XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-089-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redunda em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a recognição dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percucientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO RESSURGIMENTO DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE (UN) CONSTITUTIONALITY OF THE RESURGENCE OF THE SEPARATION IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE.

Loyana Christian de Lima Tomaz
Adolfo Fontes Tomaz

Resumo

Desde a Emenda Constitucional nº 66, que alterou o art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, tem-se discutido os efeitos dessa mudança em relação ao instituto da separação. Para grande parte da doutrina e jurisprudência, a partir da Emenda tal instituto teria sido revogado, em decorrência da vontade do poder constituinte derivado reformador, fundando-se ainda nas regras de hermenêutica constitucional. Contudo, não houve unanimidade e o Novo Código de Processo Civil, em seus artigos 693 e 731 e seguintes, estabeleceu-se novo procedimento para a separação judicial e extrajudicial. O presente artigo tem por objetivo analisar, sob a ótica civil-constitucional, as posições doutrinárias acerca da constitucionalidade dessa suposta ressurreição do instituto da separação pelo legislador infraconstitucional.

Palavras-chave: Separação, Novo código de processo civil, Inconstitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Since Constitutional Amendment No. 66, which amended art. 226, § 6 of the 1988 Federal Constitution, stating that "Civil marriage may be dissolved by divorce," we have discussed the effects of this change from the separation institute. For much of the doctrine and jurisprudence, from the Amendment such an institute would have been revoked as a result of the will of the constituent power derived reformer, even if founded on the rules of constitutional hermeneutics. However, there was no unanimity and the New Civil Procedure Code, in its articles 693 and 731 et seq, settled new procedure for judicial and extrajudicial separation. This article aims to analyze, under the civil and constitutional perspective, the doctrinal positions about the constitutionality of this supposed "resurrection" Split Institute for infra legislator.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation, New civil procedure code, Unconstitutional

INTRODUÇÃO

Sabe-se que até há pouco tempo o rompimento da relação matrimonial somente se dava pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, conforme determinava a redação original do art. 226, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Código Civil Brasileiro de 2002, regulamentando a matéria em sede infraconstitucional, trouxe normas que não modificaram significativamente as regras do divórcio e separação, apenas incorporando em lei ordinária os mandamentos consagrados há 13 (treze) anos, na própria Lei Maior. Manteve-se a figura da separação e preservou o princípio da culpa entre os cônjuges; não inovou.

Em 14 de julho de 2010, o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal Brasileira recebeu nova redação, introduzida pela Emenda Constitucional nº 66. A alteração causou profundo impacto no Direito de Família, vez que estabeleceu a dissolução do casamento pelo divórcio, sem as exigências do prazo de um ano após a sentença de separação judicial ou de dois anos da separação de fato.

Causou ainda polêmica e controvérsias a respeito do fim da separação e sua utilidade para a sociedade.

O entendimento que foi se tornando majoritário, porém não pacífico, é que a separação perdeu sua serventia a ponto de desmerecer proteção do direito.

Um dos fundamentos para tal entendimento é que a separação não é mais requisito obrigatório para o divórcio, pois qualquer dos cônjuges, com fundamento na autonomia privada, pode requerer diretamente o divórcio. A separação seria instituto em desuso e ultrapassado. Ademais, a vontade do legislador constituinte foi acabar com a separação no ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, o divórcio seria a única e suficiente via procedimental para por fim ao casamento.

Todavia com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, em seus artigos 693 a 699 e 731 a 734, o legislador fez ressurgir o instituto da separação, trazendo à tona novamente a discussão a respeito da revogação ou não da separação por meio da Emenda Constitucional nº. 66/2010 e, por conseguinte, a constitucionalidade dos dispositivos da mencionada lei no que tange à separação.

O presente artigo pretende analisar se tais dispositivos da Lei 13.105, Novo Código de Processo Civil são inconstitucionais, ante a não observância da prescrição estabelecida no

art. 226, § 6º da Constituição Federal, segundo entendimento que vinha se assentando, sendo relevante tal análise ante os reflexos que tal entendimento poderá trazer na prestação jurisdicional, inclusive a cartorária, bem como para os casais que pretendem por fim ao seu casamento.

1. Contextualização histórica da dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal

Desde a antiguidade, religião e Estado mantiveram estreitas relações, as quais diziam respeito a um amplo espectro de fenômenos sociais, dentre eles o casamento.

O Estado Brasileiro é, por tradição, cristão. Portugal tinha estreitas relações com a Igreja Católica e uma das justificativas para a colonização era a necessidade de evangelizar os indígenas. A Igreja Católica esteve presente no Brasil desde o momento em que Portugal deu início ao processo colonizador, se fazendo representada pelas mais diversas ordens religiosas (jesuíta, carmelita, franciscanos, por exemplo), e especialmente com a ação da Companhia de Jesus. (TOMAZ; LIMA TOMAZ, 2015, p. 125).

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, embora consagrasse a liberdade de crença, previa que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Império.

Durante este período, o casamento era regulado exclusivamente pela Igreja Católica, por meio das leis canônicas, não sofrendo nenhuma interferência do Estado, e sendo considerado indissolúvel.

Com a proclamação da República, em 1889, houve a separação entre Estado e Igreja Católica. Já na Primeira Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, fora consagrada, além da liberdade de crença, a liberdade de culto, o que foi seguido pelas constituições posteriores.

É somente no período republicano que o casamento civil obrigatório é introduzido no Brasil, pelo Decreto nº. 181, de 24-1-1890, consolidando-se tal situação com a promulgação do Código Civil (VENOSA, 2005, p. 48). Destarte, no Estado laico, o casamento passa a ser encarado não mais como uma instituição religiosa, mas sim um instituto jurídico, regulamentado pela legislação civil.

Sobre esse processo de transformação do casamento, Venosa (2005, p. 26) esclarece:

> Como examinamos, durante muitos séculos foi considerado ato de natureza religiosa e privativo da Igreja. No mundo ocidental, o papel da Igreja Católica foi fundamental nessa questão. A liberdade de crença e a multiplicidade de cultos preparam terreno para a secularização do matrimônio. Hoje, embora ainda existam países de religião oficial na qual tem proeminência o conteúdo religioso, entre nós é negócio eminentemente *civil*. (itálico no original)

Contudo, como o instituto sempre esteve relacionado às práticas religiosas, a religião não deixou de exercer influência sobre o legislador, o que vem refletindo nas leis.

Segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 108):

> (...) o Código Civil de 1916 também emprestava ao casamento feição eterna, indissolúvel. Incorporava, de certa maneira, a máxima canonista *"o que Deus uniu o homem não separa"*. Aliás, a disciplina normativa do casamento naquela Codificação revelava, sem segredos, a total influência religiosa sobre a relação de família, praticamente repetindo a normatividade canônica. (itálico no original)

Sob a vigência do Código Beviláqua, aos cônjuges era possível apenas a dissolução da sociedade conjugal pelo Desquite, não havendo previsão de dissolução do vínculo conjugal, senão pela morte de um dos cônjuges ou no caso de nulidade ou anulação do casamento.

No entanto, com a evolução da sociedade brasileira e, sobretudo, com a emancipação da mulher, antes subjugada às decisões e aos interesses econômicos do chefe da família, mas que agora estava inserida no mercado de trabalho, podendo prover o seu sustento, associado à invenção da pílula anticoncepcional, que de certa forma acarretou sua emancipação sexual, mostrou-se necessária a regulamentação da dissolução da sociedade conjugal, a fim de resguardar os interessados que não mais queriam permanecer casados ou pretendiam contrair novo matrimônio.

Assim, foi instituído no Brasil o divórcio, por meio da Emenda n.09/1977, que alterou o § 1º do artigo 175 da Constituição de 1967, passando a preceituar que "o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

No âmbito infraconstitucional, coube à Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

Não obstante tenha se avançado no respeito à autonomia e à dignidade dos cônjuges, diante da grande resistência de parte do Congresso Nacional e da sociedade, que não aceitava

o divórcio, dentre os motivos por questões religiosas, manteve-se então a figura intermediária, a separação (antes denomina desquite).

Na separação não há a dissolução do matrimônio (vínculo conjugal), mas tão somente da sociedade conjugal, pondo fim às obrigações do casamento, como exemplo o dever de fidelidade, coabitação, etc. Porém, os cônjuges continuam impedidos de contrair novo matrimônio podendo, no entanto, a qualquer tempo, retomar seu casamento. A extinção do vínculo conjugal somente ocorrerá com o divórcio, a morte de um dos cônjuges ou nos casos de nulidade ou anulação do casamento.

Mencionada lei estabelecia duas possibilidades para se por fim ao vínculo matrimonial. Em regra, o divórcio somente seria atingido pelos cônjuges após prévia separação judicial por mais de três anos, o chamado divórcio por conversão. Por outro lado, havia a possibilidade excepcional da ação direta de divórcio sem a prévia separação judicial, na hipótese de o casal que já estar separado de fato há cinco anos, tendo a separação se iniciado anteriormente a 28 de junho de 1977, data da publicação da Emenda Constitucional. (VENOSA, 2005, p. 187).

Tal regulamentação foi mantida com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que apenas reduziu os prazos da separação judicial necessária para a conversão em divórcio, bem como o da separação de fato para o divórcio direto, dispondo em seu art. 226, §6º, que "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". (BRASIL, 1988).

Regulamentando o texto constitucional, o Código Civil de 2002, ao tratar da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, estabeleceu em seu art. 1.571:

> 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 neste Código quanto ao ausente. (Grifo nosso). (BRASIL, 2002).

Porém, em 2010, a Emenda Constitucional nº 66 deu nova redação ao o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal Brasileira, suprimindo a separação do texto constitucional e estabelecendo tão somente que "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", não mais estabelecendo qualquer prazo necessário para sua concessão.

Operada essa modificação, restou claro que a separação não é mais requisito obrigatório para o divórcio, pois agora, independentemente de qualquer motivação e/ou observância de prazo, podem os cônjuges requerer diretamente o divórcio.

Contudo, como os dispositivos do Código Civil referentes à separação judicial não foram expressamente revogados, surgiu então discussão acerca da revogação tácita de tais artigos por meio da alteração constitucional.

Várias foram as posições que surgiram, havendo doutrina e jurisprudência em ambos os sentidos, mas a posição majoritária caminhou no sentido de que a alteração constitucional suprimiu a separação do ordenamento jurídico brasileiro, ficando revogada a disciplina do Código Civil neste aspecto.

Todavia, dando novo fôlego às discussões, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105), publicado em 16 de março de 2015, trouxe em suas disposições a previsão da separação, seja litigiosa ou consensual, por exemplo, nos artigos 731 a 733. Assim, veio à tona um novo questionamento: poderia o Novo Código de Processo Civil 'repristinar' a separação no Brasil?

Em busca de uma resposta, inicialmente faz-se necessário revisitar os principais argumentos acerca da supressão ou não da separação judicial do ordenamento jurídico nacional a partir da Emenda Constitucional nº. 66.

2. Posições doutrinárias a respeito do fim da separação judicial

A Emenda Constitucional nº 66 é resultado da iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que por meio do Deputado Antônio Carlos Biscaia apresentou a Proposta de Emenda Constitucional 413/05. Posteriormente, foi reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro proposta de emenda constitucional regulamentando a mesma matéria (PEC 33/07), tendo esta última sido arquivada e a primeira aprovada.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 413/2005, também conhecida como "PEC do divórcio", tramitou na Câmara dos Deputados, e tinha por finalidade extinguir a separação judicial do direito brasileiro e instituir o divóricio consensual ou litigioso, como a única forma jurídica de reger a dissolução da vida em comum.

Para tanto, pretendia modificar o § 6º, do art. 226, da Constituição Federal, que passaria a ter a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei".

Tal texto foi alvo de muitas críticas e não logrou êxito. Contudo, após modificações, com o fim da tramitação na Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado ao Senado, onde recebeu a denominação de PEC nº 28/2009. A proposta foi aprovada e, em Julho de 2010, houve a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66, que alterou o § 6º, do art. 226, da Constituição Federal, passando a ter a seguinte redação "o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio".

Como justificativa para a alteração constitucional proposta, o projeto assim dispôs:

> A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro e Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.
> **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. Por outro lado, **essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.**
> Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado**, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?**
> **O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.** (PEC 413/2005). (Grifo nosso)

Com a aprovação da emenda, surgiu o entendimento de que a mudança consagrara o fim do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro. Notáveis juristas passaram a adotar esse posicionamento, sob o argumento, entre outros, de que a *mens legislatoris* da reforma foi no sentido da extinção da separação, conforme se verifica na justificativa da proposta de emenda constitucional aprovada.

Nessa linha, advogam que a interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma constitucional induz o reconhecimento de que a dissolução da sociedade conjugal agora só seria possível pelo divórcio.

Comungando desse pensamento, Lobo (2010), com maestria, sintetiza os principais argumentos que embasam essa parcela da doutrina, no que tange a interpretação constitucional:

> É possível argumentar-se que a separação judicial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição não a teria excluído expressamente. Mas esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma.
> Como se demonstrou, a inserção constitucional do divórcio evoluiu da consideração como requisito prévio ao divórcio até sua total desconsideração. Em outras palavras, a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977.
> **Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, 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.**
> No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. **Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente**.
> No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.
> **No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empeços e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos.** Conseqüentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único

> modo que passa a ser previsto na Constituição? **O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.** (Grifo nosso)

Baseando-se também na hermenêutica constitucional, Pereira (2010) aduz:

> É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio, se o quiser, terá que propor o divórcio direto. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência.

Nessa perspectiva, a alteração pôs fim as restrições constitucionais antes existentes para o divórcio, agora concedido sem qualquer separação prévia e sem implemento de prazos. Com a supressão da separação do texto constitucional foram derrogados os dispositivos infraconstitucionais em contrário, não sendo necessária sua revogação expressa. Não se pode interpretar e aplicar a norma fora de seu contexto constitucional. Ademais, o divórcio encontra-se suficientemente disciplinado no Código Civil, não havendo necessidade de qualquer complementação para dar efetividade à mudança operada pela EC nº. 66. (DIAS, 2010, p. 296 e 300).

Portanto, os adeptos dessa corrente (fim da separação), dentre os quais a maioria dos membros do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), defendem a imediata aplicação da norma (EC nº. 66), com a consequente extinção dos requisitos/prazos do divórcio e o fim da separação. O divórcio, agora, seria a única forma de dissolução do vínculo conjugal, tendo sido extinta a separação, assim como a discussão da culpa pelo fim da relação matrimonial.

Nesse passo, Glagiano e Pamplona Filho (2010, p. 548):

> Vale dizer, o divórcio passou a se caracterizar, portanto, como um simples direito postestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges

> independentemente da fluência de prazo de separação de fato ou qualquer outra circunstância indicativa da falência da vida comum.

Uma nova visão assentada no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana é dada ao divórcio. O Estado deixa de interferir na vida das pessoas impondo a manutenção de vínculos jurídicos quando já lhe faltam os afetivos. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 322).

O divórcio, em qualquer caso, seria mais benéfico que a simples separação, tanto em aspectos jurídicos, psicológicos e econômicos. No aspecto jurídico, exitingue-se tanto a sociedade conjugal como o vínculo matrimonial, o que permite desde logo constituir novo matrimônio. Sob o prisma psicológico, há a diminuição e simplificação de processos, o que sem dúvidas evita desgastes emocionais, tão comuns em longos e complicados processos numa tão assoberbada e lenta justiça. No viés econômico, o fim da separação acarretaria a redução de gastos desnecessários, deixando de se exigir dois procedimentos para um único objetivo, podendo o divórcio ser pleiteado desde logo, resolvendo-se de pronto o casamento.

Assim, um dos fundamentos dessa corrente é que a manutenção da separação é inútil e desvantajosa, trazendo transtornos aos cônjuges que não mais querem ter uma vida em comum. Nesse sentido, Veloso (2010):

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

Outra não é a posição de Farias e Rosenvald (2010, p. 321-322):

> É evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o caráter dualista do sistema de dissolução matrimonial. Não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico.
> (...)
> Não fosse apenas isso, é de se fazer referência ao fato de que, sob o ponto de vista prático, a única distinção entre a separação e o divórcio é que a primeira permite a retomada da vida conjugal por simples petição dirigida ao juiz ou ao tabelião, enquanto o restabelecimento da convivência no segundo submete-se a um novo casamento – cuja celebração pode ser dispensada pelo juiz a pedido da parte na própria habilitação para o casamento (art. 1.516, §2º, do Código Civil) – o que torna de duvidosa utilidade prática a dicotomia do sistema.
> Infere-se, por conseguinte, a inutilidade da separação, cuja única e duvidosa vantagem não traduz conseqüências práticas.
> (...)
> Outrossim, o volume de casais separados que retomam a vida conjugal é insignificante, especialmente quando confrontado com o número de separações convertidas em divórcio, demonstrando, quantitativamente, a inutilidade daquele instituto jurídico.

Na atualidade, casar se tornou um procedimento relativamente fácil, sendo inclusive assegurada a gratuidade da celebração aos que se declarem pobres, nos termos da lei (art. 226, §1º da CF e art. 1.512 do CC). Portanto, ainda que existam dúvidas sobre a possibilidade de uma eventual reconciliação, não há nenhum prejuízo aos envolvidos que se divorciem e posteriormente contraiam novo casamento, caso novamente desejem conviver em união.

Diante da dúvida e necessitando de refletirem, uma solução a este casal, é que se valha da separação de fato e da separação de corpos, suficientes a preservar seus interesses (DIAS, 2010, p. 300-301). Em complemento, Dias assevera:

> Qualquer uma dessas providências suspende os deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de escritura pública. E, ocorrendo a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Não há sequer a necessidade de revogar a separação de corpos. O único efeito – aliás, bastante salutar – é que os bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de casa um, a não ser que o par convencione de modo diverso. (DIAS, 2010, p. 300-301).

Portanto, para os defensores dessa corrente, resta claro que em decorrência do novo ordenamento constitucional, deixou de existir no ordenamento brasileiro a separação e o divórcio por conversão, só sendo possível este, nos casos de cônjuges separados judicialmente antes da emenda.

Pensar de modo contrário seria negar força à Constituição e os avanços no Direito de Família, que afastaram a interferência do Estado na vida privada do casal.

Para Dias (2010, p.301), Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> Ao que se percebe, a dificuldade que ainda remanesce por parte de alguns, talvez seja uma vã tentativa de garantir uma reserva de mercado de trabalho. Mantida a separação, persistiria a necessidade da dupla contratação de advogado, a propositura de dois procedimentos judiciais ou a lavratura de duas escrituras. Parece que não se está atentando ao prevalente interesse das partes: significativa economia de tempo, dinheiro e desgaste emocional não só dos cônjuges, mas principalmente de sua prole. E mais, não se pode desprezar a redução do volume de processos no âmbito do Poder Judiciário, a permitir que os juízes deem mais atenção ao invencível número de demandas que exigem rápidas soluções.

Em suma, após a alteração da redação do art. 206, §6º da Constituição Federal, não mais se referindo à separação, os dispositivos infraconstitucionais não teriam sido recepcionados, havendo uma inconstitucionalidade superveniente.

Contudo, como dito, parcela considerável da doutrina e jurisprudência não acatou esse posicionamento.

Para alguns, a Emenda não tem o poder de eliminar a separação do nosso ordenamento, e mais, não tem poder nem mesmo para extinguir os prazos para o divórcio, pois a não aplicabilidade imediata da ausência de prazos decorre da interpretação de que o texto emendado seria uma norma *meramente declaratória*. (PIRES, 2010).

Outros entendem que a ineficácia tem origem, em verdade, no fenômeno da desconstitucionalização da matéria dos prazos e da previsão da separação. (SCHAFER, 2010).

Ambos os posicionamentos, no entanto, chegam à mesma conclusão: o legislador constitucional deixou para o legislador ordinário a tarefa de regulamentar a matéria, afinal, não haveria necessidade de respeitar a redação anterior, que o limitava de atuar. (BORGES FILHO, 2011).

O fato não de não mais haver parâmetros constitucionais a serem seguidos pela legislação infraconstitucional não significa revogação, mas sim "a desconstitucionalização, ou seja, ocorre a perda de hierarquia constitucional para que a matéria seja regulada em plano infraconstitucional". (SCHAFER, 2010).

Isso daria à Emenda efetividade mediata. A norma ficaria dependente de regramento infraconstitucional e, enquanto essas normas em sentido contrário não forem revogadas, nada mudaria. Seria, então, necessária nova regulamentação na legislação civil no sentido de extinguir os prazos ou a própria separação.

Nesse passo, explana Santos (2010):

> A eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) - como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 -,está agora aberta a porta para que esta seja modificada. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, **o instituto da separação judicial continua existente**, **bem como os requisitos para a obtenção do divórcio.** Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta!

Conclui, então, o autor acima mencionado, que ao interpretar a Emenda seguindo o entendimento daqueles que pregão o fim da separação:

> [...] seríamos forçados a admitir que o próprio instituto do divórcio estaria extirpado do ordenamento jurídico, caso fosse suprimido o § 6º do art. 226 da CF! Não creio, porém, que semelhante heresia hermenêutica encontrasse eco em nosso meio! (SANTOS, 2010)

Lado outro, ala menos radical dessa segunda corrente, entende que a reforma teria revogado os prazos do divórcio, porém não teria o condão de extinguir a separação do ordenamento pátrio, pois não houve ab-rogação tácita, devendo assim permanecer este instituto. (DELGADO, 2011).

Nesse contexto, não existindo mais qualquer requisito constitucional para o divórcio, ficaria a lei ordinária impossibilitada de exigir requisitos para sua concessão. Assim, o divórcio adquire uma única forma, sem quaisquer prazos ou condições. (BORGES FILHO, 2011).

Porém, essa parcela menos radical, entende que a Carta Magna é compatível com a regulamentação normativa infraconstitucional da separação. Nesse sentido Diniz e Cruz (2011, p. 317):

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

Nessa linha de raciocínio, Donizetti (2011, p. 369) preconiza que, pela intelecção do artigo 1.571, do Código Civil, entende-se que a separação é direito material – interrompe a sociedade conjugal – e cabe à parte optar se a utilização do instituto é viável ou não, e arremata:

> [...] essa norma em nada se confronta com o texto constitucional emendado, que, nesse aspecto, somente autorizou a dissolução imediata do casamento pelo divórcio, sem a necessidade do preenchimento de condições prévias.

Sugerem então aqueles que advogam por essa linha menos radical que o nosso clássico sistema dualista deixou de existir, vigorando atualmente o que chamam de sistema dualista optativo, afirmando agora o princípio da autonomia privada e da liberdade familiar:

> O sistema dualista opcional, que emerge da EC 66, harmoniza-se com o princípio da liberdade familiar, de fundo constitucional, na medida em que possibilita aos cônjuges a escolha entre dissolver logo o casamento, ou dissolver apenas a sociedade conjugal, por razões de conveniência pessoal, aí incluídas as questões religiosas e outras de foro íntimo, nas quais o Direito não deve se imiscuir. (DELGADO, 2011).

Em síntese, mesmo para a banda menos extremada dessa segunda corrente, a separação não teria sido extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, cabendo agora à legislação infraconstitucional o seu regramento.

Em que pese não ter se manifestado acerca do fim da separação, o Superior Tribunal de Justiça, já se posicionou pela não exigência de requisitos temporal ou causal (culpa) para decretação do divórcio, conforme se extrai do julgado, *in verbis*:

> HOMOLOGAÇAO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. DISSOLUÇAO DE CASAMENTO. EC 66, DE 2010. DISPOSIÇÕES ACERCA DA GUARDA, VISITAÇAO E ALIMENTOS DEVIDOS AOS FILHOS. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. DECISAO PROLATADA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. 1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução STJ n.º 9/2005: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública. 2. **A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio.** 3. Afronta a homologabilidade da sentença estrangeira de dissolução de casamento a ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6º da Resolução n.º 9, de 2005, ante a existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira a respeito das mesmas questões tratadas na sentença homologada. 4. A exclusividade de jurisdição relativamente a imóveis situados no Brasil, prevista no art. 89, I, do CPC, afasta a homologação de sentença estrangeira na parte em que incluiu bem dessa natureza como ativo conjugal sujeito à partilha. 5. **Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferido, tão somente para os efeitos de dissolução do casamento e da partilha de bens do casal**, com exclusão do imóvel situado no Brasil. (BRASIL, STJ, Processo SEC 5302 EX SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA 2010/0069865-9 - Relatora Ministra Nancy Andrighi - Corte Especial - DJe 07/06/2011). (Grifo nosso)

Vê-se que a questão não foi pacificada. Renomados autores do Direito de Família, como visto, posicionam-se pelo fim da separação pós Emenda Constitucional nº. 66/2010. Ocorre que, sob a justificativa de não haver unanimidade sobre o tema, o legislador infraconstitucional inseriu a separação no Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/15.

Portanto, caso prevaleça a tese da revogação tácita ou não recepção da separação no ordenamento jurídico brasileiro, há de se discutir agora a questão da constitucionalidade do Novo Código de Processo Civil neste ponto.

3. A inconstitucionalidade da "repristinação" da separação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro

Com a inclusão da separação no Novo Código de Processo Civil, iniciou-se nova discussão sobre o tema, indagando-se agora a validade de tais disposições e se estas poderiam "repristinar" tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos autores que se destacou neste questionamento foi Lênio Streck. Compartilhando do entendimento de que a alteração constitucional pôs fim à separação, baseia seu posicionamento na vontade do legislador constitucional que aprovou a mudança do art. 206, §6º da Constituição Federa - acabar com a separação e os requisitos para o divórcio - assim como na secularização do Estado e a dissociação entre Direito e Moral. Neste sentido, não mais seria concebível a manutenção, no ordenamento jurídico nacional, da separação, que tem forte rastro ideológico-religioso, e cuja justificativa era a preservação da família, obstando o rompimento do vínculo conjugal de imediato para que os cônjuges pudessem repensar a situação. Tal intromissão do Estado nas relações particulares fere o processo de secularização. (STRECK, 2014a).

Partindo de tais premissas, mencionado autor assim se posiciona quanto a Emenda Constitucional nº. 66:

> *Com a EC 66, ficaram não recepcionadas as normas de direito material e processual que versavam sobre a separação judicial. Sendo mais claro: a separação foi varrida do mapa jurídico. Ponto para a secularização do direito. E ponto para Baruch Espinosa, um dos precursores da secularização.*
> *E não pode haver dúvida que, com a alteração do texto constitucional, desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuidado, não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente.*
> *Assim, perde o sentido distinguir-se término e dissolução de casamento. Isso é simples. Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado à um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF/88, art. 5º., VI). Há, aliás, muitos civilistas renomados que defendem essa posição, entre eles Paulo Lôbo, Luís Edson Facchin e Rodrigo da Cunha.* (STRECK, 2014a). (Itálico no original)

De fato, secularização é um processo através do qual a religião perde a sua influência sobre as variadas esferas da vida social. Isso não significa o seu desaparecimento, mas, tão somente, um processo em que não mais se confundem o problema religioso e outras esferas da vida, como a economia, o exercício do poder e o comportamento público dos indivíduos. (TOMAZ; LIMA TOMAZ, 2015, p. 128).

Ao lado da secularização, a liberdade religiosa e o caráter laico do Estado significam que as religiões não podem determinar o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais:

> Deve-se respeitar a religião, a crença e as convicções morais. Elas mais que fazem sentido, dão sentido à vida, ajudam a colocar limites, direcionam valores, alimentam esperanças e fé. Entretanto, não podemos misturar Direito com valores morais particulares e religiosos. A história do Direito de Família já nos mostrou todas as injustiças provocadas por esses valores, tais como a exclusão de determinadas categorias do laço social, ilegitimando filhos, famílias, em nome de uma moral sexual civilizatória. Não podemos continuar repetindo essas injustiças. E é por isso que os argumentos de ordem moral-religiosa não podem prescrever as regras jurídicas. (PEREIRA, 2010).

Destarte, nesse processo interpretativo, não poderia ser deixado de lado esse cunho ideológico-religioso que sempre acompanhou a separação, mantida na Lei do Divórcio como um empecilho ao divórcio direto. Não mais havendo qualquer restrição a este, não há razão para se manter a separação, pois:

> Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. O sentido jurídico da manutenção da separação judicial era convertê-la em divórcio, repita-se. (PEREIRA, 2010).

Pelas mesmas razões, entende Streck (2014a), não haver justificativa plausível para a "*a ressureição legal de um instituto jurídico que deveria permanecer sepultado em nome da secularização do direito"*, acrescentando que*:*

> *Não importa ao direito uma modalidade da moral que não opera no mundo prático-concreto (moral ornamental) e tampouco um moralismo jurídico no interior do qual o direito seria responsável pela capilarização dos desejos morais individuais dos que participam da comunidade política. O que tenho defendido é a presença de uma moral instituidora da comunidade política que obriga legisladores e juízes a seguirem uma cadeia de coerência e integridade em suas decisões.*
> *De todo modo, a lo largo de tudo isso, algo passou despercebido na mente do legislador empenhado na elaboração do novo CPC. Explico**: a historicidade é inexorável para que se tenha o Direito. Entretanto, ao que parece o legislador do CPC Projetado, nesse particular, rejeitou-a na medida em que decidiu ignorar todo o caminho doutrinário e jurisprudencial percorrido até a publicação EC 66/2010 e cuja desígnio foi o de justamente, e de uma vez por todas, abolir do sistema normativo brasileiro a separação judicial mediante a sua total absorção pelo instituto do divórcio.***
> *(...)*

> *Bingo de novo. Um pouco de interpretação histórica por vezes vai bem, pois não?*
> ***Caíram por terra justificativas de moral religiosa que se escondiam por detrás das dificuldades legais que os cônjuges encontravam para dissolver o casamento, o que se apresenta mais condizente com um Estado que assegura o livre exercício dos cultos religiosos (CF/88, art. 5º., VI).***
> *Em resumo:* ***hoje o direito trabalha com desvinculação não mais pautada na culpa, e, sim, na ruptura objetiva do vínculo conjugal. Essa constitucionalização prospectiva se dirige, pois, a um telos de transformação do Direito de Família e de sua eficácia na sociedade. Não mais se cogita, pois, da figura intermediária que é historicamente marcada pelo debate a respeito da culpa pela dissolução da sociedade conjugal – que que convertia o Estado em juiz da intimidade conjugal***. (Grifo dos nosso – Itálico no original)

Operada a revogação tácita da separação no ordenamento jurídico brasileiro por meio da alteração constitucional, não poderia o legislador ordinário alterar o novo sistema estabelecido.

Cabe a este, tão somente "*aceitar a evolução dos tempos eliminando do texto todas as expressões que dão a entender a permanência entre nós desse instituto cuja serventia já se foi e não mais voltará"* (STRECK, 2014a). Por isso, a separação deveria ter sido deixada de fora do Novo Código de Processo Civil.

> *Sem chance de o novo CPC repristinar a separação judicial (...). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada a Constituição.* (STRECK, 2014a) (Itálico no original)

Esse foi o caminho adotado inicialmente, tanto que o projeto original do Senado Federal (PLS nº 166/2010) do Novo Código de Processo Civil, conforme proposta de Comissão Especial presidida pelo Ministro Luiz Fux, do STF, adotou a posição de não ser mais possível o dualismo de ações judiciais para findar o casamento, expungindo do estatuto a anacrônica separação. Ocorre que, na Câmara dos Deputados, o projeto foi emendado pontualmente, inclusive, para reintroduzir a separação. Com o retorno ao Senado, mencionado projeto obteve, ao final, o Relatório do Senador Vital do Rêgo, que manteve a maioria das mudanças oferecidas pelos deputados. Diversas emendas propostas pelos Senadores Pedro Taques, João Durval, e Antônio Carlos Valadares, insurgiram-se contra a referência à separação (em todas as suas modalidades) como forma de dissolução da sociedade conjugal ao longo do texto do Substitutivo da Câmara. (ALVES, 2014).

Pois bem, segundo a narrativa de Alves (2014):

> O Relator, no exame de tais emendas, admitiu, de pronto, como "pacífico que, após a Emenda à Constituição nº 66, de 2010, não há mais qualquer requisito prévio ao divórcio. A separação, portanto, que era uma etapa obrigatória de precedência ao divórcio, desvestiu-se dessa condição". Entretanto, optou por rejeita-las, sob a equivocada premissa de suposta divergência doutrinária significante.
> Na hipótese, aludiu ao Enunciado nº 544-Jornadas de Direito Civil, pela não extinção da separação judicial, quando consabido que tal entendimento apresentou-se eventual e episódico, não traduzindo, aliás, o aludido verbete a posição da maioria absoluta dos civilistas do país.

Como visto, a interpretação que parece melhor se conformar à Constituição Federal pós Emenda nº. 66 é a revogação tácita ou não-recepção dos dispositivos do Código Civil referentes à separação judicial e, por conseguinte, a inconstitucionalidade dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, na parte em que dispõe acerca desse instituto, uma vez que "a interpretação das normas secundárias, ou seja, da legislação infraconstitucional, deve ser compatível com o comando maior da Carta Política. O conflito com o texto constitucional atua no campo da não recepção". (PEREIRA, 2010).

Em que pese muitos autores contrários a tal posição afirmarem que a norma do art. 206, §6º, da Constituição Federal, seria apenas formalmente constitucional, não sendo matéria que deveria ser tratada na Carta Fundamental, o fato é que tradicionalmente o legislador constituinte brasileiro achou por bem tratar da questão referente ao fim do matrimônio em sede da Lei Maior, como já vimos anteriormente. Assim como consagrou um direito fundamental ao casamento, ela instituiu também o direito a não permanecer casado, prevendo que "o casamento *pode* ser dissolvido pelo divórcio", devendo essa tradição constitucional dos institutos ser considerada, afinal o processo de interpretação deve levar em conta também a historicidade e a evolução do direito.

Arrematando a questão, STRECK (2014b), assevera:

> Concordo que intérpretes não devem mesmo estender a Constituição para além do seu sentido ("pam-constitucionalização"), sobretudo porque este "puxadinho hermenêutico" é feito pelo recurso externo à moral (axiologismos) em caráter pretensamente corretivo ao direito, "cavando-se por baixo da lei". Concordo com Habermas, que visualiza a cooriginariedade entre direito e moral, a partir de onde seguem caminhos distintos.
> Mas *tampouco* podemos ficar *aquém* do sentido que sabemos (*e sabemos que sabemos*) em questão, em deferência a "liberdades de conformação". É preciso levar textos "*em sério*", se não quisermos ser lesados no uso de nosso maior patrimônio público: os sentidos. Não existe linguagem privada, estando os sentidos lançados numa rede simbólica comunitária. Exatamente por isso é que a redação/interpretação legal não é um espaço para jogos artificiosos, armadilhas e pegadinhas. Do contrário, para revogar um instituto por Emenda Constitucional teríamos que estilhaçar a Constituição com algo do tipo: "fica revogada a separação judicial", colocando um

> parágrafo único assim: "Fica revogada, mesmo, inclusive se a doutrina e a jurisprudência forem recalcitrantes e o NCPC dispuser sobre prazos para a ação".

O fato é que a alteração constitucional possui força suficiente para extirpar a separação do ordenamento jurídico brasileiro e, prevalecendo tal posição, o Novo Código de Processo Civil padeceria de inconstitucionalidade neste ponto, além de significar evidente retrocesso em matéria de direitos fundamentais - também vedado por nosso ordenamento - a tentativa de se reavivar tal instituto por meio de norma infraconstitucional.

CONCLUSÃO

O casamento sempre foi considerado como base da sociedade. Por isso, superprotegido pelo Estado e pelas instituições sociais, especialmente pela Igreja, que influenciou durante séculos a indissolubilidade do matrimônio.

No momento atual, vivemos em um Estado Democrático de Direito. A Nação Brasileira é pluralista e livre, nenhuma instituição está autorizada a impor a sua filosofia de vida ou exercer pressões no sentido de infligir seu pensamento em detrimento dos demais.

Com a modernização da sociedade, em prol do respeito aos anseios sociais, o divórcio foi, paulatinamente, aceito pelo corpo social, sendo inicialmente estabelecido um sistema dualista, em que primeiro o casal se separava para só então conseguir se divorciar.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 pretendeu simplificar a dissolução do casamento, pondo fim à separação e demais requisitos para a concessão do divórcio.

Ocorre que, como não houve revogação expressa e a separação continuou disciplinada no Código Civil, surgiram entendimentos conflitantes na doutrina e na jurisprudência.

Do estudo das correntes que se formaram pode-se vislumbrar em síntese, aquela que entende que o instituto da separação judicial ou extrajudicial continua vigente, e convive em harmonia com todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, notadamente com a Carta Magna que, em momento algum revoga a lei ordinária que trata da matéria.

Por outro lado, fundando-se na hermenêutica constitucional e na intenção do legislador, há aquela que se posiciona pela revogação da separação.

A Emenda nº. 66/2010 trouxe vários efeitos ao ordenamento jurídico, uns com consequências imediatas e outros que ainda serão sentidos. Uma consequência imediata é a supressão dos requisitos atinentes à discussão da culpa e preenchimento de prazos como óbice

ao divórcio. A revelação de outros efeitos ainda depende do trabalho dos intérpretes e do assentamento das posições doutrinárias.

Embora ainda não haja uma pacificação da questão, não tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado acerca de qual interpretação está conforme a Constituição, tem se firmado a posição de que qualquer dos cônjuges pode requerer diretamente o divórcio, sem qualquer prazo ou requisito, exercendo assim sua autonomia e dignidade.

Poderia o legislador infraconstitucional por uma "pá de cal" sobre essas discussões que só acarretam insegurança jurídica e transtornos à população, revogando todas as disposições ordinárias contrárias à *mens legislatoris* e se abstendo de "repristiná-las", pois o Supremo Tribunal Federal já tem trabalho suficiente. Contudo, sabedores da grande influência que tem no Congresso Nacional as bancadas conservadoras e religiosas, acreditamos que somente após o Supremo manifestar-se em definitivo, com efeitos *erga omnes,* é que a questão restará pacificada, ao menos em sede jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. F. **Separação Judicial Ressuscitada**, 2014. Disponível em: <www.familiaesucessoes.com.br/2014/12/separacao-judicial-ressuscitada> Acesso em: 10 ago 2015.

BORGES FILHO, Adalberto Lima. O novo panorama do divórcio no Brasil. O fim da separação judicial (?). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2931, [11] jul. [2011]. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19528>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL, STJ, Processo SEC 5302 EX SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA 2010/0069865-9 - Relatora Ministra Nancy Andrighi - Corte Especial - DJe 07/06/2011.

BRASIL. **Código Civil.** 6 ed. Niterói: Impetus, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, M. L. **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, 2010. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8785>. Acesso em 09 mar 2015

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**, 7ª ed., São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, M. H.; CRUZ, T. **A Emenda Constitucional 66/2010 e a partilha dos bens comuns do casal por ocasião da dissolução do casamento**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DONIZETTI, E. **A EC N. 66/2010 e sua repercussão no processo civil**. O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010. Salvador: JusPodivm, 2011.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direito das famílias**, 2ª . ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. **Direito de Família**. V. 6. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, P.L. **Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências**, 2010. Disponível em:<http://robertomarinhoguimaraes.blogspot.com.br/2010/07/divorcio-alteracao-constitucional-e.html> Acesso em: 13 ago 2015.

PEC 413/2005. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=315665&filename=PEC+413/2005> Acesso em: 10 mar 2015.

PEREIRA, R. C. **A EmendaConstitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal**, 2010. Disponível em < http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2010/07/artigo-de-rodrigo-da-cunha-pereira.html> Acesso em 04 ago 2015.

PIRES, A. **A inutilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010**, 2010. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/17355>Acesso em: 09 mai 2015.

SANTOS, L. F. B. **Emenda do Divórcio** - Cedo para Comemorar, 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648> Acesso em: 15 abr 2015.

SCHÄFER, G. **A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil,** 2010. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/17125> Acesso em: 05 mai2015.

STRECK, L. L. **A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória?**, 2014b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria> Acesso em: 24 fev 2015.

_____. Por que é inconstitucional "repristinar" a separação judicial no Brasil, 2014a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial> Acesso em: 24 fevereiro 2015.

TOMAZ, A. F; LIMA TOMAZ. Liberdade Religiosa e Ensino Religioso no Brasil sob a perspectiva da tolerância em Rousseau. In: Laura Fontes Tomaz Finotti; Loyana Christian de Lima Tomaz; Rozaine Aparecida Fontes Tomaz. (Org.). **Educação e interdisciplinaridade: diálogos com psicologia, a filosofia e o direito**. 1.ed.Uberlândia: Composer, 2015, v. 1, p. 123-135.

VELOSO, Z. **O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado**, 2010. Disponível em <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661> Acesso em: 05 mai 2015.

VENOSA, S.S**. Direito civil**: direito de família. 5ª.ed. São Paulo: Atlas, 2005.