

## EC do divórcio não extinguiu a separação judicial do ordenamento jurídico

Tão logo promulgada a Emenda Constitucional 66/2010, conclui que o instituto jurídico da Separação Judicial havia sido por ela extinto. Dessa opinião compartilham vários especialistas de Direito de Família (Sílvio Venosa, Flávio Tartuce, Zeno Veloso, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias).

Tendo refletido um pouco mais, penso que a resposta deve ser outra: a Separação Judicial não foi extirpada do ordenamento jurídico nacional, de modo que é juridicamente possível o pedido de casal que, não desejando se divorciar, quer apenas se separar para dividir formalmente seus bens e extinguir a sociedade conjugal, desobrigando-se de cumprir os deveres matrimoniais (fidelidade, assistência, coabitação).

O primeiro argumento em defesa dessa nova tese é normativo: surge da leitura comparada da redação anterior da Constituição e da atual (§ 6º do art. 226); ela nos permitirá concluir que o texto da Emenda 66 limitou-se a excluir do parágrafo a referência à Separação (judicial ou de fato) como requisito para se obter o Divórcio. Mas, isso não significa dizer que a Separação desapareceu do mundo jurídico.

O segundo argumento é de ordem teleológica: qual a finalidade da Emenda? Como está claro nas exposições de motivos do projeto, o objetivo foi o de facilitar o divórcio. E o Congresso Nacional atingiu esse objetivo ao extinguir o único requisito que persistia para decretação do divórcio: o “tempo de separado”. Assim, não há mais “tempo de separado” a ser cumprido: uma pessoa pode se casar hoje e se divorciar amanhã. O propósito da alteração constitucional não era acabar com a Separação Judicial, mas sim com o período de tempo em que as pessoas deveriam permanecer separadas para que pudessem se divorciar. Vale dizer, a Separação (judicial, extrajudicial ou de fato) deixou de ser aquele “estágio probatório” que o casal deveria cumprir antes de requerer o divórcio.

O terceiro argumento tem a ver com a liberdade; como se sabe, o Direito Civil, ao contrário de outras áreas do Direito, procura ser o reino da liberdade, tanto é que um de seus princípios fundamentais é o da Autonomia da Vontade. Desse modo, as normas de Direito Civil devem ser interpretadas com o cuidado necessário para se restringir o mínimo possível os interesses privados. Por que concluir que um casal não poderia se separar consensualmente sem se divorciar? A que bem maior, a que interesse social essa interpretação restritiva atenderia? A nenhum. Como a Constituição não extinguiu expressamente o direito de se separar, e considerando que a manutenção desse direito no sistema não traz mal nenhum, ao contrário, atende a um interesse do casal (motivo religioso, econômico, esperança de voltar a conviver junto) a conclusão é a de que ainda é juridicamente possível a Ação de Separação, especialmente, mas não unicamente, quando for consensual.