

DA OBRIGATORIEDADE DE SE DISCUTIR AS CLÁUSULAS DE PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS NA AÇÃO DE DIVÓRCIO FRENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E OS REFLEXOS IMEDIATOS NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mário de Lima Rodrigues Júnior¹

Resumo: Pela Emenda Constitucional 66/2010 e à luz de ideais e princípios constitucionais, este artigo busca sustentar, por meio de uma visão voltada à atuação Ministerial na defesa dos interesses dos incapazes, que nas demandas judiciais de divórcio, seja na modalidade litigiosa ou consensual, em que o casal requerente possua filhos incapazes, tenha-se por imprescindível a fixação de questões que preservem os interesses destes. Por tal argumentação, procura-se repelir a ideia de se limitar a discussão apenas e unicamente quanto à dissolução do casamento civil, rejeitando-se ainda o estabelecimento de tais cláusulas em ações posteriores à concessão do divórcio.

Palavras-chave: Divórcio – Emenda Constitucional 66/2010 - Interesse incapazes – Ministério Público

Abstracts: By the Constitutional Amendmet 66/2010 and in the light of ideals and constitutional principles, this paper wants to allow, by means of a vision focused on the ministerial performance in defense of the interests of the disabled, support that in divorce ligation, whether in the form contested or consensus, in which the applicant couples have children incapable, becomes essential to fix issues that preserve the interests. By this argument, seeks to repel the idea of limiting the discussion only on the dissolution of marriage, rejecting even the establishment of such clauses in suits since the granting of divorce.

Keywords: Divorce - Constitutional Amendmet 66/2010 - Interesting of Unables – Prosecution

Introdução

Publicada e em vigor desde 14 de julho de 2010, 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

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete e Ex-Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca de Conselheiro Lafaiete/MG.

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 66/2010 conferiu nova redação ao § 6º do artigo 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 concessão do divórcio.

A antiga redação do § 6º do artigo 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 66/2010 não há que se falar mais em simples extinção da sociedade conjugal preliminar à dissolução do casamento civil. Isso porque o trânsito em julgado da decisão que decretar o divórcio resolve conjuntamente as questões dos dois institutos, o que torna 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 observar os princípios constitucionais e normas infraconstitucionais que visam à proteção da família como escopo maior, gravado na Carta Magna.

Um dos reflexos práticos da emenda refere-se à atuação Ministerial na 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 objetiva (lapso temporal) e subjetiva (culpa) para a concessão do divórcio ao casal, deve este 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 ou incapazes, apenas para buscar exclusivamente a dissolução do casamento civil? Seria possível protelar para demandas futuras e autônomas o estabelecimento das cláusulas que protegem os interesses dos filhos menores ou incapazes do casal em processo de divórcio?

A resposta definitivamente deve ser negativa, conforme argumentos a seguir aduzidos.

Cumpramos destacar que as formas judiciais do divórcio a partir da alteração constitucional do artigo 226, § 6º da CR são: *consensual* e *litigioso*.

Divórcio Consensual

Inicialmente, impende consignar que antes da EC 66/2010 as questões relativas à proteção dos filhos eram estabelecidas na ação de separação judicial, seja ela de caráter litigioso ou consensual.

Nessa linha, o artigo 1.121 do Código de Processo Civil que versa sobre a superada 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 acrescido)

No que concerne ao divórcio consensual verifica-se que não existem grandes dificuldades quanto a preservação dos interesses dos filhos incapazes em demandas judiciais de tal natureza, posto que a lei continua exigindo que conste no acordo feito pelos cônjuges cláusulas que preservem os interesses daqueles.

Isso é exatamente o que prevê o § 2º do artigo 40 da Lei 6.515/77, que determina a utilização do procedimento inserto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil para a homologação do divórcio consensual, *ipsis verbis*:

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)

Note-se que § 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 artigo 1.121 Código de Processo Civil ainda aplicável, mesmo com o fim da separação.

Desta forma, permite a homologação do divórcio consensual desde que seja apresentado acordo dos cônjuges em relação a guarda, regime de visitas e alimentos aos filhos incapazes frutos da relação.

Em síntese, a homologação judicial do divórcio consensual estará condicionada à observância dos requisitos constantes do artigo 1.121/CPC.

Vale frisar que apesar de extinto o lapso temporal de 2 (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 legítima, 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.

Posto isso, percebe-se que em relação ao divórcio consensual a legislação preserva categoricamente, e a toda evidência, a necessidade de estabelecimento das questões atinentes dos filhos incapazes dos divorciandos nos próprios autos do divórcio, sob pena de indeferimento da inicial.

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 incapazes 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 filhos do casal que se encontra em processo de divórcio judicial litigioso eram, antes da EC 66/2010, estabelecidas em grande parte na ação de separação judicial litigiosa, quando não fosse o caso de propositura de ação de divórcio manejada em sua forma direta.

Vejamos os seguintes artigos da Lei 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.

O Código Civil, seguindo a mesma orientação da Lei 6.515/77, contempla, em alguns dispositivos de natureza correlata aos acima transcritos, referida obrigação. Veja-se:

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

I – (...)

II – decretada pelo juiz, em atenção as 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 6.515/77), o divórcio litigioso não poderia deixar de preservar os interesses dos filhos incapazes do casal. Até porque, do contrário, não haveria sentido e razoabilidade na legislação que reconhecesse a necessidade de proteção dos filhos no divórcio consensual e os deixasse 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 como afronta constitucional a decretação do divórcio sem que estejam estabelecidas cláusulas que preservem os interesses dos filhos incapazes. Caso contrário, o Poder Judiciário estaria deixando de proteger o instituto familiar que subsiste mesmo após o divórcio do casal, no caso, consubstanciado pelo núcleo formado entre o(s) incapaz(es) – fruto(s) da união - e seu(s) responsável(eis) legal(ais).

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 estivessem sob análise em outra(s) demanda(s) anteriormente ajuizada(s).

O Ministério Público, ante a atribuição que lhe é conferida pelo *caput* do artigo 127 da CR/88 e pelo artigo 82, I do CPC deve, nas ações de divórcio em 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 anteriormente proposta.

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, deixando de aforar as ações cabíveis e, assim, restando ao

desamparo àqueles que, por determinação constitucional e legal, são destinatários de tutela especial.

Não se pode admitir que as partes, buscando unicamente o divórcio, se atenham aos seus interesses individuais imediatos e deixem para momento ulterior as questões atinentes aos incapazes. Até porque nem se sabe se tais demandas seriam ajuizadas e, via reflexa, 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 subsistir, contudo, permanecendo inalterado o foco constitucional de proteção à família. Veja-se:

“(...) 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 antivorcistas, 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 revelados e trazidos 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 acrescido)

A parte final da justificativa acima apresentada deixa-nos claro a intenção do legislador constituinte derivado reformador em extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação, contudo, sem que isso cause qualquer prejuízo aos interesses dos filhos incapazes do casal. Do contrário ocorreria grave e inevitável 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) a concessão por divórcio, ao entendimento que tais questões deveriam ser discutidas em ações próprias.

Se fossem dispensáveis as discussões no pedido de divórcio de questões como guarda, regime de visitas e alimentos aos filhos incapazes do casal, não mais se justificaria a exigência de que a demanda, caracterizada pelo interesse de incapazes, obrigatoriamente fosse submetida a apreciação judicial, podendo isto ser plenamente resolvido no Registro Público, e deste modo, ter-se-ia a inocuidade da norma inserta no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil.

Por fim, vale repetir que mesmo com a extinção do instituto da separação judicial pela promulgação da Emenda Constitucional 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.

Por todas as considerações supra, tem-se que a atuação Ministerial deve zelar pela imprescindibilidade da discussão dos interesses dos incapazes nas ações de divórcio, sejam elas consensuais ou litigiosas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 jan. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada dia 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. **LEI 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 21 jan. 2010.