



## Nova sistemática do divórcio não extingue a separação

Utilizando-se de seu poder constituinte derivado, reformador, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 66, que alterou a redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal. Este tema, por si só, já é interessante, dado o tratamento que recebeu no meio jurídico, como de resto em toda a sociedade. Os debates estão ainda longe de encerrar entendimento único.

A princípio, é bom que se diga, a Constituição Federal, conquanto seja rígida, admite alterações substanciais, com raras exceções — apenas as chamadas cláusulas pétreas não são passíveis de reforma. Assim, o chamado Poder Constituinte reformador pode ser exercido, desde que satisfeitos os requisitos previstos na própria Carta Magna — votação em dois turnos, nas duas casas do Congresso, obtendo-se votação qualificada de 3/5 dos seus membros em cada votação.

As alterações da CF atendem às transformações pelas quais passam da sociedade, desde que se faça um processo legislativo complexo, diferentemente do que ocorre com uma lei ordinária. A vida em sociedade é dinâmica e as mudanças — de orientação, princípios e valores — sempre ocorrem.

O divórcio, que impõe dissolução do casamento, é tema complicado quando pensado numa sociedade como a nossa. O Brasil é um país de forte influência cristã, que vem desde os tempos de nossa colonização, eminentemente católica.

Para os cristãos em geral — e os católicos em especial — o instituto do casamento é sagrado e indissolúvel: "até que a morte os separe". O casamento indissolúvel é, pois, um dogma a igreja católica. O Direito Canônico não reconhece o divórcio como causa de extinção do casamento, razão pela qual a pessoa divorciada não pode ser casar novamente perante a igreja.

Seguindo, pois, a tradição, o Direito brasileiro inicialmente filiou-se à ideia da indissolubilidade do casamento. O Código Civil de 1916 apenas previa a figura do desquite, como forma de dissolução da sociedade conjugal, mas que não extinguiu o casamento. A Constituição de 1934 reconhecia, em seu artigo 144, que a família era constituída pelo casamento indissolúvel.

O divórcio somente foi reconhecido em 1977, com a emenda constitucional 9, que alterou o artigo 175, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1967, dando-lhe a seguinte redação: O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Tratava-se de norma constitucional de eficácia limitada, eis que exigia lei para que pudesse vigorar. Em razão disso, em 26 de dezembro de 1977 foi promulgada a Lei 6.515, para regulamentar o divórcio.



Com a CF de 1988, nova alteração ocorreu, reduzindo-se o prazo da separação, como requisito do divórcio, para 1 ano, em caso de separação judicial, e 2 anos, para os casos de separação de fato. O artigo 226, parágrafo 6º, tinha a seguinte redação: parágrafo 6º – 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 Código Civil de 2002, em razão disso, passou a disciplinar a questão no artigo 1.580, dispondo que, decorrido o prazo de 1 ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer a sua conversão em divórcio.

O parágrafo 2º desse artigo faz referência à separação de fato e ao prazo de 2 anos para requerer o divórcio.

O Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 66, que alterou a redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal: parágrafo 6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Retirou-se do texto original a exigência da prévia separação, judicial ou de fato. Com isso, podemos dizer que não há mais qualquer exigência a se fazer em relação ao divórcio, especialmente com relação à separação. E em razão desse entendimento podemos afirmar que, hoje, o divórcio pode ocorrer a qualquer tempo.

O único requisito para se divorciar é estar casado. O divórcio pode ser requerido por quaisquer dos cônjuges, a qualquer tempo, após o casamento.

Não há necessidade de justificção ou motivo: a culpa não é fator determinante para o divórcio. Também não há necessidade de prévia partilha de bens (Civil, artigo 1.581), que pode ser postergada para outra ação.

É de lembrar, ainda, que com a edição da Lei 11.441/07, que introduziu o artigo 1.124-A no Código de Processo Civil, o divórcio pode ser realizado por escritura pública, celebrada diretamente no cartório extrajudicial, desde que seja consensual e não haja filhos menores ou incapazes.

O divórcio e separação em face da Emenda Constitucional 66 é um assunto deveras tormentoso. Com a promulgação da Emenda Constitucional 66, muitos operadores do Direito se apressaram em proclamar o fim da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Notáveis e expoentes do Direito de Família embarcaram nesse discurso.

Mas, será que a separação deixou mesmo de existir? Penso que não. Separação e divórcio são dois institutos bem diferentes. A única relação entre eles é que a lei exigia a separação como requisito para o divórcio.



O divórcio põe fim ao casamento, ao passo que a separação põe fim apenas à sociedade conjugal. O Código Civil enfrenta bem essa questão ao estabelecer as regras para a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal (Cap. X, Subtítulo I, Título I, Livro IV).

O casamento válido só se dissolve pela morte do cônjuge ou pelo divórcio (Código Civil, artigo 1.571, parágrafo 1º). Mas a separação judicial põe fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens (Código Civil, artigo 1.576).

A separação admite a reconciliação, ou seja, o restabelecimento da sociedade conjugal por ato judicial (Código Civil, artigo 1.577), o que não ocorre com o divórcio, que exige novo casamento. Analisando desta forma, não podemos proclamar o fim da separação.

Não há incompatibilidade entre a nova redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal e os dispositivos do Código Civil referentes à separação, de forma que não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente.

Não se pode aceitar o argumento advogado por alguns de que pelo só fato de não haver mais a previsão da separação no texto constitucional esta tenha deixado de existir.

A Constituição trata do casamento e da sua dissolução. Separação nunca foi tema previsto na constituição de 88, como de resto nunca foi em qualquer constituição anterior. E ela sempre existiu nas leis infraconstitucionais.

Na CF não consta, por exemplo, menção à falência. E é por isso que nós vamos dizer que a falência não existe? Conclui-se, pois, que o instituto da separação permanece vigente em nosso ordenamento jurídico, enquanto não vier uma lei que a revogue expressamente.

Por ora, a previsão do artigo 1.572 e seguintes do Código Civil, que tratam da separação judicial, estão em pleno vigor no nosso sistema jurídico. Em vista disso, é possível requerer judicialmente a separação? A resposta é afirmativa. Claro que há essa possibilidade.

Tenho ouvido muita coisa a respeito, especialmente que as ações de separação deverão ser julgadas extintas. Isso é próprio da novidade. Logo as pessoas perceberão o equívoco dessas conclusões.

Lembro da ocasião em que a Lei 9.099 (dos juizados especiais) entrou em vigor, e os juízes das varas comuns começaram a extinguir as ações de pequeno valor aduzindo que elas deveriam ser propostas perante o juizado. Era fruto da novidade, que logo foi consertado.

A mesma coisa pode ser percebida aqui. O jurisdicionado pode, por qualquer razão, não querer o divórcio: ele pode querer apenas a separação. Essa pessoa não pode ser jogada no limbo jurídico. Ela não pode ser obrigada a se divorciar, tampouco pode ser obrigada a ficar casada.

A separação, como visto, extingue a sociedade conjugal sem por fim ao casamento e pode ser apenas isso que o jurisdicionado quer. Não há razão, pois, para proclamar o fim da separação judicial.



Por todo o exposto, podemos concluir que a Emenda Constitucional 66 apenas afastou a exigência da separação, judicial ou de fato, como requisito para se obter o divórcio. Qualquer pessoa hoje, que estiver casada, poderá requerer o divórcio, independentemente de prévia separação.

No entanto, devemos refutar qualquer entendimento no sentido de que, A partir da referida Emenda, o instituto da separação tenha deixado de existir no nosso ordenamento jurídico.

**Date Created**

23/08/2011