

A extinção do instituto da separação no direito das famílias brasileiro

Kelly Cristine de Campos Gandra

Especialista em Direito Privado, Advogada do Escritório Gandra e Buére Advocacia e Consultoria, Advogada Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da FAMIG, Professora Substituta da FAMIG.

Resumo

O presente trabalho tem como objeto principal a análise da recente Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, que suprimiu a parte final do artigo 226, parágrafo 6. da Carta Magna, retirando os requisitos da prévia separação judicial e do decurso de lapso temporal, antes necessários para a extinção do vínculo conjugal, bem como de suas principais repercussões no mundo jurídico. A investigação se deu através do levantamento de dados e do estudo sistematizado das doutrinas, legislações e jurisprudências acerca do tema. A justificativa da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em conjunto com o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), foi elemento essencial e decisivo para chegarmos à conclusão acerca dos reflexos trazidos pela reforma ao ordenamento jurídico, posto que traduz a real intenção do legislador ao aprovar a alteração do texto constitucional. A modificação do referido dispositivo trouxe intensa discussão na seara jurídica quanto ao seu verdadeiro alcance. Sustenta a minoria dos juristas, a permanência dos requisitos exigidos para a decretação do divórcio, com fundamento na plena eficácia da legislação infraconstitucional, já em sentido oposto aduz a corrente majoritária, a extinção da separação jurídica e do requisito temporal de nosso sistema pátrio. No entanto, após a exploração de diversas obras, artigos jurídicos, legislações e julgados, conclui-se que a alteração constitucional, conquistada após vários anos de luta, não foi introduzida para trazer mudanças superficiais no mundo jurídico, mas, pelo contrário, veio traduzir os anseios da própria coletividade, que já há muito reivindicava a redução da intervenção do Estado em suas relações estritamente pessoais e particulares. Neste sentido, atualmente, o Divórcio prescinde de qualquer condição para sua decretação.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n. 66/2010 - Extinção da Separação Jurídica - Fim do lapso temporal - Divórcio como direito potestativo.

Abstract

The present work has as main object the analysis of the recent Constitutional Amendment No. 66, July 13, 2010, which removed the last part of Article 226, paragraph 6 of the Constitution, removing the requirement of prior judicial separation and during the period time before needed to extinguish the marital bond as well as its main impact in the legal world. The research was done through data collection and systematic study of the doctrines, laws and jurisprudence on

the subject. The rationale of the Proposed Amendment to the Constitution (PEC) by Mr Sergio Barradas Carneiro, together with the Brazilian Institute of Family Law (IBDFAM) was essential and decisive to get the conclusion about the consequences brought by the reform to the legal , since it reflects the actual intent of the legislature to approve the amendment of the constitution. The modification of the device brought intense discussion about the legal harvest in their true scope. Maintains a minority of jurists, the permanence of the requirements for the decree of divorce, based on the full effectiveness of infra-constitutional legislation, as adduced in the opposite direction the party line, the extinction of the legal separation and the time requirement of our system patriotism. However, after exploring various works, legal articles, laws and judged, it is concluded that the constitutional amendment, achieved after years of struggle, has not been introduced to bring superficial changes in the legal world, but instead came to translate the aspirations of society itself, which has long demanded the reduction of state intervention in its relations strictly personal and private. In this sense, nowadays, Divorce waive any condition to its enactment.

Key-Words: *Constitutional Amendment No. 66/2010 - Cancellation of Legal Separation - End of time lapse - Divorce law and squeeze.*

Introdução

Antes de adentrarmos especificamente no objeto de estudo do presente trabalho, faz-se necessário discorrermos, brevemente, sobre a recente Emenda Constitucional n. 66, datada de 13 de julho de 2010, que alterou o artigo 226, parágrafo 6. de nossa Carta Magna, trazendo inúmeros reflexos no dia-a-dia forense.

Após incansável luta dos juristas modernos, notadamente dos operadores do Direito das Famílias, aprovou-se nas duas casas do Congresso Nacional, a modificação do texto constitucional, determinando-se a supressão dos arcaicos requisitos, anteriormente, exigidos para a dissolução do vínculo conjugal.

A citada emenda suprimiu a parte final do parágrafo 6. do artigo 226 da Constituição da República, retirando a exigência de prévia separação judicial e decurso de tempo mínimo, passando a prescrever tal dispositivo com a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

A referida reforma, desde sua entrada em vigor, tem gerado grande reboiço entre os aplicadores do Direito quanto à sua real extensão e ao seu verdadeiro alcance. As inúmeras controvérsias surgidas sobre o tema na seara jurídica, acabou por segregar os juristas conforme suas afinidades de entendimento, dando origem a variadas correntes doutrinárias interpretativas do dispositivo alterado.

Alguns doutrinadores, mais atentos e preocupados com aspectos formais, sustentam que a redução verificada no preceito constitucional, não teve o condão de revogar, tacitamente, os dispositivos previstos na Lei ordinária n. 6.515 de 1977, referentes à separação judicial e ao lapso temporal, visto que tais artigos, ainda, encontram-se em perfeita conformidade com a Carta Magna e o Código Civil brasileiro de 2002, persistindo, portanto, os requisitos exigidos para a extinção do vínculo matrimonial. Em sentido diametralmente oposto, defende a doutrina majoritária que o decote evidenciado, teve como reflexo imediato a extinção do institu-

to da separação judicial e conseqüentemente de todos os elementos a este relacionados, tais como, exigência de prazo, perquirição de culpa pelo rompimento da relação conjugal, condenação ao pagamento de alimentos pelo cônjuge culpado, etc. Em decorrência disso, sustentam que, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, o Divórcio é a única forma de dissolução da relação conjugal, visto que a reforma acabou com toda e qualquer restrição para sua decretação.

Todavia, não nos cabe, neste momento inicial, esgotarmos o assunto a ser tratado no presente trabalho. Caberá aos capítulos seguintes a exposição detalhada e aprofundada dos aspectos relevantes relacionados ao surgimento e à evolução dos institutos da separação judicial e do divórcio no Brasil, que resultou na recente alteração constitucional, bem como dos diversos fundamentos defendidos pelos juristas para a justificação da permanência ou extinção da separação e seus elementos do ordenamento jurídico brasileiro.

Aspectos históricos da origem do divórcio e da separação judicial no direito brasileiro

Para melhor compreendermos o instituto do Divórcio e da Separação judicial, atualmente em grande evidência devido à recente EC n. 66/2010, é de extrema relevância estudarmos a sua origem e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Sem dúvida que intensa e longa batalha foi necessária, desde a primeira Constituição republicana, para que modificações significativas fossem introduzidas nos textos constitucionais e infraconstitucionais.

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, quando abordam o assunto em sua obra “O Novo Divórcio”, classificam a evolução histórica dos referidos institutos da seguinte maneira:

a) indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal (ausência de divórcio); b) possibilida-

de jurídica do divórcio, com imprescindibilidade da separação judicial como requisito prévio; c) ampliação da possibilidade do divórcio, seja pela conversão da separação judicial, seja pelo seu exercício direto; d) o divórcio como o simples exercício de um direito potestativo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.33)

Seguindo a ordem acima proposta, passamos à análise de cada uma das fases.

Indissolubilidade do vínculo matrimonial

No Brasil pós-proclamação da República (1889) e pós-promulgação da Constituição de 1891, apesar da ruptura entre o Estado e a Igreja, possuía um direito regulador das relações familiares ainda marcado por forte influência do Direito Canônico, no qual a moral religiosa prevalecia e estabelecia, com fundamento em passagens bíblicas, a eternidade do matrimônio. É neste contexto histórico, político e social que surge, portanto, o antigo Código Civil(CC) de 1916 (originário do século XIX), intitulado da indissolubilidade do vínculo conjugal.

O retrógrado diploma civil prescrevia que, uma vez realizado o casamento civil, o vínculo dele decorrente somente se extinguiria em situações de morte de um dos cônjuges e nulidade ou anulação do casamento, ao passo que o rompimento da sociedade conjugal ocorreria apenas nas hipóteses legais. O momento histórico, social e cultural vivenciado na ocasião, em que o casamento e a família eram identificados por sua função econômica e procriativa, impossibilitou o surgimento do instituto do Divórcio. Os artigos 315, 317, 318 e 319 do original CC/1916, abaixo colacionados, evidenciam a forte intervenção estatal nas relações conjugais à época:

DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Art. 315. A sociedade conjugal termina:

- I. Pela morte de um dos cônjuges.
- II. Pela nulidade ou anulação do casamento.
- III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento válido só se

dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, Segunda parte.

(...)

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.

Art. 318. Dar-se-á também o desquite por mutuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

Art. 319. O adultério deixará de ser motivo para desquite:

I. Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse.

II. Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado.

Parágrafo único. Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado.

Conforme se observa nos trechos acima reproduzidos, o texto original do Código Civil de 1916 possibilitava aos cônjuges a dissolução da sociedade conjugal através do Desquite, com o conseqüente fim do regime de bens e dos deveres matrimoniais, contudo impedia, em vida, a extinção do vínculo decorrente do matrimônio, salvo nos casos de sua nulidade ou anulação, e por consequência impossibilitava o estabelecimento de novas núpcias. Ambos, portanto, de forma irracional, ficavam vinculados um ao outro até o seu rompimento pela morte.

Ressalta-se que o Desquite, curiosamente, além de exigir confirmação pelo Tribunal, já que desafiava recurso “*ex officio*”, não representava muita vantagem, haja vista que o estabelecimento de novas relações afetivas pelo desquitado era motivo para manifestações preconceituosas por parte da sociedade e a permanência do vínculo do anterior casamento, impedia a constituição de nova família legal. Tal situação acabou por determinar o surgimento das “relações concubinas”(família ilegítima) como uma realidade social.

A ilustre jurista Maria Berenice Dias ao tratar do tema, brilhantemente, expõe:

A resistência para a concessão do desquite era de tal ordem que, mesmo amigável, dependia de decisão judicial sujeita a recurso de ofício. A sentença precisava ser confirmada pelo Tribunal. Como o recurso tinha efeito suspensivo, era necessário o trânsito em julgado do acórdão para que, finalmente, o desquite fosse deferido. Isto tudo porque as famílias formadas pelos egressos de casamentos desfeitos não eram aceitas. Os relacionamentos não unidos pelos “sagrados” laços do matrimônio eram chamados de “concubinato”. E, além de rejeitados pela sociedade, não eram reconhecidos pelo sistema legal. Mas aos poucos, quando as novas uniões passaram a merecer a aceitação social – mesmo sem nome e sem lei – foram em busca do reconhecimento jurídico. (DIAS, 2010, p.18)

Possibilidade jurídica do divórcio com prévia separação judicial

A segunda fase inicia-se com a Emenda Constitucional proposta pelo então senador Nelson Carneiro que, após muita resistência e derrotas legislativas, conseguiu a aprovação de seu Projeto pelo Congresso Nacional em 28 de junho de 1977, introduzindo na legislação brasileira a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial.¹ Como decorrência da emenda, promulgou-se a Lei ordinária n. 6.515/1977, denominada “Lei do Divórcio”, que passou a disciplinar o instituto do Divórcio e demais questões do direito de família (guarda de filhos, uso do nome, filiação), bem como aboliu o desquite, introduzindo a separação judicial no sistema jurídico vigente na ocasião.

Inicialmente, previa a referida lei que o Divórcio somente poderia ser decretado após prévia separação judicial e decorrido o prazo de 03 (três) anos, conforme determinava o texto constitucional à época. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

¹ Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1.º do art. 175 da Constituição Federal vigente à época, para admitir que “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

A ideia de exigência do decurso de um lapso temporal entre a separação judicial – extinguindo o consórcio entre os cônjuges – e o efetivo divórcio – extinguindo, definitivamente, o casamento – tinha a suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação antes que dessem o passo definitivo para o fim do vínculo matrimonial. (2010, p.41)

A Lei n. 6.515/1977 em sua redação original prescrevia a possibilidade do divórcio direto, entretanto exigia para sua decretação a existência de separação de fato anterior a 28 de junho de 1977, o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos de separação do casal e a comprovação da causa. Tendo em vista as limitações impostas pelo legislador e a própria natureza emergencial do instituto, o divórcio direto acabou não tendo muita aplicabilidade neste período. Ademais, notava-se que a “*mens legis*” era permitir a extinção do vínculo conjugal apenas para os já desquitados antes da reforma constitucional. O art. 40 do citado diploma legal estabelecia “No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa.”

Maria Berenice Dias em seu livro “Divórcio Já!” preleciona sobre a matéria e cita trechos da obra do respeitável doutrinador e jurista Rodrigo da Cunha Pereira:

Com o advento do novo sistema, duas eram as modalidades de pôr fim à sociedade conjugal. Primeiro as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter a separação em divórcio. Desde a Lei do Divórcio tem sido feita a distinção entre “terminar” e “dissolver” o casamento. Foi necessário este “jogo” de palavras para dar alguma coerência ao incoerente e inútil instituto da separação judicial (2010, p.19/20).

Ampliação das hipóteses do Divórcio

Este sistema perdurou durante mais de dez anos, até que a antiga ordem jurídica

desmoronou, dando lugar a uma nova e moderna Constituição da República, garantidora, cidadã e demasiadamente preocupada com a dignidade do ser humano. Neste contexto, portanto, modifica-se o significado do casamento, que afastando-se do aspecto patrimonial, passa a se justificar, pura e simplesmente, pela afetividade nutrida entre os membros da família.

Segundo Paula Maria Tecles Lara,

Com a Constituição de 1988 o indivíduo passou a ser mais importante do que seu próprio patrimônio, sendo assim eliminado o caráter obstaculizador da separação, deixando ela de ser necessária para a obtenção do divórcio e perdendo significativamente sua relevância no ordenamento jurídico, já que passou a não ser elemento obrigatório para se dissolver a sociedade e vínculo conjugal. Assim, a Lei Maior de 1988 aboliu o caráter patrimonialista da separação, importando-se muito mais com a dignidade da pessoa dos cônjuges, ao possibilitar, inclusive, o divórcio direto, respeitando o princípio da autodeterminação e da deterioração factual.(...) (LARA, 2010)

Com a entrada em vigor da nova Constituição de 1988, o divórcio direto passou a ser previsto de maneira expressa no texto constitucional e devido à evolução cultural da sociedade, consolidou-se no meio social. Entretanto, por mais que o instituto tenha perdido sua excepcionalidade, a exigência do decurso de lapso temporal para sua decretação permaneceu, reduzido, entretanto, para dois anos de separação de fato.

Os cônjuges também podiam pleitear, consensual ou litigiosamente, a conversão da separação judicial em divórcio, exigindo-se para isso, somente, o decurso do prazo de um ano, contado da decisão judicial que extinguiu a sociedade conjugal.

O artigo 226, parágrafo 6. da Carta Magna, até 12 de julho de 2010, previa:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 6.. 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.

O Divórcio como única forma de extinção do vínculo conjugal

Todavia, recentemente, após inúmeras articulações do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, conjuntamente com o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), foi aprovada a “PEC do Divórcio”, também conhecida por “PEC do Amor”, que alterou a redação do dispositivo acima reproduzido, suprimindo do texto constitucional a antiga menção à prévia separação judicial e à exigência de lapso temporal, prescrevendo de forma breve e simples “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Diante de significativa alteração, para grande maior parte dos juristas, o divórcio, atualmente, prescinde de qualquer requisito, sendo desnecessários, portanto, a prévia separação judicial, o transcurso de lapso temporal e a motivação para sua decretação. A vontade da coletividade pela menor intervenção do Estado na regulamentação do casamento e em suas formas de extinção, já há muito tempo vinha conflitando com a própria legislação em vigor. Neste sentido, a EC n. 66/2010 significou um verdadeiro avanço para o sistema jurídico brasileiro, eis que possibilitou a adequação da ordem jurídica à realidade social e aos próprios anseios dos cidadãos.

Os juristas Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona chegam a defender, quando abordam a questão, que o instituto do Divórcio, em razão da emenda, passou a ser o mero exercício de um direito potestativo, no qual para sua decretação independe do consentimento do outro cônjuge. Segundo eles:

Trata-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante.

É o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito potestativo. (2010, p.43)

O ilustre magistrado Newton Teixeira Carvalho analisando a recente reforma e seus

reflexos no mundo jurídico, em defesa desta tese, expõe, de maneira sintética:

A EC n. 66/2010 sepultou a exdrúxula dicotomia, de nenhuma compreensão perante os jurisdicionados, da existência de dissolução da sociedade conjugal, através da separação, e dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio. (CARVALHO, 2010)

No entanto, este entendimento não é unânime entre juízes, promotores, advogados e doutrinadores. Sustenta a oposição que a supressão do texto constitucional, ao contrário do afirmado pela maioria dos operadores do Direito, não significou o desaparecimento da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, posto que a Lei infraconstitucional n. 6.515/1977, bem como o Código Civil em vigor ainda permanecem em perfeita harmonia com a CR/1988, persistindo, portanto os mesmos requisitos.

A Emenda Constitucional n. 66/2010 e seus reflexos

A recente alteração constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, segundo o entendimento majoritário dos juristas do Direito das Famílias, trouxe reflexos relevantíssimos ao sistema jurídico vigente. Diante da grande repercussão da mudança no dia-a-dia forense, faz-se necessário, neste momento, um maior aprofundamento do tema.

Breve histórico sobre a Emenda Constitucional

A recente Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010 teve sua origem por iniciativa de membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM com apoio inicial do Deputado Antônio Carlos Biscaia, quando propôs a PEC n. 413 de 2005, posteriormente reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro por meio da PEC 33/2007.

A proposta inicial encabeçada pelo Deputado Antônio Biscaia continha em seu texto a expressão “na forma da lei”, estabelecendo ao legislador ordinário o dever de regulamentar, novamente e de modo diverso, o instituto do divórcio. A redação original prescrevia “Art.226. § 6.. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.”

Posteriormente, no ano de 2007, diante da não obtenção de êxito da PEC anterior, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, novamente influenciado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, reapresentou nova proposta de Emenda Constitucional (33/2007), mantendo o conteúdo original da PEC 413/2005.

Para melhor compreensão do tema é de grande relevância a transcrição de trechos das justificativas dos Projetos de Emendas, apresentadas por ambos deputados federais, para convencer os demais parlamentares e senadores da necessidade de mudança do texto constitucional:

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 do 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. (2005;2007)²

Após rápida leitura do fragmento da justificativa acima transcrito, é possível notar, nitidamente, qual o objetivo principal da proposta de emenda apresentada para apreciação das duas Casas do Congresso Nacional. Pretendia-se com a modificação constitucional a desburocratização da extinção do vínculo conjugal, de modo que ocorresse sem provocar maiores conflitos e constrangimentos às partes envolvidas, além dos já ocasio-

² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/450217.pdf>. Acesso em: 04/11/2010.

nados pela própria separação de fato do casal.

Visando, portanto, evitar um “indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a Emenda quer impedir (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p.54)”, foi que o Senado apreciando a PEC, já com o número 28/2009, alterou parte do texto original, suprimindo a expressão “na forma da lei”.

A EC 66/2010 foi promulgada nos termos da alteração sugerida pelo Senado, passando a prevê, de maneira simples, no art. 226, parágrafo 6. da CF “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Ao suprimir parte do texto inicial, buscava o legislador não deixar qualquer “brecha” para que, assim, não surgissem interpretações retrógradas por parte de juristas conservadores. No entanto não foi o que ocorreu, estes visando justificar a permanência do instituto da separação no direito brasileiro, criaram várias teses jurídicas, “tapando os olhos” para a expressa supressão do texto constitucional.

Os reflexos da Emenda segundo o entendimento majoritário - Extinção da separação judicial

Sustenta a maior parte dos juristas do Direito das Famílias que o principal reflexo decorrente da entrada em vigor da recente Emenda Constitucional n. 66/2010 foi a extinção da separação judicial e extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Vários são os fundamentos defendidos para justificar tal tese, que, ao final, convergem em uma mesma conclusão. O brilhante doutrinador Paulo Lôbo discorrendo sobre o assunto nos ensina que:

(...) somente uma interpretação literal da EC n. 66/2010 poderia levar à conclusão de que a separação de direito permaneceria, enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código civil, mas o intérprete não sobreviveria na sua conclusão ao aplicar a interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. Na interpretação histórica, cons-

tata-se que a Constituição Federal de 1967-1969 introduziu em 1977 o divórcio no Brasil, mas agasalhava a separação judicial e exigia o prazo de mais de três anos para sua conversão. A constituição de 1988, na redação original, evoluiu ao permitir o divórcio direto após o prazo de dois anos de separado de fato, mas manteve a separação judicial no texto e sua conversão em divórcio após um ano. Em ambas, a separação judicial recebia tutela constitucional explícita e convivia com o divórcio, admitindo a legislação, a dissolução da sociedade separada da extinção do vínculo conjugal. A EC n. 66/2010 também evoluiu quanto ao divórcio, excluindo os prazos, mas deixou de contemplar a separação, ou seja, deixou de tutelar a separação jurídica. (...) A manutenção da separação judicial contraria os fins sociais e confronta com os novos valores que a constituição passou a exprimir em sua evolução. (LOBO, 2010)

No mesmo sentido, leciona Rodrigo da Cunha sob o argumento que a interpretação da norma deve ser contextualizada e compatível com o comando maior da constituição, não sendo possível estender o que o comando constitucional restringiu. Finaliza afirmando que os dispositivos infraconstitucionais referentes à separação judicial contidos no diploma civil (artigos 1571 a 1578 e 1580) e nas leis 6.515/1977 e 10.406/2002 não foram recepcionados pela EC n. 66/2010, e sendo assim, perderam sua eficácia e aplicabilidade no mundo jurídico.

Afastando-se da forma e preocupando-se, primordialmente, com a “*mens legislatoris*” o ilustre magistrado Newton Teixeira Carvalho ao escrever artigo jurídico publicado pelo IBDFAM, logo após a entrada em vigor da EC em análise, preleciona:

Pretendeu, sim, o legislador facilitar o divórcio, ciente também de que, desde o advento da Constituição Federal de 1988, não há mais razão para manter um casamento, sem amor, com o casal dormindo em cama separada e se digladiando diurnamente, não obstante, perante a sociedade, apresentando sorridentes e, ainda, apesar da separação de fato, de vários anos, celebrando bodas, de prata, ouro, diamante e tantas outras, permitidas pela idade e pela hipocrisia. (...) Insistir, numa leitura apressada e apenas literal do atual art. 226, § 6., da Constituição Federal, na manutenção do instituto jurídico da separação no direito brasileiro, é revogar a

própria Constituição que elegeu, como princípio maior das entidades familiares, o afeto. (CARVALHO, 2010)

Já Maria Berenice Dias, também adepta da presente tese, faz uma análise diferenciada da extinção da separação, refutando os posicionamentos em sentido contrário. Entende que, com o novo texto constitucional, o instituto da separação foi eliminado e todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derogados, não mais integrando o sistema jurídico brasileiro. Entretanto, reconhece que a EC n. 66/2010 permitiu o surgimento de interpretações, posições e críticas para todos os lados. Segundo ela, existe quem sustente que em razão da utilização do verbo “pode”, a separação jurídica não desapareceu, podendo ainda ser pleiteada; há também outro argumento defendido pela doutrina minoritária que é a possibilidade de identificação de um culpado para a separação em razão da previsão de fixação de alimentos nos arts. 1.694, § 2. e 1.704 do CC/2002.

Entretanto, todos os juristas reconhecem que a EC n. 66/2010 foi a verdadeira expressão da vontade da coletividade, que já há muito tempo não via justificativa para tamanha interferência do Estado, através de suas leis, na vida afetiva dos indivíduos. A vontade de estabelecer um vínculo conjugal ou a vontade de dissolvê-lo, independentemente da causa, deve-se, única e exclusivamente, às pessoas envolvidas, não cabendo ao Estado interferir, por meio da imposição de requisitos, sob o argumento de que a família é a base da sociedade e que por isso deve ser conservada a todo custo. Ademais, não há qualquer lógica, em sustentar a manutenção da separação judicial no sistema jurídico, apenas para se possibilitar uma “suposta” (improvável) reconciliação do casal.

Cumprido transcrever, por fim, a posição do promotor e professor Dimas Messias de Carvalho defendida em sua obra “Divórcio judicial e administrativo de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11.698/2008”, que, brilhantemente, nos remete ao possível fim de tamanha discussão. Segundo ele, a solução da presente controvérsia somente ocorrerá quando os artigos da

legislação infraconstitucional forem, expressamente, revogados ou quando o STF (Supremo Tribunal Federal) apreciar a questão, decidindo pela extinção ou não da separação jurídica pela EC n. 66/2010.

Fim da perquirição de culpa

O capítulo destinado à extinção da sociedade e do vínculo conjugal presente no atual Código Civil de 2002 prevê a possibilidade da dissolução da sociedade matrimonial por vontade de ambos os cônjuges, desde que transcorrido o prazo de um ano da celebração das núpcias (art.1574), ou por iniciativa de somente um deles, desde que atribua ao outro a responsabilidade pelo fim da união ou que estejam casados por mais de um ano (art.1572).

De acordo com o CC, somente o cônjuge “inocente” pode propor a ação, indicando o réu como “culpado” e discorrendo sobre os motivos que levaram à falência do matrimônio (art.1573), quais sejam, I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante ou VI – conduta desonrosa.

O legislador enumerou as condutas que, segundo ele, impossibilitam a comunhão de vida, não se atentando, contudo, ao principal motivo do fim da união: o desamor entre o casal, de um cônjuge ou de ambos. Conforme afirma Maria Berenice Dias, “só é infiel, só abandona, só agride quem não ama. Portanto, é o fim do amor o único motivo da separação. (2010, p.49)”

Mesmo que juízes, promotores, advogados e serventuários sustentassem a necessidade da atribuição de culpa para a decretação da separação do casal, no caso da ausência do transcurso do prazo de um ano, com fundamento na previsão legal, o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) já vinha evoluindo, no sentido de conferir interpretação diversa para a situação. Julgado antigo deste tribunal já sustentava à época a desnecessidade da verificação de culpa:

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, Resp. 467184/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, pub. DJ 17.02.2003, p.302, grifo nosso).

Porém, essa discussão, felizmente, não mais merece respaldo jurídico, posto que a nova EC n. 66/2010 suprimiu a separação jurídica de nosso ordenamento, retirando, conseqüentemente, qualquer indagação sobre culpa pelo rompimento da vida em comum. “Ao se excluir a culpa, doa-se à pessoa a possibilidade de extinguir seu casamento de maneira digna, conferindo também uma oportunidade de exercício de cidadania plena (LARA, 2010).”

Possibilidade de ação reparatória por danos

A indenização por danos decorrente do fim da relação conjugal pode ser derivada de duas espécies de fatos: ato ilícito absoluto ou ato infringente aos próprios deveres do casamento, estabelecidos no artigo 1566 do diploma civil. O ex-ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça) Rui Rosado de Aguiar Jr. em sua obra “Responsabilidade civil no direito de família” ao defender a perfeita possibilidade de responsabilização do ex-cônjuge por danos provocados, injustamente, ao seu consorte, nos ensina que o fato originário da obrigação reparatória pode ser:

Ilícito absoluto, ou apenas infração a dever conjugal, familiar ou sucessório; pode estar tipificado na lei, ou não; a lei definidora da conduta pode ser civil ou criminal; o autor pode ser cônjuge ou companheiro que atinge a vítima na posição que lhe decorre do direito das famílias; o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; o dano pode ser específico, por atingir direito regulado no Livro da Família ou das Sucessões, ou constituir-se em dano a direito assegurado genericamente às pessoas (CC 186); a consequência da infração pode ser a sanção prevista na norma de direito das famílias ou a reparação aplicada de acordo com as regras próprias

as do instituto da responsabilidade civil (CC 944), com ou sem aplicação cumulativa. (AGUIAR JÚNIOR, 2005, p.366)

Importante ressaltar que o fim do instituto da separação, e a conseqüente desnecessidade de verificação da culpa para decretação da extinção do vínculo conjugal, com a entrada em vigor da EC n. 66/2010, não fez desaparecer a possibilidade de perquirição da culpa para fins indenizatórios por parte do cônjuge lesado em sua honra ou em seu patrimônio.

Isto porque se houver ofensas físicas ou morais, agressão aos direitos de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente civilmente. O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal. Novamente, a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes. (SIMÃO, 2010)

Assim sendo, é perfeitamente possível “ressarcimento dos danos morais, materiais e estéticos advindos do ato ilícito comprovado. O pedido ressarcitório deve ser ajuizado autonomamente por meio de ação indenizatória, perante o juízo civil. (DIAS, 2010, p.53)”

Sustenta a doutrina majoritária que com o fim da perquirição de culpa para a decretação da extinção do vínculo matrimonial, as Varas de Famílias também perderam o dever de instruir os autos no tocante às condutas dos cônjuges que ensejaram a ruptura do laço afetivo. No entanto, admitem que o juízo cível, quando provocado, poderá analisar as condutas dos ex-cônjuges, ofensivas aos deveres conjugais enumerados no Código Civil brasileiro, reconhecendo, ao final, a existência ou não da obrigação reparatória. Porém, não podemos esquecer que a simples contrariedade a algum dos deveres não ensejará, por si só, a indenização por danos morais ou patrimoniais.

A advogada e professora Ana Carolina Brochado Teixeira, ao discorrer sobre o presente assunto defende que “o dever de fidelidade e de manutenção de vida em comum entre cônjuges não significam obrigação de natureza sexual, já que não há como obrigar.

seu consorte a adimplir o *debitum conjugale*, que significa, nada menos, que praticar contatos sexuais sem vontade. (TEIXEIRA, 2005, p.146)”. Desta maneira, a não prática de relações sexuais entre cônjuges ou companheiros, por ausência de vontade de apenas um deles, não poderá caracterizar descumprimento de dever conjugal e consequentemente também não consistirá em obrigação reparatória.

O que, de fato, se sustenta é que a conduta praticada pelo cônjuge, quando na violação a um dever marital, não poderá expor e comprometer seu consorte em sua imagem, reputação e dignidade. Ocorrendo o dever de indenizar por danos morais quando, nos casos de adultério, abandono do lar, conduta desonrosa ou condenação criminal, um cônjuge agindo, publicamente, provocar constrangimento, angústia e mal-estar ao outro. Ademais, insta destacar que a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa – dano, nexo de causalidade e culpa também são indispensáveis.

A título de conclusão, transcrevo fragmento da obra do ex-ministro do STJ Rui Rosado, que, brilhantemente, preleciona sobre como deverá ser a atuação do magistrado na apreciação do caso concreto e na condenação à indenização, quando cabível:

Em especial, cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, atender à finalidade social da norma e reconhecer que o só fato de existir a família não pode ser causa de imunidade civil, embora possa inibir a ação quando dela surgir dano social maior do que o pretendido reparar. De outra parte, deve perceber que, na especificidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, só por si, causa de indenização. (AGUIAR JUNIOR, 2005, p.43)

Extinção da exigência de lapso temporal para a decretação do divórcio

Com a recente alteração constitucional, além do instituto da separação, extinguiu-se também a exigência de lapso temporal para a concessão do divórcio.

O artigo 226, § 6. da Carta Magna prescrevia a necessidade do decurso do prazo de dois anos de separação de fato, sem que houvesse, no período, a efetiva reconciliação entre o casal, para que fosse possível a decretação do divórcio. Sem a presença de tal requisito era impossível aos consortes a extinção do vínculo conjugal.

Segundo a maior parte dos modernos juristas do Direito das Famílias, a nova redação conferida ao artigo supracitado, que retirou a parte final do parágrafo 6. do artigo 226 da CF, resultou na supressão do requisito temporal para concessão do Divórcio, que, atualmente, prescinde de prazo entre a convalidação de núpcias e o pedido de extinção do vínculo conjugal. Entretanto, em sentido oposto, sustenta a corrente minoritária que a modificação constitucional não teve o condão de suprimir as condições antes exigidas para a extinção do casamento, já que dispositivos infraconstitucionais ainda continuam em pleno vigor.

A corrente majoritária sustenta, ainda, que o Divórcio, pós EC n. 66/2010, independe de qualquer condição impeditiva ou causa específica para sua decretação, consubstanciando um verdadeiro direito potestativo. Na visão de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Vale dizer, o divórcio passa a caracterizar-se, portanto, como um simples **direito potestativo** a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação de fato ou de qualquer outra circunstância indicativa da falência da vida em comum.

Um dia, uma semana, um mês, um ano ou uma década após o casamento, pouco importa, qualquer dos cônjuges, concluindo não querer mais permanecer matrimonialmente unido ao outro, poderá formular pedido de divórcio pela via administrativa (se observados os requisitos do art. 1.124-A do CPC) ou judicial. (2010, p.60, grifo do autor)

Aqueles que criticam a nova Emenda Constitucional, alegam que a extinção da exigência do lapso temporal ocasionará o precoce rompimento das relações matrimoniais, impossibilitando a reflexão sensata e madura pelos cônjuges sobre a decisão a ser tomada. Todavia, tal alegação não merece

respaldo, posto que restou evidenciado na prática, que o tempo, supostamente, destinado ao amadurecimento dos consortes, em pouquíssimas situações ensejaram a reconciliação do casal, mas, ao reverso, surtiu efeito negativo na vida destes.

Ademais, indaga-se: qual a justificativa para a intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos, estabelecendo prazos e outros requisitos para o fim de uma união mal sucedida? A decisão pelo rompimento do vínculo não caberia, única e exclusivamente, aos cônjuges? Talvez a resposta a estas perguntas, também possibilitaria uma reflexão sobre o verdadeiro alcance da recente emenda.

Impossibilidade de Reconciliação

Outro reflexo imediato da EC n. 66/2010, que extinguiu a separação do ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida, foi a impossibilidade de reconciliação do casal. Antes da reforma constitucional, a legislação infraconstitucional regulamentava a possibilidade de restabelecimento da sociedade conjugal, enquanto estivesse apenas separados judicialmente. Ainda prevê o Código Civil de 2002 em seu artigo 1577 que “seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.”

Conforme é possível observar, a possibilidade do retorno à condição de casado, sem a necessidade de celebração de novas núpcias, constitui o principal fundamento daqueles que defendem a permanência da separação jurídica em nosso sistema, mesmo após a alteração constitucional de julho de 2010. Entretanto, mister destacar que, além de ter sido pouco aplicado, na prática, o restabelecimento da sociedade conjugal gerava um procedimento muito dispendioso e demorado para o casal, já que para alcançar o intento deveriam contratar um advogado para peticionar junto ao juiz, no bojo do próprio processo de separação, buscando o desarquivamento destes e a expedição de ofi-

cio para o cartório competente proceder à nova averbação.

Atualmente, com o fim da separação, não mais existe a possibilidade de restabelecimento da situação *a quo*. Diante da existência do Divórcio como única forma para a extinção do vínculo matrimonial, o casal divorciado desejando se unir, novamente, deverá dirigir-se a um tabelionato de registro civil e contrair novo casamento. Sem dúvida, o valor gasto com a celebração de novas núpcias será inferior às despesas para o restabelecimento, já que aquele prescinde de advogado.

Questões intertemporais e as ações em andamento

Com a entrada em vigor da EC n. 66, em 14 de julho de 2010, que alterou o texto constitucional, suprimindo a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio e o requisito temporal antes exigido para a dissolução do vínculo matrimonial, diversas questões relacionadas à extinção do casamento sofreram modificações em seu aspecto jurídico. Abaixo veremos as principais.

Ação de Separação em trâmite

Nas ações de separação judicial consensuais ou litigiosas em trâmite perante os juízos de primeira ou segunda instância, desde que ainda não tenham sentença/acórdão transitado em julgado, deverão ser facultados às partes (autor/réu) o aditamento do pedido inicial, para que passem a pleitear o Divórcio. Diante do desaparecimento do instituto da Separação do sistema jurídico brasileiro, o requerimento de decretação de separação passa a consubstanciar pedido juridicamente impossível, o que gerará a extinção do processo sem resolução do mérito.

Havendo a manifestação nos autos de apenas uma das partes concordando com a dissolução do casamento, dispensa-se o con-

sentimento do outro litigante, já que, atualmente, o divórcio constitui mero direito potestativo. Para a ilustre ex-desembargadora do TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) Maria Berenice Dias, as partes deverão ser intimadas para se manifestarem, expressamente, a discordância com a decretação do divórcio, sendo que o silêncio será interpretado como concordância ao decreto judicial, dispensando-se qualquer manifestação para aqueles que consentem com a dissolução do vínculo conjugal. Acrescenta a ilustre doutrinadora que a discordância de somente um dos cônjuges também não impedirá a decretação do fim do casamento, posto que a vontade do outro em se divorciar merece ser respeitada, bastando para isso o silêncio de apenas um deles.

No que tange às separações já decretadas e transitadas em julgado, poderá qualquer dos ex-cônjuges e a qualquer momento, pleitear o divórcio em apenso aos autos da ação de separação. Optando em permanecer apenas separados judicialmente, o estado civil dos ex-cônjuges continuará como de separado, porém necessitarão do divórcio para a realização de novas núpcias.

As novas ações de separação ajuizadas, posteriormente, à entrada em vigor da recente alteração constitucional deverão, de plano, ser extintas pelo magistrado sem julgamento do mérito por visível impossibilidade jurídica do pedido.

Insta destacar que assim como a separação judicial, a administrativa também tornou-se impossível no ordenamento jurídico atual. Sendo certo que o tabelião não poderá lavrar a escritura de separação, já que se assim o fizer o ato notarial será nulo.

Ação de Conversão de Separação em Divórcio

Diante da extinção da separação do sistema jurídico, não mais tem lugar o pedido de conversão de separação em divórcio. Para a conversão exigia-se o decurso do prazo de um

ano contados da decretação da separação do casal ou da separação de corpos. No entanto, a nova redação dada ao parágrafo 6. do artigo 226 da CF suprimiu tal possibilidade, existindo, tão somente, o divórcio como meio para a dissolução do casamento.

Havendo ação de conversão em trâmite deverá o juiz decretar o divórcio, sem se preocupar com o antigo requisito e com a discordância de uma das partes. Faz-se o mesmo raciocínio da separação, acima expendido, basta a vontade de apenas um cônjuge para que o casamento seja dissolvido.

Em se tratando de conversão de separação em divórcio perante o tabelião, deverá ser lavrada escritura de divórcio e não de conversão.

Ação de Divórcio

A ação de divórcio é, hoje, o único meio pelo qual os cônjuges poderão se utilizar para pôr fim ao vínculo matrimonial existente. Com a EC n. 66/2010, acabaram-se todas e quaisquer restrições à extinção do casamento antes impostas.

Assim sendo, para decretação do divórcio, consensual ou litigioso, sem filhos menores ou incapazes é dispensável a intimação do Ministério Público e desnecessária a realização de audiência de conciliação prévia, devendo o juiz, *initio litis*, homologar o acordo ou decretar o divórcio. Já que “de há muito não é mais aplicada a chamada cláusula de dureza, que autorizava o juiz a negar a separação (CC 1.574, parágrafo único). (DIAS, 2010, p.131)”

Dispensa-se também as duas testemunhas, antes indispensáveis, para a comprovação do lapso temporal exigido (dois anos) no caso de Divórcio Direto. Poderá o juiz decretá-lo, com base, apenas, na certidão de casamento do casal. Ademais, poderão os cônjuges se ver representados por procuradores em sede de audiência, bastando escritura pública com poderes especiais para este fim.

Com relação ao divórcio extrajudicial, basta a presença de ambos os cônjuges acompanhados de advogado para a lavratura da escritura, dispensando-se também a declaração de testemunhas.

Estado Civil

Aqueles que se encontram separados judicialmente antes da emenda, permanecerão com o estado civil de separado, já que a alteração constitucional não determinou “a transformação automática do estado civil de separado para divorciado (DIAS, 2010, P.134)”.

Reconciliação

A análise da reconciliação deve-se estender aos separados judicial ou extrajudicialmente, antes da emenda constitucional, e aos divorciados.

Considerando que os separados judicial ou extrajudicialmente, antes da EC n. 66/2010, permanecem com o mesmo estado civil mesmo após a reforma, poderão fazer gozo à prerrogativa da reconciliação prevista no artigo 1577 do CC/2002, bastando para isso, o protocolo do requerimento assinado pelo casal nos próprios autos da separação ou o comparecimento de ambos perante o tabelionato competente para que proceda à averbação.

Entretanto, com relação ao divórcio, o raciocínio não é o mesmo. Após a dissolução do vínculo matrimonial por meio do divórcio, não é mais possível ao casal pleitearem a reconciliação. Neste caso, quando tiverem interesse em retomar a relação conjugal, deverão convolar novas núpcias, dirigindo-se ao Cartório de Registro Civil competente. Na realidade, este já era o procedimento adotado antes mesmo da reforma, porém é importante destacar que, com o desaparecimento da separação do ordenamento jurídico brasileiro, somente poderão utilizar do instituto da reconciliação os que já se encontravam separados antes da EC.

Alimentos

Os alimentos devidos por um dos cônjuges ao outro, em decorrência do fim do casamento, não mais se originam da culpa pelo rompimento da relação, como determinado pelos artigos 1702 e 1704 do CC/2002. Com a nova EC n. 66, que trouxe a extinção da separação jurídica e conseqüentemente da culpa de nosso sistema jurídico, o dever de prestar alimentos entre cônjuges passou a resultar, exclusivamente, da análise do binômio necessidade/possibilidade.

Para se fixar os alimentos, requeridos em ação autônoma ou em pedido cumulado em ação de divórcio, o magistrado deverá se atentar, tão somente, à necessidade do alimentado(requerente) e à possibilidade econômica do alimentante(requerido), definindo o patamar com proporcionalidade.

A doutrina, muito antes da mudança constitucional, já propunha a modificação do art. 1702 do diploma civil. Na I Jornada de Direito Civil, em que renomados doutrinadores reuniram-se para a discussão de temas relevantes do direito civil, o enunciado 133, aprovado pela maioria dos membros, prescrevia o seguinte:

Proposição sobre o art. 1.702:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Na separação judicial, sendo um dos cônjuges desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro pensão alimentícia nos termos do que houverem acordado ou do que vier a ser fixado judicialmente, obedecidos os critérios do art. 1.694”.

Seguindo este entendimento, muito bem prelecionam os magistrados e professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “o moderno Direito de Família, com o reforço da nova Emenda, aponta no sentido de admitir, como único fundamento para a fixação dos alimentos, a necessidade do cônjuge (credor) na justa medida da capacidade econômica do seu consorte (devedor). (2010,p.113)”

Os alimentos poderão ser definidos por meio de acordo, na esfera administrativa ou judicial consensual, ou através de imposição do juiz, nos casos de ação de divórcio ou de alimentos litigiosos. Contudo, merece desta-

que que, a fixação da prestação alimentícia aos filhos quando da decretação do divórcio do casal é indispensável para a extinção do processo, já que “os alimentos devidos aos filhos é cláusula fundamental, de natureza cogente e matiz de ordem pública. (STOLZE; PAMPLONA, 2010, p.114)”

Conclusão

Somente após o estudo aprofundado da legislação infraconstitucional vigente, de inúmeras obras e artigos jurídicos de renomados doutrinadores e juristas do Direito das Famílias brasileiro, foi possível concluirmos sobre a principal consequência da Emenda Constitucional n. 66/2010 no sistema jurídico pátrio.

Sustenta a minoria dos operadores do direito que a EC n. 66 suprimiu a parte final do artigo 226, § 6. da Lei Maior, entretanto estabeleceu ao legislador ordinário o dever de edição de nova lei regulamentando as formas de dissolução do casamento, sendo que enquanto não promulgada, permanecem sendo aplicáveis os dispositivos presentes no código civil e na lei 6515/1977 referentes ao assunto.

Todavia, tal alegação conservadora e formalista não guarda harmonia com a verdadeira “*mens legislatoris*”. O Instituto Brasileiro de Direito de Família, a imensa maioria dos juízes, promotores, advogados, professores e doutrinadores, bem como a própria sociedade há vários anos já vinham pugnando pela mudança do texto constitucional, a fim de se reduzir a intervenção estatal nas questões familiares, exclusivamente privadas, facilitando a extinção do vínculo matrimonial.

Sem dúvida que a supressão empreendida pelo legislador visava mudança. Se quisessem manter a ordem vigente, com a permanência da possibilidade da separação em nosso ordenamento, o que justificaria a modificação do texto constitucional; ou ainda, se pretendessem repassar ao legislador ordinário o dever de, novamente, regulamentar a matéria, qual motivo para alteração da re-

dação original da proposta de emenda à constituição, que continha a expressão final “na forma da lei”. Por estes e outros fundamentos, a alegação de inexistência de mudança no conteúdo do divórcio não procede. O constituinte derivado, de modo diverso, trouxe ao parágrafo 6. do artigo 226 da Carta Magna, um preceito simples, conciso e direto.

A alteração foi substancial e não apenas superficial como quer a corrente minoritária. A reforma representou a vitória da vontade da coletividade, que, durante várias décadas, tinham que se sujeitar, injustificadamente, aos ditames legais com seus incompreensíveis requisitos. A EC n. 66/2010 representou um verdadeiro avanço para o Direito de Família. Os magistrados, desembargadores e ministros, muito antes, já vinham reconhecendo a desnecessidade da atribuição de culpa a um dos cônjuges para o requerimento de separação. Constatava-se que, a aferição da responsabilidade pelo fim da sociedade conjugal, antes indispensável para sua decretação, somente tinha o fito de animar, ainda mais, os ânimos do casal, provocando constrangimentos, aborrecimentos e brigas constantes, além de que acabava por dificultar o relacionamento dos filhos com o consorte declarado culpado.

Ademais, o Estado regulou as formas de dissolução do vínculo matrimonial, estabelecendo condições para sua postulação e decretação, esquecendo-se de se preocupar com o mais importante, a sua real causa. O descasamento é resultado de um relacionamento que, em razão do desamor de um dos cônjuges ou de ambos, chegou ao seu fim. A falta de amor e afeto entre o casal é o principal e real motivo do rompimento da relação conjugal. A infringência aos deveres conjugais estabelecidos no diploma civil são decorrência natural da perda do afeto entre os consortes.

Desta forma, não cabe ao Estado intervir nas relações pessoais e estritamente privadas dos indivíduos, o desejo de casar e constituir família ou de desfazê-la diz respeito, tão somente, ao casal em sua máxima intimidade, e os motivos que levaram à falência da união também não merecem ser expostos e escan-

carados ao Poder Judiciário. Às pessoas devem ser assegurado o livre arbítrio de escolherem o momento para casar e para desfazer este vínculo, sem a necessidade de se sujeitarem a impedimento sem fundamento. A vontade do indivíduo de desligar-se de seu cônjuge quando a união não mais lhe faz bem deve prevalecer à vontade do Estado de querer manter o vínculo matrimonial.

A reforma constitucional representou um verdadeiro marco na evolução do Direito de Família brasileiro, que, hoje, conta com um dos acervos jurídicos mais liberais dentre os países ocidentais. A EC, sem dúvida, trouxe modificações importantíssimas ao ordenamento brasileiro, resultando na extinção da separação jurídica de nosso sistema jurídico e na desnecessidade do decurso de lapso temporal para o requerimento de dissolução do vínculo matrimonial. Face tais constatações e aderindo ao posicionamento dos ilustres magistrados e professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, concluo que o Divórcio, na atualidade, constitui o único meio para a extinção do casamento, prescindindo de qualquer condição e independe da anuência do outro consorte para sua decretação, configurando um verdadeiro direito potestativo a favor de qualquer dos cônjuges.

Referências

- AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, n. 2, p. 39-43, fev.2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 11 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 27 de dezembro de 1977.
- BRASIL. Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 05 de janeiro de 2007.
- CARVALHO, Dimas Messias. *Divórcio Judicial e Administrativo de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11.698/2008 (Guarda Compartilhada)*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.
- CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível desde 15/07/2010 em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>. Acesso em: 03/11/2010.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- CHAVES, Luís Cláudio. Divórcio sem prévia separação. *Revista Pela Ordem*. Belo Horizonte: OAB Minas Gerais, ano I, n. 4, julho/agosto, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66*, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *O novo procedimento para a separação e o divórcio consensuais e a sistemática da Lei n. 11.441/2007*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano VIII, n. 40, p. 48-71, fev./mar. 2007.
- _____; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à Emenda Constitucional n. 66/2010*. Disponível desde 21/07/2010 em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>. Acesso em: 03/11/2010.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração Constitucional e suas consequências*.

Disponível em: www.ibdfam.org.br/artigos. Acesso em: 03/11/2010.

LÔBO, Paulo. *A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, vol.11, agosto/setembro, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

_____. *A Emenda Constitucional n. 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito*

Intertemporal. Disponível em: www.ibdfam.org.br/artigos. Acesso em: 03/11/2010.

SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família*. Disponível desde 23/07/2010 em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 03/11/2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 32, outubro/novembro, 2005.