

DIREITO CIVIL

Material e Processual

Artigos

Da obrigatoriedade de se discutir as cláusulas de proteção à pessoa dos filhos na ação de divórcio frente à nova Emenda Constitucional nº 66/2010 e os reflexos imediatos na atuação do Ministério Público

Mário de Lima Rodrigues Júnior

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – MG e estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca de Conselheiro Lafaiete (6ª Promotoria de Justiça).

Introdução

Publicada e em vigor desde 14 de julho deste ano, a Emenda Constitucional (EC) nº 66/2010 trouxe muitas questões relevantes a se discutir. Uma delas implica a própria atuação do Ministério Público na defesa dos incapazes, frutos da relação do casal que pleiteia o divórcio. Ante o novel instituto constitucional questiona-se a obrigatoriedade de se estabelecer cláusulas de proteção aos filhos (como guarda, regime de visitas e alimentos) na ação de divórcio, seja ele consensual ou litigioso, ou possibilitar que tais questões sejam discutidas e estabelecidas posteriormente em ações específicas, atendendo, desta forma, ao interesse dos cônjuges que pretendam apenas extinguir o vínculo que os une, pontuando-se a atuação Ministerial à defesa dos interesses dos incapazes.

Fato é que a EC nº 66/2010 conferiu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição da República (CR) que passou assim a dispor: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Essa alteração constitucional gera grandes reflexos na sociedade brasileira, eis que não mais se exigem os lapsos temporais previstos na antiga redação do referido dispositivo constitucional como requisitos prévios para a decretação do divórcio.

A antiga redação do § 6º do art. 226 da CR/88 estabelecia

como requisitos para a concessão do divórcio a prévia separação judicial por mais de um ano, ou a comprovada separação de fato do casal por mais de dois anos ininterruptos.

Se antes havia a possibilidade de se romper a sociedade conjugal em ação de separação judicial, na qual eram instituídas questões atinentes a pessoa dos filhos incapazes, convertendo-se posteriormente o provimento em divórcio, a fim de dissolver o vínculo matrimonial, após a EC nº 66/2010 não há que se falar mais em simples extinção da sociedade conjugal preliminar à dissolução do casamento civil, pois o trânsito em julgado da decisão que conceder o divórcio resolve conjuntamente as questões dos dois institutos, tornando até mesmo injustificável discriminá-los.

Sabemos que apesar de toda a repercussão doutrinária que essa evolução constitucional tem causado, indispensável é analisarmos as consequências práticas da aplicação do referido dispositivo, devendo os operadores do direito respeitar os princípios constitucionais e normas infraconstitucionais que visam à proteção da família como escopo maior, gravado na Carta Magna.

Um dos reflexos práticos da nova emenda refere-se à atuação ministerial em defesa dos interesses dos incapazes (art. 82, I, do Código de Processo Civil). Nesse diapasão, a questão prática que deve ser observada é que tal intervenção se dê nos moldes do comando constitucional de proteção da família.

Extintas as causas objetivas (lapso temporal) e subjetivas (culpa) para a concessão do divórcio ao casal, deve esse ser pleiteado diretamente sem a exigência de causas legais justificantes. Assim, em face da nova emenda constitucional, os cônjuges poderiam requerer o divórcio,

havendo filhos menores, apenas para buscar tão somente a dissolução do casamento civil? Seria possível protelar o estabelecimento das cláusulas que protegem os interesses dos filhos menores na dissolução do casamento civil de seus pais, objeto de proteção constitucional?

A resposta definitivamente deve ser negativa.

Inicialmente, cumpre destacarmos que as formas judiciais do divórcio a partir da alteração constitucional do art. 226, § 6º, da Constituição da República são: *consensual* e *litigioso*.

Divórcio Consensual

Antes da EC nº 66/2010, as questões relativas à proteção dos filhos eram estabelecidas na ação de separação judicial, seja ela litigiosa ou consensual. O art. 1.121 do Código de Processo Civil (CPC) que versa sobre a separação judicial consensual dispõe:

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:

- I – a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;
- II – o acordo relativo a guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;
- III – o valor da contribuição para criar e educar os filhos;
- IV – a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter. (grifo nosso)

Vale frisar que não há maiores problemas quanto a preservação dos interesses dos filhos incapazes no rompimento do casal por divórcio consensual, isto porque a lei continua exigindo que conste no acordo feito pelos cônjuges cláusulas que preservem tais interesses. Isso é o que prevê o § 2º do artigo 40 da Lei nº 6.515/77, que remete aos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil como procedimento a ser utilizado para a homologação do divórcio consensual do casal, vejamos:

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

§ 1º. (...)

§ 2º. No divórcio consensual, o procedimento a ser adotado será o previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas: (...) (grifo nosso)

Assim, o § 2º do artigo supra, ao remeter a aplicação do procedimento de separação consensual (arts. 1.120 a 1.124 do CPC) ao divórcio consensual torna o art. 1.121 Código de Processo Civil ainda aplicável, mesmo com o

fim da separação. Dessa forma, permite a homologação do divórcio consensual, que como transcrito acima, exige o acordo dos cônjuges em relação à guarda, regime de visitas e alimentos aos filhos incapazes frutos da relação.

Ressalte-se que apesar de extinto o lapso temporal de dois anos como requisito prévio para a homologação do divórcio direto consensual, as cláusulas que protegem os interesses dos filhos incapazes persistem. Isso porque a Constituição da República legitima, por meio de seus artigos 226 (*caput*) e 227 (*caput*), a aplicação de normas que protejam os interesses destes incapazes, englobados pela ideia de instituto familiar.

Divórcio Litigioso

Em relação ao divórcio litigioso deve ser feita uma interpretação sistemática das normas a fim de se preservar efetivamente os interesses dos filhos menores do casal, atingindo, desta forma, o real objetivo constitucional de proteção à família, célula da sociedade.

É que, como dito anteriormente, as questões relacionadas à proteção dos interesses dos filhos incapazes do casal que se encontra em processo de divórcio judicial litigioso eram, antes da EC nº 66/2010, estabelecidas, em grande parte, na ação de separação judicial litigiosa, quando não fosse o caso de proposição de ação de divórcio manejado em sua forma direta.

Vejamos os seguintes artigos da Lei nº 6.515/77 que tratam da proteção da pessoa dos filhos (*Seção II*) na extinta ação de separação judicial litigiosa:

Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 20. Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 28. Os alimentos devidos pelos pais e fixados na sentença de separação poderão ser alterados a qualquer tempo.

Os artigos supra tratam respectivamente da guarda dos filhos, do regime de visitas, e dos alimentos prestados a eles pelos pais, sendo de fácil percepção que o juiz tinha a obrigação de

estabelecer estas questões na ação de separação judicial litigiosa. Há, ainda, no Código Civil, dispositivos que contemplam os interesses dos filhos incapazes, vejamos:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – (...)

II – decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 1.574. (...)

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

É notável que mesmo não seguindo o rito dos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, e sim o procedimento ordinário (*vide* art. 40, § 3º, da Lei nº 6.515/77), o divórcio litigioso não poderia deixar de preservar os interesses dos filhos incapazes do casal, até porque, desta forma, não haveria sentido e razoabilidade na lei que prevê a proteção destes no divórcio consensual e os deixa legalmente desamparados no divórcio litigioso.

Dessa forma, devido à extinção da separação judicial litigiosa, devem os artigos transcritos acima terem imediata aplicação na ação de divórcio litigioso, devendo ser considerada inconstitucional a decretação do divórcio sem estarem estabelecidas as cláusulas que preservam os interesses dos filhos incapazes, pois assim, o Poder Judiciário estaria deixando de proteger o instituto familiar que subsiste mesmo após o divórcio do casal, no caso, consubstanciado pelo núcleo formado pelos incapazes, frutos da união e responsável legal.

Conclusão

A única exceção em que poderia ser admitida a decretação ou a homologação do divórcio sem que na mesma ação tenham sido resguardados os interesses dos filhos incapazes, isto é, concedendo o provimento judicial apenas para dissolver o vínculo conjugal, seria quando as questões de interesse e proteção dos filhos já estejam sendo discutidas em outra(s) demanda(s) anteriormente ajuizada(s).

O Ministério Público, ante a atribuição que lhe é conferida pelo *caput* do artigo 127 da Constituição da República e artigo 82, I, do Código de Processo Civil deve, nas ações de divórcio que houver filhos incapazes, atuar sempre zelando pela preservação dos interesses dos mesmos, exigindo que sejam discutidas e estabelecidas cláusulas relativas aos interesses da prole, oriunda da relação conjugal dos divorciandos.

Portanto, não seria conveniente que o representante do Ministério Público permanecesse inerte ao simples pleito de divórcio sem que nesta ação estejam estabelecidas as cláusulas de proteção dos filhos incapazes do casal, ressalvada a exceção de demanda proposta anteriormente.

Não fosse assim, o Ministério Público correria o risco de, posteriormente, os representantes legais dos incapazes omitirem-se na busca da satisfação das pretensões destes, não ajuizando as ações cabíveis, e, assim, restando ao desamparo àqueles que, por lei, são destinatários de tutela especial, ferindo mortalmente a Constituição da República.

Não se pode admitir que as partes, buscando unicamente o divórcio, se atenham ao interesse individual imediato das mesmas e deixem para momento posterior as questões atinentes aos incapazes. Até porque nem se sabe se tais demandas seriam ajuizadas e, dessa forma, o *parquet* não teria como acompanhar a efetiva satisfação dos direitos.

Salienta-se que a própria justificativa da “PEC do divórcio”, apresentada ao Congresso Nacional em junho de 2005 pelo então Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia sugerida pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), reforça a ideia de que não é mais compatível com a sociedade brasileira atual a manutenção dos institutos da separação e do divórcio, devendo somente este último subsistir, contudo, permanecendo inalterado o foco constitucional de proteção à família. Vejamos:

(...) Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma

duplicidade artificial entre a dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com os valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provoca, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

(...)

O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (grifo nosso).

A parte final da justificativa acima apresentada deixa-nos clara a intenção do legislador constituinte reformador em extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação, sem que isso cause qualquer prejuízo aos

interesses dos filhos incapazes do casal, até porque o contrário disso acarretaria grave violação constitucional.

E poderíamos dizer mais: se o legislador constituinte buscou, inclusive, a unificação dos processos para solucionar um único conflito de interesses, não é proporcional que as cláusulas de proteção dos filhos incapazes do casal em processo de divórcio sejam estabelecidas em demanda(s) diversa(s) e posterior(es) à concessão por divórcio, ao entendimento que tais questões deveriam ser discutidas em ações próprias.

Assim, se fossem dispensáveis as discussões no pedido de divórcio de questões como guarda, regime de visitas e alimentos aos filhos menores, não mais se justificaria a exigência de que a demanda, caracterizada pelo interesse de incapazes, obrigatoriamente fosse submetida à apreciação judicial, podendo isso ser plenamente resolvido no Registro Público e, deste modo, ficaria sem sentido o dispositivo constante do art. 1.124-A do Código de Processo Civil.

Por fim, vale repetir que mesmo restando extinto o instituto da separação judicial ante a nova Emenda Constitucional nº 66/2010 devemos, como operadores do Direito e norteados pelo senso de justiça, interpretar esta evolução constitucional, essencialmente, com o intuito de preservar o instituto de inestimável relevância social e base de qualquer Estado Democrático de Direito que é a família e, desta feita, a atuação ministerial deve zelar pela imprescindibilidade da discussão dos interesses dos incapazes nas ações de divórcio, sejam elas consensuais ou litigiosas.