



Escola da Magistratura do Estado Rio de Janeiro

A Emenda Constitucional n. 66/2010 e suas consequências para a subsistência do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro

Marianna Costa Bernardes

Rio de Janeiro
2012

MARIANNA COSTA BERNARDES

A Emenda Constitucional n. 66/2010 e suas consequências para a subsistência do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A SUBSISTÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marianna Costa Bernardes

Graduada pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: A Emenda Constitucional nº66/2010 eliminou o requisito temporal para a decretação do divórcio de um casal, revelando-se verdadeiro avanço no Direito de Família Brasileiro. Contudo, a redação sucinta do dispositivo constitucional deixou dúvidas quanto à subsistência do instituto da separação e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista suas consequências e conteúdo prático distintos do instituto divórcio. Assim, a essência desse trabalho é abordar sistematicamente a regulamentação do divórcio e da separação, com fundamento na Constituição da República e no Código Civil de 2002, analisando-se os efeitos da entrada em vigor da referida emenda constitucional.

Palavras-chave: Direito de Família. Separação. Emenda Constitucional nº 66/2010. Consequências.

Sumário: Introdução. 1. O instituto do divórcio e da separação no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 e a supressão do requisito temporal. 3. Análise da subsistência da separação no Direito Civil Brasileiro. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto tem como tema a análise do instituto da separação, após o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, que suprimiu o requisito temporal para a decretação do divórcio do casal.

Sob a égide do Código Civil de 2002, o cônjuge que objetivava a separação do casal poderia pleitear o reconhecimento da culpa, com escopo de afastar do outro cônjuge quaisquer deveres referentes à assistência recíproca, como pensão alimentícia, ou mesmo servir a

declaração de culpa como fator de influência para a obtenção da guarda dos filhos do casal ou partilha do patrimônio comum.

Ocorre que o ordenamento jurídico pátrio afastou qualquer questão atinente à culpa na separação, mormente por ser possível o divórcio direto previsto no artigo 226, §6º, da Constituição da República, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, o que reforça o argumento da desnecessidade de comprovação da culpa na separação, ao ser instituído o divórcio direto, sem o requisito temporal.

Contudo, outra parcela da doutrina e da jurisprudência defende a manutenção do interesse na discussão quanto à culpa na separação, em razão das consequências legais, que não foram expressamente revogadas pela Emenda Constitucional n. 66/2010. Em que pese a facilitação do divórcio, pela extinção do requisito temporal, as disposições constitucionais permaneceriam em vigor.

Insta aviventar que não se pretende apenas o estudo da separação, tampouco de seus requisitos legais. O propósito é analisar o alcance da inovação trazida com a Emenda Constitucional n. 66/2010, que não revogou expressamente o instituto ora em comento, havendo fundadas dúvidas quanto à sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio, e quanto à possibilidade de uso facultativo pelos cônjuges, diante de sua separação de fato.

Discutir-se-á se é lícito ao ex-casal formular pedido de separação, ainda que sem a atribuição de culpa, tendo como argumento *a maiori ad minus*, pois se a legislação pátria permite a opção pelo divórcio direto sem qualquer exigência temporal, com mais razão deveria permitir a separação, cujos efeitos são menores.

Por fim, será analisada a subsistência do referido instituto, em cotejo com princípios constitucionais norteadores do Direito de Família, que é um instituto que não pode ser visto como alheio ao Estado Democrático de Direito.

O trabalho tem como escopo a análise da separação do casal, seus efeitos e consequências, diante da supressão do requisito temporal que a diferenciava substancialmente do divórcio direto, com a posterior verificação de sua subsistência no ordenamento jurídico pátrio.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a diferença entre os institutos da separação e do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro; os efeitos pretendidos e os alcançados pela Emenda Constitucional n. 66/2010, com a supressão do requisito temporal para a decretação do divórcio direto; e a verificação da subsistência ou extinção do instituto da separação. A metodologia será pautada pelo método do tipo argumentativo, bibliográfico, dedutivo, qualitativo e parcialmente exploratório.

Sendo assim, ante a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 66/2010, doutrina e jurisprudência divergem quanto à manutenção da análise da culpa na separação, de maneira que nesse trabalho serão perquiridas as características e efeitos do instituto, para que, após, sejam examinados os desdobramentos e consequências referentes à nova redação do texto constitucional.

1. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conceito e a extensão de família passaram por várias alterações ao longo do tempo. O cristianismo influenciou a formação das famílias, pois a Igreja passou a legislar, criar normas, dando início ao Direito Canônico. O casamento era visto como um sacramento, sendo orientado pelo aspecto da indissolubilidade, matéria esta eclesiástica, escapando à jurisdição do Estado.

O movimento religioso da Reforma Luterana e a Revolução Francesa são apontados por Eduardo de Oliveira Leite¹ como acontecimentos marcantes no casamento civil, tal qual concebido nas codificações, transferindo as questões relativas ao controle das uniões entre pessoas não parentes para a competência do Estado.

O Direito de Família apresenta-se como um reflexo de vários fenômenos que repercutem em determinadas regras e princípios. Para Erik Jayme², as características da cultura contemporânea verificadas no Direito demonstram a indispensabilidade de se repensarem e renovarem as bases e os fundamentos dos institutos e das normas jurídicas.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a constitucionalizar o Direito de Família. No Capítulo I (*Da Família*), do Título V (*Da Família, da Educação e da Cultura*), apenas quatro artigos (144 a 147) foram destinados ao tema.

À família foi dispensado tratamento rígido e conservador, carregado de preconceitos, como o da indissolubilidade do vínculo matrimonial (artigo 144), uma vez que ainda vigia o Código Civil de 1916. Tutelava-se a família como instituição, sem observar a individualidade de cada integrante.

O Código Civil de 1916 consagrou o ideal liberal-burguês de codificação, sendo quatro seus personagens básicos: o marido, o proprietário, o contratante e o testador, o que justificava seu espírito essencialmente patrimonialista, individualista e contratualista³.

Até então, o casamento era a única forma de criar família legítima e legitimar os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos. Não existia família em relações concubinárias, ainda que no denominado concubinato puro, entre pessoas sem quaisquer impedimentos matrimoniais.

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: RT, 1993, p. 94.

² JAYME, Erik, apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Para Clóvis Beviláqua, conceituava-se o Direito de Família como um complexo de normas e princípios que regulavam a celebração e os efeitos resultantes do casamento, tais como as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a sua dissolução, as relações de parentesco e os institutos protetivos.

Nessa esteira, as Constituições de 1937 (artigos 124 a 127), 1946 (artigos 163 a 165) e 1967 (artigo 167) mantiveram a mesma linha, ou seja, a família era aquela formada unicamente pelo casamento, cujo vínculo era indissolúvel.

A Emenda Constitucional n. 9 de 1977 trouxe importante inovação ao texto constitucional, ao alterar a redação original do artigo 175, §1º, da Constituição de 1967, passando a prever a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial. Em razão da alteração constitucional, foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 1977).

Com o advento da Constituição de 1988, houve uma verdadeira revolução no sistema jurídico brasileiro, com o fenômeno da publicização ou constitucionalização do Direito Civil. Devido à criação de direitos sociais constitucionalmente consagrados, a estrutura liberal, patrimonialista e obsoleta da legislação civil vigente à época se desestabilizou.

Atualmente, a família não é mais tida como objeto de proteção autônoma, passando a ser funcional, ou seja, um instrumento de promoção e desenvolvimento dos integrantes, realçando a dignidade da pessoa humana e suas relações⁴. Como leciona Paulo Luiz Netto Lôbo⁵, a pessoa deve ser protegida e colocada no centro do ordenamento jurídico.

A partir de 1988, princípios, como a dignidade da pessoa humana, tornaram-se fontes de interpretação doutrinária e jurisprudencial, devendo, também, ser utilizados como normas geradoras de direitos e deveres nas relações familiares, já que dotados de imperatividade e coerção.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). *Direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.

A isonomia conjugal estatuída pela Constituição da República de 1988 (artigo 226, §5º) acabou com o poder marital e com o encapsulamento da mulher, já que o patriarcalismo não se coaduna com os tempos modernos. As decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois ambos têm os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Essa conquista se deu em razão da intensificação da entrada da mulher no mercado de trabalho, bem como pela independência financeira alcançada, que por muitas vezes a leva a sustentar o lar. Em se tratando de uma sociedade capitalista, o aumento do poder aquisitivo da mulher deu-lhe reais condições de igualdade.

O Código Civil de 1916 tratava de forma rigorosa o casamento, ao lhe emprestar feição de indissolubilidade, em razão da forte influência exercida pela religião. A orientação do sistema jurídico alterou-se apenas em 1977, com a publicação da Lei n. 6.515, que passou a admitir o rompimento do vínculo matrimonial.

Já o Código Civil de 2002, em observância à nova legalidade constitucional, vocacionou os institutos do casamento de forma a almejar a inclusão e a especial proteção da pessoa humana no seio familiar, como fator de garantia de cidadania e dignidade.

Seguindo essa tendência, o artigo 1.511 do *Codex* em vigor estabeleceu que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, afastando por completo qualquer tratamento que diferencie o homem e a mulher, tal qual ocorria no código anterior.

Visando a proteção da comunhão de vida, o Código Civil, em seu artigo 1.513, proíbe a interferência na comunhão de vida instituída pela família, até mesmo pelas pessoas de direito público, realçando o livre planejamento familiar (artigo 226, §7º, da Constituição da República).

Dentre os efeitos pessoais, destaca-se a comunhão de vida com base na igualdade entre os cônjuges. O artigo 1.566 do Código Civil organiza-os em: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos. Todavia, o rol não é taxativo, pois a vida em comum pode vir a exigir outros deveres entre os consortes.

A fidelidade recíproca traduz a expressão da monogamia, tida como dever jurídico, sendo certo que não pode ser analisada separadamente do dever de respeito e consideração mútuos.

A mútua assistência é considerada forma específica de materialização da solidariedade social e familiar, abraçada pelo artigo 3º da Carta Magna. Vale destacar que a violação desse dever não acarreta qualquer sanção ao cônjuge descumpridor, apesar de se manter após a ruptura da vida conjugal pela separação, somente cessando pela morte ou divórcio.

O casamento implica uma comunhão de interesses econômicos entre os cônjuges, motivo que levou o Código Civil a regular um estatuto patrimonial do casamento, consistente no regime de bens, cujo objetivo é o crescimento econômico da sociedade afetiva, sem que esse se sobreponha ao caráter afetivo e solidário das relações familiares.

A tendência de todo casamento é a manutenção, mas não deve ser esquecida a possibilidade de cessação do afeto, encerrando o projeto familiar. Nos ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁶, a separação e o divórcio exteriorizam o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma comunidade de vida, sendo certo que a imposição de dificuldades para tanto implicaria verdadeira degradação pessoal nas esferas psíquica, moral, intelectual e física.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.320.

O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta a separação e o divórcio como mecanismos dissolutórios do casamento, de modo que a legislação ser interpretada em consonância com a Constituição da República.

A separação surgiu como substituta da antiga figura do desquite, ao dissolver a sociedade conjugal, sem atingir o vínculo matrimonial, sem permitir que os cônjuges venham a convolar novas núpcias. No Código Civil de 2002, apresenta-se nas modalidades: consensual (artigo 1.574); litigiosa (artigo 1.572); sanção (artigo 1.572, *caput*); falência (artigo 1.572, parágrafo 1º), e remédio (artigo 1.572, parágrafo 2º). Destaca-se, outrossim, a possibilidade de atribuição de culpa e suas respectivas consequências.

Com relação ao divórcio, a Constituição da República fixou um requisito único, de cunho objetivo, facilitando sua obtenção: o decurso do tempo. O Código Civil de 2002 limitou-se a fazer referência à disciplina da matéria do modo previsto constitucionalmente, sem trazer qualquer inovação.

No próximo capítulo, será analisado o instituto da separação, seus efeitos e consequências, diante da supressão do requisito temporal que o diferenciava substancialmente do divórcio direto, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010.

2. O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº66/2010 E A SUPRESSÃO DO REQUISITO TEMPORAL

Como se viu, o casamento, antes indissolúvel, sofreu grande mudança com o advento da Emenda Constitucional n. 9 de 1977, que previu a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial, sendo promulgada logo em seguida a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 1977).

Nessa época, contudo, vigorava o Código Canônico de 1917, promulgado durante o Pontificado de Bento XV, que previa, em seu artigo 1.082, que o matrimônio era uma sociedade permanente entre um homem e uma mulher para gerar filhos.

Na lição de Gustavo Tepedino⁷, segundo o sistema do Código Civil de 1916, tudo aquilo que pudesse representar uma ameaça ao casamento suscitava a hostilidade do legislador, sendo a unidade formal do casamento um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendessem se separar.

Daqui decorria todo um regime rígido de preservação da estrutura familiar em torno do casamento, tanto no que concerne ao vínculo matrimonial, quanto à relação entre os cônjuges e à relação entre pais e filhos.

Se a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais - alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais - divisão dos bens - à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial.

Considerando a forte influência da Igreja na sociedade, divorcistas e antivorcistas concluíram que seria ideal a criação de um período de reflexão para o casal, ou seja, o lapso temporal de um ano entre a decretação da separação e sua conversão em divórcio, e de dois anos para que se decretasse diretamente o divórcio, independente de haver sentença anterior de decretação da separação do ex-casal⁸.

Ocorre que mesmo com a evolução social e legislativa, a Igreja continuava a tratar o casamento como pacto matrimonial, pelo qual homem e mulher constituíam entre si o consórcio de toda a vida (artigo 1055, §1º, do Código Canônico de 1983, sob o Pontificado de João Paulo II).

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Repensando o Direito de Família, In *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM, Belo Horizonte, 1999, p. 191/206.

⁸ MEIRELLES, Virgílio Ricardo Coelho. *Constrangimentos serão evitados sem separação judicial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=388>>. Acesso em: 20 fev.2012.

A Constituição da República de 1988⁹, na redação original do artigo 226, §6º, determinava a dissolução do casamento civil pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano, ou após a comprovação da separação de fato por mais de dois anos, na forma expressa em lei. Ou seja, foi mantida a orientação trazida pela Lei n. 6.515/77.

O Código Civil de 2002, nos artigos 1.571 a 1.580, regula os efeitos da decretação da separação e do divórcio do casal, tais como uso do nome, partilha de bens e alimentos, mantendo-se íntegro o requisito temporal.

Para Bruno Cardoso Bandeira de Mello¹⁰, o novo código civil, entretanto, já teria nascido com sérios defeitos, tanto de adequação à norma constitucional, quanto de adaptação à realidade da família brasileira. O aspecto culpa na separação seria um deles.

A possibilidade da perda do nome de casado pelo cônjuge declarado culpado, ou a hipótese do artigo 1830, sobre o direito sucessório do cônjuge que provasse a impossibilidade da convivência por culpa do outro, eram alguns dos gravames a serem suportados pelo cônjuge considerado culpado.

O ordenamento jurídico pátrio, embora tenha instituído a dissolução não causal do casamento pela via do divórcio, condiciona a separação judicial à demonstração, no processo, da culpa conjugal, com a especificação dos motivos que ensejam o pedido de separação judicial (artigo 1.573 do Código Civil de 2002).

Todavia, a opção do legislador brasileiro de impor aos cônjuges restrições à vontade de romper o casamento, ao discutir na separação judicial a culpa, a saúde mental e a falência da união, esbarra na avançada rede de proteção da pessoa humana albergada pela Constituição da República, e a um só passo subverte o princípio de que “quem pode o mais, pode o menos”, na medida em que, para o divórcio, que ao contrário da separação dissolve o próprio

⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Juarez de Oliveira (Org.). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.168.

¹⁰MELLO, Bruno Cardoso Bandeira de. *Crítica ao papel da culpa na separação judicial*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3060>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

vínculo matrimonial, o ordenamento exige um só requisito objetivo: o lapso temporal de 2 (dois) anos de separação de fato, no divórcio direto, ou o lapso de 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença de separação ou da medida cautelar de separação de corpos, no divórcio conversão ou indireto.

No Código Civil de 2002, o requisito temporal, de cunho objetivo, era o único exigido para a decretação da separação consensual do casal: prazo mínimo de um ano de casamento, comprovado mediante a mera apresentação da certidão de casamento. Todavia, antes desse período só seria possível a dissolução pela via litigiosa, através da atribuição de culpa a um dos cônjuges, pela violação dos deveres matrimoniais.

Esse prazo, denominado “tempo de prova”, supostamente violava a dignidade dos consortes, uma vez que eram obrigados a permanecerem unidos, mesmo com a falta de afeto. Essa situação mostrar-se-ia inadmissível, ainda mais sob o prisma dos direitos fundamentais.

O Código de Processo Civil, no artigo 1.121, traz as cláusulas obrigatórias do acordo separatório celebrado entre as partes, que deverá conter: a) a descrição do patrimônio comum do casal e respectiva partilha de bens; b) a guarda dos filhos menores; c) os alimentos devidos aos filhos; d) os alimentos eventualmente devidos entre si, e e) visitação dos filhos menores.

Como ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹¹, o casal teria, ainda, a plena possibilidade de estabelecer outras cláusulas no acordo de separação consensual, sendo-lhes facultado dispor de interesses recíprocos, como doações, distribuição de encargos processuais, instituição de usufruto, entre outros.

Grande inovação foi alcançada com o advento da Lei n. 11.441 de 2007, que possibilitou a separação e o divórcio consensuais em cartório, e buscou a racionalização das atividades processuais e a simplificação da vida jurídica dos cidadãos.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 313.

Foi acrescentado ao Código de Processo Civil o artigo 1.124-A, que estabeleceu como requisitos que não houvesse filhos menores ou incapazes e que fossem observados os requisitos legais quanto aos prazos, para que fosse lavrada escritura pública, independentemente de qualquer provimento judicial.

Em que pese a manutenção do requisito temporal, certo é que a Lei nº 11.441 de 2007 constituiu notável avanço, pois desburocratizou a dissolução do vínculo matrimonial, que não mais precisa passar pelo crivo judicial nem do Ministério Público, o que torna o procedimento mais célere e menos sacrificantes para as partes.

O prazo imposto pela legislação pátria apenas servia para prolongar o sofrimento das partes emocionalmente envolvidas no processo de dissolução da sociedade conjugal, como o próprio ex-casal, filhos e pessoas próximas, tendo em vista que nem sempre o fim do relacionamento é amigável.

Como ensina Pablo Stolze Gagliano¹², a doutrina majoritária, apoiada no Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) já defendia a aprovação da PEC 33/2007, que propunha a alteração do artigo 226, §6º da Constituição da República, para que não mais houvesse prazo para que fosse requerido o divórcio, com a consequente extinção da figura da separação judicial.

Assim, buscar-se-ia evitar a exposição da intimidade e da vida privada do casal e de suas famílias, que seriam revelados quando levados aos Tribunais, além de prevenir toda carga de constrangimento provocada pela publicidade, que poderia contribuir para o agravamento da crise conjugal e dificultaria o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/635>>. Acesso em: 3 set. 2010.

De acordo com o Deputado Federal pelo Estado da Bahia, Sergio Barradas Carneiro¹³, levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido.

Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos. Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?

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.

Nesse ínterim, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o artigo 226, §6º, da Constituição da República, suprimindo qualquer requisito temporal à decretação do divórcio do casal.

Maria Berenice Dias¹⁴, Paulo Lôbo¹⁵ e Rodrigo da Cunha Pereira¹⁶ defendem a extinção do requisito temporal para decretação do divórcio do casal, de modo que não haveria interesse sequer na manutenção do instituto da separação, que teria sido revogado tacitamente.

Não se deve desprezar posição ainda minoritária, como a do Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto¹⁷, no sentido que a Emenda Constitucional nº 66/2010 em nada teria inovado,

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2007. Deputado: Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/450217.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 13-27.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto apud CARVALHO, Cimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo*: de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11698/2008 (Guarda Compartilhada). Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 14-15.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud CARVALHO, *op cit*, 2010, p. 17.

¹⁷ PINTO, Fernando Henrique. *EC não revoga prazos legais para separação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

tendo em vista a repetição do que já dispunham a Emenda Constitucional n. 9 de 1977 e a Lei n. 6.515 de 1977.

No entender do magistrado, esqueceu-se o constituinte reformador, contudo, que segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Tal norma que regula a vigência das leis, no sentido *lato sensu*, vale também para modificações constitucionais, pois apenas materializa um princípio geral do direito, tais como a “vedação ao enriquecimento sem causa”, a “presunção de boa-fé” no Direito Civil, a “presunção de inocência” no direito penal.

Assim, por desconhecimento técnico ou sobre questões políticas, quando da tramitação do projeto, o legislador não teria inovado, tendo em vista que, desde 1977, “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, quando houve o advento da Emenda Constitucional n. 9, de 28/06/1977, seguida da Lei n. 6.515 de 26/12/1977.

Acrescenta-se, ainda, que a omissão do legislador constituinte não poderia ser suprida pela exposição de motivos da Emenda Constitucional n. 66/2010, como pretende a doutrina majoritária, e muito menos poderia aquela revogar disposições expressas em lei.

Por todo o exposto, ainda que se considere pacífica a supressão dos prazos para decretação do divórcio, restariam dúvidas quanto à subsistência da via da separação judicial, já que não foi revogado expressamente qualquer dispositivo da legislação infraconstitucional, sendo certo que análise mais profunda sobre esse aspecto será realizada no próximo capítulo.

3. ANÁLISE DA SUBSISTÊNCIA DA SEPARAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, como já estudado, trouxe grandes impactos para o Direito de Família Brasileiro. Não só por extirpar o lapso temporal do texto constitucional, como requisito à decretação do divórcio do casal, mas também por não ter uma redação clara, havendo fundadas dúvidas quanto à subsistência do instituto da separação.

Rodrigo Cunha Pereira¹⁸ cita o entendimento do jurista Paulo Luiz Netto Lôbo, que mesmo antes da aprovação da referida Emenda Constitucional, já era enfático quanto à insustentabilidade dessa duplicidade de tratamento legal, ao afirmar que a superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais.

Os professores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald¹⁹, em livro escrito a quatro mãos, também já faziam ferrenha crítica ao sistema binário de dissolução do casamento. Exemplificando com os ordenamentos jurídicos da Áustria, Grã Bretanha e Alemanha, que adotam apenas o divórcio, realçam que é totalmente ilógica a manutenção da separação judicial.

A nova redação dada ao artigo 226, §6º, da Constituição da República aboliu do texto a previsão de que para a decretação do divórcio poderia ocorrer após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A EC n. 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre a separação e o divórcio*. Disponível em: <<http://www.adepbahia.com.br/adep2011/artigo.php?id=122>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 320.

de dois anos. Assim, seja no divórcio judicial, seja no administrativo, não haveria mais qualquer prazo para sua propositura.

Com isso, afirma a doutrina majoritária que a discussão da culpa pelo fim do casamento também teria sido abolida no Direito de Família Brasileiro. Ainda que se considerasse eventual resistência, esta seria superada pela interpretação contextualizada da norma, inclusive quanto ao aspecto histórico.

Pelo argumento finalístico, não haveria qualquer objetivo do legislador de manter vigente a separação judicial, já que ela não mais pode ser convertida em divórcio, de modo que faltariam razões lógicas e práticas para sua manutenção. Nessa linha de raciocínio, conclui-se que o instituto da separação está extinto, por absoluta incompatibilidade com o texto constitucional.

O Direito Civil Constitucional vem exatamente na direção que aqui se argumenta, ou seja, a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria Constituição.

Em outras palavras, se o novo texto do § 6º do artigo 226 retirou de seu corpo a expressão separação judicial, como mantê-la na legislação infraconstitucional? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica Constitucional tem que ser colocada em prática, e isso abrange suas contextualizações política e histórica.

O conflito com o texto constitucional atua no campo da não recepção. Essa é a posição de nossa Corte Constitucional, em julgamento de 2007, que traduz exatamente essa assertiva: o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção.

Vê-se, portanto, mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto da separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem.

Ademais, em uma interpretação sistemática, não se pode estender o que o comando constitucional restringiu. Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional.

Assim, estão automaticamente revogados os artigos 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578 do Código Civil. Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, os artigos da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e da Lei n. 10.406/02 (Divórcio por Escritura Pública), bem como os artigos adiante mencionados deverão ser lidos desconsiderando-se a expressão "separação judicial", à exceção daqueles que já detinham este estado civil anteriormente a EC n. 66/10, mantendo seus efeitos para os demais aspectos: 10, I, 25, 27, I, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.683, 1.775 e 1.831.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República assegura e preserva o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Portanto, as novas disposições sobre o divórcio têm sua força e eficácia a partir da entrada em vigor do novo texto constitucional. Como já se disse, a Emenda Constitucional nº 66/10, ao revogar a maior parte da redação do § 6º do art. 226, alterou não apenas as regras, mas, principalmente, os princípios constitucionais sobre o divórcio no Brasil.

Os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei nº 11.441/07), deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento.

Parece ser possível a conversão da separação em divórcio, conforme artigo 52 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, no mesmo dia, sem necessidade de aguardar o antigo prazo de um ano, o que, na prática, corresponde a pedido próprio e autônomo de divórcio, amparado na alteração do texto constitucional.

Entende-se que ainda é cabível a ação cautelar de separação de corpos, nas hipóteses em que a permanência da pessoa casada no seio do lar trouxer risco/perigo à segurança e/ou à

saúde do outro cônjuge ou da prole, sempre se atentando ao Poder Geral de Cautela do Juiz, haja vista que não mais há razão para se ajuizar a cautelar referida somente para se garantir a um dos cônjuges, autor da ação, que ele possa abandonar o lar sem perigo de estar descumprindo o dever de coabitação, pois não mais se discute culpa *stricto sensu* no divórcio, devendo, o autor, em trinta dias do cumprimento da liminar, ajuizar a ação principal de divórcio, não mais de separação judicial.

Consigna-se, nesta oportunidade, que não mais teria valia a cautelar de separação de corpos criada pela Jurisprudência nos casos em que o casal ainda não estava casado por um ano, não queria mais ficar casado desde agora e ajuizava a cautelar para não viverem mais sob o mesmo teto, sem risco de infringirem o dever de coabitação, aguardando, separados, o transcurso do prazo de um ano de casamento para poderem pedir a separação consensual, haja vista que este instituto não mais existe e que não mais necessitam de prazo algum para pleitearem o divórcio consensual.

A Assessoria Jurídica de Direito Civil da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro²⁰ recomendou a publicação de parecer no sítio eletrônico da instituição, de que a Emenda Constitucional nº 66/2010 teria provocado a revogação tácita dos artigos 1.571, *caput*, 1.572, 1.573 a 1.576, 1.578, 1.580, 1.702 e 1.704, todos do Código Civil, em decorrência de sua não recepção pelo Poder Constituinte Derivado, não sendo mais possível juridicamente o exercício da pretensão de separação judicial.

Além do mais, não subsistiria a possibilidade de discussão acerca do elemento culpa pelo rompimento do casamento, havendo, por conta disso, a supressão da pretensão ao achatamento do valor dos alimentos ao cônjuge considerado culpado, bem como a da pretensão de lhe impor a perda do direito ao uso do sobrenome do cônjuge reputado inocente.

²⁰ BRITO, Marcílio de Souza Couto; LEVORATO, Annie Abi Ramia Ismério; MIRANDA, Diego Brilhante de Albuquerque. Parecer da Assessoria Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.forumjuridico.com.br/dissolucao_casamento_emenda6613072010>. Acesso em 24 fev. 2012.

Ampara a argumentação supra (revogação tácita) no disposto no artigo 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, exigindo-se a presença de três pressupostos. O primeiro, de caráter objetivo, exige que a norma revogadora seja de edição mais recente do que a norma revogada. O segundo, de cunho hierárquico, ensina que a norma revogadora deve ser ao menos de mesma hierarquia que a norma revogada. Por fim, para o terceiro pressuposto, de cunho material, a norma revogadora deve apresentar incompatibilidade ou exaurir o conteúdo da norma que está sendo revogada.

Presentes os pressupostos legais, consideram-se revogadas as expressões “separação judicial” contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio.

Ocorre que este posicionamento, embora majoritário na doutrina, ainda não foi totalmente encampado pela jurisprudência. Em diversos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afirma-se que a alteração do artigo 226, §6º, da Constituição da República não extinguiu a possibilidade de propositura de ação de separação, notadamente quando há litígio entre as partes.

Esse entendimento também se baseia na interpretação do artigo 2º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²¹, segundo o qual:

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Acrescente-se que esta norma também seria aplicada às modificações do texto constitucional, pois se materializa em princípio geral do direito.

Defende-se a manutenção do interesse de agir do cônjuge, em razão do que dispõem os artigos 1.704 e 1.578 do Código Civil, pois há deveres conjugais que necessitam de sanções civis decorrentes do reconhecimento do seu descumprimento, sob pena de

²¹BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2012.

transformação daqueles em meras faculdades, na medida em que há distinção entre a separação com culpa ou sem culpa no ordenamento civil, com consequências legais.

Faz-se mister mencionar o entendimento expresso pela Associação de Notários e Registradores do Brasil- ANOREG/BR, que exige o preenchimento dos requisitos postos no Código Civil para que seja procedente o pedido de conversão da separação judicial em divórcio, com base na Emenda Constitucional n. 66/2010.

Tomou-se por base julgado da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²², em que se afirmou que as alterações anunciadas ainda dependeriam de mudanças a serem feitas na legislação infraconstitucional, e que, enquanto não implementadas estas, subsistiriam os requisitos temporais para o divórcio, bem como o próprio instituto da separação.

No entender do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, relator do julgado acima mencionado, não se flagra manifesta incompatibilidade entre a atual redação do artigo 226, §6º da Constituição da República e o Código Civil, na parte que disciplina os requisitos para obtenção do divórcio e da separação (judicial e extrajudicial).

Isso porque a nova regra constitucional limitou-se a declarar, repetindo o que já constava no artigo 1.571, §1º, do Código Civil, que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, nada dispondo quanto à dispensa, ou não, de qualquer outro requisito, o que não impede que a lei ordinária estabeleça os requisitos à obtenção do divórcio.

Pelo exposto, percebe-se que a subsistência ou não do instituto da separação ainda é tema controvertido no ordenamento jurídico pátrio, sendo necessário o acompanhamento regular da evolução jurisprudencial, mormente a manifestação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para que se possa afirmar que teria sido revogado tacitamente

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70039476221, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 8ª Câmara Cível, julgado em 13/01/2011.

pela Emenda Constitucional n. 66/2010, ou mesmo para que se reafirme sua manutenção, até que seja promulgada nova lei infraconstitucional, alterando a atual redação do Código Civil.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar os efeitos da edição da Emenda Constitucional n.66/2010, na seara do Direito de Família, tendo em vista a supressão do requisito temporal para a decretação do divórcio do casal.

Num primeiro momento, analisou-se a evolução dos institutos da separação e do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, traçando-se o perfil histórico das Constituições brasileiras, oportunidade em que se percebeu a maior proteção dada pela Constituição de 1988, orientada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, proteção e afetividade, dentre outros.

Em seguida, observou-se o disposto no Código Civil, como reflexo da evolução constitucional, destacando-se os direitos e deveres dos consortes e os regimes de bens decorrentes do casamento.

Após breves considerações, que serviram de base ao tema, necessário se fez o estudo da redação da Emenda Constitucional n. 66/2010, observando-se sua origem e postulados. Ao abordarem-se os efeitos de sua aplicação no Direito Brasileiro, foram trazidas as considerações da doutrina e jurisprudência, revelando-se a pluralidade de entendimentos.

Demonstrou-se que a supressão do requisito temporal no texto constitucional apresenta duas interpretações, sendo elas a extinção do instituto da separação no Direito de Família Brasileiro, e a ausência de inovação, com a subsistência dos institutos da separação e do divórcio, na forma da legislação civil em vigor.

Um ponto bastante controvertido foi a manutenção ou não do instituto da separação, pois de acordo com a nova redação dada ao parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição da República, foi abolida a previsão de que a decretação do divórcio poderia ocorrer após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Seja no divórcio judicial, seja no administrativo, não haveria mais qualquer prazo para sua propositura, afirmou a doutrina majoritária. Contudo, entendimento ainda minoritário não vislumbra incompatibilidade entre a atual redação do artigo 226, §6º da Constituição da República e o Código Civil, na parte que disciplina os requisitos para obtenção do divórcio e da separação (judicial e extrajudicial), mantendo-se íntegro o instituto em debate.

Insta aviventar que o Direito de Família, por resguardar interesses básicos do Estado e do cidadão, não deve ficar a mercê de meras construções doutrinárias para ver efetivado um direito ou garantia fundamental. Ao contrário, a lei deve regular seus institutos, de forma a acompanhar as necessidades e a evolução social, dirimindo-se as possibilidades de interpretações conflitantes, em benefício do membro da família.

Assim, sob qualquer ótica que se examine a manutenção do instituto da separação após o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, ainda que se considerem as posições conflitantes, é forçoso concluir que a separação jurídica não foi recepcionada pela referida emenda, mas foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro, de modo devem ser extintos os processos em curso, sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, IV, do Código de Processo civil, em razão da impossibilidade jurídica superveniente constitucional.

Por fim, destaca-se que a edição de legislação infraconstitucional para regular o tema no âmbito do Código Civil serviria tão somente para regular os aspectos práticos do tema, sem ter o condão de afastar a vontade já manifestada do legislador constituinte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2007. Deputado: Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/450217.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Juarez de Oliveira (Org.). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.168.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70039476221, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 8ª Câmara Cível, julgado em 13/01/2011.

BRITO, Marcílio de Souza Couto; LEVORATO, Annie Abi Ramia Ismério; MIRANDA, Diego Brillhante de Albuquerque. Parecer da Assessoria Jurídica da Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.forumjuridico.com.br/dissolucao_casamento_emenda6613072010>. Acesso em 24 fev. 2012.

CARVALHO, Cimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo*: de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11698/2008 (Guarda Compartilhada). Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 13-27.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio*: primeiras reflexões. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/635>>. Acesso em: 3 set. 2010

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: RT, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). *Direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988

MEIRELLES, Virgílio Ricardo Coelho. *Constrangimentos serão evitados sem separação judicial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=388>>. Acesso em: 20 fev.2012.

MELLO, Bruno Cardoso Bandeira de. *Crítica ao papel da culpa na separação judicial*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3060>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A EC n. 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre a separação e o divórcio*. Disponível em: <<http://www.adepbahia.com.br/adep2011/artigo.php?id=122>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

PINTO, Fernando Henrique. *EC não revoga prazos legais para separação*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>>. Acesso em 20 fev. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Repensando o Direito de Família, In *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM, Belo Horizonte, 1999.