

O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial [?]

Adalberto Borges Filho

Resumo: Ante o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 (PEC do Divórcio), que alterou o art. 226, §6º da Constituição Federal, uma série de dúvidas foram suscitadas a respeito da sua devida interpretação. Isto porque o novo texto constitucional possui redação que enseja duvidosas interpretações acerca do seu real alcance. Em princípio, massificou-se – inclusive pela mídia –, que o resultado interpretativo teria provocado o fim dos prazos outrora exigidos para o pedido de divórcio, bem como, causado o fim da separação judicial. Outras correntes surgiram, entendendo que os prazos foram eliminados, porém a separação subsistia, ou, ainda, que a Emenda não teria provocado qualquer alteração no regramento infraconstitucional. Destarte, urge um estudo aprofundado do tema, tendo em vista a carência de trabalhos nesse sentido e a premente necessidade da imediata aplicação prática do novo dispositivo nos Tribunais, Cartórios e Varas de Família.

Palavras - chave: casamento; divórcio; fim da separação; família; emenda constitucional

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica do Direito de Família e a Noção Contemporânea de Família. 3. O casamento e seu tratamento constitucional. 3.1. Conceito de Casamento. 3.2. Natureza jurídica do casamento. 4. O divórcio: noções conceituais e evolução histórica. 4.1. Inexistência do divórcio (indissolubilidade do vínculo matrimonial). 4.2. O surgimento do divórcio (a separação como requisito prévio). 4.3. O divórcio direto (inexigibilidade da separação como requisito prévio). 5. O novo divórcio à luz da EC nº 66/10. 5.1. Um esforço histórico da emenda. 5.2. As primeiras correntes doutrinárias. 5.2.1 Primeira corrente: abolicionista. 5.2.2. A segunda corrente: exegética-racionalista. 5.2.3. Terceira corrente: mista ou eclética. 6. Interpretação jurídica da emenda: a separação judicial permanece em vigor. 6.1. Fim dos prazos e consagração do sistema dualista optativo: Observância da força normativa e da máxima efetividade constitucional. 6.2. Breves digressões acerca da análise da culpa. 6.3. Da eficácia imediata da norma. 6.4. Da suposta inutilidade do instituto da separação. 6.5. Críticas ao uso desmedido dos métodos interpretativos. 7. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo tem como objeto o impacto da Emenda Constitucional Nº66/ sobre o atual sistema binário de dissolução matrimonial e atende a linha de pesquisa do Direito Civil, tratando, precisamente, do Direito de Família e dialogando, ainda, com o Direito Constitucional e a Hermenêutica Jurídica.

O novo texto constitucional elaborado pelo poder constituinte derivado reformador traz, em poucas palavras, a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. A implementação desta – aparentemente – sutil alteração textual promoveu, no ordenamento jurídico pátrio, discussões com conseqüências impactantes, que consagrariam o fim do sistema dualista acima referido (revogação do instituto da separação), bem como dos prazos exigidos pela Lei Civil para a dissolução do vínculo matrimonial.

A verdade é que com a aprovação da emenda, a possível concretização do fim da separação judicial e dos prazos exigidos pelo divórcio tem gerado grande divergência doutrinária em muito pouco tempo, provocando profunda reflexão acerca do assunto ao exigir uma aplicação hermenêutica da constituição, tendo em vista que o divórcio passaria a ser um simples exercício de direito potestativo.

Destarte, diante do aparente silêncio invocado pela nova norma Constitucional, inevitável seria o surgimento de uma série de correntes doutrinárias dispostas a enfrentar o árduo desafio de interpretá-la, tendo em vista, além de tudo, a premente necessidade de sua imediata aplicação prática nos Tribunais, Cartórios e Varas de Família. Destacam-se, no momento, três correntes: a) abolicionista; b) exegética-racionalista; e c) eclética ou mista.

Neste contexto, o objetivo deste trabalho é buscar a devida interpretação da nova Emenda Constitucional diante do seu impacto sobre o hodierno sistema dissolutório do casamento, vale dizer, verificar se a separação judicial deixa de existir e se ainda há prazo para o divórcio.

A família, sem dúvidas, foi um dos institutos que mais se modificaram nas últimas décadas. O casamento que antes era eterno, hoje cede ao apelo social de readaptar-se diante dos novos formatos familiares. Por diversos motivos sociais e antropológicos, o padrão tradicional da família tem sido alterado pelo surgimento das chamadas famílias reconstituídas.

O aumento do número de divórcios é um fenômeno observado não só no Brasil, mas em todo o planeta. Por diversos motivos sociais e antropológicos, o padrão tradicional da família tem sido alterado pelo surgimento das chamadas famílias reconstituídas.

Pesquisas do IBGE[1] demonstram que em 2007 os divórcios diretos representaram 70,9% do total de dissoluções de casamentos, tendo, ao mesmo tempo, aumentado o número de uniões estáveis e casamentos, o que indica que as pessoas têm buscado novas formas de estabelecer laços afetivos e não mais pretendem continuar atadas aos deveres inerentes à sociedade conjugal, manifestando o nítido desejo de se divorciarem a qualquer momento, sem exigência de prévia separação, sem prazo, sem dor.

Dessa forma, cabe ao Direito cumprir o seu papel de instrumento de efetivação das necessidades humanas e sociais. Chega, portanto, em bom momento a Emenda Constitucional tratada neste trabalho, tendo em vista, além de tudo, que a sua interpretação e aplicação prática trará novos contornos para o moderno Direito de Família, que se transmuda com velocidade exponencial e não mais pretende se submeter aos resquícios patrimonialistas e conservadores de um passado distante.

Diante de tal constatação, urge promover uma devida interpretação da Emenda, buscando fundamentos sólidos capazes de torná-la mais compreensível, de forma a aplicá-la corretamente no dia-a-dia dos operadores do direito que laboram nas relações familiaristas.

Para isso, necessário será abordar a evolução histórica do direito de família, bem como do casamento e do divórcio (capítulos 2, 3 e 4). Em seguida, analisar-se-á o conteúdo da nova Emenda, assunto que mereceu destaque (capítulo 5), de acordo com o seu esboço histórico e a exposição dos fundamentos avocados pelas teses interpretativistas. Por fim, o capítulo 6 – ponto nevrálgico deste artigo – abordará de forma analítica a devida interpretação da emenda, elidindo as teses contrárias e afirmando a permanência do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro.

2. EVOLUCAO HISTORICA DO DIREITO DE FAMÍLIA E A NOCAO COMTEMPORANEA DE FAMÍLIA

Não há dúvida que o Direito de Família foi personagem de profundas transformações no último século, desde a sua acepção patrimonialista, do período Napoleônico, sob a influência da Revolução Francesa, até o momento atual. A família – até então estritamente patriarcal, matrimonializada e considerada como unidade de produção econômica – era um fim em si mesma, posicionando seus componentes em segundo plano e prestigiando muito mais o “ter” do que o “ser”. Nos dizeres de Cristiano Chaves & Nelson Rosenvald,

“as pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial”. [2]

Hodiernamente, entretanto, tem-se abandonado de forma progressiva a concepção patrimonial da família ao se observá-la como fato social resultante da solidariedade e afetividade entre os indivíduos que a compõem. De acordo com a observação de Fachin [3],

“é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.

Em passagem brilhante, assevera Hironaka [4] que “a família é ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos”.

O atual balizamento da concepção de família revela, portanto, seu caráter instrumental, posto que esta serve de meio para a promoção humana, abandonando, definitivamente, seu vetusto caráter finalístico. De acordo com a doutrina [5] abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana.

Temos, dessa forma, nítidas evidências da valorização do afeto, que norteia as diversas formas de famílias existentes atualmente, tais como as famílias reconstituídas, a união homoafetiva, a união estável e a família monoparental. Cabe ressaltar que essas formas de família, são meramente exemplificativas, tendo em vista a constante mutabilidade vivenciada ao longo dos anos pela família no âmbito sócio-cultural. Em outras palavras:

“Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na feição da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar (ou tal vez, de expressar o amor). A família, enfim, não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico” [6].

Nesse diapasão, ao tentar conceituar o moderno Direito de Família, Belluscio, citado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald orienta que “o Direito de Família é um conjunto de normas jurídicas que regulamentam as múltiplas relações familiares”. [7]

3. O CASAMENTO E SEU TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

De acordo com o acima exposto, o casamento segue a evolução tecida pelo direito de Família e passa não mais a gozar do status de exclusividade, tendo em vista que nos termos do caput do art. 226 da Carta Maior de 1988, todo e qualquer núcleo familiar terá a devida proteção estatal, não mais subsistindo a exclusiva proteção anteriormente dada ao casamento.

Antes, porém, necessário se faz entender o que é o instituto do casamento e qual a sua natureza jurídica, para que, enfim, se possa compreender o seu atual tratamento constitucional.

3.1 CONCEITO DE CASAMENTO

Doutrinadores, no Brasil e no mundo, arriscam-se a definir das mais variadas formas o casamento. Classicamente, tem-se as definições oriundas do direito romano, quase todas elas com cunho religioso ou filosófico, servindo, a título de exemplo, o conceito de Modestino, citado por Carlos Roberto Gonçalves[8], onde o casamento “é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano”. Ainda em perspectiva religiosa, sob influência do Cristianismo, define Caio Mario que o casamento é um sacramento pelo qual “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos dos céus, transformando-se numa só entidade física e espiritual”[9]

Dentro de uma perspectiva mais jurídica, evidenciando aderência à concepção contratualista, temos a definição de Beviláqua, também citado por Carlos Roberto Gonçalves onde o casamento é

“um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer”.[10]

Washington de Barros Monteiro, por sua vez, afirma que o casamento é a “união permanente entre homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.[11]

Observa-se, diante dos conceitos acima elencados, que sempre houve nítida tendência doutrinária de se atrelar ao casamento os ideais de procriação, religiosidade e indissolubilidade do vínculo, motivo pelo qual, encerram Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que estes elementos – diante da perspectiva Constitucional moderna – precisam ser afastados, porquanto “o casamento é uma das formas de regulamentação social da convivência entre pessoas que se entrelaçam pelo afeto”.[12]

3.2 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

No que concerne a natureza jurídica do casamento, recai sobre o tema vasta discussão doutrinária. Em apertada síntese, três são as correntes que se encarregam de definir o que é o casamento para o Direito: a) contratualista ou negocial, onde o casamento seria negócio jurídico, decorrente da vontade das partes; b) institucionalista, onde o casamento refletiria uma situação jurídica, cujos parâmetros estariam preestabelecidos em lei, constituindo regras impostas pelo Estado; ou c) mista ou eclética, que entende o casamento como ato complexo, envolvendo, ao mesmo tempo, características negociais e institucionais.

A despeito das teorias acima apresentadas, não há como deixar de citar a visão de Camilo Colani Barbosa, pela qual a natureza jurídica do casamento, em verdade, “revela a condição social, refletindo a tendência histórica adotada pelo direito de um determinado país em determinada época”[13], podendo ser definido, atualmente, na visão Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, como um contrato especial qualificado pelo Direito de Família.[14]

Diante deste quadro, o casamento pode ser contrato ou instituição, pois sua natureza jurídica oscila de acordo com o tempo e o lugar. Ressalta-se que, com a aprovação da Lei 11.441/07 (Divórcio e Separação em cartório), o casamento, hodiernamente, tende para uma concepção contratualista, posto que sua dissolução funda-se na mera vontade das partes.

Todavia, o casamento ainda depende de aval estatal, motivo pelo qual, preferimos o conceito do mestre Pontes de Miranda quando afirma ser inegável sua natureza contratual, “mas o registro civil é que em verdade lhe dá existência jurídica e efeitos civis; e tais efeitos não são, de regra, contratuais – resultam do instituto mesmo”[15].

Em perspectiva Constitucional, conforme dito alhures, o casamento tem cedido espaço, enquanto instituição sagrada e suprema, fortemente influenciada pela Igreja Romana, para outras formas de entidades familiares, ao tempo em que também perde seu caráter indissolúvel.

Nesta esteira, o Código Civil de 1916, fortemente influenciado pela igreja, incorporava ao casamento uma feição eterna, indissolúvel, de modo que a situação de casado perpetuava-se por toda a vida do indivíduo, não havendo meios para romper o vínculo. Prevalcia a máxima do “até que a morte nos separe”.

Todavia, devido às profundas transformações históricas, culturais e sociais, o Direito de Família passou a se adaptar à realidade, desvinculando-se, aos poucos, dos preceitos canônicos, predominando, nas palavras de Arnaldo Rizzardo, a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento.[16]

Percebe-se, destarte, que a sociedade e a família mudaram, de forma que o instituto do casamento sofreu diretamente as nuances gradativas dessa pressão social. Assim, não só perdeu o casamento seu caráter epicentral – no que tange à forma exclusiva de constituição de família –, como também se distanciou, incontestavelmente, da sua essência inextinguível.

Com efeito, o que antes era indissolúvel, passou a sê-lo. Nessa linha de idéias, para que alcancemos os dias atuais (pós-emenda do divórcio), necessário se faz analisar historicamente a evolução das formas de dissolução do casamento, o que será alvo do próximo capítulo.

4. O DIVÓRCIO: NOÇÕES CONCEITUAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Hodiernamente, nosso ordenamento prevê a consagração do chamado sistema binário (ou dualista) de dissolução do casamento. De acordo com tal sistema, o casamento possui causas dissolutivas e terminativas. Estas atacam apenas a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres recíprocos impostos pelo matrimônio e ao regime de bens. Aquelas, por outro lado, além de aniquilar a sociedade conjugal, desfazem também o vínculo estabelecido pelo casamento, permitindo convalidação de novas núpcias.

As causas dissolutivas estão, atualmente, representadas pela morte e pelo divórcio. Ao presente trabalho, por óbvio, não interessa investigar a extinção do vínculo pela morte, mas, somente, sob o prisma do divórcio.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico que tem por objetivo, a um só tempo, fazer cessar os deveres matrimoniais e os efeitos decorrentes do regime de bens, deixando o divorciado livre para casar-se novamente.

Nas palavras de Maria Helena Diniz “o divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”[17]

Nesta linha, observa-se que a principal diferença prática entre separação e divórcio diz respeito, somente, à possibilidade que este tem de permitir um novo matrimônio, tornando-se medida muito mais abrangente que a separação, que, neste dualismo, situa-se como instituto de duvidosa utilidade, assunto que será aprofundado em capítulo devido.

Apresentadas suas noções básicas, para que se possa melhor compreender o novo panorama do divórcio no Brasil, a partir da promulgação da Emenda Constitucional em estudo, é preciso analisar

a evolução histórica dos institutos responsáveis pelo rompimento do vínculo matrimonial e da sociedade conjugal.

4.1 INEXISTÊNCIA DO DIVÓRCIO (Indissolubilidade absoluta do vínculo matrimonial):

Num primeiro momento histórico (pré-divórcio), durante a vigência do Código Civil de 1916, somente se admitia o chamado desquite, que, em verdade, não rompia o vínculo, mas apenas a sociedade conjugal. O vínculo nesta época, somente poderia ser extinto em caso de morte.

Estabelecia, expressamente, o Código de Beviláqua, em seu art. 315, §único, que o casamento válido só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges.

Era um período em que o Direito de Família era extremamente influenciado pela Igreja Católica. Prevalencia a máxima: o que Deus uniu, o homem não separa. A família só podia ser constituída por meio de casamento, e este, por sua vez, era indissolúvel. Com efeito, multiplicavam-se as famílias clandestinas, desamparadas de qualquer provimento estatal, surgindo, assim, a figura do concubinato.

Seguindo tais ditames canônicos, todas as Constituições da República passaram a prever, em seus textos, o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, bem como a Emenda que “promulgou” a Carta de 1969 – todas elas –, mantiveram a previsão de que o casamento era indissolúvel.

A título de exemplo, vejamos que a Constituição de 1934 preconiza que “a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. Décadas à frente, a Constituição de 1969 em seu art. 175, §1º, assevera, friamente, que “o casamento é indissolúvel”. Era uma espécie de “blindagem antidivorcista”[18]

Nesta linha, há de se indagar o por que da matéria da indissolubilidade do vínculo ser constitucionalizada. Nada mais era do que uma forma de garantir, sob a influência do Direito Canônico, a indissolubilidade do vínculo, não permitindo que uma temida evolução do vigente instituto do desquite – previsto em legislação infraconstitucional – pudesse atingir o vínculo matrimonial. Com razão, afirma a doutrina que:

“o medo de que esta forma de dissolução da sociedade conjugal – o desquite – evoluísse para o divórcio fez com que na Constituição de 1934 a matéria fosse constitucionalizada para que este grau de hierarquia e de rigidez dificultasse a introdução da dissolução do casamento. Temia-se que a eleição de um Parlamento com um certo grau de independência em relação a pressões religiosas pudesse aprovar o divórcio.”[19]

Zeno Veloso, diante de tal constatação, reitera o quanto já explanado, concluindo:

“é preciso destacar que a indissolubilidade do casamento e correspondente proibição do divórcio a vínculo, que já se encontravam na lei ordinária, passaram, no Brasil, a fazer parte da própria Constituição [...]. Realmente, elevado à estatura de preceito constitucional, o princípio da indissolubilidade do casamento se transformou em norma de força máxima que uma simples alteração de lei ordinária não podia modificar e, para ser mudada, carecia de uma emenda constitucional, cujos ritos e formalidades – incluindo quorum de votação – são muito exigentes”. [20]

Ainda, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “a resistência positivada ao divórcio era de tal ordem que até mesmo os textos constitucionais traziam previsão da indissolubilidade do casamento, o que perdurou até nossa penúltima Constituição”. [21]

Essa realidade só foi modificada mais adiante, quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 09, que alterou o parágrafo primeiro do art. 175 da Constituição então vigente, trazendo em sua redação: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

A referida emenda figurou como norma revolucionária no Direito de Família, um verdadeiro divisor de águas no Direito brasileiro. Tratava-se, porém, de norma de eficácia limitada, posto que dependia de lei infraconstitucional para produzir efeito. Ou seja, ainda não poderia haver divórcio, até que lei posterior o regulamentasse.

Alguns meses após a edição da Emenda nº 09, no mesmo ano de 1977, eis que surge a tal lei regulamentadora, qual seja, a Lei 6.515/77, disciplinando, entre outras matérias, a separação e o divórcio, bem como seus procedimentos. Inaugura-se, agora sim, uma nova realidade no Direito de Família brasileiro.

4.2. O SURGIMENTO DO DIVÓRCIO (exigindo a separação como requisito prévio):

Conforme ventilado, a segunda fase da história do divórcio ocorreu em 1977, com a promulgação da Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio. Tal lei passou disciplinar os institutos do divórcio e a da separação, prevendo a extinção do vínculo conjugal pelo divórcio, mas desde que antecedido de prévia separação judicial (exigindo-se o longo prazo de 03 anos), que agora se substituíam ao antigo desquite, revogando expressamente a previsão do referido instituto no antigo Código Civil.

Nesta linha, o divórcio brota em nosso ordenamento jurídico com uma natureza essencialmente indireta (divórcio por conversão), exigindo, como “antessala”, a prévia separação judicial. Desta forma, só se podia chegar ao tão desejado fim do matrimônio (rompimento do vínculo) após a devida observância dos requisitos da separação judicial (rompimento da sociedade conjugal). Consagra-se, assim, no país, o sistema dualista obrigatório, conforme explanado anteriormente.

Na visão de Caio Mário Pereira da Silva, “a lei do divórcio deu um passo na marcha evolutiva do nosso direito de família, procurando solucionar problemas que a vida conjugal originou”. [22]

Apesar dos significáveis avanços normatizados pela Lei 6.515/77, esta ainda carregava o peso de um longo passado marcado pela indissolubilidade matrimonial. O art. 40 da referida lei, por exemplo, trouxe uma espécie de “embrião” do divórcio direto, contudo sua aplicação era um tanto ineficaz, exigindo prazo de 05 anos de separação de fato, bem como comprovação de sua causa. Era, em verdade, uma norma de transição destinada àqueles que já se encontravam separados de fato antes da edição da Emenda nº09.

Ademais, de acordo com a previsão contida no art. 38 da Lei do Divórcio, só era possível que cada cônjuge se divorciasse uma única vez. Tal regra demonstrava, portanto, que o ranço da indissolubilidade ainda estava presente em nosso ordenamento jurídico, gerando, muitas vezes situações esdrúxulas, onde um indivíduo solteiro que se casava pela primeira vez com outro já divorciado, ficava, para sempre, preso ao novo vínculo matrimonial, por conta de um casamento anterior ao qual não deu causa.

4.3 O DIVÓRCIO DIRETO (inexigibilidade da separação como requisito prévio):

O terceiro momento histórico teve como marco a Constituição Federal de 1988. Com o advento desta, reduziu-se para um ano o prazo para o divórcio por conversão (após a prévia separação judicial) e abarcou-se, por fim, a novidade do divórcio direto, independente de separação judicial, desde que respeitado o prazo de dois anos da separação de fato. Em precisas palavras, sintetiza Cahali que:

“com estas inovações liberalizantes a que se propôs o novo legislador, e cujas repercussões revelam-se mais profundas do que à primeira vista poderiam parecer, o instituto da separação judicial perdeu muito o seu significado, esvaindo-se até mesmo na sua utilidade prática, diante do pressuposto natural da intuitiva opção pelo divórcio direto por aqueles que já se encontram separados de fato há mais de dois anos”. [23]

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988, portanto, o divórcio direto passa a sugerir notável vantagem sobre a separação judicial, esvaziando-se, aos poucos a utilidade desta. Bastava o aguardo de dois anos (que, na prática, pouco vinha sendo exigido) da separação de fato para se alcançar diretamente a extinção do vínculo matrimonial.

Diante deste quadro, o divórcio direto reflete o novo balizamento axiológico da Constituição, sob o véis do princípio da facilitação da dissolução do casamento. Corrobora com essa visão a doutrina civil-constitucionalista, afirmando que:

“Na ótica do moderno constitucionalismo, então, a dissolução do enlace matrimonial há de ser compreendida como um verdadeiro direito da pessoa humana à vida digna, por conta da liberdade de autodeterminação, que há de ser compreendida inclusive pelo prisma afetivo. Dessa maneira, encerrados os projetos e anseios comuns – que servem como base de sustentação para o casamento – exsurge a dissolução do matrimônio como conseqüência natural, consubstanciando um direito exercitável pelas simples vontade do individuo.” [24]

Neste diapasão, ressalta-se que a separação de fato passa a adquirir extraordinária importância no direito pátrio. Malgrado não haja – e nunca houve – regulamentação do referido instituto, a separação fatural, prevista, ainda que timidamente, desde o advento da vetusta Lei 6.515/77, tem admitido diversos efeitos jurídicos tal qual a separação judicial, acarretando extinção de deveres e incomunicabilidade de bens.

De acordo com a lição da clássica doutrina, “entende-se por separação de fato a situação resultante da quebra de coabitação, praticada por um dos cônjuges, ou por ambos, à revelia de intervenção judicial, e em caráter irreversível”. [25]

A jurisprudência, há tempos, é farta em julgados que, lastreados na teoria da aparência, na boa-fé objetiva e na vedação ao enriquecimento sem causa, permitem a aplicação imediata dos efeitos dissolutivos da sociedade conjugal, mediante a mera separação de fato. A título de exemplo, vejamos o seguinte acórdão de maio de 2001, muito embora haja julgados ainda mais antigos:

“CIVIL E PROCESSUAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. REQUERIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA POSTERIOR AO ROMPIMENTO DE FATO DA RELAÇÃO CONJUGAL. EFEITOS. TITULAÇÃO DE ÁREA DE TERRAS. CONSIDERAÇÃO, BASEADA EM EXAME DOCUMENTAL, DE AQUISIÇÃO PARCELA.I. A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial.”
Precedentes do STJ. (REsp 32218/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2001, DJ 03/09/2001, p. 224)

Não há como negar, portanto, o avanço trazido pelo Constituinte de 1988 que, balizado na vertente do princípio da facilitação da dissolução do casamento, institucionaliza, de uma só vez, (1) o prestígio da separação de fato, (2) a criação do divórcio direto, bem como (3) a sua conversão mais simplificada (prazo de 01 ano).

Importante frisar, também, que o referido princípio tem alcançado esferas, há algum tempo, impensáveis: a aprovação da Lei 11.441/07, que regulou a separação e divórcio extrajudiciais, exigindo, tão-somente, que o casal (sem filhos incapazes) lavrasse, consensualmente, escritura pública de divórcio ou separação em qualquer Tabelionato do país.

Gradativamente, portanto, vem se observando, no decorrer dos avanços legislativos pátrios, que a separação judicial tem refletido a sua pouca utilidade prática, que é reduzida, ainda mais, com o advento da Emenda Constitucional nº66, no momento em que esta inaugura a atual fase histórica do divórcio – merecedora de capítulo próprio –, na medida em que este pretende abordar as primeiras propostas legislativas, as conflituosas teses surgidas, os provisórios entendimentos jurisprudenciais, e, por fim, a devida interpretação da mencionada Emenda.

5. O NOVO DIVÓRCIO À LUZ DA EMENDA Nº 66/10

A Emenda Constitucional, em pouco tempo de publicação, tem suscitado intensos debates doutrinários relativos à sua interpretação e possíveis impactos no ordenamento civilista brasileiro, resultando no surgimento de três notórias correntes que se propuseram ao desafio.

Todavia, cumpre salientar, com a devida prudência, que a Emenda objeto desta monografia não é a primeira a tentar modificar o sistema brasileiro de dissolução do casamento. Há mais de um século, como se verá, surgiu a primeira proposta de alteração. Vejamos, portanto, uma síntese histórica da atuação do Poder Legislativo na árdua tentativa de flexibilizar a extinção do vínculo casamentário, sob o viés da adequação social.

5.1 UM ESCORÇO HISTÓRICO DA EMENDA

A tentativa de se criar o divórcio no Brasil remonta-se ao século retrasado, mais precisamente, a 1893. Sintetiza Paulo Nader, com a propriedade que lhe é peculiar, que

“a primeira tentativa de criação do divórcio no Brasil foi em 1893, com a apresentação do Projeto Érico Coelho, no senado federal, rejeitado no plenário da Câmara dos Deputados. A este, seguiram-se os projetos de Martinho Garcez, em 1900 e o Projeto Alcindo Guanabara em 1910, ambos não aprovados pelo Senado”. [26]

Conforme visto no capítulo anterior, um longo caminho foi trilhado para a criação do divórcio, que só se tornou um pedido juridicamente possível após publicação da L. 6.515/77, a qual instituiu a separação e o divórcio, sendo que este só admitia a modalidade indireta. A nova Carta de 1988, por sua vez, seguindo a linha do avanço histórico do tema, foi a responsável pela redução dos seus prazos e pela previsão do divórcio direto.

Sucedeu que em 1999, após mais de uma década de Constituição, surge a PEC 22/99, do então deputado Enio Bacci (PDT-RS), visando a equiparação dos requisitos temporais do divórcio direto (separação de fato) e do indireto (separação judicial), através da exigência de prazo único de 01 ano. Defendia o referido deputado – com razão – que inexistia justificativa para tal distinção.

Mais adiante, surgem duas novas propostas: a PEC 413/05 (do Deputado Antonio Biscaia) e a PEC 33/07 (do Deputado Sérgio Carneiro). Ambas possuíam o mesmo desiderato, qual seja, retirar do art. 226, §6º, da Constituição Federal a exigência de prazo para o divórcio, entendendo-las, com isso, expurgar do ordenamento infraconstitucional a separação judicial.

Com redações idênticas, afirmavam ambas: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.”

Em virtude da aproximação de seus temas, as três propostas supracitadas acabaram tramitando em conjunto, sendo todas aprovadas à unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça.

A PEC 22/99, por seu objeto menor, acabou sendo rejeitada e arquivada durante Comissão Especial. Esta mesma Comissão deliberou por alterar a redação das PEC’s 413/05 e 33/07, retirando os termos “judicial” e “litigioso”, remetendo-as, em seguida, para aprovação em plenário. Justificava a citada Comissão que tais termos haviam de ser suprimidos para que apenas o legislador infraconstitucional os regulasse.

Ao examinar o texto aprovado pela Comissão Especial, o Plenário, em 1º turno, verificou, também, a necessidade da supressão da locução “nos termos da lei”, por acreditar que tal expressão poderia provocar a independência do legislador ordinário, que poderia manter, ou, em pior e indesejada hipótese, ampliar os lapsos temporais que se pretendia abolir.

Desta forma, a bancada do PT apresentou requerimento de destaque para votação em separado da suscitada supressão textual. Definido o novo texto, a proposta foi enviada ao Senado Federal, que apenas aprovou, sem qualquer modificação, o texto final do que resultaria na Emenda Constitucional nº66 de 2010.

Por fim, em julho de 2010, com a promulgação da Emenda Constitucional Nº66/10, o art. 226, §6º da CF/88 passou a ter a seguinte redação: “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”, suprimindo a redação anterior que dizia 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”.

A implementação desta – aparentemente – sutil alteração textual promoveu, no ordenamento jurídico pátrio, discussões com conseqüências impactantes, que poderiam consagrar o fim do instituto da separação judicial [?], bem como dos prazos exigidos pela Lei Civil para a dissolução do vínculo matrimonial.

A verdade é que, com a aprovação da emenda, a possível concretização do fim da separação judicial e dos prazos exigidos pelo divórcio tem gerado grande divergência doutrinária em muito pouco tempo, provocando profunda reflexão acerca do assunto, uma vez que se exige, para a solução do impasse, um estudo interpretativo da Hermenêutica aplicada à Constituição, conjugado à análise histórica da (in) dissolubilidade do casamento na própria Carta Magna, Codificação Civil e Legislação Civil extravagante.

Destarte, diante do silêncio invocado pela nova norma Constitucional, inevitável seria o surgimento de uma série de correntes doutrinárias dispostas a enfrentar a árdua tarefa de interpretá-la, tendo em vista, além de tudo, a premente necessidade de sua imediata aplicação prática nos Tribunais, Cartórios e Varas de Família.

5.2 AS PRIMEIRAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Conforme ventilado, três foram as correntes que se propuseram interpretar o Novo Texto. Como se não bastasse, até mesmo dentro de cada corrente interpretativa, não há consenso doutrinário acerca dos efeitos jurídicos produzidos pelas suas premissas. Como consequência, cada corrente passa a gerar outras novas (na maior parte discutindo a nova sistemática da culpa), que não param de nascer, à medida que se conclui esta monografia.

Saliente-se que este trabalho não pretende aprofundar-se em tais subcorrentes – sob pena de ultrapassar os limites do seu objeto, qual seja, a análise das correntes interpretativas, para verificar, ou não, a manutenção da separação judicial – cingindo-se, apenas, a fazer breves comentários sobre elas.

A primeira corrente surgida – já apelidada, pela doutrina, de abolicionista [27] – é a que fomenta a posição majoritária dos juristas, defendendo que a nova redação constitucional, ao suprimir o prazo para o divórcio, extinguiu o instituto da separação. Dentro desta corrente, ainda há os que defendem que: a) a separação foi extinta juntamente com a possibilidade de análise da culpa; b) a separação foi extinta, mas a discussão da culpa transferiu-se para sede do divórcio e; c) a separação foi extinta, mas a discussão da culpa transferiu-se para sede da responsabilidade civil.

A segunda corrente, ora intitulada exegética-racionalista, por sua vez, vai totalmente de encontro à primeira, afirmando que não acabaram os prazos para o divórcio e nem foi extinta a separação, seja pelo fato de que a redação da Emenda é norma meramente declaratória; seja porque apenas desconstitucionalizou a matéria, mantendo-se os atuais prazos, procedimentos e requisitos previstos pelo Código Civil. Ou seja, nada foi alterado.

Por fim, a terceira corrente segue uma linha que poderíamos chamar de eclética. Para os adeptos desta tese, a Emenda teve o condão de não mais permitir que o legislador infraconstitucional imputasse prazos ou requisitos para divórcio, não tendo havido, entretanto, a supressão do instituto da separação. Dentro desta corrente, há os que entendem que: a) a separação permanece e a análise da culpa só pode ocorrer no bojo daquela; e b) a separação permanece e a análise da culpa pode ocorrer tanto em seu bojo quanto no bojo do divórcio; c) a separação permanece, porém a culpa só poderá ser tratada pela via da responsabilidade civil; e d) a separação permanece, porém a culpa não é mais discutida.

Nessa linha, há de se fazer o seguinte questionamento: Quais seriam, afinal, os efeitos jurídicos produzidos pela Emenda Constitucional nº66/10 sobre o atual sistema dualista de dissolução do casamento?

A tese ora defendida filia-se à corrente de que a nova Emenda produziu profundos efeitos jurídicos sobre o atual regramento do divórcio – no sentido de que não mais exige o requisito temporal para a sua decretação –, tendo, porém, sido completamente ineficaz no que diz respeito à extinção do instituto separação judicial.

Debrucemo-nos, então, sobre as principais teses suscitadas na recente doutrina, onde, ao fim, apresentaremos argumentos visando o acolhimento da tese ora adotada, mediante a árdua tarefa de interpretação da “Emenda do Amor”.

5.2.1 PRIMEIRA CORRENTE: ABOLICIONISTA

A corrente abolicionista (versão moderna da clássica corrente divorcista) foi a que primeiro se manifestou acerca da nova Emenda, até porque, é a corrente adotada pelos membros diretores do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), que foram os responsáveis pelo projeto levado adiante pelas PEC's 33/07 e 413/05, que resultaram na EC nº 66.

Esta primeira posição foi a que tomou conta da maioria dos juristas brasileiros e até mesmo da mídia veiculada no país, fazendo-nos crer, através dos fundamentos tratados adiante, que a EC nº 66 possuiria imediata aplicação, eliminando, a um só tempo, os requisitos para divórcio e a própria separação judicial, que passariam a ser não-recepcionados pela nova ordem. Ademais, tinha como subcorrente majoritária, o entendimento de que a imputação de culpa pelo fim da relação também deixaria de existir.

Ou seja, para os referidos entusiastas, a nova emenda cria o divórcio sem requisitos não somente como nova forma, mas como única forma de dissolução do vínculo matrimonial. Assim, o procedimento de separação judicial estaria sendo extinto, juntamente com suas indesejáveis peculiaridades, tal qual a aferição da culpa pelo fim da relação conjugal.

A Emenda, na visão destes doutrinadores, estaria, destarte, eliminando do nosso ordenamento jurídico o vetusto e inútil sistema dualista de dissolução matrimonial. A tese abolicionista justificase, em linhas gerais, pela inutilidade e desvantagem da manutenção da separação judicial através da devida interpretação do texto da Emenda.

Quanto às desvantagens da separação judicial, não há como deixar de registrar que a nossa doutrina sempre esteve recheada de críticas vocacionadas ao fim do sistema dualista, pela sua completa inutilidade. Vejamos:

“Os juristas de ponta do Brasil sempre criticaram a manutenção dessa via dupla para a obtenção do divórcio, com multiplicação de processos, de burocracia, de despesas, com a reiteração de angústias e desencontros, até que se chegasse ao fim do caminho. Era um verdadeiro calvário”. [28]

Ante o exposto, para os abolicionistas, a Emenda Constitucional Nº66/10 sepulta de uma vez o tão criticado e repudiado sistema dualista de dissolução matrimonial, onde há muito já entendia a doutrina divorcista, não haver “justificação lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico”. [29]

Trata-se de completa quebra paradigmática, onde o Estado não mais intervém na autonomia privada dos consortes, tornando o divórcio simples exercício de direito potestativo, enfatizando, por fim, a proteção da dignidade da pessoa humana.

“Vale dizer, o divórcio passou a se caracterizar, portanto, como um simples direito postestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges independentemente da fluência de prazo de separação de fato ou qualquer outra circunstância indicativa da falência da vida comum”. [30]

Nessa compreensão, a extinção da separação judicial é, na visão dos autores retromencionados, medida das mais salutares, tendo em vista que o divórcio é extremamente mais vantajoso do que mera separação judicial. De acordo com os referidos autores a vantagem do divórcio sobre a separação pressupõe a análise do prisma jurídico, psicológico e econômico, nos seguintes termos:

“Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico. Evita-se a duplicidade de processos – e o strepitus fori – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos”. [31]

Arremata, na mesma linha, a doutrina do presidente nacional do IBDFAM:

“constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.”[32]

Há quem entenda que a separação traz mais vantagem que o divórcio, à medida que admite a reconciliação do casal. Todavia, disso discorda a corrente abolicionista, vez que, na prática do dia a dia forense, raros são os casos de reconciliação. O mesmo já não se pode falar em relação à avalanche de conversões de separação em divórcio que assolam as Varas de Família.

Nesta linha, afirma Maria Berenice Dias que o benefício da separação é deveras insignificante, afirmando que, além das raras reconciliações das quais se tem notícia,

“há a necessidade de contratar advogado e, além das delongas para o desarquivamento do processo, é indispensável a intervenção judicial. Tudo isso demanda tempo e dinheiro. Mais prático e mais barato – além de mais romântico – é celebrar novo casamento, que até gratuito é”. [33]

Pois, bem. Apresentada a irresignação da corrente abolicionista para com a utilidade separação judicial, vejamos os fundamentos que a levaram a interpretar a Emenda, fazendo com que esta tivesse o poder de extinguir o referido instituto.

De fato, concordam os adeptos desta corrente que o novo texto Constitucional não possui, em princípio, capacidade explícita de expurgar a separação do ordenamento infraconstitucional. Todavia, a leitura do referido dispositivo não deve se ater à mera literalidade. Defende-se, portanto, o uso da ciência interpretativa (Hermenêutica) para que se compreenda o real alcance da Emenda.

Entendem os abolicionistas que a Constituição, a despeito da sua supremacia, deve ser interpretada como uma lei maior, aplicando-se a ela os clássicos métodos interpretativos, desenvolvidos na Alemanha, por Savigny.

Alegam, com base no estudo clássico da hermenêutica, que a literalidade do dispositivo ora estudado é apenas o ponto de partida da interpretação, sendo necessário se realizar uma interpretação histórica e teleológica da norma. Nesse sentido:

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. [34]

Ademais, invocam, no bojo da interpretação histórica, aquela que atende a chamada vontade do legislador (*mens legislatoris*). Este, aliás, é o principal argumento utilizado pelos abolicionistas, pois entendem que basta se analisar o conteúdo das justificativas das PEC's 33/07 e 413/05 para chegarmos à conclusão de que o desejo do legislador foi abolir o instituto da separação. Convenhamos, é o argumento mais frágil, conforme analisado em capítulo próprio. De qualquer sorte, em sentido contrário, afirma um dos maiores defensores da tese:

“Quis o legislador constitucional - e deliberadamente, confessadamente quis - que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorram pelo divórcio, que passou a ser,

então, o instituto jurídico único e bastante para resolver as questões matrimoniais que levam ao fim do relacionamento do casal”.[35]

Outro argumento comumente utilizado para os defensores desta tese é o de que o seu não acolhimento implicaria na negativa da aplicação do princípio da força normativa da Constituição, ou até mesmo do princípio da máxima efetividade.[36] Pelo primeiro, entende Canotilho que “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental”[37]; pelo segundo, entende o referido mestre que “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”[38]

No tocante à nova ordem constitucional surgida com a Emenda, a corrente abolicionista adota o entendimento de que a separação e os requisitos para o divórcio estariam sendo revogados tacitamente. Entretanto, cabe aprofundar um pouco o tema em sede de controle de constitucionalidade, tendo em vista que o STF tem entendimento atual no sentido de que, em casos como este, estaríamos, em verdade, diante do fenômeno da não-recepção (o STF ainda não admite a teoria da inconstitucionalidade superveniente).

Isso se explica pelo simples fato de que a Constituição é composta, regra geral, de diretrizes e normas de conteúdo aberto e principiológicas, de modo que não possui – embora inegável a sua força normativa – a densidade normativa de uma lei, não podendo, dessa forma simplesmente revogá-la.

Em relação ao fenômeno da não-recepção, discordando da posição do STF, e alinhando-se à moderna jurisdição Constitucional do direito alienígena (que adota amplamente a teoria da inconstitucionalidade superveniente), explica a doutrina que:

“[...] o juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é um juízo acerca da validade de uma lei ou de um ato do poder público em face da Constituição que lhe serve de fundamento. Assim, se uma lei anterior, em face da nova Constituição, perde seu fundamento de validade, por não se compatibilizar materialmente com a nova ordem jurídico-constitucional, ela é inválida, ou seja, inconstitucional”.[39]

A distinção é importante para os abolicionistas, pois como se trata de norma pré-constitucional, somente seria possível a realização do controle pela via da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental). Por outro lado, adotando o entendimento esposado pelo professor Dirley da Cunha Jr. – de que há inconstitucionalidade superveniente –, seria possível o controle pela via da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ferramenta muito mais vantajosa que a ADPF.

Feitas as devidas análises, nota-se que já há manifestação jurisprudencial adotando a corrente abolicionista. De acordo com acórdão extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), a EC/66 resultou em grande transformação do direito de família, posicionando-se o órgão ad quem pelo fim da separação, reiterando os argumentos até aqui utilizados pela corrente ora estudada.

“CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o

instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido.”[40]

Em arremedo de conclusão, entendem os abolicionistas que, seja por conta da não-recepção (entendimento do STF) ou pela inconstitucionalidade superveniente, o novo regramento trazido pela Emenda do Divórcio extirpa do nosso ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, subsistindo tão-somente o divórcio como forma de romper o vínculo e a sociedade conjugal. Fundamentam-se, em síntese, na inutilidade e desuso do instituto, seja pela interpretação jurídica da Emenda (métodos interpretativos), seja pela aplicação dos princípios interpretativos da Constituição (Força normativa e máxima efetividade).

5.2.2 SEGUNDA CORRENTE: EXEGÉTICA - RACIONALISTA

A tese acolhida pela, ora chamada, corrente exegética-racionalista colide frontalmente com a defendida pela corrente abolicionista, à medida que nega as duas conclusões extraídas pela mesma, a partir da interpretação da EC nº66.

A título de elucidação, em apertada síntese, a escola exegética surgiu na França e tem como base interpretativa o uso racional da letra da lei como forma de aplicação do Direito.

Diante da interpretação do texto EC nº 66, entendem os racionalistas que a referida emenda não teve, na prática, o poder de extinguir os prazos para divórcio, muito menos de abolir a separação judicial. Essa visão se explica pelo fato do legislador ter retirado do texto Constitucional a expressão “após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Entendem alguns defensores desta tese, que esta ausência de conseqüências imediatas decorre da interpretação de que o texto emendado seria uma norma meramente declaratória[41]; outras vezes entendem, ainda, que tal ineficácia resulta, em verdade, do fenômeno da desconstitucionalização[42] da matéria dos prazos e da previsão da separação judicial.

Em qualquer caso, chegam à mesma conclusão: vale dizer, o legislador Constitucional estaria, de agora em diante, “dando as cartas” para que o legislador ordinário regulamentasse inteiramente a matéria – da forma que quisesse –, não havendo mais que observar a antiga redação que o limitava de atuar.

Para os partidários da tese exegética, a retirada de parâmetros constitucionais na matéria de Direito Civil não significa revogação, mas, sim, “desconstitucionalização, ou seja, ocorre a perda de hierarquia constitucional para que a matéria seja regulada em plano infraconstitucional” [43]. Dessa forma, a Emenda do Divórcio tem efetividade mediata, dependendo de uma mediação infraconstitucional que definirá e regulamentará a norma. Como a norma já existe (Código Civil e L.6.155/77), por enquanto, nada mudaria.

Nesse sentido, assevera-se que “uma primeira interpretação poderia considerar essa reforma ablativa como havida no sentido de ‘liberar’ o legislador ordinário para efetuar as mudanças relativas à matéria, podendo ele criar novos prazos, que até então se manteriam como estão”.[44]

Nesta mesma linha, aponta o magistrado Gilberto Schäfer que “o fato de eliminar requisitos, portanto, não significa a revogação do direito infraconstitucional. Mais do que nunca, a EC n. 66

significa uma grande mudança: não há mais requisitos constitucionais para o divórcio, ou seja, há a liberdade de o legislador dispor sobre o assunto”[45]

Todavia, a liberdade que o legislador teria, na visão do autor supracitado, poderia vir a causar um indevido retrocesso social, onde

“o legislador poderia colocar como parâmetro, por exemplo, cinco anos de separação de fato para o divórcio poder ser decretado. Realmente não há argumentos que possam ser construídos somente a partir do Texto da EC que possa impedir esta escolha do legislador. Entretanto, eu considero que algumas normas constitucionais certamente poderiam barrar esta interpretação, como, por exemplo: a) a razoabilidade das leis; b) a proporcionalidade; c) a proteção à família (leiam-se: famílias); d) a dignidade da pessoa humana; e) a vedação de retrocesso social. Deste modo, esta objeção pode ser eliminada, empregando-se uma interpretação sistemática.”[46]

Adotando a mesma conclusão, porém, com fundamento diferente, há doutrinadores que entendem que analisar se a norma tem aplicabilidade imediata ou não, é uma discussão inócua, tendo em vista que a Emenda passou a ser norma meramente declaratória, logo, não teria o poder mandamental de uma regra, motivo pelo qual, continuaria a Emenda dependente de legislação ordinária.

Refutam, portanto, os argumentos dos abolicionistas, que diziam que a retirada do termo “na forma da lei”, durante o processo legislativo, teria feito toda a diferença e garantido os efeitos imediatos do novo texto. Nesse sentido:

“Não se trata de dizer que o parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n.º 66, tenha eficácia contida. O que ocorre, conforme já dito antes, é que consiste em norma meramente declaratória (...) Nessa linha de raciocínio, não faz diferença alguma o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, em sua redação atual, não conter a expressão "na forma da lei", eis que tratar-se-ia de um ocioso apêndice”.[47]

De qualquer sorte – seja por ser norma meramente declaratória, seja por ter desconstitucionalizado a matéria –, restaria aguardar a atividade do legislador ordinário, no sentido de efetuar as mudanças na legislação Civil em vigor – extinguindo a separação, reduzindo/eliminando prazos, etc. – desde que respeitando a previsão constitucional de que o casamento pode ser dissolúvel, ou seja, não criando normas que impeçam a dissolubilidade do vínculo.

Cumprido salientar que a corrente racionalista já encontra sólida posição jurisprudencial, de acordo com a doutrina de Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). Na visão do magistrado (citando Pontes de Miranda na relatoria de uma apelação interposta no TJRS), um processo de desconstitucionalização parecido já ocorreu no Brasil, quando a Constituição de 1937 deixou de prever o desquite em seu texto:

“é mesma situação que vivenciamos hoje e Pontes não deixou dúvida quanto às consequências: subsistência da legislação ordinária [...] Em dado momento da história, por motivos bem identificados, entendeu o legislador ser conveniente levar aqueles dispositivos para a Constituição, embora lá não necessitassem constar; ultrapassada aquela circunstância histórica, desconstitucionalizou-se o tema. E isto não significou, destaca, que tenha ficado revogado o direito correspondente, para usar a expressão de Pontes de Miranda.”[48]

Independentemente do precedente supracitado, o ilustre Desembargador faz questão de distinguir normas formalmente constitucionais e materialmente constitucionais. Afirma que a norma presente no texto da Emenda é classificada pela doutrina como formalmente constitucional, posto que não

possui a natureza de uma norma materialmente constitucional, que é aquela que define a organização dos poderes, estabelecem diretrizes estatais, etc.

Nesse sentido, assevera que as normas formalmente constitucionais “são regras que, por sua natureza, não precisariam constar da Constituição, mas lá são colocadas por razões de simples conveniência política. É como se fosse uma lei inserida no corpo da Constituição. Uma lei travestida de Constituição”[49]. Em arremedo de conclusão, explana que:

“a eliminação da referência 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. E isso basta!”[50]

Conclui, nesse contexto, o douto magistrado, que se a Emenda fosse interpretada de modo a abolir a separação, “seríamos forçados a admitir que o próprio instituto do divórcio estaria extirpado do ordenamento jurídico, caso fosse suprimido o § 6º do art. 226 da CF! Não creio, porém, que semelhante heresia hermenêutica encontrasse eco em nosso meio!”.[51]

Até onde se tem notícia, o Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) já se manifestou por algumas ocasiões, prevalecendo aplicação da corrente racionalista. Primeiramente, foi relatado acórdão pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em 29 de outubro de 2010. Meses após, em 13 de janeiro e em 07 de abril de 2011, a posição do Tribunal foi ratificada com a relatoria do já citado Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Vejamos que a simples leitura das ementas dos acórdãos já reflete a posição do Tribunal Gaúcho (desconstitucionalização da matéria tratada na EC nº66), sempre reconhecido por decisões importantes.

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido.[52]

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º do art. 226 da Constituição Federal. vigência da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos

atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42)".[53]

Em síntese, finalizando a análise da tese exegética-racionalista, concluem seus defensores que a EC nº 66 não teve o poder de eliminar os prazos para divórcio, bem como de extinguir a separação judicial, fundamentando que o que houve, em verdade, foi uma mera desconstitucionalização da matéria tratada pela referida Emenda. Vale dizer, os prazos, bem como a separação, continuam existindo em nível infraconstitucional (Código Civil), até que lei os altere ou elimine.

5.2.3. TERCEIRA CORRENTE: MISTA OU ECLÉTICA

A última corrente a ser analisada parte do pressuposto de que as outras duas (abolicionista e exegética-racionalista) não lograram êxito em suas interpretações. Denomina-se eclética, pois não é tão impetuosa e passional como a primeira e nem tão rigorosa como a segunda.

Veja-se, portanto, que tal corrente diverge da abolicionista – no que concerne ao fim da separação; e da racionalista – no que concerne ao fim dos prazos para o divórcio.

Assim, para a corrente eclética, nas palavras de Mario Luiz Delgado "a reforma teria eliminado os prazos para o divórcio, mas não eliminado a separação judicial do sistema, que permaneceria inalterado, no mais. Não teria havido abrogação tácita do instituto da separação".[54]

Nesta linha, defende-se que não mais se exige, em patamar constitucional, qualquer requisito para o divórcio, o que impossibilita que lei infraconstitucional o exija. Logo, não há mais que se falar em divórcio direito ou indireto. O divórcio assume agora única modalidade, não mais submetendo a qualquer prazo ou condição.

O mesmo não se pode dizer em relação ao fim da separação de direito (judicial e extrajudicial), alegando os partidários desta corrente que o novo texto constitucional em nada conflita com a atual regulamentação infraconstitucional da separação. Citando Maria Helena Diniz, atestam que:

“tal revogação tácita só se dará quando vislumbrarmos uma absoluta e intransponível incompatibilidade entre a novel disposição constitucional e o ordenamento infra constitucional vigente, tal como assevera o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), o que não ocorre com relação à referida Emenda Constitucional e o atual Código Civil”.[55]

Na mesma linha, com a excelência de sempre, Donizetti (2011) afirma que, pela inteligência do art. 1.571 do CC/02, a separação é direito material (que dissolve a sociedade), sendo alternativa ao divórcio, (que rompe o vínculo), conferindo à parte opção entre esta ou aquela medida. Arremata, por fim, que “essa norma em nada se confronta com o texto constitucional emendado, que, nesse aspecto, somente autorizou a dissolução imediata do casamento pelo divórcio, sem a necessidade de preenchimento de condições prévias”.

Entende, portanto, tal corrente doutrinária, que a CF/88 previa a separação judicial, não como o próprio instituto em si, mas somente como obstáculo para a decretação do divórcio. Dessa forma, a supressão da locução “após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, teria apenas suprimido a condicionante outrora prevista, e não o instituto em si, que continua regulamentado pelo Código Civil, como opção de rompimento da sociedade marital, ainda que venha a perder, aos poucos, sua utilidade.

É como se o poder constituinte derivado (EC nº66) estivesse dispensando os serviços outrora designados à separação judicial e à separação de fato pelo poder originário (CF/88), vale dizer, retardar a dissolução do casamento. Isso não significa, porém, que a norma tenha tornado “inconstitucional” a Legislação Civil em vigor, mas apenas eliminando-a como prelúdio ao divórcio. Precisa a lição da doutrina:

“A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas foi elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogado o Código Civil. (...) ora, a separação não dissolve casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio”. [56]

Ao contrário do que alega a corrente racionalista, a tese eclética não nega a força normativa da Constituição, tampouco a sua aplicação imediata, coadunando-se, em parte, com a corrente abolicionista. Sucede que a imediata aplicação da norma ficará restrita ao suprimento dos prazos antes exigidos – que passarão a ser não-recepcionados –, não havendo qualquer reflexo sobre o instituto da separação em si, o qual nunca esteve regulado pela Constituição. Nesta linha, não haveria como a Emenda suprimir algo que a Constituição não disciplinava.

Os ecléticos identificam, dessa forma, que o conflito entre a Constituição e a legislação ordinária cinge-se, apenas, aos requisitos prazais para a decretação do divórcio, “entretanto, o conflito acaba aí. Restringe-se a esse aspecto, não alcançando a própria existência de um procedimento autônomo para a dissolução da sociedade conjugal”. [57]

Neste diapasão, conclui-se que diante do novo parâmetro Constitucional, apenas o conteúdo relativo à pré-requisitos para o divórcio restou não-recepcionado. Aplica-se, aqui, as mesmas lições relativas ao controle de constitucionalidade ventiladas no item 5.1 (corrente abolicionista).

Feitas estas considerações, entende a corrente eclética que, com o teor da Emenda, teria surgido no Brasil o sistema dualista optativo, em contraposição ao antigo dualismo obrigatório, prestigiando, enfim, o princípio da autonomia privada e da liberdade familiar:

“O sistema dualista opcional, que emerge da EC 66, harmoniza-se com o princípio da liberdade familiar, de fundo constitucional, na medida em que possibilita aos cônjuges a escolha entre dissolver logo o casamento, ou dissolver apenas a sociedade conjugal, por razões de conveniência pessoal, aí incluídas as questões religiosas e outras de foro íntimo, nas quais o Direito não deve se imiscuir.” [58]

Na mesma linha de entendimento, ecoa a sábia voz de Maria Helena Diniz, afirmando que a supressão textual do art. 266, §6º da CF/88

“não implica dizer que o direito de separação judicial ou extrajudicial foi revogado do nosso ordenamento jurídico, muito pelo contrário, a exemplo de Portugal onde vigora o sistema dualista opcional, tal emenda constitucional trouxe aos cônjuges a faculdade de separar-se ou divorciar-se judicial ou extrajudicialmente, o que se coaduna perfeitamente com o princípio da liberdade familiar”. [59]

Diante do todo exposto neste capítulo, percebe-se que a tese eclética possui sólidos argumentos, reforçados, inclusive, pela jurisprudência pátria. Bem aborda o tema o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, em dois acórdãos prolatados contra apelação, inclinou seu posicionamento para a

corrente ora analisada. Os Desembargadores Maurício Barros e Wander Marotta deixaram claros seus entendimentos, conforme se extrai dos julgados abaixo:

”EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - SEPARAÇÃO BASEADA NA CULPA – POSSIBILIDADE [...] com todo respeito, com todas as vênias, entendo que, realmente, a separação judicial não desapareceu do ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional é silente a respeito e há autores de renome que defendem a posição de que a separação judicial não é incompatível com o divórcio. Isso é muito simples, a meu ver e, também entendimento do Desembargador Antônio Sérvulo. O que a Constituição fez foi, simplesmente, simplificar o caminho para o divórcio. Antigamente, exigia-se uma separação prévia, hoje, não é mais necessário. Também entendo que pode ser perfeitamente do interesse do casal, ao invés de se divorciar, se separar, deixando aberta a porta para o reatamento da sociedade conjugal, sem a formalidade de um novo casamento.[60]

EMENTA: SEPARAÇÃO CONSENSUAL - AJUIZAMENTO ANTERIOR À EC 66/2010 - ADAPTAÇÃO DO PEDIDO À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL - POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, ECONOMIA, CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAIS - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO CPC. Neste sentido, embora a EC nº 66/2010 tenha conferido nova redação ao art. 226, § 6º, da CF, permitindo a dissolução do casamento a qualquer tempo, sem a exigência de prazo mínimo após a formalização do casamento, as regras contidas no artigo 40 da Lei 6.515/77 e no Código Civil continuam tendo aplicabilidade na parte em que não contradizem a nova ordem constitucional. As disposições infraconstitucionais referidas não foram revogadas pelo novo dispositivo constitucional. Assim, não há impossibilidade jurídica do pedido; a separação judicial continua tendo validade no ordenamento jurídico, não sendo facultado ao magistrado decidir a forma pela qual deve ser dissolvido o casamento. [...] não é permitido ao Judiciário interferir nessa escolha, desconsiderando a vontade do casal. Pelo menos assim o será até que legislação nova - de nível infraconstitucional, vier revogar a que hoje existe - e que permanece.”[61]

Atente-se, ainda, que o IBDFAM, no Pedido de Providências instaurado em face do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), requereu alterações na Resolução nº 35/CNJ (separação e divórcio em cartório), no sentido de suprimir dos arts. 52 e 53, qualquer referência à separação e aos prazos para o divórcio. Entretanto, em votação unânime, posicionou-se o CNJ contrário a teste abolicionista e a favor da corrente eclética, entendendo prudente somente a eliminação dos prazos, subsistindo a separação regulada pela legislação infraconstitucional.

“EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 35 DO CNJ EM RAZÃO DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES “SEPARAÇÃO CONSENSUAL” E “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL”. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, para suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos. Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida.(...)”[62]

Em síntese, de acordo com o explanado, entende a corrente eclética que é inegável o avanço trazido pela Emenda nº 66, uma vez que não mais exige os prazos para o divórcio. A mesma sorte, porém, não foi dada ao instituto da separação, uma vez que este não está – e nunca esteve – disciplinado no âmbito constitucional. Destarte, com exceção das disposições relativas a prazos, continuam recepcionadas as normas infraconstitucionais.

6. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DA EMENDA: A SEPARAÇÃO JUDICIAL PERMANECE EM VIGOR

Diante do quanto esposado no decorrer deste trabalho, percebe-se que as três correntes ora dominantes no Brasil encorajaram-se no sentido de dar a devida interpretação à nova Emenda, avocando, com este fim, fundamentos jurídicos diversos e até, algumas vezes, desprovidos da melhor técnica jurídica. De qualquer sorte, salienta Mario Delgado, em invejável síntese que:

“um problema que permeia essa discussão refere-se à maneira como o tema tem sido tratado. A maioria dos autores o tem abordado sob a ótica exclusiva do Direito de Família, quando, na verdade, o foro desse debate é a Teoria Geral do Direito, o Direito Constitucional e o Direito Intertemporal”[63]

Verifica-se, porém, que assiste razão à corrente eclética, uma vez que possui argumentos mais sólidos que as outras duas. A conclusão a que chega a essa corrente é muito simples e passa por uma série de filtragens, interpretando-se historicamente os aspectos da dissolubilidade matrimonial desde a primeira Carta da República até o atual momento.

Tais apontamentos, para fins didáticos, serão realizados ordenadamente (em tópicos separados), à medida que se descortina e se elide os argumentos elencados pelas outras correntes. Vejamos, então.

6.1 FIM DOS PRAZOS E CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA DUALISTA OPTATIVO: OBSERVÂNCIA DA FORÇA NORMATIVA E DA MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Pretende-se demonstrar, inicialmente, que o novo texto constitucional não provocou a extinção do instituto da separação, uma vez que não colide com a sua existência no regramento infraconstitucional. Desta forma, constatar-se-á que, em verdade, a interpretação da Emenda nº66 acarretou o fim dos prazos para o pedido de divórcio, bem como, consagrou no país o denominado sistema dualista optativo, vigente em países como Portugal.

Durante mais de um século vigorou no Brasil o princípio da indissolubilidade do casamento, que passou a fazer parte de todas as Constituições da República. A única solução era o desquite, previsto no Código Civil de 1916, que somente rompia a sociedade, não o vínculo.

Essa realidade só foi modificada em 1977 quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 09/77, que alterou a Carta de 1967, prevendo que “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

A partir da análise desse texto, percebe-se que a Emenda de 1977 ainda não havia criado instituto algum, passando apenas a autorizar a dissolubilidade, que seria mais tarde concretizada infraconstitucionalmente, através da criação de institutos como a separação e o divórcio.

Surge a L. 6.515/77, regulamentando a separação e o divórcio que, por expressa regra Constitucional, tinha que aguardar um lapso de três anos para ser exercitado. Percebe-se, portanto,

que a Constituição vigente autorizou a criação desses institutos pelo legislador ordinário, obrigando-o, contudo, a observar a condicionante prazal.

Por fim, promulga-se a Constituição de 1988, que passa a prever o Divórcio e a separação judicial – institutos criados pela L. 6.615/77 a partir da autorização da Constituição anterior –, exigindo-se para o exercício do divórcio o prazo de um ano da separação judicial ou de dois anos da separação de fato.

Em 2002, o novo Código Civil reproduz a regra Constitucional, que obrigava a observância dos citados prazos. Conclui-se, portanto, o seguinte: tanto os textos constitucionais de 1977 e 1988 não criaram a figura da separação judicial ou de fato, apenas as reconheceram como pré-requisito ao divórcio até então admitido.

A Emenda nº 66 de 2010, por sua vez, seguindo a mesma lógica, não fez desaparecer a figura da separação, apenas eliminou-a como condição ao divórcio, tornando desobrigatória, em patamar constitucional, a observância de qualquer prazo. Neste raciocínio, a Emenda não fez desaparecer a figura da separação, nem a tornou incompatível com a Constituição, apenas teve a poder de, ao se calar, vincular a legislação infraconstitucional no tocante aos prazos. Isso porque, conforme explica a doutrina:

“o preceito legal cuidava, como ainda o faz, exclusivamente do divórcio, fixando prazo para o exercício do direito. Nenhuma palavra sobre o instituto da separação, salvo com relação, repita-se a prazos. (...) à evidência, desapareceu tão-só do dispositivo constitucional as exigências anteriores, relativas às formas do divórcio e os respectivos prazos, nada mais, nada menos”. [64]

Com base nesta breve análise, torna-se cristalino o fato de que a separação judicial tem vida própria em sede infraconstitucional, e a EC 66/10 – com exceção aos prazos – em nada é incompatível com a sua existência. Nesta linha, torna-se descabido o argumento utilizado pelos abolicionistas ao invocar o art. 2º, §1º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que prescreve a revogação de norma pelo critério cronológico, uma vez que: 1) não houve declaração expressa; 2) não houve incompatibilidade; e 3) a emenda não regula inteiramente a matéria da separação. Assim, defende a doutrina que:

“A supressão decorrente da EC 66 refere-se apenas aos requisitos para o divórcio (prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos), e não à existência de um procedimento (judicial ou extrajudicial) para dissolução da sociedade conjugal”. [65]

Na mesma linha, o ilustre processualista Elpídio Donizetti entende que o novo texto, ao afirmar que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, não traz qualquer novidade, concluindo que “o que ocorreu foi apenas a eliminação da necessidade da separação judicial prévia e dos prazos que estabelecia” [66], subsistindo a separação, que continua regulada pelo Código Civil.

Em sentido contrário, asseveram os abolicionistas [67] que o novo texto constitucional, ao não mais mencionar a separação, estaria provocando o fim do sistema dualista outrora previsto na Carta Maior, instituindo, de agora em diante, um regime monístico. Data vênia, tal entendimento revela-se deveras equivocado.

A ausência de tratamento da separação pelo Texto Superior não se traduz no fim do sistema dualista, mas, sim, no fim do sistema dualista obrigatório. Vale dizer, o sistema dualista se mantém, porém agora de forma opcional, previsto apenas em sede infraconstitucional. Este equívoco decorre da

ausência de percepção destes juristas de que a separação, em verdade, nunca esteve prevista na Constituição!

Melhor dizendo, “as Constituições brasileiras jamais, em tempo algum, disciplinaram, albergaram, tutelaram expressamente, o processo de separação legal, que sempre foi matéria de lei ordinária”. [68]

Conclui-se, dessa forma, que “Tanto as Constituições de 1967/1969, como a de 1988, mencionaram a separação apenas quando quiseram restringir ou dificultar o divórcio, elegendo-a como um requisito, como um pressuposto, um condicionante prévio”. [69]

Conforme ventilado no item 5.2.1, outro argumento comumente utilizado para os defensores da tese abolicionista é o de que o seu não acolhimento implicaria na negativa da aplicação do princípio da força normativa da Constituição, ou até mesmo do princípio da máxima efetividade, sendo este um desdobramento daquele, aplicado aos direitos fundamentais. Todavia, ousamos discordar.

Os princípios supracitados são pressupostos que orientam o interprete na utilização dos métodos de interpretação constitucional. O intérprete, ao utilizar os diversos métodos interpretativos, deve se balizar a partir destes cânones, também chamados de princípios instrumentais, ou postulados normativos [70].

Para Konrad Hesse, de acordo com o princípio da força normativa, na interpretação Constitucional “deve ser dada preferência às soluções que, densificando suas normas, as tornem mais eficazes e permanentes, proporcionando-lhes uma força otimizadora”. [71]

Com esta lição, não se vislumbra, in casu, qualquer ofensa à força normativa da Constituição, haja vista que não duvidamos que a Emenda teve, de fato, o poder de eliminar os prazos, tornando muito mais eficazes as normas relativas ao divórcio.

O postulado da máxima efetividade, por sua vez, decorre da força normativa, visando uma amplitude na interpretação e efetividade dos direitos fundamentais. Na visão de Friedrich Muller [72], está estreitamente relacionado ao enunciado *in dubio pro libertate*, que parte de uma presunção de liberdade a favor do cidadão.

Alinhada a este entendimento, afirma a doutrina que não há qualquer colisão de regras ou princípios que vinculem o fim da separação judicial, ao contrário, o direito de liberdade é garantido pelo dualismo optativo, a partir da concretização do princípio da dissolubilidade, que não mais permitirá que qualquer obstáculo (prazos, requisitos, etc.) prejudique a sua efetivação. Pertinente a seguinte lição:

“A Constituição emendada reafirma o princípio da dissolubilidade do casamento pelo divórcio, expurgando, isso sim, qualquer óbice que se pudesse opor à máxima efetividade e otimização desse princípio. Mas esse princípio não colide com a manutenção de um sistema dualista que permita, por um lado, a dissolução do casamento pelo divórcio, sem delongas, sem empecilhos formais ou materiais; e, por outro, a dissolução apenas da sociedade conjugal, desde que tal procedimento não seja colocado como um requisito, uma barreira, um freio ou mesmo um redutor do princípio da dissolubilidade”. [73]

Desta forma, ao se entender que a Emenda apenas afastou os prazos relativos ao divórcio, não se está rechaçando a aplicação do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, muito pelo contrário, a idéia de liberdade está ínsita ao dualismo optativo surgido a partir do texto emendado.

Sucumbe, portanto, a tese da corrente abolicionista ao afirmar que seu entendimento se consubstancia através da aplicação dos princípios da força normativa e da máxima efetividade, posto que, ao contrário, a aplicação lógica e temperada de tais princípios refletem, em verdade, o surgimento de um sistema dualista opcional – despido de prazos –, ratificando, enfim, a liberdade de casar e manter-se casado.

Todavia, estender tais interpretações para alcançar a abolição do instituto da separação – desprezando a literalidade do texto da Emenda – denota impetuosa apelação aos cânones interpretativos Constitucionais, o que poderia nos proporcionar graves precedentes judiciais.

6.2 BREVES DIGRESSÕES ACERCA DA ANÁLISE DA CULPA

Conforme tem sido defendido até aqui, a recente alteração constitucional enaltece o direito fundamental de liberdade no âmbito nupcial, ocasionando o fim dos entraves outrora previstos ao fim do matrimônio. Isto posto, apesar de não ser objeto deste trabalho, não há como explorar a idéia de liberdade, alcançada com o advento da EC nº66, sem mencionar, ainda que sem maiores aprofundamentos, a vetusta questão da culpa pelo fim da relação, tendo em vista a sua imediata correlação com a liberdade conjugal.

Hodiernamente, doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em afirmar que a culpa não deve servir de obstáculo à decretação do divórcio ou separação, dependendo estes – a despeito dos requisitos prazais –, meramente, do desejo dos consortes em desfazer o laço afetivo. Todavia, discussão surge quanto à possibilidade de se imputar culpa a um dos cônjuges para que sobre ele recaia as conseqüências jurídicas da culpa.

Neste ponto, antes mesmo da Emenda nº 66, a maioria da doutrina já se inclinava para o fim da possibilidade de investigação da culpa, vez que “a ingerência determinada pela lei na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que o juiz impusesse a pecha de culpa ao réu, era visivelmente inconstitucional”[74]

Em sentido diametralmente oposto – entendendo que a culpa permanece, ainda que a separação seja extinta –, afirma a doutrina que:

“Ora, a interpretação de que a redação antiga já extinguiria a culpa do divórcio é um sofisma evidente. A questão das repercussões da culpa cabia circunstancialmente na separação judicial, que então era antecâmara necessária do divórcio. Por isso, esse tema talvez até aparecesse à primeira vista, não ser relativo ao divórcio, quando na verdade era parte dele, como mecanismo global.”[75]

Em apertada síntese, a análise da culpa traz consigo dois efeitos de direito material básicos: a questão do impossibilidade de manutenção do sobrenome do cônjuge culpado, e a questão dos alimentos meramente voltados a subsistência.

Nesta Linha, o cônjuge culpado só terá direito a manutenção do sobrenome do cônjuge inocente se puder provar cabalmente algum prejuízo sofrido com a perda do sobrenome, conforme se infere dos incisos do art. 1.578 do Código Civil.[76]

Outro efeito importante do reconhecimento da culpa é o da mudança da natureza dos alimentos prestados em favor do cônjuge culpado. Nesse sentido, o parágrafo único do art. art.1.704[77] faz distinção entre os alimentos civis (manutenção de vida digna) e alimentos naturais (direcionados a mera sobrevivência). Assim, pela redação do dispositivo, se o cônjuge for declarado culpado, somente terá direito aos alimentos meramente indispensáveis a sua sobrevivência.

Entretanto, esses efeitos da imputação da culpa são extremamente criticados pela doutrina majoritária, vez que entendem que tais conseqüências jurídicas violam frontalmente direitos da personalidade (quanto ao sobrenome) bem como o principio da solidariedade familiar (quanto aos alimentos).

O tema é deveras controverso e, não obstante se discorde parcialmente de tal posicionamento, não há, aqui, espaço para se posicionar em sentido contrário, sob pena de completo desvirtuamento do tema.

Destarte, malgrado não se pretenda digladiar tema tão cinzento e discutível, não há como desprezar o posicionamento da culpa dentro do novo sistema dualista optativo carreado pela EC nº66, que consagra, indubitavelmente, o direito fundamental à liberdade e a autonomia privada dos cônjuges.

Deve-se, portanto, delimitar que, sob o aspecto do principio da liberdade e da autonomia privada extraída dos cânones interpretativos da nova emenda, a questão da culpa só poderá ser tratada de duas formas: ou não mais se aplica a qualquer procedimento (divórcio ou separação), ou se aplica a ambos. Qualquer outra solução estorvaria a aplicabilidade do sistema dualista optativo, que, como visto, saúda a liberdade dos cônjuges.

O esforço aqui realizado, portanto, é de simplesmente realocar a culpa para que se alcance a máxima liberdade na opção pelo sistema dissolutório, acima tratado[78]. Expliquemos.

Partindo-se do pressuposto que a culpa permanece em vigor, se esta não puder ser analisada em sede de divórcio e ficar restrita ao procedimento de separação, a liberdade optativa dos cônjuges pelos meios procedimentais ficará completamente esvaziada, uma vez que o cônjuge que quiser debater a culpa será obrigado a utilizar a via da separação judicial, o que não se coaduna com o espírito libertador carreado pela Emenda. Corroborando este mesmo entendimento afirma, sabiamente, a doutrina que:

“o cenário que o direito brasileiro merece, após a aprovação da Emenda Constitucional em tela, é o de que ao divórcio se apliquem as modalidades que antes existiam somente na separação judicial – com e sem culpa – de modo a facilitar o termino do casamento e continuar a oferecer liberdade de escolha da espécie dissolutória, pra que seja protegida a dignidade humana e dos membros da família”. [79]

Nesta linha, inclusive, Caetano Lagrasta, Desembargador do TJSP, apesar de ser favorável ao fim da separação, também observa a possibilidade de apuração de culpa, inclusive no processo de divórcio, para fins de extinção do direito à pensão do culpado.[80]

O entendimento que parte do pressuposto de que a culpa foi definitivamente extirpada, também não viola qualquer fundamento do novo sistema optativo, vez que, a impossibilidade de discuti-la, não causaria qualquer óbice à liberdade, sendo indiferente se os cônjuges optaram pela separação ou pelo divórcio.

Observa-se, portanto, que, diante do novo panorama dissolutório, a culpa deve ser reposicionada: ou sendo discutida em ambos os procedimentos, ou deixando de ser tratada em quaisquer deles. Entendemos que, somente dessa forma, a liberdade dos cônjuges será devidamente prestigiada e o esforço do legislador não terá sido em vão.

Outro aspecto importante a ser tratado, diz respeito à não vinculação da imputação da culpa (ou qualquer outro pedido) à decretação do divórcio. Vale dizer, o divórcio, sendo direito potestativo, não depende de qualquer condição, merecendo ser decretado imediatamente, no início da lide[81].

Desta forma, ainda que em uma única ação se cumule diversos pedidos (divórcio, imputação de culpa, pensão, etc.), a decisão sobre o pedido do divórcio é parcela incontroversa de mérito, devendo ser proferida independentemente da avaliação dos outros pedidos, fazendo coisa julgada material, seja em espécie de resolução parcial e imediata do mérito[82], seja em capítulo de sentença[83].

A despeito das discussões processuais acerca da antecipação do mérito, entendemos que tal medida vem a calhar bem com a atual sistemática dissolutória, prestigiando a liberdade do cônjuge, que não mais precisaria aguardar desnecessariamente o desfecho dos outros pedidos – inclusive no que tange à culpa –, podendo ter seu divórcio imediatamente decretado, ficando livre para contrair novas núpcias.

6.3 DA EFICÁCIA IMEDIATA DA NORMA

No que tange à discussão sobre o plano de eficácia da norma contida na EC/66, não duvida a corrente eclética da autoexecutoriedade da mesma (eficácia plena). Sucede que essa imediata aplicação cingir-se-á aos requisitos constantes no Código Civil, por incompatibilidade constitucional (não-recepção), não alcançando a figura da separação, em si, como forma de extinção da sociedade conjugal. Nesse sentido,

“o preceito constitucional é autoexecutável e sobrepõe-se ao regramento ordinário das formas de dissolução conjugal, de sorte que facilita a concessão de divórcio independente de conversão de prévia separação das partes ou de prazos certos previstos na lei. (...) o que não significa, porém, a revogação tácita de dispositivos outros, que não dizem respeito ao divórcio, mas, somente, à separação como forma de dissolução da sociedade conjugal”. [84]

Aliás, neste aspecto reside o equívoco da corrente exegética-racionalista, uma vez que nega qualquer impacto advindo da nova Emenda, seja por ela ser meramente declaratória[85] e dependente de legislação infraconstitucional (Código Civil); seja por achar que ela tem eficácia mediata, ou tratar-se havendo mera desconstitucionalização da matéria[86]. Apesar do argumento interessante, não entendemos assim.

Como visto acima, o novo parágrafo 6º do art. 226 tem aplicabilidade imediata – no tocante aos prazos –, decorrente do reconhecimento do princípio da força normativa da Constituição. O silêncio que emana da norma é eloqüente no sentido de vincular a sua observância pela legislação infraconstitucional. Negar tal entendimento, isso sim, desrespeitaria a própria força normativa da Constituição.

Ainda que a norma tivesse eficácia limitada, sabe-se que tais normas, “apesar de não possuírem, desde sua entrada em vigor, uma eficácia positiva, são dotadas de eficácia negativa, ab-rogando a legislação precedente que lhe for incompatível e impedindo que o legislador edite normas em sentido oposto ao assegurado pela Constituição”. [87]

No caso, o CC/02 observava uma regra constitucional imposta pelo alterado art. 226, §6º da CF/88, que exigia a prévia separação para o alcance do divórcio. A partir do momento que surge um novo parâmetro de constitucionalidade e tal regra é extinta, o Código Civil inicia um processo de incompatibilidade com o novo ordenamento Constitucional.

6.4 DA SUPOSTA INUTILIDADE DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO

Retornando às críticas feitas à corrente abolicionista, percebe-se que esta alega, ainda, que a separação deve ser extirpada, por ser um instituto inútil, desnecessário e fadado ao fracasso. Em parte, concordamos, todavia, não há como concluir que a separação, de acordo com lei vigente, não tenha qualquer utilidade.

Nesta linha, o cônjuge, na dúvida, pode querer exercer o direito de não extinguir o vínculo, fazendo uso de uma medida menos abrangente, qual seja, “a dissolução da sociedade conjugal pela separação, com a possibilidade adicional de reconciliação e refazimento da mesma sociedade sem as dificuldades rituais de um novo casamento que essa "volta" exige nos casos do divórcio”[88]

Concordamos plenamente, tendo em vista que “dizer que a reconciliação é uma desvantagem, seria subestimar a capacidade civil plena das pessoas, ferindo um direito da personalidade quanto à escolha do estado civil na aferição familiar”.[89]

Ainda que se aceite que a separação seja um instituto em desuso ou inútil, não se pode interpretar que esse posicionamento pudesse provocar a sua revogação tácita, o que implicaria num “erro grave de interpretação, posto que nosso sistema não sustenta a revogação da lei pelo desuso”.[90]

Não há, portanto, qualquer razão jurídica de entender que a emenda teria eliminado tacitamente a separação, uma vez que somente retirou-lhe a função de antecâmara para o divórcio. Pensar ao contrário, causaria a crença de que a própria separação de fato também deixou de existir, o que, data vênia, é um contrassenso!

“Absurdo seria pensar que a figura civil da “separação de fato” pudesse desaparecer por força da Emenda 66: “a separação de fato” continua existindo para incontáveis efeitos jurídicos em inúmeras searas do direito. O objetivo da Emenda 66 foi apenas o de fazer desaparecer em breve tempo a figura da “separação judicial” como pressuposto do divórcio”.[91]

Na mesma linha, sustenta Mario Delgado que “o raciocínio contrário nos levaria à conclusão, surreal, de que também a ‘separação de fato’, ela própria, teria sido suprimida pela alteração constitucional, uma vez que era mencionada, com a separação legal, e agora não o é mais”[92]. Assim, se a separação de fato, ainda que sem regulamentação, continua existindo, com mais razão prevalece o entendimento de que a separação judicial também continuará, tendo em vista o seu regramento vigente na Legislação Civil.

6.5 CRÍTICAS AO USO DESMEDIDO DOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Afastemos, neste momento, os argumentos coligidos pela corrente abolicionista na tentativa de justificar os efeitos do texto emendado a partir dos métodos interpretativos. Em geral, ao assumir a limitação literal oriunda do novo dispositivo, alegam a necessidade da observância de determinados métodos interpretativos, em especial a interpretação histórica e teleológica.

Inicialmente, cabe rechaçar o resultado que a primeira corrente chega através da interpretação teleológica (finalidade da norma). Desprezar a leitura da norma para acreditar que a sua finalidade seria causar o fim da separação desmerece qualquer amparo jurídico-interpretativo, uma vez que, justamente ao contrário, “a manutenção da separação judicial decorre de interpretação sistemática e teleológica, em razão da coerência do ordenamento e dos fins sociais a que a norma se destina”[93]

Nesse sentido, aduz o imortal Washington de Barros Monteiro (pela voz de Regina Tavares da Silva), que o direito à liberdade está evidentemente prestigiado através do fim do sistema dualista

obrigatório, onde “a manutenção da espécie dissolutória culposa e da separação judicial em nosso ordenamento jurídico não esta atrelada ao mero debate entre divorcistas a antidivorcistas, ou entre católicos e não católicos, mas, sim, à preservação dos direitos fundamentais”. [94]

Comungando do mesmo espírito interpretativo, entende Elpídio Donizetti que a separação, isoladamente considerada, e seu respectivo procedimento não têm o condão de embaraçar a liberdade de determinação afetiva dos cônjuges, concluindo que:

“Somente restringem essa liberdade os acréscimos que a ela se atavam [...], que, contudo, podem ser removidos do instituto sem afetar-lhe a essência. A separação, em sua natureza, é meio de por fim a sociedade conjugal sem dissolver o vínculo matrimonial. Esta é a sua essência, não afetada pelo EC nº66/2010.” [95]

Entretanto, o argumento principal utilizado pelos que defendem o fim da separação reside na técnica de interpretação histórica, consubstanciada na chamada vontade do legislador (*mens legislatoris*). Todavia, tal argumento carece da melhor técnica interpretativa, sendo esta extremamente criticada pela doutrina, desde os autores mais clássicos aos mais atuais.

Como se sabe, o legislador não é uma pessoa em si. Os textos normativos são produzidos por órgãos colegiados, agregando diversos ideais, vontades paradoxais e tendências políticas, de maneira que as exposições dos parlamentares nem sempre expressam os reais motivos de aprovação de uma lei, “pelo contrário, muitas vezes servem justamente para ocultar as reais intenções por trás de argumentos mais palatáveis para a opinião pública”. [96] Nesta linha, vale destacar a confusão refletida na criação de uma lei:

“Uns aprovam por concordarem com os objetivos, outros apenas para seguir a orientação do partido, outros ainda para não causar atritos com suas bases, com colegas que lhe poderão ajudar no futuro ou com certos grupos sociais relevantes. Alguns parlamentares rejeitam um projeto por concordar com seus fins e não com seus meios, outros apenas porque querem projetar na mídia uma determinada imagem: progressistas, corajosos, moralistas etc. Alguns votam para atender a pedidos dos financiadores da campanha, da esposa, dos amigos.” [97]

De acordo com Carlos Maximiliano, “como descobrir, naquele labirinto de idéias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante?” [98]

Trata-se, portanto, de recurso interpretativo deveras inseguro, que inclusive já fomentou supressão das liberdades civis, por conta de regimes autoritários, que utilizaram-se destas técnicas para fundamentar arbitrariedades, mitigando a possibilidade emancipatória criadora de outras instâncias do Direito.

Nesta linha, afirma Ferrara, em obra clássica, que “o intérprete deve apurar o conteúdo de vontade que alcançou expressão em forma constitucional, e não já as volições alhures manifestadas ou que não chegaram a sair do campo intencional. Pois que a lei não é o que o legislador quis ou não quis exprimir, mas tão-somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei”. [99] Concluem, da mesma forma, pensamentos mais modernos:

“não há a possibilidade de se ultrapassar os limites da linguagem, sob pena de perder qualquer objetividade na interpretação e o perigo de não equilibrar subjetividade/objetividade é a possibilidade do arbítrio e da falta de controle e até mesmo em um excesso de voluntarismo que não pode mais ser aceito. É a linguagem do texto expresso na EC que deve nos dar a justa medida para a sua interpretação”. [100]

No mesmo sentido, afirma o insigne constitucionalista Dirley da Cunha Jr. que a interpretação jurídica não se presta a investigar a vontade do legislador, prelecionando que:

“A interpretação não pode ser reconduzida a uma atividade de reconstrução do pensamento do legislador, como defendiam os originalistas (ou subjetivistas) no direito norte-americano. O que se interpreta é o texto à luz do caso ao qual ele vai ser aplicado e concretizado; logo, o que se busca na interpretação é construir o sentido do texto da norma em relação à sua realidade (eis a norma, como resultado da interpretação), circunstância que prestigia, não a vontade do legislador, mas a vontade da própria disposição normativa (a mens legis), que, ao fim de seu processo de positivação, adquire vida própria e autônoma, separando-se do legislador.”[101]

Dessa forma, descarta-se, por conseguinte, os argumentos utilizados pelas outras teses, em especial, a abolicionista, que insiste no uso pouco rigoroso e indiscriminado das teorias interpretativas da ciência do Direito, como forma de alcançar o desiderato idealizado pelo IBDFAM, que massificou, através da mídia, a concepção de facilidade e de rapidez para atingir o divórcio, provocando o fim prematuro da separação.

Nesse sentido, não há como deixar de citar a brilhante lição de Kelsen, que defendia a idéia de que a ciência do Direito não poderia ser utilizada como campo de opiniões pessoais e tendências ideológicas, sob pena de gerar grave insegurança jurídica.

Para Kelsen, quando o intérprete, partindo de sua concepção axiológica pessoal, faz uma escolha entre muitas possíveis, não estaria problematizando a ciência do Direito, mas sim exercitando atividade de política jurídica. Assim, “eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como freqüentemente fazem”[102].

Conclui-se, assim, esposando o entendimento da corrente eclética, que a Emenda nº 66/10 teve o condão de não mais permitir que o legislador infraconstitucional imputasse prazos ou requisitos para divórcio, não tendo havido, entretanto, a supressão do instituto da separação, seja judicial ou extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme introduzido nesta monografia, o casamento sempre foi instituto balizado pela Igreja, que influenciou durante séculos a indissolubilidade do matrimônio, prevista expressamente em sede Constitucional. Com a transformação da sociedade, essa realidade, aos poucos, foi modificada. Chegamos, então, ao tão esperado advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que pretendeu simplificar a dissolução casamentária.

Os reflexos diretos desta emenda, porém, ainda percorrem um vasto debate interpretativo doutrinário e jurisprudencial. Surgem, assim, três correntes: a abolicionista (fim dos prazos para o divórcio e extinção da separação); a exegética-racionalista (manutenção tanto dos prazos para o divórcio quanto da separação); e a eclética (fim dos prazos, subsistindo a separação), esta última defendida neste trabalho, conforme capítulo 6.

Constatou-se que, independentemente da tese adotada, a EC nº66 provocou irretorquível transformação no ordenamento pátrio, ao permitir que a partir de agora o legislador infraconstitucional tenha liberdade para regulamentar a disciplina jurídica das formas de extinção do casamento e da sociedade conjugal, possibilitando, no futuro, uma melhor e mais eficiente adequação do Direito às relações matrimoniais.

A mesma sorte não teve o legislador ao tentar expurgar o instituto da separação do nosso ordenamento infraconstitucional, que, infelizmente, continua em vigor (exceto quanto aos prazos), até que lex posterior o revogue.

Assim, nada impede que o casal, pelas mais variadas razões, opte – manifestando vontade autônoma, livre e consciente – pela separação de direito, e não pelo divórcio. Embora seja situação fadada ao desuso, ela existe por expressa previsão infraconstitucional (Código Civil e Código Processual Civil), não podendo ser obstada, enquanto vigentes as disposições ora regulamentadoras.

Ademais, não se discorda dos argumentos relativos à uma mínima intervenção do Estado na seara familiar, respeitando a dignidade da pessoa humana e a celeridade dos procedimentos. Não pode o interprete, todavia, decidir pelo que é mais adequado ou justo, propagando uma interpretação desprovida de rigores científico-jurídicos e desprezando as disposições legais regulamentadoras de um instituto jurídico.

Conclui-se, por fim, que, embora seja um instituto arcaico e em desuso, a separação judicial permanece vigente, ensejando o surgimento o de um sistema dualista optativo (opção por divórcio ou separação) desvinculando o divórcio de quaisquer requisitos ou condições, inclusive no que tange à prévia análise da culpa, que, muito embora possa ser mantida em nosso ordenamento – até mesmo com as suas conseqüências –, não poderá causar qualquer entrave na dissolução matrimonial, que será decretada de imediato em processos que envolvam cumulação de pedidos.

Nesta linha, o novo texto Constitucional, ao retirar os requisitos antes exigidos, prestigiou os princípios da liberdade, da autonomia privada e da dignidade humana, minimizando a intervenção estatal na vida dos cônjuges, desonerando o judiciário, tornando mais céleres os procedimentos divorcistas, e, o mais importante: representou um avanço inédito em matéria familiarista no país, privilegiando, definitivamente, e em patamar constitucional, a facilitação da dissolução do casamento.

Que fique claro que o que se pretende neste trabalho não é defender a manutenção da separação de direito como instituto necessário à dissolução matrimonial, muito pelo contrário, entendemos ser a separação instituto de pouca utilidade e fadada ao desuso, o que não justifica, porém, que a interpretação da Emenda nº 66 seja ampliada a ponto de provocar a sua extinção.

Percebe-se, desta forma, que a intenção do legislador foi boa, mas, como se diz em linguagem popular: de boas intenções o inferno está cheio!

Os debates relativos à alteração do texto constitucional, carreada pela EC nº 66, já suscitam um momento histórico do direito privado pátrio. Será, sem dúvida, uma excelente oportunidade para observar os jogos argumentativos utilizados pelos nossos operadores na eterna busca da finalidade da norma, seja de forma científica ou não.

É preciso, pois, neste momento, conter-se os ânimos, agindo com extrema cautela na análise técnica e desapassionada da questão, uma vez que interpretar-se a Emenda pelo fim da separação pode gerar grave precedente interpretativo da nossa Constituição.

Enquanto isso, parece-nos que a solução definitiva para o tão esperado fim da separação judicial já está a caminho. À medida que este trabalho é finalizado, vem tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7661/10, do deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), que revoga todos os dispositivos do Código Civil (Lei 10.406/10) que tratam da separação judicial. O objetivo do projeto – apesar de suas deficiências – é, em geral, adequar a lei à Emenda Constitucional 66/10,

atendendo, por fim, a exigência das outras correntes, que não digeriram o fim prematuro da separação com base na interpretação dada à Emenda pelo IBDFAM e demais partidários.

Outrossim, tendo em vista a maturidade do tema, já começa a emergir no país os primeiros entendimentos jurisprudenciais acerca da devida aplicação da EC nº66. O que se percebe, de início, é que a solução amadurecida pelos tribunais está longe de ser uniformizada, havendo julgados recentes que abarcam as três correntes analisadas. Só o tempo dirá! Enquanto isso, espera-se que uma alteração cautelosa e bem sucedida do Código Civil ocorra o quanto antes, abolindo, aí sim, a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências bibliográficas:

- ALVIM, Tereza, Arruda. Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1195, v.2.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121-139
- BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Direito de Família: Manual de Direitos do Casamento. São Paulo: Suprema Cultura, 2003.
- BRANQUINHO, Wesley Marques. O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16997>. Acesso em: 15 maio 2011.
- CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 10. ed. São Paulo, 2002
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 6ª reimpressão, 2003
- CASTRO JR., Torquato. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e sua repercussão na dissolução extrajudicial do casamento in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011.
- COSTA, Alexandre Araújo. Hermenêutica Jurídica. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>> Acesso em: 4 mai 2011
- CRUZ, Thyago. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e suas implicações jurídicas. Disponível em: <<http://www.doretto.adv.br/?intSecao=158&intConteudo=847>>. Acesso em: 03/04/2011
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010
- DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: Por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico, Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8785>. Acesso em 09/05/2011
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª Ed., São Paulo: RT, 2007
- _____. Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: RT, 2010
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença. 1ª.ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: vol. 5. Direito de família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DORETTO, Fernanda; CRUZ, Thyago. A Emenda Constitucional 66/2010 e a partilha dos bens comuns do casal por ocasião da dissolução do casamento in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed. 2009

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. 2ª edição, Coimbra: Arménio Amado, 1963.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio. Primeiras reflexões. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, O Novo Divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. 2009

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil – Estudos, Belo Horizonte: Del Rey, 2000

HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio. A emenda do divórcio e os alimentos. Principais impactos in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad.: Joao Baptista Machado. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGRASTA, Caetano. Emenda Constitucional do divórcio in Informativo IASP nº 90 set/out 2010, p. 19. Disponível em: <<http://iasp.org.br/2010/comunicacao/informativo/>> Acesso em: 27 abr. 2011

LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MACHADO, Antônio. O novo divórcio e a emenda 66/2010. 08/08/2010. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/?p=262>> Acesso em: 05/05/11

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.147

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. São Paulo: Revista Forense, 1999

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 37ª ed., 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil: Direito de Família, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 39ª Ed., 2009.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3ª Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2010

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010

OLIVEIRA, Euclides de. Separação ou Divórcio? Considerações Sobre a EC 66, IBDFAM, 04/10/2010. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>> Acesso em: 16/04/2011

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil, vol. 5. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2010

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. IBDFAM, 20/07/10, Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>, Acesso em: 04 mai. 2011

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Calma com a separação e o divórcio! Site da Magistratura do Rio Grande do Sul, 23/07/10, Disponível em: <<http://magrs.net/?p=13910>> Acesso: 8 mar. 2011.

PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. A inutilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17355>. Acesso em: 9 maio 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar, IBDFAM, 21/07/2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso: 15 abr. 2011.

SCHÄFER, Gilberto. A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17125>. Acesso em: 5 maio 2011

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A emenda constitucional do divórcio e o Código Civil in Tribuna do Direito, São Paulo, ano 18, nº 210, outubro de 2010, p. 8. Disponível em:

<<http://www.tribunadodireito.com.br/tribuna-digital-ver.php?cod=65>> Acesso: 3 abr. 2011

VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado. IBDFAM, 13/08/2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>> Acesso: 7 mai. 2011.

_____. Pequena História do Divórcio no Brasil in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011.

BRASIL, Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>> Acesso em: 13 abr. 2011

_____. Código Civil. Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 23 nov. 2010

_____. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1> Acesso em: 23 nov. 2010

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000. 12ª Sessão. Relator Cons. Jefferson Kravchychn. Julgado em 14/09/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2377620/integra-do-acordao-do-cnj-sobre-a-alteracaoda-resolucao-n-35-em-razao-da-emenda-constitucional-n-66-2010>> Acesso em: 12/05/11

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS.

Apelação Cível nº 20100110642513, TJDF, Relator: Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, julgado em 29/09/2010, DJ 07/10/2010, p. 221

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70040844375, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2011

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70039285457, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2010

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70039476221, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/01/2011

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0701.09.260001-7/003, 6ª Câmara Cível, TJMG, relator: Des. Maurício Barros, julgamento em 07/12/2010

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Cível 1.0011.10.000370-3/001, 7ª Câmara Cível, TJMG, relator: Des. Wander Marotta, julgamento em 09/11/2010.

Notas:

[1] Fonte: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1046>. Acesso em: 25-11-2010.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed. 2009, p.4

[3] FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p.11

[4] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil – Estudos, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.17

[5] Cristiano Chaves, ob. Cit, p.6

[6] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed. 2009, p.5

[7] Belluscio apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p.13

[8] Modestino apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. 2009, p.

- [9] Cario Mario Pereira da Silva apud GONÇALVES, op. cit., p.22
- [10] Beviláqua apud GONÇALVES, op. cit., p.23
- [11] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 37ª ed., 2004, p. 22
- [12] FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p.112
- [13] BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Direito de Família: Manual de Direitos do Casamento. São Paulo: Suprema Cultura, 2003. p. 19
- [14] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, vol. VI: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116
- [15] Pontes de Miranda apud GONÇALVES, op. cit., p.26
- [16] RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7-8
- [17] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: vol. 5. Direito de família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 280
- [18] VELOSO, Zeno. Pequena História do Divórcio no Brasil in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 24
- [19] SCHÄFER, Gilberto. A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17125>. Acesso em: 5 maio 2011
- [20] VELOSO, op. cit, p. 23
- [21] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. O Novo Divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010, p.39
- [22] PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil, vol. 5. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2010, p.284
- [23] CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 10. ed. São Paulo, 2002, p. 80
- [24] FARIAS; ROSENVALD. Direito das Famílias. Op. cit, p. 319
- [25] ALVIM, Tereza Arruda. Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais, v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 208-209
- [26] NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2010, p.243-245
- [27] Nesse Sentido, Elpídio Donizette. Cf. op. cit., p. 366
- [28] VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado. IBDFAM, 13/08/2010, Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>. Acesso: 7 mai. 2011.
- [29] FARIAS; ROSENVALD. Direito das Famílias. Op. cit, p. 321
- [30] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 548 (grifos do autor)
- [31] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 56 (grifos do autor).
- [32] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. Site IBDFAM, 20/07/10, Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>
- [33] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª Ed., São Paulo: RT, 2007, p. 275
- [34] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. Cit.
- [35] VELOSO, op. cit, p. 42
- [36] Cf. HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio. A emenda do divórcio e os alimentos. Principais impactos in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 284
- [37] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 6ª reimpressão, 2003, p. 1224
- [38] Ibidem, p. 1226
- [39] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 274
- [40] Apelação Cível nº 20100110642513, TJDF, Relator: Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, julgado em 29/09/2010, DJ 07/10/2010, p. 221 (grifo nosso)

- [41] PIRES, Adelino. A inutilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17355>>. Acesso em: 9 maio 2011
- [42] Nesse sentido, Luis Felipe Brasil Santos e Gilberto Schäfer.
- [43] SCHÄFER, Gilberto. Op. cit.
- [44] CASTRO JR., Torquato. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e sua repercussão na dissolução extrajudicial do casamento in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 24
- [45] SCHÄFER, Gilberto. Op. cit.
- [46] ibidem (grifo nosso)
- [47] PIRES, Adelino. Op. cit.
- [48] Apelação Cível Nº 70040844375, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2011)
- [49] SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar. IBDFAM, 21/07/2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso: 15 abr. 2011
- [50] Ibidem (grifo nosso)
- [51] Apelação Cível Nº 70040844375, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2011
- [52] Agravo de Instrumento Nº 70039285457, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2010 (grifo nosso)
- [53] Apelação Cível Nº 70039476221, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/01/2011
- [54] DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: Por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico, Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8785>. Acesso em 09/05/2011
- [55] DINIZ, Maria Helena apud DORETTO, Fernanda; CRUZ, Thyago. A Emenda Constitucional 66/2010 e a partilha dos bens comuns do casal por ocasião da dissolução do casamento in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 317
- [56] PEREIRA, Sérgio Gischkow. Calma com a separação e o divórcio! Site da Magistratura do Rio Grande do Sul, 23/07/10, Disponível em: <<http://magrs.net/?p=13910>> Acesso: 08/03/2011 (grifo nosso)
- [57] DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. Acesso em 11/05/2011
- [58] DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. Acesso em 09/05/2011
- [59] MARIA HELENA DINIZ apud DORETTO, Fernanda; CRUZ, Thyago. Op. cit., p. 319
- [60] Apelação Cível 1.0701.09.260001-7/003, 6ª Câmara Cível, TJMG, relator: Des. Maurício Barros, julgamento em 07/12/2010 (grifos nossos)
- [61] Apelação Cível 1.0011.10.000370-3/001, 7ª Câmara Cível, TJMG, relator: Des. Wander Marotta, julgamento em 09/11/2010
- [62] CNJ – Pedido de Provediências nº 0005060-32.2010.2.00.0000. 12ª Sessão. Relator Cons. Jefferson Kravchychyn. Julgado em 14/09/2010
- [63] DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. Acesso em 11/05/2011
- [64] DANELUZZI, Maria Helena; MATHIAS, Maria Lígia. Aspectos processuais da nova sistemática do divórcio in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 406
- [65] DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. Acesso em 13/05/2011
- [66] DONIZETTI, Elpídio. A EC N. 66/2010 e sua repercussão no processo civil in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 369
- [67] Cf. Glauber Salomão Leite, A Emenda do divórcio: o fim da separação de direito? In ibidem, p. 182

- [68] DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. Acesso em 13/05/2011
- [69] Ibidem, acesso em 13/05/2011
- [70] Humberto Ávila prefere chamá-los de postulados normativos (metanormas), que definem e orientam a aplicação de outras normas.
- [71] HESSE, Konrad apud NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 179
- [72] MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3ª Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 79
- [73] DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. Acesso em 13/05/2011
- [74] DIAS, Maria Berenice Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: RT, 2010, p. 50
- [75] CASTRO JR., Torquato. Op. cit., p. 163
- [76] Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:
- I - evidente prejuízo para a sua identificação;
- II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
- III - dano grave reconhecido na decisão judicial.
- [77] Art. 1.704. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.
- [78] Ver capítulo 6.1
- [79] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A emenda constitucional do divórcio e o Código Civil in Tribuna do Direito, São Paulo, ano 18, nº 210, outubro de 2010, p. 8
- [80] LAGRATA, Caetano. Emenda Constitucional do divórcio in Informativo IASP nº 90 set/out 2010, p. 19.
- [81] A mesma idéia é adotada por FARIAS, Cristiano Chaves de. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito (concessão do divórcio e continuidade do procedimento para os demais pedidos cumulados) in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 411-422
- [82] Entendimento esposado por MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.147
- [83] Entendimento defendido por DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença. 1ª.ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p.34
- [84] OLIVEIRA, Euclides de. Separação ou Divórcio? Considerações Sobre a EC 66, IBDFAM, 04/10/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>> Acesso em: 16/04/2011
- [85] Cf. PIRES, Adelino. Op. cit. Acesso em: 9 maio 2011
- [86] Nesse sentido, Luis Felipe Brasil Santos e Gilberto Schäfer.
- [87] NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Op. cit., p. 127
- [88] OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit., Acesso em: 16/04/2011
- [89] BRANQUINHO, Wesley Marques. O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16997>>. Acesso em: 15 maio 2011.
- [90] CRUZ, Thyago. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e suas implicações jurídicas. Disponível em: <<http://www.doretto.adv.br/?intSecao=158&intConteudo=847>>. Acesso em: 03/04/2011
- [91] MACHADO, Antônio Costa. O novo divórcio e a emenda 66/2010. 08/08/2010. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/?p=262>> Acesso em: 05/05/11
- [92] DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. Acesso em 13/05/2011
- [93] MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil: Direito de Família, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 39ª Ed., 2009, p.319

- [94] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil in FERRAZ, Carolina (Org.). O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010 Salvador: JusPodivm, 2011, p. 131
- [95] DONIZETTI, Elpídio in Op.cit., p. 369
- [96] COSTA, Alexandre Araújo. Hermenêutica Jurídica. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>> Acesso em: 4 mai 2011
- [97] ibidem
- [98] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. São Paulo: Revista Forense, 1999
- [99] FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. 2ª edição, Coimbra: Arménio Amado, 1963, p. 134
- [100] SCHÄFER, Gilberto. op. cit.
- [101] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 197
- [102] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad.: Joao Baptista Machado. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.