecimento de sua existência ou não, pois há consequências de tal ato, a saber:*

1) no caso de novo casamento, sem partilha ou sem que expressamente conste do divórcio a inexistência de bens, este terá que ser contraído sob o regime obrigatório da separação de bens, conforme artigos 1.523, III, c/c 1.641, do Código Civil;

2) na hipótese do regime obrigatório da separação de bens, o cônjuge sobrevivente não terá direito à sucessão legítima, *ex vi* do disposto no art. 1.829, I, do Código Civil;

3) o esclarecimento e comprovação da existência de bens também se faz necessário a fim de ser dado cumprimento à Resolução CGJ nº 12, de 20-09-2004, publicada no D.O. de 23-09-2004, p. 81, que acrescenta o parágrafo único ao art. 230 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça, com a seguinte redação:

“Art. 230 -

Parágrafo único - Se se tratar de carta de sentença ou mandado de averbação expedidos em ação de divórcio ou separação judicial, neles deverá constar a informação acerca da existência ou não de bens a partilhar, e em existindo, se a partilha já foi realizada, informação esta que deverá ser anotada no livro próprio do competente cartório do registro civil de pessoas naturais, devendo este último fazer constar tais dados das respectivas certidões, no espaço destinado a ‘observação’.”

Tal Resolução teve por finalidade agilizar o procedimento de habilitação de casamento daqueles já divorciados, para que possa ser verificado o regime de bens a ser adotado, sem necessidade de desarquivamento do processo de divórcio.

CONCLUSÃO

Tendo em vista que persiste no ordenamento jurídico o estado civil de separado(a) para aqueles(as) que tiveram a separação judicial decretada ou homologada antes da vigência da nova redação dada ao § 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, necessário o procedimento judicial pertinente à conversão da separação em divórcio para o(a) que pretende alterar o respectivo estado civil para divorciado(a), distribuindo-se o pedido por dependência ao processo de separação judicial, se tramitar perante a mesma Comarca, apenas não se exigindo mais o período de um ano de separação de fato. A competência para o julgamento de tais pedidos, os quais visam à obtenção do divórcio, alterando assim o estado civil anterior de separado não é questão de direito material, mas processual. ♦

REFERÊNCIAS

DIAS, MARIA BERENICE DIAS, **Manual de Direito das Famílias**, 6ª Ed., Ed. RT, 2010.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO LIEBMAN, **Manual de Direito Processual Civil**, v. I, Ed. Forense, 1984.

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 19ª.ed. Editora Forense, 1997.

PEREIRA, CAIO MAIO DA SILVA PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, v. I. 10ª. ed., Editora Forense.

TARTUCE, FLÁVIO TARTUCE, **Manual de Direito Civil**, volume único, 2ª. ed., Editora Método, ano 2012.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, **Curso Avançado de Processo Civil**, v. I., 8ª. ed., Editora RT.

WIKIPÉDIA, internet.