



UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA PEDREIRA E MYRELA CAETANO DA SILVA
REIS

O AVANÇO SOCIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº
66 DE 2010 E SEUS EFEITOS NA SEPARAÇÃO
JUDICIAL

Salvador
2010

**MARIA EDUARDA PEDREIRA E MYRELA CAETANO DA SILVA
REIS**

**O AVANÇO SOCIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº
66 DE 2010 E SUAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS**

Artigo científico apresentado no Curso de Direito de Família da Graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade Salvador, como requisito para a nota da 4ª unidade.

Salvador
2010

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 66/2010, que modificou o art. 225, §6º da Constituição Federal representa, sem dúvida alguma, um grande avanço não só no Direito de Família brasileiro e sua adequação social, mas na sociedade como um todo, representando a institucionalização de um dos anseios sociais mais preponderantes na atualidade.

Essa mudança na norma constitucional caracteriza a reformulação do instituto da dissolução do casamento, instituindo o divórcio direto sem a exigência de qualquer prazo como sua única modalidade, de maneira a extinguir as etapas e requisitos anteriormente necessários para a dissolução do vínculo matrimonial. Desta forma, para se divorciar hoje, não é mais necessária a separação judicial, tampouco o cumprimento do prazo estipulado anteriormente para o divórcio direto, podendo o casal inconformado com a relação em que está inserido pleitear o divórcio quando bem entender.

A conquista social que esta mudança representa está na atualização do ordenamento, tendo em vista o contexto social em que está inserido, que prima não mais pela manutenção da família casamentária, mas pelo respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade.

A alteração do art. 225, §6º da Constituição Federal, porém, não trouxe mudanças claras, com conseqüências expressamente consagradas, limitando-se a suprimir do texto constitucional a previsão da separação judicial e dos prazos para o cumprimento dos requisitos do divórcio. Nesse sentido, é importante transcrever o disposto antes e depois da Emenda, demonstrando que, no âmbito formal, a alteração normativa parece simples, mas suas conseqüências no âmbito fático são de importância fundamental. Antes da Emenda Constitucional nº 66/2010, o §6º do art. 226 da Constituição Federal dispunha que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.” Desta forma, marido e mulher que queriam pôr fim ao seu vínculo matrimonial poderiam optar por aguardar o prazo de dois anos de separação de fato e requerer o divórcio

direto ou propor ação de separação judicial e requer sua conversão em divórcio quando transcorrido um ano do trânsito em julgado da decisão. Com a mudança, porém, o §6º do art. 226 da Carta Maior dispõe que “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”, retirando as exigências procedimentais anteriores.

Dessa maneira, fica no ar a questão de subsistir ou não o instituto da separação judicial no ordenamento pátrio. Teria a Emenda Constitucional abolido a possibilidade de opção pela separação judicial, aderindo à doutrina mais atual que a aponta como instituto anacrônico que subsistia no Direito Brasileiro, sem qualquer justificativa diversa da influência religiosa, fazendo os casais se submeterem a procedimentos humilhantes, deturpando a sua privacidade e limitando o seu direito de escolha com base em um poder infundado de intervenção do Estado? É o que se pretende expor no presente estudo.

2 HISTÓRICO

Em tema que adquiriu fundamental importância ao longo do tempo, importante se faz delinear a evolução história dos institutos do casamento e do divórcio. Apesar de o Estado Brasileiro ter optado por ser laico, as premissas impostas pela Igreja Católica têm direta influência na evolução desse tema no sistema jurídico brasileiro, interferindo nessa questão desde a forma em que o casamento é encarado pela sociedade, até a normatização das suas características e formas de dissolução.

Trata-se de uma força religiosa, que, juntamente com o Estado, intervia nas relações conjugais de natureza privada. Nessa linha de raciocínio, implica dizer que o casamento tinha como o primado a indissolubilidade, vez que a religião católica preconizava o eterno matrimônio.

Saliente-se que, tal indissolubilidade também era importante para o Estado, assim como a manutenção do casamento, tendo em vista que uma das características inerentes ao sistema jurídico pátrio é o patrimonialismo.

Isto é, devido à exacerbada proteção aos bens dos cônjuges, visto que o casamento dá segurança jurídica aos reportados bens, a Constituição vigente a esta época colocava o patrimônio acima do indivíduo e da relação afetiva entre o casal.

Entretanto, em meio a esse paradigma e inserido em um contexto de anseio da sociedade por mudanças, o ordenamento deu início à mudança de tratamento, começando a afastar a influência religiosa nas questões jurídicas, prevendo o desquite, que se fundava na separação dos cônjuges, porém, não dissolvia o vínculo matrimonial.

O desquite era dependente de acórdão transitado em julgado para que fosse deferido e, ainda assim, o cônjuge separado não podia casar-se novamente.

Nessa fase, existia também a figura do concubinato que, por sua vez, exteriorizava-se de duas formas: a) o concubinato puro, que era a situação dos casais que constituíam uma relação sem o formalismo do casamento, hoje chamada de União Estável, e b) o concubinato impuro, que caracterizava as relações extraconjugais mantidas na constância do casamento.

No primeiro caso, houve grande avanço à época, haja vista que os casais que mantinham relações sem a realização formal do casamento conseguiram certa aceitação social e por isso, conseqüentemente, foram buscar um respaldo jurídico para proteger a sua relação afetiva.

Os magistrados, contudo, passaram a reconhecer tais relações como sociedades de fato, dando ensejo ao movimento ocorrido para acabar com a indissolubilidade do casamento, que era um preceito considerado sagrado pela Constituição Federal.

Foi através desse movimento que, em 1977, surgiu o divórcio, inserido pela Lei de nº 6.515/77, que realizou diversas mudanças como as a seguir expostas.

De início, essa lei transformou o desquite em separação judicial, podendo os cônjuges separados após um ano da sentença transitada em julgado converter a separação em divórcio.

Portanto, a Lei supracitada fez surgir o sistema binário de dissolução entre cônjuges, qual seja, primeiro haverá a dissolução consubstanciada na

separação judicial para depois a sua mudança para o divórcio, transcorrido um ano de separação judicial ou cinco anos de separação de fato.

Cumprido destacar que o divórcio também era previsto de forma direta, todavia usado excepcionalmente.

Havia, entretanto, limitações dispostas nos artigos 38 e 40 da Lei do Divórcio:

Art 38 - O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez.

Art 40 - No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.

Sobre a matéria, preleciona Maria Berenice Dias (2010, p. 20):

As limitações iniciais eram enormes. A dissolução do vínculo conjugal era autorizada uma única vez (LD 38). O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias (LD 40). Nitidamente, a intenção era admitir o divórcio somente para aqueles que já se encontravam separados quando da Emenda da Constituição. Era necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos: (a) estarem separados de fato há cinco anos; (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; e (c) ser comprovada a causa da separação.

Diante deste cenário, ocorreram novas mudanças, avançando-se para um novo paradigma no que tange à dissolução do vínculo afetivo entre cônjuges.

Em 1988, veio o advento da atual Constituição Federal, que denota a mudança e as conseqüências desse avanço.

Com a mudança desse contexto social, a família casamentária saiu do núcleo da sociedade como única modalidade de família sujeita às normas de Direito Civil, abrindo espaço para a proteção de novas formas de família, como a anaparental, a monoparental e a homoafetiva, por exemplo, motivo pelo qual se assevera que não é pelo fato de o casamento desconstituir-se que a família irá perder o seu valor.

A Constituição Federal vigente continua usando de artifícios para desestimular o fim do casamento, com o escopo de preservar a família, todavia, a Carta Magna reduziu o prazo de separação de fato de 5 (cinco) anos para somente 2 (dois) anos, conforme o seu antigo artigo 226, § 6º.

A Constituição Federal de 1988, segundo Maria Berenice Dias, aboliu o caráter patrimonialista da separação, possibilitando o divórcio direto, com base nos princípios da autodeterminação e deterioração factual.

Ainda assim, como afirmado alhures, a separação continua atrelada às bases teóricas do desquite, as quais dizem respeito à manutenção do vínculo matrimonial, mas sem a convivência, eis que os sujeitos da relação não se encontram mais casados.

Entretanto, paira contundente observação de que, nesse contexto, o casal que não mais queria quedar-se junto era obrigado a ver-se novamente, passado um ano da separação judicial, superados traumas existentes na relação, para converter o mesmo em divórcio.

O divórcio direto aqui se condicionava ao prazo de dois anos de separação de fato, configurando as artimanhas do Estado para preservar a família.

Nessa esteira, pode-se afirmar que houve mais avanços sobre a matéria, avanços esses contemporâneos à nossa legislação e de cunho moral e sociológico, eis que os cônjuges atualmente, com base em princípios constitucionais condizentes com a liberdade e autodeterminação, já podem se divorciar imediatamente sem esperar os prazos estipulados de um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato.

Assim sendo, discorre Maria Berenice Dias (2010, p. 22):

Demorou para desmistificar o temor de que o divórcio iria acabar com o casamento, e que era desnecessária a prévia separação judicial e sua posterior conversão em divórcio. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e quiçá necessária esta artimanha, deixou de existir razões para manter dupla via para pôr fim ao matrimônio. Decorridos mais de 30 anos de sua vigência, ninguém duvida que estava mais do que na hora de acabar com a duplicidade de instrumentos para a obtenção do divórcio.

Isto é, a Emenda Constitucional de 14 de julho de 2010, trouxe consigo essa novidade tão almejada pela sociedade que agora, sem o intervencionismo estatal, poderá exercer livremente sua vontade de manter-se com o cônjuge ou não. Está, portanto, condicionado apenas ao seu livre arbítrio.

Vale dizer, o Estado que mantinha a todo custo seus artifícios em detrimento da preservação do casamento, encontra-se agora em abstenção das relações

conjugais privadas, facilitando, contudo, o procedimento de quem procura em novos relacionamentos a formação de uma nova família.

Ainda nessa linha, afirma Maria Berenice Dias (2010, p. 25):

Igualmente desapareceu o desarrazoado período de tempo em que as pessoas não são mais casadas, mas não podem casar novamente. Para isso precisavam converter a separação em divórcio. Essa era a insustentável situação dos separados judicialmente. O casamento estava rompido, mas não tinha acabado, apesar de persistirem os deveres matrimoniais. Como não podiam casar, precisavam viver em união estável. E, enquanto não dissolvido o vínculo conjugal, não havia como atender à recomendação constitucional de transformar a união estável em casamento. (CF 226, § 3º).

Assim, claro se mostra o avanço social alcançado ao longo dos anos, configurando um curto período de grandes mudanças, de modo a adaptar o Direito de Família, ramo jurídico que deve estar sempre de acordo com os anseios sociais da época, com as necessidades de fato existentes no contexto social em que está inserido.

3 AS CONSEQUÊNCIAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 NAS RELAÇÕES SOCIAIS E DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS

São muitas as correntes doutrinárias que entendem que a alteração do texto constitucional trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 não aboliu o instituto da separação do ordenamento pátrio, retirando-a apenas da posição de condição para o divórcio. Assim, os casais que quiserem se divorciar não teriam mais condições a cumprir, bastando apresentar em juízo ou em cartório a certidão do casamento a ser dissolvido. Para aqueles que quiserem apenas se separar, porém, seja por motivo de religião, seja pela incerteza do fim da relação, a opção também existiria, podendo optar ou não, posteriormente, pelo divórcio.

Para defender essa linha de raciocínio, há diversas correntes de argumentação, como, por exemplo, a que entende que a mudança constitucional depende de regulamentação em lei ordinária para ter eficácia. Nesse sentido, dispõe Maria Berenice Dias (2010, p. 29) citando Luiz Felipe Brasil Santos:

A eliminação da referencia constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil)- como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 -, está agora aberta a porta para que esta seja modificada. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional.

Esse entendimento, porém, vai de encontro à clássica e ainda atual e predominante forma de interpretação das normas no ordenamento brasileiro, tendo como ápice as normas constitucionais, de modo a revogar automaticamente as leis infraconstitucionais incompatíveis. Nesse sentido, dispõe Maria Berenice Dias (2010, p. 30):

No entanto, é bom não esquecer que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível.

Há, também, os que entendem remanescer o instituto da separação na sua acepção consensual, o que aboliria de qualquer maneira a aferição da culpa.

A busca da culpa, entretanto, é a figura mais questionada entre as correntes que defendem a manutenção da separação judicial no ordenamento e, ao mesmo tempo, o instituto mais criticado pela doutrina mais moderna de Direito de Família. E é esse o único argumento válido, na presente opinião, para fortalecer as doutrinas de manutenção da separação como opção aos cônjuges. Atualmente, com o divórcio direto após dois anos de separação de fato, a separação judicial era utilizada comumente para a aferição de culpa de um dos cônjuges no término da relação conjugal. E isso era buscado para alcançar as conseqüências trazidas pelos arts. 1578 e 1704 do Código Civil para o “culpado”, são elas a perda do nome de família e do direito de alimentos, mais atualmente limitado à perda dos alimentos civis, sendo mantida a responsabilidade subsidiária pelos alimentos naturais. Se essa era a finalidade mais buscada na instauração da separação judicial, fica a dúvida se o novo §6º do art. 226 da Constituição Federal teria extinguido o instituto da culpa e suas conseqüências no âmbito da dissolução casamentária ou se a separação continuaria vigente para suprir esse desejo social de buscar um culpado.

Outra tentativa de não ver o novo é sustentar a necessidade de manter a odiosa identificação de um culpado para o decreto da separação, porque a quantificação do valor dos alimentos está condicionada à culpa de quem os pleiteia (CC 1.694 § 2º). No entanto, tal redutor está restrito ao âmbito dos alimentos, estando revogados os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil. Mas tal possibilidade de questionamento de forma alguma pode inibir a concessão de divórcio. (DIAS, 2010, p. 31)

Esse argumento, porém, é combatido pela doutrina majoritária, que entende pela extinção da separação judicial pela alteração constitucional, sob o argumento que a culpa pode ser analisada na ação de alimentos em que for discutida a responsabilidade de um cônjuge em garantir o *status* social e financeiro do outro.

Quanto à perda do nome de família, já era pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que configura direito personalíssimo, sendo na maioria das vezes dado apenas ao seu titular o direito de renúncia, sob pena de afronta ao seu direito de identidade.

Para a corrente que defende a necessidade de prazo para reflexão, a separação deve subsistir, tendo em vista que, havendo divórcio imediato e o posterior arrependimento, seria necessária a partilha de bens do primeiro casamento para que o novo vínculo matrimonial tivesse livre escolha do regime de bens. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2010, p. 31):

Um argumento derradeiro de quem quer assegurar sobrevivida à separação: havendo arrependimento, a necessidade de ocorrer novo casamento obrigaria a partilha de bens do casamento anterior sob pena de ser imposto o regime da separação obrigatória (CC 1.523 III e 1.641 I).

Esse posicionamento, porém, é bastante criticado, visto que o tempo de reflexão em caso de dúvida na manutenção da relação pode ser dado através da separação de fato e a separação de corpos o que desde já interrompe a comunicabilidade de bens e geraria o mesmo efeito que a separação do Código Civil. Além disso, é importante perceber que não é atribuição do Estado a garantia do prazo de reflexão aos cônjuges, tendo em vista tratar-se de relação extremamente íntima, não cabendo interferência estatal nesse sentido por não haver justificativa que a legitime. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2010, p. 32) citando Pablo Stolze dispõe:

Caberia uma outra pergunta: é mesmo dever do Estado estabelecer um prazo de reflexão? Se a decisão de divórcio é estritamente do casal, não violaria o princípio da intervenção mínima do Direito de

Família, o estabelecimento coercitivo de um período mínimo de separação de fato? E que período seria este? Um ano? Por que dois?

Maria Berenice Dias (2010, p. 32), em sua recente obra, inclusive, imputa aos advogados interessados nos trâmites completos do divórcio a tentativa de manter o instituto da separação judicial no ordenamento brasileiro, dispondo que “mantida a separação, persistiria a necessidade da dupla contratação de advogado, a propositura de dois procedimentos judiciais ou a lavratura de duas escrituras”.

Além disso, é importante chamar atenção ao fato de que a extinção da separação traria diversas vantagens às partes com grande relevância social, como a diminuição de gasto, a economia de tempo, a diminuição da quantidade de demandas no judiciário e, principalmente, evitar o desgaste emocional das partes, que se engalfinhavam em lides intermináveis em busca de um culpado e, principalmente, de seus filhos e parentes, não mais obrigados a vivenciar esse desconforto.

Apesar do posicionamento majoritário seguido até agora no presente estudo dispor em contrário, entende-se, pessoalmente, que apesar de trazer benefícios incalculáveis e representar um enorme avanço social, o divórcio direto e sem prazo, nos termos do novo §6º do art. 226 da Constituição Federal pode resultar, com a mudança do pensamento da sociedade, uma banalização do casamento por sua facilidade de dissolução.

Não se pode negar que o instituto do casamento hoje é visto de maneira diversa do que era antigamente, com o afastamento de sua noção do viés religioso e a diminuição dos que o entendem como instituto sagrado. É bastante característico, atualmente, antes mesmo da mudança trazida na Emenda Constitucional 66/2010, a enorme quantidade de casamentos por curtos prazos, sendo cotidianas as dissoluções de casamentos em que o prazo de reflexão trazido pelo antigo art. 226 da Constituição era maior que o próprio tempo de convivência conjugal. É reiterado o comportamento das pessoas públicas, estampado na mídia, de casarem-se e separarem-se com a mesma facilidade em que se casam novamente.

Na presente opinião, então, este contexto social já caracteriza um período de banalização do casamento, quem dirá com a facilidade de dissolução trazida com a inovação constitucional.

Esse pensamento é criticado por Pablo Stolze, citado por Maria Berenice Dias (2010, p. 31-32), que entendem:

E não se conclua, a partir disso, que se esteja fortalecendo uma política inseqüente de banalização do casamento. De forma alguma. O que se quis, em verdade, por meio da aprovação da recente Emenda do Divórcio, é permitir a obtenção menos burocrática da dissolução do casamento, facultando, assim, que outros arranjos familiares fossem formados, na perspectiva da felicidade de cada um. Pois sem amor e felicidade não há porque se manter um casamento.

Nesse mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2010, p. 32) continua:

Certamente ninguém acredita que alguém vai casar simplesmente porque ficou mais fácil se separar. Ora, quem está feliz não vai se divorciar somente porque agora o procedimento é mais rápido. Ao contrário, certamente vai acontecer o aumento do número de casamentos, pois a tendência é as pessoas oficializarem sua uniões, o que estava sendo evitado pelos entraves legais à sua dissolução.

Entende-se, aqui, que a posição de acreditar nas ações “responsáveis” dos indivíduos no que diz respeito à união conjugal, suas escolhas e prazos seria uma utopia, principalmente no contexto social em que está inserido.

O que se defende aqui, porém, não é a crítica ao novo divórcio, muito pelo contrário. Isso porque a consequência apontada não traz qualquer malefício no âmbito jurídico. Ora, se o art. 1641, inciso I do Código Civil já traz uma cautela, garantindo que, caso do divórcio não tenha resultado a partilha de bens, nos termos do art. 1581 do mesmo código, enquanto essa não se efetivar, o novo casamento dos cônjuges estaria sujeito à incidência do regime de separação obrigatória de bens.

Dessa forma, se a banalização do casamento ganhe proporção tal que faça uma pessoa se divorciar hoje e casar amanhã, os bens comuns da primeira sociedade conjugal estarão ressaltados, garantida a sua incomunicabilidade com o novo cônjuge. Entende-se, aqui, que intervir nas relações pessoais não é função do Estado e, não havendo prejuízos no âmbito jurídico para qualquer dos cônjuges, não há porque proibir que uma pessoa desimpedida exerça sua liberdade ampla de escolha, garantida sua autonomia da vontade.

E isso se baseia no mesmo fundamento da alteração constitucional: a irrazoabilidade na intervenção estatal em seara tão íntima das famílias, de modo a garantir o princípio da felicidade individual, garantindo que toda pessoa capaz aja no seu âmbito afetivo da maneira que bem entender.

A intervenção, vale dizer, é limitada pelo art. 1513 do Código Civil de 2002, que dispõe que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

O número de casamentos irá, certamente, aumentar, mas isso não tem uma conotação ruim, muito pelo contrário. Se a conotação do casamento, hoje, ainda é a busca da felicidade, a contração de novos casamentos assegura sua concretização, razão que melhor ratifica a importância da atualização dos institutos do Direito de Família.

Por essa razão, entende-se não haver corrente doutrinária que traga qualquer limitação plausível à garantia finalmente trazida para o âmbito constitucional, devendo tal instituto não só ser aceito, mas louvado em todos os seus aspectos. Com a sua criação, entende-se ter revogado os diversos artigos do Código Civil, que mantinham idéias do Código de 1916, mantendo no presente ordenamento institutos anacrônicos em um contexto atual de enorme avanço social e cultural.

Assim, aboliu-se institutos que não traziam qualquer benefício aos envolvidos como a separação e, junto com ela, a análise da culpa. Ora, se a culpa, no final das contas, só gerava efeitos patrimoniais em âmbito de alimentos, por que motivo se fazia necessário manter as partes casadas durante a sua discussão? Foi isso que, entende-se, o divórcio direto e a abolição da separação visam trazer, deixando que a busca de conseqüências vingativas entre os cônjuges fique para a seara pertinente.

Ainda sobre o instituto da culpa, vale ressaltar que é um dos pontos mais criticados do sistema antigo de dissolução do casamento, tendo em vista não ter qualquer sentido a sua aferição para a concessão da separação. Ora, é pacífico na doutrina moderna de Direito de Família que não cabe ao Estado buscar motivos para a dissolução do casamento, visto que, no final das contas, qualquer que tenha sido o ponto desencadeador, o divórcio só se dá por

vontade das partes de não mais conviver como cônjuges. Por essa razão, não há qualquer justificativa que indique ao Estado a atribuição de buscar culpa, abrindo instruções desgastantes para, somente ao final do procedimento, declarar a separação das partes que conflitam durante todo o seu trâmite. Aferir culpa significa entrar na seara íntima de cada pessoa, que tem autodeterminação e direito de escolha sobre as suas condutas afetivas, nesse caso, sem qualquer justificativa plausível que o legitime.

Trilhando, então, o caminho pavimentado e voltando a visão para a análise da separação sanção, é fácil perceber que a discussão sobre a culpa é inadequada, insensata e atentatória dos direitos fundamentais da pessoa humana, reconhecidos em sede constitucional. É que se existem princípios gerais no sistema jurídico, emanados da Carta Constitucional, realçando a dignidade da pessoa humana, a vida privada (inclusive intimidade) e a liberdade (dentre outros), toda e qualquer interpretação de norma infraconstitucional deve gravitar em torno deles por estarem acobertados de supremacia normativa e axiológica. (FARIAS, 2010, p. 379)

A solução do casamento, então, deveria ser – e entende-se que já é – simples: não mais subsistindo afeto ou vontade de manter-se na situação de cônjuges, o casal deve requerer, em um só pedido, a dissolução do seu vínculo matrimonial e da sua sociedade conjugal, levando como prova tão somente a certidão de que estão casados. A culpa, deixa-se para o foro íntimo e, se for o caso de buscar alguma finalidade, para a busca em outro tipo de ação.

Entende-se, no presente estudo, seguindo a doutrina mais atual do Direito de Família e majoritária nesse sentido, que, apesar de ter ocorrido uma alteração simples no texto constitucional, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, não apontando os institutos revogados ou as suas conseqüências, não resta dúvidas sobre o seu significado, tendo em vista a clara finalidade do legislador. A mudança trazida pela emenda é um avanço social que surgiu a partir do anteprojeto elaborado pelo IBDFAM, de justificativas bastante claras no sentido de buscar a extinção da separação judicial e da busca da culpa na dissolução do vínculo matrimonial. Essas figuras sempre foram fortemente criticadas nas diversas publicações sobre a matéria, preponderando o entendimento comum de anacronismo dos institutos do Direito de Família no Direito Brasileiro e necessidade de sua atualização.

Assim, parece bastante claro que a supressão da própria menção à separação judicial no âmbito constitucional, referindo-se apenas ao divórcio como forma

de dissolução do casamento, não demanda qualquer explicação no sentido de quais as conseqüências dessa alteração, visto que aponta, por si só, o que o constituinte derivado pretendeu mudar no seu procedimento. A supressão de parte do texto de lei fala ao intérprete a mesma coisa que o seu aditamento falaria, de modo que sua configuração não demanda qualquer tipo de justificativa normativa, razão por que existem diversos critérios de interpretação na hermenêutica jurídica. Não havendo mais previsão constitucional da separação judicial, portanto, não há razão para a manutenção dos artigos infraconstitucionais que a regulam, deixando como dado histórico o condicionamento do divórcio à separação judicial e/ou ao cumprimento de prazos estipulados em lei. Até porque a incompatibilidade de norma infraconstitucional com os preceitos da Constituição Federal configura, inequivocamente, no Direito Brasileiro, a revogação tácita daquelas, de modo a manter a coerência do ordenamento em geral com sua carta suprema. Nesses termos, a doutrina de Caetano Lagrasta (2010, p. 2):

Desde logo, há que repetir a lição do Supremo Tribunal Federal, em voto do Min. Marco Aurélio (RE 387.271 - DJ 01.02.2008) quando assenta: *O conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção*. Portanto, a exclusão da separação judicial, na condição de instituto jurídico, ao texto constitucional implica em que não terá esta o suporte do direito adquirido à sua permanência, nada obstante prevista na esfera infraconstitucional e salvo naquilo em que compatível com a imediata decretação do divórcio. Exemplo de exceção é a do separado judicialmente, ao tempo da promulgação da Emenda 66/10, que, necessariamente, deverá ingressar com ação de conversão para atingir o divórcio.

Nesse mesmo sentido, dispõe Cristiano Chaves de Farias (2010, p. 379):

Assim sendo, toda e qualquer norma infraconstitucional que não se harmonize com os valores e garantias constitucionais deve ser repelida do sistema, obstada a sua aplicação porque todos os seus eventuais efeitos colidirão frontalmente com a legalidade constitucional.

Desta maneira, retira do Estado o poder de intervenção na relação mais íntima do ser humano, pois injustificado, nos termos do art. 1513 do Código Civil de 2002, simplificando um instituto que deveria ser o mais célere e impessoal possível desde o seu início.

Desta forma, o posicionamento majoritário da doutrina entende que a separação judicial foi extinta com a Emenda Constitucional n° 66 de 2010, por ser um instituto incompatível com o contexto social em que está inserido,

abolindo a aferição de culpa no âmbito da dissolução do casamento. E entende-se que essa é a finalidade buscada pelo legislador na formulação da Emenda, o que, por interpretação histórica, sociológica, finalística e teleológica do texto constitucional, não deixa dúvidas. Nesse sentido, dispõe José Fernando Simão (2010, p. 2) que “se estiverem de acordo, podem os cônjuges propor a ação de divórcio consensual ou mesmo buscarem o Tabelionato de Notas para a lavratura da Escritura Pública”.

E esse é o entendimento que, apesar de bastante próximo, já é visto na doutrina e nas notícias do Poder Legislativo. Nesse sentido, dispõe a reportagem publicada na Agência Senado no dia 29/10/2010, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=4074>>:

A comissão de senadores que analisa o projeto de reforma do Código de Processo Civil (PLS 166/10) cogita retirar do novo texto os dispositivos relativos à separação. Eles teriam se tornado desnecessários depois de a Emenda Constitucional 66 permitir o divórcio sem o cumprimento do prazo de rompimento do vínculo matrimonial (antes da emenda a separação por até dois anos era exigência para o divórcio). O mesmo procedimento pode ser aplicado ao Código Civil (CC), que também poderia ter artigos sobre a separação revogados.

Por todo o exposto, conclui-se que a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 extinguiu a separação no direito brasileiro, instituindo o divórcio direto, sem prazo estabelecido ou formalidades desnecessárias, trazendo uma mudança essencial para a atualização do Direito de Família no ordenamento brasileiro e garantindo a efetivação dos princípios maiores no Direito de Família atual: a dignidade da pessoa humana, a intimidade e a busca pela felicidade pessoal.

4 CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, buscou-se mostrar a evolução do instituto do divórcio, com base nos acontecimentos sociais que permeavam o casamento, em que pese às premissas impostas pela Igreja e a intervenção estatal.

Deste modo, verificou-se que era importante para o Estado corroborar-se com a premissa de indissolubilidade do casamento imposta pela Igreja Católica, tendo em vista que o casamento protegia o patrimônio dos cônjuges, sendo

indispensável afirmar que o sistema jurídico brasileiro era extremamente patrimonialista.

Todavia, as pessoas que se encontravam em relações chamadas de concubinato puro, hoje chamado de União Estável, procuraram o judiciário no intuito de conseguir o reconhecimento de sua relação afetiva.

A partir desse contexto, surgiram as formas de dissoluções do casamento, sendo estas obstáculos para alcançar o divórcio, vez que funcionavam como empecilhos para a separação definitiva dos cônjuges.

Com as novas mudanças no contexto social, a família casamentária não mais é vista como o único tipo de família, dando ensejo ao reconhecimento de novas modalidades de família.

Assim sendo, percebeu-se que a idéia de necessidade de formação da família casamentária para a garantia do patrimônio foi se deteriorando quando da evolução social do conceito de família.

Diante desse cenário que a Emenda Constitucional nº 66 de 14 de julho de 2010 trouxe a possibilidade de divórcio sem a intervenção estatal e o cumprimento de prazos estipulados em lei.

Isto é, hoje já se pode finalizar o casamento sem a separação judicial, entretanto, é nessa linha que se torna imprescindível a análise dos artigos que dizem respeito à separação judicial, afinal, até o presente momento, não se sabe ao certo se houve a revogação parcial desses artigos ou eles continuam mantendo sua eficácia como antes do advento da Emenda acima referenciada.

Há quem afirma que não foi abolido o instituto da separação do ordenamento pátrio, retirando-a apenas da posição de condição para o divórcio.

Sob um outro ponto de vista, analisou-se os que entendem permanecer o instituto da separação consensual, o que aboliria a culpa, elemento este tão questionado, visto que a separação judicial era utilizada para a aferição de culpa de um dos cônjuges no término da relação, arcando o culpado com determinadas conseqüências.

No que tange à finalidade da norma, de fato, pergunta-se se a nova redação dada pela Emenda teria eximido a culpa da seara da dissolução do casamento

ou se a separação continuaria vigente para provar o culpado no término do casamento.

Entretanto, com base na doutrina majoritária, restou-se claro que a culpa pode ser analisada na ação de alimentos em que for discutida a responsabilidade de um cônjuge em garantir o *status* social e financeiro do outro.

Tal opinião, merecedora de grande respeito, pois que de acordo com a contemporaneidade social, fez-se observar um outro lado, qual seja, o da banalização do casamento.

Basta dizer, portanto, que a banalização do casamento não surgirá com o divórcio direto e facilitado, quando já se percebe que essa união afetiva já é vista com novos olhos e, mesmo com toda a burocracia que era envolvida na dissolução, já era comum a grande quantidade de casamentos por curtos períodos.

Todavia, o que se busca é a felicidade acima de tudo, então acredita-se que essa não é uma preocupação a ser levada em consideração, visto não ser atribuição do Estado limitar as relações afetivas, não trazendo qualquer consequência jurídica prejudicial que justifique essa interferência, estando a novidade do divórcio de acordo com o atual Direito de Família.

Não restam dúvidas, portanto, sobre a finalidade do legislador quanto ao conteúdo da Emenda Constitucional nº 66/2010, em que pese os artigos da separação judicial. Isto é, não há mais razão para a manutenção dos artigos infraconstitucionais que a regulam, conforme evolução histórica do instituto do divórcio.

Ademais, se há incompatibilidade de norma infraconstitucional com a Constituição Federal, assevera-se que houve, portanto, uma revogação tácita dos artigos inseridos na norma infraconstitucional, nos termos das técnicas de hermenêutica jurídica.

Por derradeiro, mostrou-se por toda evolução histórica e social do casamento e sua dissolução, a indubitável revogação dos artigos atinentes à separação, com base em princípios constitucionais, podendo os cônjuges, se não mais afeto tiverem, a depender do seu livre arbítrio, se divorciarem sem obedecer

prazos antigamente impostos pelo intervencionismo estatal, perdendo, assim, os artigos do Código Civil que regulam a separação judicial a sua função social.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LAGRASTA, Caetano. **Divórcio — O Fim da Separação e da Culpa?** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>. **Acesso em 31 out de 2010.**

SIMÃO, José Fernando. **A PEC do Divórcio - A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>. **Acesso em 30 out de 2010.**