

**SEPARAÇÃO E A EMENDA CONSTITUCIONAL nº 66/2010:
Incompatibilidade legislativa**

César Leandro de Almeida Rabelo¹

RESUMO: O presente trabalho visa tratar os institutos da separação e do divórcio após as alterações pela Emenda Constitucional nº 66/2010, quais modalidades de dissolução da sociedade conjugal foram preservadas, revogadas tacitamente ou entrarão em desuso decorrente da nova redação do imperativo constitucional.

PALAVRAS CHAVE: Emenda Constitucional; casamento; divórcio; separação; revogação.

SUMÁRIO:

1 – INTRODUÇÃO; 2 – A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002; 3 – A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010; 4 – CONCLUSÃO. 5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 – INTRODUÇÃO

Concebido por valores morais, religiosos e sociais, o casamento pretende a união duradoura entre os cônjuges, ressalvada a possibilidade de dissolução nas hipóteses previstas na legislação.

Contudo o princípio da dignidade da pessoa humana, a autonomia de vontade privada, a facilidade e liberdade para constituição do matrimônio aponta para evolução de um Direito de Família sem interferência Estatal nas relações

¹ Bacharel em Administração de Empresas e em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Docência no Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CEAJUFE - Centro de estudos da área jurídica federal. Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade FUMEC.

humanas, o que não ocorria na vigência dos dispositivos da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) e do Código Civil de 2002.

Desta forma, coube aos legisladores e aos operadores do direito acompanharem a evolução social do indivíduo e da sociedade para que o Direito atenda aos anseios sociais, o que foi efetivado através a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Por este texto constitucional o legislador compreendeu que não mais é possível a interferência estatal na autonomia de vontade privada, principalmente no ramo do Direito de Família, proporcionando a dissolução do casamento pelo divórcio imediato, independente de culpa, motivação ou da prévia separação judicial ou consensual.

Não é aceitável que em pleno século XXI os cônjuges se obriguem a permanecer casados por questões meramente morais, religiosos ou sociais, tampouco, que mantenham qualquer vínculo apenas para aguardar do transcurso de tempo necessário entre a separação e a possibilidade da conversão em divórcio, por simples exigência legal.

Considerando que o matrimônio tem como fim a vida em comum, harmônico e a afetividade, e não mais havendo esse interesse por parte dos cônjuges, mais que recomendável a dissolução do casamento com intuito de preservar a integridade psicológica, moral e física dos mesmos.

Para demonstrar a evolução legislativa, analisaremos no presente os institutos da separação e do divórcio no Código Civil de 2002 e os impactos decorrentes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, demonstrando que o sistema binário foi banido pela ordem constitucional, incorrendo na revogação tácita da modalidade de separação das demais legislações infraconstitucionais por total incompatibilidade constitucional.

2 – A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O ordenamento jurídico dispõe acerca dos institutos da separação e o divórcio como modalidades de dissolução da sociedade conjugal e como dissolução do casamento.

A separação pode ser consensual ou litigiosa (baseada na conduta desonrosa ou na grave violação aos deveres matrimoniais por um dos cônjuges), remédio, (decorrente de grave doença mental que tenha acometido um dos cônjuges), ou falência, (pela ruptura da vida em comum).

No Código Civil de 2002, art. 1574, *caput*ⁱ, a separação consensual pode ocorrer desde que transcorrido prazo mínimo de vigência do casamento de 1 (um) ano, sem falar das alterações trazidas a modalidade remédio que reduziu o prazo da enfermidade para 2 (dois) anos e ainda excluiu a cláusula de dureza prevista na lei do divórcio de 1977.

Pelo artigo 1573, parágrafo únicoⁱⁱ do mesmo estatuto civil, verifica-se que o próprio legislador optou por enfraquecer o instituto da separação no direito brasileiro possibilitando o seu requerimento independentemente de qualquer causa jurídica culposa ou objetiva, bastando a real manifestação de interesse do cônjuge.

Melhor não poderia ser o entendimento afinal, diante da liberalidade da autonomia privada dos indivíduos, não é necessário invocar qualquer motivo ou causa para realização do casamento, da mesma forma não se deve exigir motivo ou causa para se separar.

Tal inovação não exige, também, que sejam invocadas causas, inclusive culposas, para alcançar a separação, salvo quando está em discussão a responsabilidade civil decorrente de algum evento danoso.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, com seu avançado domínio sobre a matéria, considerou “retrógrada manutenção da necessidade de identificação de um culpado para ser concedida a separação”. (DIAS, 2009)

Cumprido esclarecer que apesar da facilitação da separação imotivada, o Código Civil não extinguiu o instituto, continuando possível o ajuizamento de procedimento de separação litigiosa por culpa, seja para efeito de guarda dos filhos, uso de nome, alimentos e até responsabilização civil por dano moral ou material.

As modalidades de divórcio direto e o divórcio por conversão da separação judicial (indireto) também continuam previstas no Código Civil de 2002. O divórcio por conversão dependia do transcurso de 1(um) ano do trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial, ou da concessão da medida cautelar de separação de corpos.

A conversão poderá ser consensual ou litigiosa, onde, nesta última, o magistrado conhecerá do pedido e julgará em razão da revelia ou da falta de necessidade de prova oral, uma vez que a matéria a ser alegada na contestação é limitada a falta de decurso do prazo de 1 (um) ano de separação judicial ou pelo descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente no ato da separação.

Já o divórcio direto opera pelo simples transcurso do prazo de 2 (dois) anos da separação de fato dos cônjuges, sendo o único requisito obrigatório que o prazo seja ininterrupto, sem manifestação das partes de interesse em reconciliar.

Da mesma forma que nos casos de separação, o divórcio direto pode ser consensual ou litigioso, independentemente de motivação, bastando a simples demonstração dos requisitos legais.

Por questões puramente sociais, tanto a Lei do Divórcio de 1977, quanto o Código Civil de 2002, dotavam de meios para desestimular o fim do matrimônio, obrigando o cônjuge na manutenção de um casamento muitas vezes falido e infeliz.

Historicamente, os casamentos eram mantidos a qualquer custo em razão de uma indissolubilidade social, moral e principalmente religiosa, sendo mantidos aparentemente, em um compromisso social, evitando a propagação de um fracasso matrimonial.

Atualmente os indivíduos são dotados de direitos e deveres, possuidores de autonomia privada e liberalidade, não mais sendo obrigados a sustentar um laço matrimonial desprovido de afeto, sob o risco, inclusive, de incorrer em eventual responsabilização civil por eventual dano moral ou material que por ventura possa acontecer.

Por tais motivos, como prova de um reconhecimento da autonomia privada e da liberdade do indivíduo, foi aprovada pelo Congresso Nacional a nova redação ao art. 226, §6º da Constituição Federal, alterando consideravelmente os institutos da separação e do divórcio no Brasil.

3 – A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

O Congresso Nacional promulgou em 13 de julho de 2010 a Emenda Constitucional nº 66, com vigência imediata, possibilitando que qualquer dos cônjuges, independente de demonstração de culpa, separação prévia e a qualquer tempo, requeira o divórcio imediato.

A referida Emenda desaparece com o instituto da separação, elimina os prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal (com exceção para responsabilidade civil por dano moral ou material), senão vejamos:

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. (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 13 de julho de 2010.

Observa-se que a nova redação suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, podendo-se concluir que a alteração revoga tacitamente tal instituto jurídico.

O sistema binário de dissolução do casamento possui raízes e justificativas em uma moral, religiosa e social da não facilitação da extinção do casamento e da preservação da família, o que não mais se justifica em um Estado laico e democrático.

A evolução legislativa do ordenamento pátrio baseia-se no princípio da interferência mínima do Estado na autonomia privada, na intimidade e liberdade do indivíduo.

Em 1977, quando da promulgação da Lei do Divórcio, o argumento usado para o instituto da separação judicial era puramente religioso. Acreditava-se que a separação impediria os divórcios e, ainda, possibilitariam as reconciliações devido ao prazo de espera para conversão em divórcio.

Entretanto, a evolução social e do direito demonstrou que esta realidade não mais ocorria. A autonomia da vontade proporcionou ao indivíduo o direito de não mais sustentar um relacionamento afetivo com interesse apenas moral, religioso ou social, tendo em vista que geravam maiores despesas, desgastes emocionais, bem como contribuía para o abarrotamento do Judiciário com número excessivo de procedimentos desnecessários.

Existe uma resistência em compreender e aceitar que a separação judicial foi revogada tacitamente de nosso ordenamento. Fazendo uma interpretação da norma constitucionalizada, concluiremos que o legislador banuiu da Carta Magna a única referência à separação judicial, não havendo qualquer lógica para sua manutenção prática.

Juridicamente, a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico era, exclusivamente, para convertê-la em divórcio após o transcurso do prazo legal, o que não é mais possível de acordo com a nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

Assim, incoerentemente, teriam os mesmos que ajuizar ação de divórcio direto para conseguir o divórcio, uma vez que a conversão não mais recebe a tutela constitucional.

A incompatibilidade com a Constituição, se não pudermos falar em revogação tácita, faz com que entre em desuso qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal conforme explicita Paulo Lôbo:

“(…) a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal, que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977.” (LOBO, 2008)

Mesmo uma interpretação sistemática não pode estender ao que o comando constitucional restringiu. A interpretação das leis infraconstitucionais deve ser feita de acordo com o comando constitucional, não podendo mais questões morais, sociais e religiosas impor limites ao direito e ao legislador.

Ademais, não existe razão lógica de se manter o instituto da separação judicial ou consensual, visto que o texto constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo de forma mais simples, efetiva, com menor custo e tempo, evitando maiores desgastes psicológicos.

Nesse sentido são os ensinamentos da jurista Maria Berenice Dias:

(…) É um instituto que traz em suas entranhas a marca de conservadorismo, atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexistente razão para mantê-la (...). Portanto, de todo o inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma

união que não mais existe, uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta". (DIAS, 1999, p. 274)

A necessidade de dois procedimentos distintos, além de proporcionar maiores gastos, obriga os cônjuges a convivência com o dissabor da separação durante determinado período de tempo, visto que o número de reconciliações é insignificante.

Sem contar que a extinção da separação da ordem jurídica proporcionou grande redução dos procedimentos em andamento e futuros ao Poder Judiciário.

Aqueles procedimentos de separação que estavam em andamento foram convertidos mediante comunicação prévia e manifestação de interesse das partes. Não havendo concordância do autor com conversão, enseja a extinção do procedimento por impossibilidade jurídica do pedido de separação.

Essa evolução legislativa demonstra, principalmente, a redução da interferência Estatal, social e religiosa na autonomia privada, proporcionando a possibilidade de um recomeço da vida afetiva aos cônjuges, independentemente do transcurso de qualquer prazo legal, não mais os obrigando na manutenção de um casamento desprovido de afeto e felicidade.

4 - CONCLUSÃO

A nova redação do artigo 226, §6º, da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional n. 66/2010, causou enorme controvérsia entre estudiosos e operadores do direito dada a facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto, bem como a supressão das exigências dos prazos da separação judicial e de fato.

O imperativo constitucional proporcionou o fim da sociedade conjugal pelo divórcio imediato, independente de demonstração de culpa, motivação ou da

separação prévia, bastando apenas a mera manifestação de vontade por qualquer dos cônjuges.

Não mais se falará em violação de deveres e obrigações conjugais, salvo para discussão da responsabilidade civil para reparação por algum dano material ou moral sem que esta afete o direito ao divórcio, demonstrando grande preocupação com o estado emocional e o direito dos cônjuges.

Ainda que existam pensamentos contrários, a dissolução do casamento não enfraquece a instituição familiar. Já a interferência social, moral e religiosa na vida privada acabam descreditando o direito perante a sociedade, face o desrespeito a autonomia de vontade, privacidade, liberdade, bem-estar e o direito dos indivíduos.

O que se defende é um ordenamento jurídico dentro dos paradigmas constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual, garantindo meios eficazes para atender aos anseios sociais.

As normas infraconstitucionais não podem sobrepor o texto constitucional, devendo a interpretação legislativa ocorrer de forma constitucionalizada, livre de qualquer interesse social, moral ou religioso, considerando ao abalo emocional e dissabor psíquico-emocional que um casamento falido e infeliz pode acarretar.

Além de tratar de norma constitucional imperativa, o divórcio imediato, facilitado e livre, torna inútil o instituto da separação judicial. Defender sua manutenção apenas para atender aqueles que preferem uma via menos drástica de dissolução da sociedade conjugal é a clara demonstração de uma interpretação enraizada na moral religiosa e social de um instituto retrógrado e ineficiente para o ordenamento jurídico atual.

5 – REFERÊNCIAS

Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil / Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira - Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 105-126)

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2 ed. Rio: Forense Universitária, 1993.

BRASIL SANTOS, Luiz Felipe. **Separação Judicial e Divórcio no Novo Código Civil Brasileiro**, in Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, Jan-Fev-Mar 2002, Síntese.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - Publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988, em destaque Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**, 6ª ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 5 ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Até que enfim...**, texto disponível no: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>, acessado em 15 de abril de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família. 18 ed. Aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. "**A PEC do Divórcio: conseqüências jurídicas imediatas**".
In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, vol. 11, pp. 05-17,
Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 8, ago./set. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 35 ed; v. 2, São Paulo: Saraiva, 1999.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**, 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JÚNIOR, Néelson & NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**, 3 ed., Curitiba: Juruá, 2000.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e Separação Judicial**, 9 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**, 2 ed. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Direito de Família**. v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – direito de família**. 3 ed. v. 6, São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: Questões controvertidas**, Porto Alegre: Síntese, 2000.

ⁱ Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

ⁱⁱ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.