



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA, REGISTROS
PÚBLICOS E SUCESSÕES**

NESTOR BARBOSA CHAVES FILHO

**A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE
2010**

**Fortaleza / CE
2011**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

NESTOR BARBOSA CHAVES FILHO

**A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE
2010**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito.

Orientadora: Profa. Sílvia Lúcia Correia Paleni, Ms

**Fortaleza - Ceará
2011**

C512d Chaves Filho, Nestor Barbosa.
A dissolução do casamento no Direito Civil Brasileiro à luz da Emenda Constitucional nº66, de 13 de julho de 2010 / Nestor Barbosa Chaves Filho. – Fortaleza, 2011.
51 p.
Orientador (a): Prof^a. Ms. Silvia Lúcia Correia Paleni.
Monografia (Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões) – Universidade Estadual do Ceará, Escola Superior do Ministério Público do Ceará.
1. Divórcio. 2. Separação Judicial. 3. Emenda Constitucional 66/2010. I. Universidade Estadual do Ceará, Escola Superior do Ministério Público do Ceará.

CDD: 342.1627

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA,
REGISTROS PÚBLICOS E SUCESSÕES

Título do Trabalho:

**A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE
2010**

Autor:

NESTOR BARBOSA CHAVES FILHO

Defesa em: ___/___/2011

Conceito obtido: _____

Nota obtida: _____

Banca Examinadora

**Orientadora: Profa.Silvia Lúcia Correia Paleni, Ms
Universidade Estadual do Ceará - UECE**

**Examinador:
Escola Superior do Ministério Público- ESMP**

**Examinador:
Universidade Estadual do Ceará - UECE**

“Agora, pois, permanece a fé, a esperança e o amor, estes três; porém o maior destes é o amor.”

I CORÍNTIOS 13:13

A Minha família, meu porto seguro, em especial a Ângela com quem divido todos os meus momentos, e é sempre uma grande incentivadora do conhecimento.

AGRADECIMENTO

A Deus sempre, que como Pai amoroso, se faz presente em todos os momentos de minha vida, que colocou-me em uma família harmônica e amorosa, me apresentou a Ângela como esposa, mulher linda, dedicada e que me faz muito feliz e deu-me a graça suprema de ser pai da Isabel e da Sofia, donas do meu coração.

RESUMO

A presente pesquisa objetiva descrever a nova sistemática introduzida pela Emenda nº 66/2010 à Constituição Federal de 1988 no que se refere à dissolução do casamento no ordenamento jurídico brasileiro. A reforma ao art. 226, §6º da Constituição Federal de 1988 alterou o divórcio no Brasil, havendo discussões doutrinárias sobre a extinção da separação judicial (consensual, litigiosa e administrativa) do ordenamento infraconstitucional, com revogação tácita dos dispositivos legais em vigor, notadamente os do Código Civil de 2002 e os da Lei nº 11.441/07, que instituiu a separação judicial e divórcio administrativos. Para a maior parte da doutrina, a nova redação do texto constitucional banuiu o sistema dual de separação judicial e divórcio, simplificando o fim do matrimônio. Outros estudiosos, entretanto, sustentam que não houve revogação do Código Civil de 2002 e da Lei 11.441/07, no que tange à extinção da separação judicial; para estes autores, a única inovação trazida pela reforma constitucional se refere ao fim da exigência de prazos para requerimento da separação judicial e sua conversão em divórcio. O trabalho descreve a evolução da família matrimonial em seus aspectos antropológicos e ressalta a possibilidade de constituição de família não matrimonializada. Apresenta a historicidade do divórcio nas constituições brasileiras e nas legislações civis correlatas. Na pesquisa, foram examinados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à extinção da separação judicial no ordenamento jurídico, apontando-se as incoerências constitucionais e legais do sistema dual de separação judicial e divórcio. Abordou-se a questão do direito intertemporal, relativamente às ações judiciais de separação em curso, após a vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010. A pesquisa desenvolvida é do tipo descritiva e qualitativa, empregando-se a metodologia de levantamento jurídico doutrinário, consulta à legislação nacional pertinente, a periódicos especializados ou na internet e enunciados interpretativos relevantes sobre o tema-objeto de estudo.

Palavras-chave: Divórcio. Separação Judicial Consensual, Litigiosa e Administrativa. Emenda Constitucional 66/2010.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	O CASAMENTO.....	11
2.1	Origens da família matrimonial	11
2.2	Outras formas de constituição da família	15
2.3	Preferência, no ordenamento jurídico brasileiro, pela família matrimonializada.....	17
3	DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.....	18
3.1	Diferenciações entre separação judicial e divórcio.....	18
3.2	Historicidade do instituto do divórcio.....	21
3.3	Evolução constitucional do divórcio.....	24
3.4	Princípios constitucionais aplicáveis ao divórcio.....	25
4	A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010.....	31
4.1	Princípios hermenêuticos aplicáveis aos processos em curso.....	31
4.2	Coexistência entre separação judicial e divórcio.....	34
4.3	Extinção da separação judicial.....	37
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O divórcio traduz uma idéia garantista da liberdade de autodeterminação, na qual se reconhece o respeito às decisões humanas. Tal reconhecimento se expressa na materialização da dignidade humana em sede familiarista e o seu direito de se divorciar.

Findado o vínculo afetivo que une os cônjuges, a solução é a ruptura da sociedade conjugal. O divórcio é o instituto que confere os efeitos jurídicos necessários à dissolução do casamento.

No Brasil, o divórcio foi instituído oficialmente através da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de 1977. Todas as reformas intentadas foram no sentido de se retirar todos os obstáculos criados por influência da igreja e intervencionismo estatal na vida privada.

O mecanismo, atualmente, é reconhecido em sede constitucional. A Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 alterou o §6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, eliminando prazos e tornando polêmica a discussão em torno do fim da separação judicial. A legislação infraconstitucional, por sua vez, deve ser interpretada conforme a nova norma constitucional.

A Emenda Constitucional nº 66 /2010, no entanto, criou uma série de dúvidas com relação aos processos em andamento. O objetivo do presente trabalho é o de descrever a nova sistemática introduzida pela Emenda nº 66/2010 à Constituição Federal de 1988 no que se refere à dissolução do casamento no ordenamento jurídico brasileiro. A reforma ao art. 226, §6º da Constituição Federal de 1988 alterou o divórcio no Brasil, havendo discussões doutrinárias sobre a extinção da separação judicial (consensual, litigiosa e administrativa) do ordenamento infraconstitucional, com revogação tácita dos dispositivos legais em vigor, notadamente os do Código Civil de 2002 e os da Lei nº 11.441/07, que instituiu a separação judicial e divórcio administrativos

Indaga-se, portanto: a separação judicial deixou de existir, não podendo os casais ingressar, a partir da vigência do novo texto constitucional, com pedidos nesse sentido? Em caso afirmativo, a culpa desaparece como exigência das separações judiciais litigiosas? E quanto aos prazos para requerimento da separação consensual e conversão de separação em divórcio, assim como para solicitação do divórcio direto, foram abolidos? E os processos de separação judicial em curso, devem ser extintos ou devem prosseguir? No caso de extinção, por qual fundamentação: impossibilidade jurídica do pedido, por perda do objeto ou perda do interesse de agir? Como ficam os tabeliães, em face da lei 11.441/07?

No primeiro capítulo, aborda-se o casamento, suas origens históricas, seu tratamento constitucional e a importância da família matrimonializada.

O segundo capítulo trata sobre a dissolução do casamento abordando o divórcio, a partir de sua historicidade, sua comparação com a separação judicial e os princípios constitucionais a ele aplicáveis.

O terceiro capítulo enfoca as dificuldades surgidas, após a introdução da Emenda Constitucional em vigor e as discussões atuais sobre a auto aplicabilidade do novo texto constitucional, a extinção da separação judicial e as divergências doutrinárias em torno do assunto.

A título de conclusão busca-se compatibilizar os princípios da moderna hermenêutica constitucional com os princípios aplicáveis ao instituto de divórcio, como forma de solucionar o impasse sobre o novo tratamento dado ao divórcio.

A pesquisa desenvolvida é do tipo descritiva e qualitativa, empregando-se a metodologia de levantamento jurídico doutrinário, consulta à legislação nacional pertinente, a periódicos especializados ou na internet e enunciados interpretativos relevantes sobre o tema-objeto de estudo, e, sem a pretensão de esgotar o assunto, visa a expor quais as correntes doutrinárias que defendem o fim e a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, assim como as que sustentam o fim da discussão da culpa e a desnecessidade de prazos para decretação do divórcio.

2 O CASAMENTO

2.1 Origens da família matrimonial

Verifica-se que, no mundo, há discriminações de todo tipo e que essas acabam repercutindo nas relações familiares. Acredita-se que dificilmente se conseguirá identificar o fenômeno que deu origem a família. Meras especulações geraram duas teorias invocadas para sustentar a gestação familiar: a primeira, matriarcal, onde a família teria surgido como um estágio de promiscuidade sexual pertencendo, homens e mulheres, uns aos outros, e a segunda, denominada patriarcal, onde a sexualidade é negada sob o fundamento de que é o pai o chefe da família, centro de organização familiar (WELTER, online, 2007).

Segundo Ávila (1996, p. 222), foi Bachofen, primeiro pesquisador sobre a origem da família, quem revelou que sob o ângulo matriarcal, as famílias se organizaram, partindo de um estado selvagem até chegar a civilização. No estado selvagem, a regra que comandava era a de que a família era formada a partir de existência da tribo, onde a mulher pertencia a todos os homens da tribo.

No estágio intermediário, formaram-se diversos segmentos dentro da tribo e as relações sexuais foram se restringindo a esses grupos. A família era então, chefiada pela mulher, motivo pelo qual ela possuía certas prerrogativas e vantagens no lar em relação ao homem. Os filhos tinham mãe certa e pai incerto acarretando o predomínio da mulher.

Para Engels (2002), a família patriarcal substituiu a matriarcal de forma drástica, passando-se a exigir a monogamia¹, onde fosse permitido ao filho conhecer seu verdadeiro pai. A mulher assume o papel secundário em relação ao homem, que

¹ Monogamia: Antrop. regra, costume ou prática socialmente regulamentada segundo a qual uma pessoa (homem ou mulher) não pode ter mais de um cônjuge. Opõe-se a poligamia. Cf. poliandria, poliginia.

detém os instrumentos necessários para o sustento do lar. O homem começa a deter em suas mãos o poder econômico.

Assim, em sua origem, a família assumia um papel econômico, de conotação patrimonial. Com a evolução e mutação social, a família mudou de significado e atualmente adota concepção múltipla, que implicam efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais (FARIAS E ROSENVALD, 2010).

O patriarcalismo foi defendido em diversas legislações antigas como a Legislação Mosaica (Leis de Moisés), o Código de Hamurabi e o Código de Manu, todas de cunho religioso, davam ao homem a superioridade sobre a mulher, os filhos e os servos. Todas estas prescrições datam de período remoto da Antiguidade, antes de Cristo.

Na civilização romana, a família era chefiada pelo paterfamilias, ascendente comum mais velho, de forma que a mulher estava sempre sob a autoridade de um pai, irmão, sogro, marido, tutor ou filho, ocupando o homem o posto de chefe político, jurídico ou religioso da família.

No Brasil, desde seu descobrimento, a discriminação entre os membros da família era natural, com base na supremacia masculina. Herdaram-se regras europeias sobre o modo de viver de Portugal e com estas, a religião católica que só admitia a monogamia e a concepção de que família era sinônimo de casamento.

Lentamente, o sistema jurídico brasileiro sofreria mudanças objetivando humanizar, democratizar e pluralizar as famílias existentes, mas não reconhecidas, levando a família a ocupar o lugar onde o homem cria suas raízes sociais que formarão sua personalidade e fixarão seus valores.

Por certo, a família é o primeiro ambiente onde o homem se relaciona com os demais. Segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 3), “E inegável que a multiplicidade e variedade de fatores não permite fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo”.

Por isso, somente aos integrantes de uma família dizem respeito determinadas decisões. Somente os cônjuges poderão saber se desejam ou não manter a sociedade conjugal ou se preferem a dissolução do casamento, cabendo aos cônjuges valorar situações da vida em comum e a suportabilidade da vida conjugal. O sistema jurídico deve respeitar e procurar se adequar ao reconhecimento do direito à privacidade familiar, admitindo a existência de limites para a intervenção estatal no núcleo familiar.

Para Tepedino (1999), a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. O matrimônio existe em razão de seus membros com a valorização da pessoa humana e dos valores afetivos que os une.

O casamento, visto como a união de pessoas com intenção de estabelecer uma família proporciona a constituição de uma fonte legítima de organização familiar. Esse entendimento é remanescente de uma época marcada por muita exclusão, fica evidente que o casamento se destaca como única fonte legitimadora da família e como consequência, dele surgem as principais normas que irão regular o modo de vida das pessoas dentro do direito familiar (PENA JR. 2008).

No entendimento do autor susomencionado, o direito de família moderno reclama uma atenção especial, voltada para a melhor compreensão do fenômeno social, exigindo formas alternativas de solução dos problemas:

O Direito de Família contemporâneo busca resolver os conflitos familiares de forma eficiente, adequando-se a uma linguagem ética e acessível a todos, e utilizando-se, para tal, tanto do Poder Judiciário como dos métodos alternativos de resolução dos conflitos (mediação, conciliação e arbitragem) (PENA JR. 2008, p. 3).

O casamento é um dos componentes do direito de família, entretanto, atualmente, o casamento visa a felicidade pautado na liberdade, respeitando a dignidade da pessoa humana. Quando bem-sucedido, há plena comunhão de afeto

e interesses direcionados à realização de ambos. Esta é a concepção de família eudemonista, onde a felicidade de seus integrantes deve ser mais relevante que a manutenção da instituição, que assume caráter instrumental. Trata-se de um movimento de repersonalização, iniciado pela Constituição Federal, que coloca a dignidade da pessoa como fundamento da República. Em sentido contrário, quando o casamento não mais atinge a este objetivo de felicidade, resta ao casal o divórcio.

Cita-se, pela relevância do julgado e pelo caráter inovador de seus argumentos, decisão, que, de alguma forma, incorporou um sentimento já existente na doutrina nacional de que a excessiva interferência do Estado na manutenção ou dissolução é indevida e desnecessária:

EMENTA: Separação. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte. (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 467184 SP 2002/0106811-7) .

Gagliano (2010, online), ao comentar o aresto, assim se manifesta:

Este acórdão, proferido em uma época em que sequer estava em vigor o novo Código Civil, sempre nos chamou a atenção. Isso porque, como se pode notar, os ministros decretaram a separação do casal, desconsiderando a exigência legal no sentido de se imputar causa para o fim da sociedade conjugal (violação de dever matrimonial ou cometimento de conduta desonrosa), atendo-se, simplesmente, ao desamor para o fim de dissolver a sociedade entre os cônjuges

Este julgado ilustra bem o pensamento de que, diante da impossibilidade da vida comum, a separação do casal se apresenta como alternativa de manutenção da dignidade dos cônjuges e da prole. Dentro da esfera da privacidade de cada casal, somente a ele cabe decidir até quando o casamento propicia ambiente saudável para o crescimento dos filhos e manutenção da família, inclusive relativamente aos efeitos patrimoniais desta união.

O Estado deve observar o princípio da liberdade, cuja dicção se encontra no caput do art. 5º da Constituição Federal, não devendo interferir na intimidade familiar de sorte a substituir a vontade dos cônjuges.

2.2 Outras formas de construção da família

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 e parágrafos, aumentou o leque de entidades familiares, pois reconheceu a união estável e a família monoparental (um dos pais com seus filhos) como unidades familiares explícitas, merecedoras da proteção estatal.

O matrimônio perdeu a exclusividade na formação das famílias, não havendo hierarquia entre as novas entidades familiares. A CF/88 criou uma cláusula geral de inclusão, ao permitir que outras modalidades de famílias possam ser tuteladas pelo Direito.

Ao discorrer sobre a pluralidade de modelos familiares e a necessidade da máxima eficácia constitucional, Farias e Rosenvald (2010, p.39), revelam que:

Com efeito, o conceito trazido no caput do art. 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal. (grifos do original)

A nova modelagem das famílias contemporâneas implica numa multiplicidade de possibilidades, desde que fundadas no afeto, na assistência recíproca, na solidariedade, assim voltadas para o pleno desenvolvimento da personalidade e para a realização pessoal de seus integrantes.

Dias (2010, p. 67/68), explica que, anteriormente à Constituição Federal de 1988, os diversos arranjos familiares não constituídos pelo casamento eram

tratados pelo direito civil, na parte relativa às obrigações civis e esses arranjos eram considerados como sociedades de fato: como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato (grifos do original).

A união estável (art. 1.723 CC/02), é reconhecida como entidade familiar, consistente no relacionamento entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família. O Código Civil em vigor não estabelece prazos de convivência, tampouco se refere à coabitação, sendo indispensáveis, entretanto, publicidade, permanência e ostensividade da relação.

A inclusão da união estável como entidade familiar reflete que a família é, antes de jurídico, um fenômeno social e a realidade sempre se antecipa ao Direito, já que, no Brasil, este tipo de família já era bem freqüente à época da promulgação da Constituição Federal de 1988.

As famílias monoparentais ganharam reconhecimento constitucional, embora a codificação civil seja silente a seu respeito. Trata-se de outra situação fática que precede ao texto constitucional, uma vez que eram percebidas situações de ascendentes (mães/ pais solteiros, viúvos, descasados, etc.) que vivem com seus filhos, formando unidade familiar, até então desconsideradas pelo ordenamento jurídico.

Pereira (*apud* Farias e Rosenvald, 2010, p. 56), situam bem esta nova modalidade de família: “família não é apenas o conjunto de pessoas onde uma dualidade de cônjuges ou de pais esteja configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência”.

A utilidade da abordagem deste tema na presente pesquisa reside exatamente porque, quando se diferencia separação judicial de divórcio, observa-se que um de seus traços distintivos é a possibilidade de casamento, neste último. No caso de separação judicial, aos separados é dada a possibilidade de constituir união estável e não o casamento.

Considerando que a Constituição Federal vigente não estabelece nenhuma primazia de uma entidade familiar sobre a outra, a legislação infraconstitucional, o permitir a união estável aos separados, estaria considerando esta modalidade de família como temporária e de transição, argumento que ratifica a necessidade de maior reflexão sobre a retirada da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 Preferência, no ordenamento jurídico brasileiro, pela família matrimonializada

Embora a Constituição Federal não estabeleça graus de importância às entidades familiares explícitas, percebe-se que tanto o legislador constituinte originário quanto o legislador ordinário ainda vêm com reservas a união estável, em relação ao matrimônio (HIRONAKA *apud* FARIAS, 2010).

No que se refere à Constituição Federal, a redação do art. 226, §3º indica que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Este dispositivo permite concluir que, apesar de reconhecida, a união estável é vista como um estágio que antecede o casamento.

O legislador ordinário dedicou apenas cinco artigos à união estável (art. 1.723 a 1.727 CC/02), enquanto ao casamento demorou-se em quase uma centena de artigos.

Já a família monoparental, não há qualquer menção a ela no Código Civil de 2002, passando completamente despercebida pela legislação ordinária.

O casamento, portanto, ainda ocupa lugar de destaque na formação das famílias e sua dissolução deve ser vista como forma de garantir os princípios constitucionais referentes ao direito de família e não como decisão irrefletida ou irresponsável do casal.

3 DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

3.1 Diferenciações entre separação judicial e divórcio

A principal diferenciação da separação em relação ao divórcio diz respeito ao vínculo conjugal. Na separação, o vínculo conjugal não se rompe, embora ponha fim à sociedade conjugal. Já no divórcio, o vínculo se rompe definitivamente, podendo cada um dos cônjuges casar-se novamente.

Até a EC 66/2010, sociedade conjugal poderia ser dissolvida por livre vontade dos cônjuges ou por descumprimento dos deveres inerentes ao casamento. A separação judicial pode ser obtida por meio consensual ou litigiosa. Sendo consensual, as partes devem estar de acordo com todos os termos; nesta hipótese, o casal deveria aguardar um ano após a celebração do casamento, para requerer a separação (art. 1.574 do CC/02).

A separação litigiosa ou contenciosa ocorre quando um dos cônjuges não concorda em se separar ou não concorda com os termos da separação; se cessada a vida comum por mais de um ano ou mesmo por descumprimento dos deveres conjugais; nestas situações, a lei não estabelece prazo para seu requerimento, havendo necessidade de demonstração da culpa do cônjuge que deu causa à separação. (arts. 1.572 e 1.573 do CC/02).

A ação de divórcio é personalíssima e não admite intervenção de terceiros nem mesmo dos filhos. Excepcionalmente, quando o cônjuge não tem capacidade de dispor dos atos civis sobre si, poderá ser representado por curador, ascendente ou irmão (art. 1.582 CC/02). A intenção do legislador é preservar a vontade dos cônjuges e não transferir a decisão a pela dissolução do vínculo matrimonial a ninguém, a não ser o casal.

Segundo o art. 1.576 do CC/2002: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.”

Para ser conferido os jurídicos e legais efeitos ao divórcio há necessidade de participação do Estado-juiz a fim de verificar se os requisitos estabelecidos nas normas jurídicas relacionadas ao divórcio estão sendo atendidas, só então, decorrido o prazo estabelecido em lei, seja a decisão do casal homologada judicialmente (art. 1.580).

O objetivo imediato da separação judicial é a cessação dos efeitos civis da sociedade conjugal, segundo o art. 3º da lei do divórcio (Lei 6.515/77), “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.”

Cruz (*apud* Branquinho, 2010, online), descreve as diferentes conseqüências jurídicas existentes entre a separação judicial e o divórcio, consoante as disposições do Código Civil:

Como consequência da separação judicial temos:

a) Fim da sociedade conjugal (artigo 1571, III do CC); b) A manutenção do vínculo matrimonial (artigo 1580 do CC); c) Possibilidade de reconciliação (artigo 1577 do CC); d) Impedimento para um novo casamento, porém liberdade para a constituição de união estável (artigos 1525, inciso V, e 1723, §1º do CC).

O divórcio, por seu turno, gera:

b) Fim do casamento válido (artigo 1571, §1º do CC); b) O rompimento absoluto do vínculo matrimonial (artigo 1571, §§1º e 2º do CC); c) Impossibilidade de reconciliação. Os cônjuges divorciados devem se casar novamente, caso queiram retomar a comunhão plena da vida; d) As pessoas divorciadas podem casar-se ou constituir união estável.”

Pretel (2010, online), simplifica bem a questão, nos seguintes termos: a diferença substancial entre a separação judicial e o divórcio seria que os divorciados poderiam se casar novamente e os separados, não; acrescentando, logo em seguida, que: na maioria das vezes, a separação judicial se caracterizava como um “estágio intermediário” entre o casamento e o divórcio.

Amaral (*apud* Pretel, online, 2010), esclarece que a existência da separação judicial, no ordenamento jurídico nacional, em concomitância ao divórcio, foi fruto das influências religiosas, que repelem o fim do casamento:

A separação judicial foi mantida, após o Brasil ter se tornado um país divorcista, por uma questão meramente psicológica. Por ser um país basicamente católico houve, à época dos estudos a respeito da aprovação do divórcio, uma intensa pressão de representantes da Igreja e seus fiéis que se mostravam radicalmente contrários a uma figura jurídica que pudesse dissolver o matrimônio. Assim, sob tais pressões, foi mantida a figura da separação como um degrau se chegasse ao divórcio. Seria como se o divórcio estivesse longe dos casais separados. Mas nossa sociedade evoluiu, os costumes são outros e o divórcio é quase sempre buscado, seja para que se estabeleça um novo casamento, seja para colocar um "ponto final" no matrimônio por questões emocionais e psicológicas daqueles que um dia já formaram um casal. (...)"

A possibilidade de reconciliação do casal poderia justificar a manutenção da separação judicial na codificação civil brasileira, embora as desvantagens do instituto sobre o divórcio sejam evidentes.

Gagliano (2010, online), ressalta as vantagens do divórcio sobre a separação judicial:

Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas 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, pois, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.

Sob o ponto de vista processual, a nova redação do art. 226, §6º da Constituição Federal representa medida de economia e contribuiu para evitar a duplicidade de demandas em torno da mesma matéria e redução de gastos com custas e despesas processuais. Psicologicamente falando, o divórcio define uma situação amorosa e afetiva, não deixando espaço para ambivalências.

3.2 Historicidade do instituto do divórcio

O maior dogma do casamento sempre foi a sua indissolubilidade. A partir do Concílio de Trento, entre 1.545 a 1.553 a Igreja Católica repeliu o divórcio definitivamente, proclamando o matrimônio como um sacramento.

O casamento foi introduzido no Brasil pelas regras religiosas da Igreja Católica que não admitia sua dissolução. Segundo Cahali (2002, p. 39), a proclamação da independência e a instauração da monarquia em nada modificou a forte influência da Igreja Católica em matéria de casamento, fazendo valer as disposições do Concílio de Trento.

Foi somente com a proclamação da República que se passou a admitir o casamento civil e a possibilidade de desquite como forma de separação de corpos dos cônjuges pondo fim ao regime de bens, restando incólume o vínculo matrimonial (CAHALI, 2002, p. 40).

Com o advento da República, o Brasil tornou-se um estado laico. O Decreto n. 119-A/1.890 estabeleceu a separação entre Estado e Igreja. O Decreto 181/1890 instituiu o casamento civil.

À época do Brasil-império, o passo mais avançado se deu com a proclamação do Decreto 1.144/1861 que regulamentou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes.

A Constituição de 1.934 erigiu a indissolubilidade do vínculo matrimonial e repetiu-o na Constituição de 1.937, na de 1.946 e na de 1.967. Somente após a Emenda Constitucional nº 9 à constituição de 1969, permitiu-se a dissolução do vínculo matrimonial após três anos de separação judicial. O projeto foi regulamentado pela Lei nº 6.515/1.977.

O Código Civil de 1.916 introduziu o instituto do desquite², reproduzindo as disposições do Decreto n. 181/1890 e nas próprias palavras de Clóvis Beviláqua:

O desquite põe termo à vida em comum, separa os cônjuges, restitui-lhes a liberdade, permite-lhes dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro, no que quer que seja; mas conserva íntegro o vínculo do matrimônio.

O art. 317 do revogado Código Civil (1.916) elencava os motivos que permitiriam a propositura do desquite e eram os seguintes:

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:
I. Adultério.
II. Tentativa de morte.
III. Sevícia, ou injúria grave.
IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

A lei do divórcio, como ficou conhecida a Lei 6.515/77, revogou os artigos do Código Civil de 1916 (arts. 315 a 328) passando a denominar “separação judicial” ao que se chamara desquite e inserindo efetivamente a possibilidade de divórcio no Brasil.

Desta forma, elencaram-se como causas terminativas da sociedade conjugal, segundo art. 2º da Lei nº 6.515/77:

Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.
Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Com a Constituição Federal de 1988, a princípio, manteve-se a possibilidade de dissolução do casamento por meio do divórcio e da separação judicial dispondo, inicialmente, o seguinte:

² O desquite era a denominação adotada pelo revogado Código Civil que foi substituída por separação judicial no novo Código Civil. Esta nomenclatura já havia sido abolida pela Lei nº 6.515/77, que instituiu o divórcio no Brasil.

Art. 226. *omissis*

§6º. o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

A Lei nº 7.841/1.989 tratou de amoldar o tempo exigido para o divórcio-conversão. No entanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o art. 1.571 passa a regular a matéria incluindo a morte presumida como um dos motivos ensejadores ao pedido de divórcio:

Art. 1571. A sociedade conjugal termina:

- I – pela morte de um dos cônjuges;
- II – pela nulidade ou anulação do casamento;
- III – pela separação judicial;
- IV – pelo divórcio.

§1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida nesse Código quanto ao ausente.

A penúltima alteração na legislação brasileira referentes ao divórcio e a separação ocorreu em 2007, com o advento da Lei nº 11.441/07 por meio da qual o art. 3º alterou o art. 1.124-A do Código de Processo Civil inseriu-se espécies administrativas aos institutos do divórcio e separação judicial nos seguintes termos:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

A Emenda Constitucional nº 66 da CF/88 altera definitivamente a regulamentação sobre a matéria pondo fim ao instituto da separação judicial, dispondo no §6º do art. 226 que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Diante da força normativa da constituição que a sobreleva às demais normas estatais não restam dúvidas de que as normas infraconstitucionais lhes devem obediência. A inserção do comando constitucional tanto irá desafogar a máquina judicial como tenta preservar os cônjuges em suas vidas privadas. Aliás, a família constitui o núcleo essencial da sociedade possuindo especial proteção do Estado, tanto no sentido de conservá-la, se dessa forma desejarem, como na direção oposta, de dissolução.

3.3 Evolução constitucional

Percebe-se que o legado histórico interferiu diretamente nas diretrizes da família brasileira, já que estabeleceu a monogamia, o patriarcalismo, a incapacidade da mulher, a desigualdade entre os filhos e a indissolubilidade do casamento.

A Constituição de 1.934 foi a primeira Carta Política a dedicar um capítulo à família, à educação e à cultura (Título V Capítulo I). O art. 145 deixava a cargo da legislação infraconstitucional a legislar sobre os casos de desquite e anulação de casamento. Foi então o desquite previsto em casos excepcionais, como prática de ilícito penal praticado por um cônjuge contra o outro e permitia mera separação de corpos.

Implantado o Estado novo, a Constituição de 1.937 manteve a indissolubilidade do casamento, incentivava a criação de famílias numerosas e a mulher era vista como mero instrumento reprodutor. As famílias mais numerosas significavam aumento da mão de obra, recebendo amparo constitucional o que acarretou em um crescimento desenfreado do número de filhos, de índices de mortalidade infantil e das gestantes.

A Constituição de 1946 manteve a indissolubilidade do casamento (art. 163) e para sanar problemas advindos do aumento de filhos, estabelecia a obrigatoriedade de assistência à maternidade, à infância e à adolescência (art. 164).

A Constituição de 1967 manteve a indissolubilidade do casamento, sendo destinado a família um só artigo (art. 167) prevendo a criação de lei para tutelar a maternidade, a infância e a adolescência.

Finalmente, a Constituição de 1988, diante de nova aceitação social, afasta os principais espectros de um passado preconceituoso e distorcido, permitindo à família uma visão humanizada ligada por laços afetivos e não mais patrimoniais.

3.4 Princípios constitucionais aplicáveis ao divórcio

A constitucionalização do direito civil consiste num fenômeno que coincide com o retorno da Constituição Federal ao centro do ordenamento jurídico. Fazendo uma sintética remissão ao constitucionalismo moderno, pode-se afirmar que após a segunda grande guerra mundial, principalmente no continente europeu, houve um resgate dos princípios fundadores do Direito, em substituição ao juspositivismo puro (SOARES, 2010).

Esta reapropriação da axiologia pelo Direito refletiu na construção de uma nova ordem jurídica, voltada para os direitos fundamentais e valorização da dignidade humana, como princípio basilar das codificações.

Neste contexto, as Constituições ganharam maior eficácia, eis que contemplam normas que encerram regras e princípios, explícitos ou não, que irradiam seus efeitos para toda a legislação inferior. Paralelamente, observou-se o declínio das codificações civis, que tinham alcançado seu apogeu no Estado liberal, com destaque para o emblemático código civil francês, editado para regular a vida dos cidadãos comuns, nos seus mais variados relacionamentos.

Credita-se o fim do monopólio dos códigos civis ao elevado grau de complexidade das relações humanas, que fez surgir uma série de leis, compondo verdadeiros microssistemas e tratando de matérias específicas, tais como direito do trabalho, consumidor, meio ambiente, infância e juventude, dentre outras tantas.

Em face da maior eficácia da Constituição, do declínio das codificações e do aparecimento de microssistemas legislativos, o ordenamento jurídico passou a ser centralizado na Constituição Federal, cujos princípios e regras influenciam toda a legislação nacional.

Os princípios constitucionais orientam a sua interpretação e a das legislações inferiores, especialmente nos casos de lacuna legal ou das normas consideradas de conteúdo aberto, passíveis de complementação pelo hermenêuta.

Com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988 veio a consagração dos princípios constitucionais implícitos e explícitos. Tais normas expressam os valores que uma sociedade impõe para si. Para Pereira (2004) os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados, ou não, isto é, expressos ou não.

Boa parte dos princípios do direito civil está previsto na Constituição que procurou tutelar os temas sociais mais relevantes para dar-lhes efetividade. Antigos princípios foram revogados e outros surgiram remodelando o ramo jurídico que norteia as relações familiares. Segundo Alves (2011, online):

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferira o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, em que a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (“o que Deus uniu o homem não pode separar”) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

A doutrina (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 35), menciona a vinculação do tecido normativo do Direito das Famílias aos princípios constitucionais, asseverando que a compreensão do moderno direito das famílias perpassa por uma filtragem constitucional, reconhecendo-se a superioridade da norma básica do Estado, significando dizer que os direitos e garantias previstos na Constituição Federal irradiam seus efeitos por todo ordenamento jurídico, alcançando as regras de direito de família.

A nova principiologia constitucional geral atinge as relações familiares, merecendo destaque a dignidade, a liberdade, a igualdade e a proibição como fundamentais para a interpretação e aplicação das normas de direito de família, especialmente aquelas normas de conteúdo aberto.

A dignidade da pessoa humana constitui-se um dos pilares da república brasileira e fundamento do ordenamento jurídico. É um princípio expresso no art. 1º, III da Constituição Federal, sendo considerado o princípio dos princípios (BERNARDO, 2006), por sua precedência em relação aos demais princípios constitucionais. Para Lobo (2011, online):

Ao contrário da longa tradição ocidental e das constituições brasileiras anteriores, de proteção preferencial à família, como base do próprio Estado e da organização política, social, religiosa e econômica, a Constituição de 1988 mudou o foco para as pessoas humanas que a integram, razão porque comparece como sujeito de deveres mais que de direitos.

O autor entende que não é a família de *per se* que é constitucionalmente protegido, mas sim enquanto lugar de realização e desenvolvimento da pessoa humana.

O substrato da dignidade desdobra-se em quatro postulados: 1. O sujeito moral que reconhece a existência dos outros sujeitos iguais a ele; 2. Merecedor do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; 3. É dotado de vontade livre, de autodeterminação; 4. É parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários ou subprincípios da

dignidade humana então, os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, direito da liberdade, direito-dever de solidariedade social (MORAES, 2007, p. 85).

O direito à dignidade apresenta-se como uma via de mão dupla: uma que manifesta como expressão da liberdade, de autonomia, de fazer suas próprias escolhas e que também norteiam o divórcio, vinculadas a idéia de autodeterminação e outra que se revela como a necessidade de proteção por parte da comunidade e do Estado. Esta perspectiva gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana (SARLET, 2008, p. 30-33).

Esta decisão poderá então recair sobre a vontade de descasar, essencialmente para que não se provoque no cônjuge, um sofrimento mental especialmente grave, permitindo que cada um seja responsável pela configuração de sua vida de acordo com a personalidade própria destes.

Para Sen (2007, p. 33), ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento. A liberdade apresenta vínculo com a qualidade de vida que se concentra no modo como as pessoas vivem e suas escolhas. O autor acredita que a afirmação de responsabilidade social que substitua a responsabilidade individual só pode ser contraproducente.

Segundo Dworkin (2003, p. 335), assim como a autonomia, o respeito por si mesmo, exige certo grau de competência geral e em especial, um senso de auto-identidade ao longo do tempo. O ódio e a aversão por si mesmo pressupõem um senso de identidade ainda mais agudo.

Assim, a autonomia privada encontra seus limites no direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade e também com outros valores igualmente relevantes ao Estado Democrático, com a democracia, a igualdade, a solidariedade, a responsabilidade e a segurança.

A igualdade, também prevista no *caput* do art.5º da CF/88, refere-se à isonomia, consistente no respeito às diferenças e tratamento conforme as necessidades individuais. No direito das famílias, a igualdade tem conseqüências entre homem e mulher, pais e filhos e entre irmãos, vedada qualquer discriminação quanto à origem da filiação.

O princípio da igualdade é de larga aplicação nas famílias e ressalta o fim das discriminações negativas. É importante enfatizar que a norma constitucional não está igualando física ou psicologicamente o homem e a mulher. Proíbe, na verdade, o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação. (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 43).

Foi a igualdade que fez desaparecer o pátrio poder, substituindo-o pelo poder familiar, distribuído entre homem e mulher nas famílias. Também é pela igualdade que os filhos devem ser reconhecidos como possuidores de direitos e deveres em reciprocidade com os pais e não como submissos às vontades paternas e/ou maternas. São iguais os filhos concebidos dentro ou fora do casamento, assim como os biológicos e adotivos.

Essa igualdade dentro do casamento também implica na decisão de preservá-lo ou não, conforme dicção dos artigos 1.572, 1.574 e 1.580, todos do Código Civil de 2002. A autonomia das vontades deve dirigir-se ao desejo recíproco de permanecerem casados. Ao contrário, se prevalecer a decisão de que dissolver o vínculo conjugal que os une é melhor, ambos tem o direito requerer o rompimento do matrimônio.

A liberdade, prevista no *caput* do art.5º da CF/88 encerra um conteúdo de autodeterminação para o exercício dos direitos de personalidade, significando dizer que tudo o que não é proibido por lei, é permitido. Ou seja, não havendo vedação legal, o cidadão pode orientar sua conduta conforme sua liberdade de ação, de expressão, de locomoção, orientação sexual, crença, etc.

O Estado não pode interferir na esfera de comportamento pessoal, nas escolhas e na forma de vida de cada individuo. Este princípio que ganha ênfase na

vida familiar, pois cada um tem a liberdade de escolher com quem se relacionar, a forma como se relaciona e até quando o relacionamento deve perdurar.

A facilitação da dissolução do casamento, citada por Farias e Rosenvald (2010), pode ser inferida, antes mesmo da edição da EC nº 66/2010, com a desnecessidade da discussão da culpa, a inexistência de limitação de número de casamentos civis e a diminuição dos prazos em relação à lei do divórcio.

Por outro lado, o princípio da proibição do retrocesso social visa impedir que o legislador ordinário desconstitua o grau de concretização que ele dera às normas constitucionais, de forma que quando inserida determinada norma no texto constitucional o legislador infraconstitucional não poderá comprometer a eficácia daquela disposição constitucional, evitando que o sistema jurídico sofra interferências reformistas. A garantia de proibição de retrocesso efetiva a dignidade na pessoa humana através da segurança jurídica.

Streck (*apud* Dias, 2010, p.70), assegura que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituente.

A segurança jurídica proporciona proteção aos indivíduos contra medidas jurídicas, legislativas e administrativas que causem retrocesso as garantias implementadas conferindo aos cônjuges maior estabilidade no que pertine à decisão tomada de dissolver o vínculo conjugal. A inserção do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento jurídico implica na garantia de limitação legislativa infraconstitucional, o que significa dizer que a legislação infraconstitucional não poderá dispor diferentemente do que é posto na norma constitucional. Assim, a norma infraconstitucional não deverá violar o disposto na emenda constitucional nº 66.

4 A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

A inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 e que coloca o direito brasileiro à frente do alemão e do lusitano (GAGLIANO, 2010, online), diz respeito à desnecessidade de prazo para requerimento de divórcio. Ao contrário do que vigia até bem pouco tempo, o casal não precisa mais esperar um ano para solicitar a conversão da separação judicial em divórcio, tampouco aguardar o prazo de dois anos de separação de fato para requerer o divórcio direto.

A grande discussão agitada pela Emenda Constitucional 66/ 2010 reside na dúvida acerca da manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico ou se houve revogação tácita dos artigos do Código Civil que tratam da matéria. Isso porque o texto da Emenda sucinto e não abarcou a questão, não fazendo menção à separação judicial.

Permanece a controvérsia sobre a auto aplicabilidade do texto constitucional reformado, a extinção dos prazos para requerimento da separação judicial (consensual e conversão em divórcio) e divórcio direto, assim como a discussão da culpa nas ações litigiosas, tanto de separação quanto divórcio.

4.1 Princípios hermenêuticos aplicáveis aos processos em curso

Interpretar significa “entre entranhas”. Inicialmente, as interpretações eram religiosas, desprovidas de critérios técnicos. A hermenêutica jurídica clássica, desenvolvida por Savigny voltou-se para o direito privado. No entanto, o Direito tem recebido uma elevada ênfase social e atenção dos juristas tem recaído sobre a Constituição, cujas normas são estruturadas na forma de princípios.

Sabe-se que as regras se diferenciam dos princípios pelo grau de abstração. Enquanto as regras são específicas, direcionadas a reger situações concretas e definir suas consequências, os princípios são abertos, e enunciam de forma genérica os valores que determinada sociedade deseja tutelar.

Magalhães Filho (2001, p. 79-81), elenca os princípios de interpretação constitucional:

1. Da Unidade da Constituição
2. Do Efeito Integrador
3. Máxima Efetividade
4. Força Normativa da Constituição
5. Da Repartição Funcional
6. Interpretação Conforme a Constituição
7. Da Harmonização Prática

Pelo princípio da unidade da constituição entende-se que se a constituição é a norma fundamental que busca unidade e coerência à ordem jurídica, ela mesma precisa ter unidade e coerência interna superando possíveis contradições. Por isso, deve ser interpretada em sua globalidade, como um todo, afastando aparentes antinomias. O sistema jurídico é unitário de regras e princípios, procurando harmonizar os pontos de tensão.

O princípio do efeito integrador busca contribuir para a integração social. Este princípio está associado à primazia de critérios utilizáveis em casos de conflitos. Logo, na interpretação das normas constitucionais deve-se dar primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, arrancando a conflitualidade por meio de soluções pluralisticamente integradoras.

O princípio da máxima efetividade, também denominado princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, indica que se deve preferir a interpretação que confira maior eficácia à Constituição Federal.

A força normativa da constituição é o princípio utilizado para atualizá-la, afastando interpretações contrárias a uma nova realidade que se apresenta na

sociedade. Por este, entende-se que se deve respeitar a força normativa dos fatos sociais que a constituição quis regular.

Pelo princípio da repartição funcional, não deve o legislador infraconstitucional e os intérpretes constitucionais interferir nas funções do Estado reguladas e organizadas pelo legislador constituinte originário.

O princípio da interpretação conforme a constituição é aquele que vai auferir ou conferir a constitucionalidade da legislação infraconstitucional. Tal conferência é realizada pelo Supremo Tribunal Federal, na análise de compatibilidade vertical das normas diante da Constituição Federal, tanto sob o aspecto das regras, quanto dos princípios.

Por último, o princípio da harmonização prática é empregado nos casos de colisão aos direitos fundamentais. Os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem coexistir harmonicamente. Havendo conflitos entre duas ou mais espécies de direitos fundamentais deve-se realizar uma ponderação axiológica para operar uma hierarquização de valores em uma determinada situação fática, evitando-se o sacrifício total de um princípio em detrimento de outro com ele em choque.

Em todos estes meios de interpretação constitucional, percebe-se claramente que a unidade da constituição com as demais normas infraconstitucionais torna o sistema jurídico inteiro, íntegro. Portanto, deve-se expurgar do ordenamento jurídico as normas contraditórias.

Em relação ao tema em estudo, existem duas principais correntes doutrinárias sobre a imediata aplicação do novo texto constitucional e a possível revogação dos artigos do Código Civil vigente, relativos à separação judicial.

Os estudiosos divergem porque alguns (DELGADO, 2011 e BRANQUINHO, 2010), entendem que não houve expressa revogação dos artigos do vigente Código Civil relativamente à separação judicial e que o silêncio constitucional não deve ser interpretado como revogação tácita. Para estes, caberá à jurisprudência pacificar a discussão.

A majoritária doutrina (DIAS, 2010, LOBO, 2010, GAGLIANO, 2010 e VELOSO, 2010), defende a extinção da separação judicial do ordenamento jurídico nacional, festejando o fim da discussão da culpa para decretação do divórcio, assim como dos prazos para seu requerimento judicial.

A discussão deve ser solucionada à luz da hermenêutica constitucional do direito intertemporal e dos princípios constitucionais do direito de família. Segundo a hermenêutica referida, a eficácia da lei processual no tempo obedece à regra geral no sentido de sua aplicação imediata (CPC, art. 1.211). O processo, como um conjunto de atos, suscita diversas indagações, fazendo-se imperioso isolá-los para o fim de aplicação da lei nova. A regra mater, sob essa ótica, é a de que a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência.

4.2 Coexistência entre separação judicial e divórcio

Ocorre que diversas situações de separação judicial ou administrativa já se encontravam em andamento quando da promulgação da EC referida. A não recepção da separação e do divórcio por conversão trouxe uma série de discussões que podem ser solucionadas à luz do direito intertemporal, por meio do qual as relações jurídicas constituídas sob o manto da norma cuja vigência se expirou não podem, em regra, sofrer efeitos da lei sucessora.

Somente minoria dos doutrinadores defende a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns sustentam que o sistema dual de coexistência da separação e divórcio privilegia a liberdade do casal, que pode escolher entre as duas possibilidades vigentes. Delgado (2010, online), faz referência o direito português, aludindo à possibilidade da coexistência do divórcio e separação judicial:

Ressalte-se, enfim, que essa solução que estamos a propor, e que podemos chamar de "dualista opcional", não constitui novidade alguma no direito comparado. Em Portugal, por exemplo, existe a previsão de divórcio e de separação judicial como procedimentos autônomos, podendo o casal optar por um ou por outro (art. 1.795º). O Código Civil português admite a conversão da separação em divórcio e enaltece a possibilidade de reconciliação como traço distintivo entre ambos. Destaque-se que esse sistema dualista foi mantido mesmo após a edição Lei 61, de 31.10.2008, que alterou os dispositivos do Código Civil referentes ao divórcio. Ou seja, os portugueses, na reformulação que fizeram no divórcio, mantiveram a separação judicial.

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.

Delgado (*apud* Chaves 2010, online), sustenta que os artigos do Código Civil vigente relativos à separação judicial não foram revogados pela EC n. 66/2010, sendo necessário que as cortes superiores de justiça pacifiquem a matéria:

A uniformização do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça demandará ainda longos anos e enquanto a legislação ordinária supostamente incompatível com a Constituição não vier a ser revogada expressamente, muitos casos serão decididos ora de um jeito, ora de outro.

Menciona a mesma autora (CHAVES, 2010, online), que alguns autores interpretam o verbo "pode" contido no novo texto constitucional como faculdade judicial, passando a ser o procedimento de separação judicial facultativo, não abolido da legislação brasileira. Por outro lado, existem aqueles que sustentam que apenas foram suprimidos, com a EC 66/2010, os prazos e não o instituto em si:

O bloco de juristas que se filia à essa ideia, entende que a separação continua presente no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos como procedimento opcional ou facultativo. Alguns entendem que o verbete "pode" presente na dicção constitucional é fator suficiente para a sobrevivência do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro. Outros, com argumentos mais substanciais, afirmam que, o texto constitucional pretérito apenas dizia respeito ao requisito da prévia separação e não ao instituto em si. Assim, entende-se que foi abolido não o instituto da separação de direito, mas tão-somente a exigência de 2 anos de separação de fato ou 1 ano de separação de direito para a obtenção do divórcio.

Confirmando esta posição, Pires (2010, online), reafirma que a separação judicial não foi banida do ordenamento jurídico brasileiro:

No caso concreto, a Emenda Constitucional n.º 66/2010 é meramente declaratória, por se limitar a exprimir que o casamento pode ser dissolvido com o divórcio.

Não há nenhuma incompatibilidade entre o Código Civil e o § 6º do art. 226 da Carta Magna, porquanto o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, conforme dispõe o art. 1.571, § 1º, do Código Civil.

A separação judicial continuará existindo, pois apenas põe fim à sociedade conjugal. Tanto é assim, que esta pode ser restabelecida a qualquer tempo, antes do divórcio, por vontade dos cônjuges separados, qual dispõe o art. 1.577 do Código Civil e art. 46 da Lei n.º 6.515/1977.

Segundo Carvalho (2010, online), a corrente minoritária que defende a manutenção da separação jurídica, apresenta três justificativas para sua existência: a crença religiosa de que o casamento é indissolúvel; a possibilidade de reconciliação; e a necessidade de um prazo de reflexão para o casal decidir se quer mesmo dissolver o casamento. O autor sustenta que:

A crença religiosa não pode ser confundida com o casamento civil, dissolúvel no Brasil desde 1977. O que juridicamente se extingue é o vínculo do casamento civil e não o religioso. O Brasil desde a proclamação da República é um Estado laico, não podendo a legislação ser governada por regras religiosas, sem adentrar no fato de que manter um casamento que já se findou de fato por ausência de afeto é hipocrisia. A decretação do divórcio, por outro lado, não veda aos ex-cônjuges reconciliarem, casando-se novamente nas mesmas condições do casamento anterior, o que seria até mais romântico, reafirmando o compromisso de cumprir os deveres conjugais. Por fim, o prazo para reflexão pode facilmente ser solucionado pela separação de corpos, regularizando a saída de um dos cônjuges do lar, como já era amplamente utilizada quando o casal pretendia separar-se consensualmente e não possuía o lapso temporal de um ano de casados. A jurisprudência também, por unanimidade, já considera que na separação de fato não existe sociedade conjugal e conseqüente comunhão dos bens adquiridos pelos cônjuges. Concluindo finalmente que sob qualquer ótica que se examine a separação jurídica em face da EC nº 66/2010, não existe outra conclusão: a separação jurídica não foi recepcionada pela EC nº 66/2010, restando abolida do ordenamento jurídico brasileiro, devendo, no caso concreto, ser extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por impossibilidade jurídica superveniente constitucional.

Para esta corrente doutrinária, a Emenda Constitucional 66/2010 não acarreta grandes repercussões nos processos em andamento, vez que a separação

judicial não foi extinta, apenas suprime a discussão dos prazos para sua decretação, após separação de fato e para conversão em divórcio.

Sustentam, ainda, que a manutenção da dualidade de ações garante ao casal a liberdade de optar por não dissolver o vínculo matrimonial, preferindo a separação ao divórcio. Não cabe ao Estado se imiscuir na escolha feita pelos cônjuges.

4.3 Extinção da separação jurídica

Carvalho (2010), entende que a separação jurídica não mais se justifica no atual sistema jurídico brasileiro, que acolheu o divórcio, permitindo o rompimento do casamento válido sem exigência de prazos e excluindo a separação do texto constitucional.

O autor acredita que a partir da promulgação da EC nº 66/2010, de imediata vigência, a separação de direito, judicial ou administrativa, deixou de ser recepcionada pelo novo texto constitucional, restando abolida do ordenamento jurídico brasileiro, remanescendo na legislação infraconstitucional apenas as normas aplicáveis ao divórcio ou que podem ser aplicadas por analogia (CARVALHO, 2010).

Seguindo esta linha de pensamento, Carvalho³ entende que a recente EC nº 66/2010 deu nova redação ao art. 226, §6º, da Constituição Federal, passando a dispor que o casamento civil só pode ser dissolvido pelo divórcio. Entende Carvalho que são três as possibilidades de interpretação do novo texto constitucional:

³ CASO CONCRETO: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento - Parecer do Ministério Público. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em : 24.04.2010.

A nova regra constitucional fez surgir diversas interpretações para sua aplicação destacando-se três entre elas:

1. Não existe mais o instituto da separação jurídica, aplicando-se o divórcio direto sem exigência de prazos e discussão de causas;
2. Continua existindo o instituto da separação jurídica, judicial e administrativa, coexistindo com o divórcio direto sem exigência de prazos;
3. Aplica-se a legislação ordinária no divórcio e a separação jurídica, exigindo-se os mesmos requisitos (prazos e causas), já que a EC 66/2010 apenas prevê que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

O autor acredita que enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar sobre o assunto a questão não será pacificada. Entende que a EC nº 66/2010 é autoaplicável, sem necessidade de legislação ordinária.

Esclarece, ainda, não se tratar de simples omissão da separação judicial no texto ou não ser inserida por não dissolver o casamento, o que autorizaria sua permanência no sistema brasileiro, coexistindo com o divórcio. Para o autor, a referência à legislação ordinária foi excluída do texto da emenda constitucional com o objetivo expresso de abolir a separação judicial.

Para Veloso (2010, online), o legislador quis que a extinção do vínculo matrimonial ocorra pelo divórcio, sem a separação de direito, com o objetivo de viabilizá-lo, passando a ser, então, o instituto jurídico único e bastante para resolver as questões matrimoniais que levam ao fim do relacionamento do casal. Conclui que numa interpretação histórica, sociológica, finalística e teleológica do novo texto constitucional, a separação judicial ou administrativa foi abolida em nosso direito restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Aduz, ainda, que:

É óbvio que não se pode dar a este preceito uma interpretação angusta, miúda, acanhada, tomando por base, somente, a expressão verbal da norma. Evidentemente, a EC nº 66/2010, não quis, tão-somente, estabelecer que o divórcio, agora, pode ser obtido sem mais prazo algum, sem que se tenha de alegar alguma causa, nem apontar qualquer motivo, e sem ter de ser antecedido de uma separação de direito, ou de uma separação de corpos que tenha durado mais de dois anos. Seria até importante, mas seria pouco e muito pouco se fosse só isso.

Lobo (2010, online), adverte que somente uma interpretação literal da EC nº 66/2010 poderia levar à conclusão de que a separação de direito

permaneceria, enquanto não revogados os dispositivos que tratam da matéria no Código Civil, mas a conclusão não sobreviveria a uma interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. Argumenta que:

Não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.

Dias (*apud* Pretel, 2010, online), reforça a corrente doutrinária majoritária ao argumentar que a separação judicial foi banida do ordenamento jurídico brasileiro e ao defender a imediata aplicação do texto constitucional, sem necessidade de legislação complementar:

Ao ser dada nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada mais é preciso para implementar a nova sistemática".

Chaves (2010, online), também se filia a esta opinião doutrinária:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

A separação judicial é considerada instituição anacrônica, completamente dissociada da realidade e dos princípios constitucionais em vigor. A imposição de prazos para requerimento da separação judicial consensual (art. 1.574 CC/02) e sua conversão em divórcio (art. 1.580 CC/02) e para o pedido de divórcio direto (art.

1.580, §2º) é muito criticada pela doutrina especializada, assim como a questão da culpa nas ações litigiosas de separação e divórcio.

Teixeira (2010, online), apresenta as contradições internas na própria sistemática constitucional, da manutenção do sistema dual de separação judicial e divórcio e os paradoxos da imposição de prazos para requerer uma separação judicial litigiosa e consensual:

A separação não era uma fase obrigatória, pois as partes poderiam buscar apenas o divórcio direto, previsto constitucionalmente com o requisito temporal de separação de fato por dois anos (art. 226, § 6º, CF, em redação anterior a EC 66/2010). Caso precisassem definir aspectos pessoais e patrimoniais de forma imediata, deveriam formalizar a separação e suas conseqüências, mas os separados não estavam livres para convolar novas núpcias, embora, como dito, estivessem livres para iniciar uma união estável, gerando uma clara distorção. Será que o casamento é hierarquicamente mais importante do que a união estável e por isso, segundo o sistema referido, o separado poderia iniciar uma união estável, mas ainda não poderia casar? Absolutamente que não.

Além disso, a exigência de período de separação prévia (seja a separação de fato, judicial ou extrajudicial) para a concessão do divórcio vinha sendo apontada pela doutrina como intromissão indevida do Estado na liberdade individual dos cônjuges. Ora, não se exige período mínimo de relacionamento para casar, por que impor aos interessados lapso temporal específico para alcançar o divórcio? Acrescente-se a esta interferência do Estado a exigência de duração de um ano de casamento para a propositura da separação consensual (art. 1.574, CC). Observe-se que paradoxo: em caso de os cônjuges se digladiarem em um processo de separação litigiosa não havia prazo estipulado pelo Estado, mas na hipótese de separação consensual sim.

A imposição de prazos para requerimento da separação judicial consensual, bem assim sua para conversão em divórcio e para o divórcio direto representava uma indevida e excessiva intervenção do legislador na vida privada do casal, com repercussões emocionais incalculáveis. Não há qualquer justificativa legal que fundamente a espera para o exercício do direito de ação, mormente quando se discute a liberdade individual de permanecer casado ou não. Tal gravame fere os princípios da liberdade e da intimidade, constitucionalmente previstos, atingindo, em última análise, a própria dignidade.

Além disso, a discussão da culpa e suas conseqüências (art. 1.578 CC/02) restaram ultrapassadas na vivência dos tribunais. Pereira (*online*, 2008), anos antes da EC nº 66/2010, já se insurgia contra a indevida intromissão estatal na

discussão da culpa, nas ações de separação judicial ou divórcio, considerando-a inconstitucional:

Retornando ao raciocínio: encontrar, entretantes, um culpado, afronta princípios constitucionais, tais como: a privacidade (do lar já em ruínas), a intimidade, a liberdade, o respeito à diferença, a solidariedade, a proibição do retrocesso social, a afetividade, culminando por atingir a própria dignidade da pessoa humana, valor fundante, superprincípio e diretriz interpretativa de toda a ordem jurídica. Assim é que, quando o Estado invade (intervenção invasiva; não protetiva) o aconchego da intimidade do lar para bisbilhotar quem foi o "culpado" (e existe um culpado? Sob a ótica de quem?) da quebra do convívio, estar-se-ia permitindo uma interferência estatal completamente inconstitucional. Decerto, o "adultério", por exemplo, elencado no Código Civil como "causa" de separação, não é causa em si; é efeito de um relacionamento em ruínas; é sinal de que a relação não vai bem e o desrespeito e a deslealdade entram de mansinho, mas já batiam a porta insistentemente. O rancor toma o lugar do amor em recíprocas acusações, mas há de se fazer *mea culpa*.

Prossegue o autor (PEREIRA, online, 2008), dizendo que a discussão da culpa transforma o casal, cuja relação afetiva feneceu, em verdadeiros "algozes inquisitivos", transformando o êxito de um na desgraça do outro – atingido em sua honra e dignidade. A dissolução do relacionamento nem sempre é um mal, às vezes é a única saída honrosa para o desamor. Ao Estado não deve aproveitar nem interessar a exposição da intimidade do casal, tampouco o juízo sobre a responsabilidade pelo fim do relacionamento.

Com relação aos tipos de divórcio existentes após a emenda constitucional n. 66/2010, assegura Lobo (2010, online) que:

Em razão da emenda constitucional, com o desaparecimento do divórcio por conversão, temos três tipos de divórcios: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; c) divórcio extrajudicial consensual. Em todos os tipos, exige-se apenas a exibição da certidão de casamento e que as questões essenciais sejam definidas: guarda (preferencialmente compartilhada, por força da Lei 11.648, de 2008) e proteção dos filhos, sobrenome utilizado, alimentos e partilha dos bens. Permanece a regra do art. 1.581 que permite aos cônjuges deixar a partilha dos bens comuns, no divórcio judicial, para outra ocasião, sem prejuízo deste.

Esclarece o autor (2010, online), que os diversos tipos de divórcio existentes após o advento da EC 66/2010 se diferem no seguinte:

O divórcio judicial litigioso se caracteriza pela ausência de acordo dos cônjuges sobre a própria separação ou sobre alguma ou todas as questões essenciais, que são potencialmente conflituosas. O divórcio judicial consensual continua como opção para os cônjuges que não desejem a via extrajudicial. Tem por fito obter a homologação judicial. O juiz apenas verifica se o acordo resolve adequadamente as questões essenciais. O divórcio extrajudicial consensual é realizado mediante escritura pública lavrada por notário, desde que os cônjuges estejam assistidos por advogado ou defensor público, quando forem cumpridos dois outros requisitos fundamentais: a) inexistência de filhos menores; b) acordo sobre todas as questões essenciais. A Lei 11.411, de 2007, inclui a exigência de acordo sobre a partilha dos bens, não podendo ser deixada para outra ocasião. Se houver qualquer discordância sobre esta ou outra questão essencial, o notário não poderá lavrar a escritura. As regras da Resolução 35/2007 do CNJ, relativamente à comprovação dos requisitos temporais (principalmente os arts. 47, 52 e 53) também foram alcançadas pela revogação.

Já em relação aos separados judicialmente ou extrajudicialmente acredita-se que devam permanecer na mesma situação jurídica até que promovam o divórcio direto. Com a revogação do divórcio por conversão, o divórcio deve reproduzir a antecedente separação em todos os seus termos ou poderá ser alterada livremente como se nunca houvesse existido.

Gagliano (2010, online), assevera que, em obediência ao princípio da segurança jurídica, os casais que se encontravam separados antes da EC 66/2010 devem promover o divórcio para dissolver o matrimônio, pois os efeitos da nova redação constitucional não retroagem para atingir ato jurídico perfeito:

Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo.

Para os processos de separação judicial em andamento defende o autor (GAGLIANO, 2010, online), uma solução bem simplificada: no caso de separação judicial litigiosa ou consensual, as partes são chamadas a juízo para se manifestarem sobre a conversão do processo de separação em divórcio direto, obviamente sendo desnecessária qualquer discussão quanto a prazos de separação de fato.

Nesta hipótese, Gagliano (2010, online), afirma que não se trata de inovação do pedido ou causa de pedir, mas de alteração da base normativa do direito material discutido que, em virtude da boa-fé processual e da cooperação entre as partes, não enseja a imediata extinção do processo. Somente no caso do silêncio das partes, deve o magistrado pôr fim ao feito, sob a fundamentação de perda de interesse processual superveniente (art. 264, IV do Código de Processo Civil). Chaves (2010, online), diversamente, entende que, nesta hipótese, cuida-se de extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido e não perda de interesse processual.

Dias (2010, online), defende posicionamento distinto dos dois autores citados (GAGLIANO, 2010 e CHAVES, 2010), pois entende que o silêncio das partes significa a concordância com a conversão do processo. Somente no caso de divergência do autor da ação, é que o magistrado deve extinguir o feito por impossibilidade jurídica do pedido. Sustenta também que o inconformismo do réu não tem relevância para a decisão judicial, eis que o divórcio (neste caso, após a conversão da ação de separação judicial) independe da autorização do demandado.

Caso os cônjuges silenciem, tal significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A divergência do autor enseja a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como o juiz proferir sentença chancelando direito não mais previsto na lei. Já o eventual inconformismo do réu é inócuo. Afinal, não é preciso a sua anuência para a demanda ter seguimento.

Em caso de as partes concordarem com a conversão, deve o magistrado recategorizar o processo, transformando-o em ação de divórcio, para ao fim ser decretada a dissolução do casamento.

Quanto às separações administrativas, lavradas por tabeliães do registro civil, por força da lei 11.441/07, a partir da EC 66/2010 estas não poderão mais ser lavradas, persistindo aquelas já formalizadas antes do advento da aludida emenda constitucional. Sustenta o doutrinador (GAGLIANO, online, 2010), que após a vigência da nova redação do § 6º do art. 226 da CF/88, os tabeliães que lavrarem escrituras de separação judicial provocam nulidade absoluta do acordo por impossibilidade jurídica do objeto (art. 166, II, CC).

Em arremate, oportuno citar Gagliano (2010, online), no que diz respeito à finalidade da facilitação do divórcio:

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

O posicionamento acima citado revela a verdadeira compreensão do tema desta pesquisa, uma vez que a EC 66/2010 não pretende fazer uma apologia à dissolução do casamento, antes facilitar aos cônjuges o fim de um sofrimento emocional que em nada fortalece a instituição matrimônio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A facilitação do divórcio, introduzida pela Emenda Constitucional 66/2010 põe fim a uma situação ambígua até então existente do direito brasileiro, qual seja, a coexistência dos institutos da separação judicial e do divórcio, que trazia implicações práticas bastante complexas e confusas, gerando profundo desconforto. Grande parte da doutrina consultada (DIAS, 2010, CHAVES, 2010, LOBO, 2010, GAGLIANO, 2010 e VELOSO, 2010) festeja a alteração do texto constitucional, apontando-a como inovadora e necessária. Inovadora, pois elimina prazos para requerimento do divórcio, situando a legislação nacional à frente do direito alemão e lusitano, por exemplo. Necessária porque entendem os autores citados que a separação judicial já deveria ter sido extinta do ordenamento jurídico pelo novo Código Civil.

O casal separado não estava obrigado aos deveres e direitos conjugais, entretanto, não poderia contrair novas núpcias. No Brasil, as justificativas para manutenção do instituto da separação judicial eram muito mais morais e religiosas que jurídicas, uma vez que sendo um país com forte tradição e influência católicas, sempre houve repulsa ao divórcio.

Eram evidentes as desvantagens da separação judicial em relação ao divórcio, sob os aspectos jurídico, econômico e psicológico. Do ponto de vista jurídico, havia duplicidade de demandas versando sobre o mesmo assunto, uma vez que a separação, por si só, não extinguiu o matrimônio, impondo outra ação posterior de divórcio, fato que afrontava o princípio da economia processual. Esta duplicidade de demandas, por sua vez, ocasionava mais despesas processuais, pagamento de honorários advocatícios, dentre outras. Psicologicamente falando, o estado de separado colocava o ex-cônjuge numa ambivalência emocional, já que não era mais casado, mas também não era desimpedido para casar novamente.

Outro aspecto relevante trazido pela Emenda Constitucional 66/2010 diz respeito ao fim da discussão da culpa na extinção do casamento porque o fim de um

relacionamento, na grande maioria das vezes, não decorre de um fato isolado ou da “culpa” exclusiva de um dos cônjuges. O que a prática indica é que a dissolução do matrimônio decorre de uma sucessão de fatos atribuíveis a ambos os parceiros (BRANQUINHO, 2010).

O fim da discussão sobre a culpa também revela o respeito à privacidade e intimidade do casal que não precisa justificar o desamor para finalizar seu relacionamento. Assim, o Estado-Juiz não pode negar pedido de divórcio por ausência de fatos concretos que, ao visio do julgador, não fundamentem a extinção do vínculo; basta a manifestação inequívoca do casal para que sua vida comum termine, não podendo o Estado interferir na esfera da liberdade e da autonomia individuais.

Nas situações de direito intertemporal, a solução apontada é bastante prática. A EC/66 é auto aplicável e seus efeitos são automáticos, a partir de sua vigência. Para as ações judiciais em curso, a doutrina indica que as partes devem ser chamadas para solicitar a conversão da separação judicial em divórcio. Havendo concordância das partes, o magistrado transforma a ação e prossegue com o divórcio, sendo desnecessária a discussão de prazos ou culpa.

Em caso negativo, ou no silêncio das partes, o magistrado deve extinguir o feito, sem julgamento de mérito. A doutrina diverge quanto à fundamentação jurídica: alguns defendem a falta de interesse de agir (GAGLIANO, online, 2010), outros entendem tratar-se de impossibilidade jurídica do pedido (CHAVES, online, 2010).

O silêncio das partes, segundo Dias (2010, online), em entendimento isolado na doutrina, pode ser interpretado como aceitação tácita da conversão das ações, devendo o magistrado, nesta hipótese, prosseguir com feito, já transformado em divórcio.

A reforma constitucional privilegia os princípios da dignidade da pessoa, da liberdade e da intimidade, guardando coerência com o sistema de valores eleitos pelo legislador constituinte originário. A afetividade – princípio implícito no direito das

famílias – e fundamento das famílias eudemonistas também foi prestigiada, uma vez que a manutenção do vínculo conjugal só deve perdurar enquanto houver amor entre o casal.

Por outro lado, não se pretende fazer apologia às dissoluções conjugais ou desacreditar no firme compromisso da permanência dos relacionamentos. Muito ao contrário, a partir do instante em que o casamento se fundamenta no amor, na assistência mútua e no respeito, ele tende a ser, naturalmente, um vínculo perene e estável, resistente às naturais e inevitáveis dificuldades enfrentadas no relacionamento conjugal.

A indissolubilidade do matrimônio deve ser resultado da vontade livre dos parceiros e da opção consciente de que a vida conjugal constitui-se palco para o crescimento individual e desenvolvimento das potencialidades de cada um.

Nas situações de casamento com prole, a dissolução do vínculo não altera em nada os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.751, CC/02), mantendo-se íntegra esta relação de parentalidade, razão pela qual, pode-se afirmar que, nestas situações, o casamento se acaba, mas alguns laços familiares permanecem.

A nova sistemática introduzida pela EC 66/2010 é absolutamente compatível com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, entendida como capacidade de autodeterminação dos indivíduos para exercício de seus direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O ministério público nas ações de separação e divórcio**. Disponível em: *DE JURE* - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Acesso em: 28.04.2011.

ÁVILA, Fernando Bastos de. **Introdução à sociologia**. 8 ed. Rio de Janeiro: Agir. 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**, v. 2. 12ª ed. atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1960, p. 208.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, nº08, jun/2006, p.136/137.

BRANQUINHO, Wesley Marques. **O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16997>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Código Civil**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva 2003.

_____. **Código Civil de 1916**. Disponível em <http://www.jusbrasil/legislações>.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em <http://www.jusbrasil/legislações>.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.jusbrasil/legislações>.

_____. **EC nº 66/2010**. Disponível em <http://www.jusbrasil/legislações>.

_____. **Lei 6.515/77**. Disponível em <http://www.jusbrasil/legislações>.

_____. **Lei 7.841/89**. Disponível em <http://www.jusbrasil/legislações>.

_____. **Lei 11.441/07**. Disponível em <http://www.jusbrasil/legislações>.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Disponível em <http://www.jusbrasil/legislações>.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10 ed. São Paulo: RT. 2002.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio judicial e administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

_____. **CASO CONCRETO: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento** — Parecer do Ministério Público. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 24. Abr. 2010.

CHAVES, Marianna. **O divórcio e separação no Brasil após a Emenda Constitucional nº 66**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2710, 2 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17947>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

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**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18226>. Acesso em: 3, mai. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Divórcio já!**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16999>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. 20. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução Leandro Konder 16 ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

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 abr. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. **Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências**. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 24. Abr. 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e a unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. 3. Ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PENA JR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Ézio Luiz. **A dissolução do casamento e "culpa". Uma abordagem axiológica da garantia constitucional da "felicidade humana" (art. 3º, IV, da CF)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1955, 7 nov. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11938>. Acesso em: 3. Mai. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (cord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004.

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.uol.com.br/revista/texto/17355>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2583, 28 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17062>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade.** 6. Ed. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Elaine Cardoso de M. Novais. **A nova emenda constitucional do divórcio: mais um avanço no caminho jurídico das relações familiares.** Revista FIDES, Natal, v.1, n. 2, ago/dez/2010, p.19-26.

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

VELOSO, Zeno. **O novo divórcio e o que restou do passado.** Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em 24.04.2010.

WELTER, Belmiro Pedro. **Fenomenologia no direito de família: genético, afetivo e ontológico.** Tese de Doutorado. UNISINOS, 2007.