XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR

LUCIANA COSTA POLI

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Antonio Jorge Pereira Júnior, Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-157-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de Família. 3. Sucessões. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Apresentação

Após grandiosos e enriquecedores debates promovidos pelo Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões - que se realizaram durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, entre os dias 6 e 9 de julho, na Capital Federal, juntamente com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP – é com muita honra que apresentamos aos leitores a obra resultante deste valoroso trabalho.

Os artigos compilados neste livro retratam algumas das infindáveis discussões acerca de institutos contemporâneos dos direitos das famílias e sucessões, tendo sido abordado temas de extrema atualidade e relevância.

Com a alteração do paradigma da família, promovido com promulgação da Constituição Federal de 1988, novos arranjos familiares passaram a ser tutelados, possibilitando-se, por conseguinte, o reconhecimento da pluralidade das relações humanas, bem como da desbiologização das relações familiares, irradiando seus reflexos, inclusive, nas relações hereditárias.

A partir de tal perspectiva, os pesquisadores e pesquisadoras apresentaram de maneira crítica e com profundidade científica notável, aspectos das demandas mais atuais e controvertidas que permeiam esse ramo tão complexo do direito, considerando-se, sobremaneira, a consecução da dignidade da pessoa humana, bem como a concretização de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Abordar-se-á, nesta obra, uma pluralidade de temas, tais como: a possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva, a síndrome da alienação parental, a paternidade socioafetiva como um valor jurídico do afeto, o atendimento de mulheres em projeto de mediação de conflitos familiares, dentre inúmeros outros.

Pretende-se, assim, a partir da reflexão de pesquisadores e pesquisadoras das mais diversas instituições de ensino superior do país, oportunizar o diálogo, apresentando perspectivas suscetíveis a solucionar as atuais demandas apresentadas pelo direito das famílias e sucessões, bem como fomentar as pesquisas acerca de temas que emergem junto às

constantes alterações sociais e que imperam por respostas efetivas e que contemplem os princípios constitucionais, assim como a dignidade da pessoa humana.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UNICESUMAR/UEM

Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior - UNIFOR

Prof. Dra. Luciana Costa Poli – PUC/MG

DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL TROUXE DE VOLTA A SEPARAÇÃO DE DIREITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO?

LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO: ¿EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL HA TRAÍDO DE VUELTA LA SEPARACIÓN DE DERECHO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL?

Glauber Salomao Leite
Carolina Valença Ferraz

Resumo

Embora a Emenda Constitucional 66/2010 tenha reformado de forma profunda a sistemática de dissolução do casamento, aparentemente eliminando do ordenamento pátrio o instituto da separação de direito, o novo Código de Processo Civil trouxe norma expressa a esse respeito, suscitando sérias dúvidas no sentido de ter novamente modificado o regime jurídico de término do matrimônio. Por conseguinte, a questão central do presente trabalho é determinar se a separação de direito foi novamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento do novo CPC.

Palavras-chave: Separação, Casamento, Direito

Abstract/Resumen/Résumé

Aunque la Enmienda a la Constitución 66/2010 haya logrado cambiar las directrices del sistema de disolución del matrimonio, con la eliminación del instituto de la separación de derecho del ordenamiento jurídico nacional, el nuevo Código Procesal Civil trajo una norma expresa sobre ello que puede suscitar dudas sobre la posibilidad del nuevo texto haber transmutado, de nuevo, el régimen jurídico de término del matrimonio. Por consiguiente, la cuestión clave de la presente investigación es determinar si la separación de derecho ha sido, una vez más, reincorporada en el orden jurídico brasileño bajo la vigencia de la nueva codificación procesal civil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separación, Matrimonio, Derecho

1. INTRODUÇÃO

O processo legislativo no Brasil nem sempre obedece critérios técnicos e segue lógica muito precisa. O efeito principal disso é, muitas vezes, uma enxurrada de leis desconexas, que trazem a reboque insegurança e enorme dúvida entre juristas e aplicadores do direito.

O caso em exame é um perfeito exemplo do que se acabou de apontar. Embora a Emenda Constitucional nº 66/2010 tenha reformado de modo profundo a sistemática de dissolução do casamento, aparentemente eliminando do ordenamento pátrio o instituto da separação de direito, o novo Código de Processo Civil (cuja vigência foi iniciada recentemente) trouxe norma expressa a esse respeito, suscitando sérias dúvidas no sentido de ter novamente modificado o regime jurídico de término do matrimônio.

Eis que chegamos ao problema central que norteou o presente trabalho: a separação de direito foi novamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento do novo CPC?

Em linhas gerais, o artigo se propõe a tecer uma análise crítica da dissolução do casamento conforme o direito pátrio em vigor. De forma mais específica, investiga o conflito de normas oriundo da previsão constante na Emenda Constitucional nº 66/2010 em face das disposições atinentes à separação de direito previstas no novo CPC.

Trata-se de pesquisa exploratória, pautada na análise de material bibliográfico já produzido sobre o tema. Com isso, o artigo focou o disposto em livros, artigos científicos e legislação sobre o assunto, revelando-se, assim, pesquisa eminentemente dogmática.

2. TÉRMINO DO CASAMENTO PELA VONTADE DOS CONSORTES: SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO DE ACORDO COM A SISTEMÁTICA TRADICIONAL

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o instituto da separação foi eliminado do direito brasileiro, pelas razões que passaremos a expor mais adiante. Todavia, pela necessidade de contextualização da matéria, faremos algumas digressões a respeito do tema.

A separação judicial é a nomenclatura dada pela Lei 6.515/77 ao antigo desquite e tem o condão de extinguir os direitos e deveres conjugais, além do regime de bens, como se o casamento houvesse sido desfeito, sem contudo desfazer o vínculo matrimonial. A nova nomenclatura provocou protestos por parte da doutrina civilista, pois o termo “desquite” já tinha sido incorporado aos usos e costumes. (RODRIGUES, 1999, p. 203).

No Brasil, antes do advento da Lei n. 6.515/77, vigorava entre nós o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e então o desquite era a única solução para os casais gravemente desavindos. Havia duas modalidades de desquite: o litigioso, fundado numa das causas enumeradas no artigo 317, adultério (I); tentativa de morte (II); sevícia ou injúria grave (III) e abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos (IV); e o desquite amigável. (OLIVEIRA; MUNIZ, 1998, p. 479-480).

Com efeito, a Lei n. 6.515/77 fez mais do que mudar a nomenclatura de desquite para separação, introduziu mudanças radicais, como a concepção da separação judicial como ponte para o divórcio (dissolução do vínculo matrimonial admitida apenas com o advento da referida lei), segundo preceitua o artigo 25 da Lei do Divórcio; adoção, ainda que em caráter excepcional, de critério diverso da culpa de um dos cônjuges como condição necessária para a pronúncia da separação litigiosa, conforme determina o artigo 5º, parágrafos 1º e 2º da Lei n. 6.515/77; o relevo atribuído à impossibilidade de continuação da vida em comum da referida pronúncia, isto é, a relativização de todas as causas de separação, prevista pelo artigo 5º, parágrafo 1º da Lei do Divórcio; e a substituição do critério de enunciação taxativa de causas típicas de separação litigiosa pelo de indicação de causas sem especificação, segundo dispõe o *caput* do artigo 5º da lei em comento. (GOMES, 1999, p. 211).

Com o diploma civil de 2002, a separação judicial manteve a sua dualidade, como rezam os artigos 1.572 e seguintes. A separação consensual, baseada no consentimento de ambos os consortes e a litigiosa, requerida a pedido de apenas um dos consortes, quando imputava-se ao outro a prática de atos abusivos, conduta desonrosa, maus-tratos físicos e psíquicos, adultério e tentativa de morte.

Quanto à propositura da ação de separação consensual, a legitimidade era exclusiva dos cônjuges, pois a demanda era de caráter essencialmente pessoal, cabendo unicamente a eles decidirem pela prestação jurisdicional com o fito de extinguir a sociedade conjugal, uma vez que eram os maiores interessados na manutenção ou não dos laços matrimoniais. Uma diferença entre a ação de separação judicial da ação de nulidade ou de anulação matrimonial era a legitimidade para a propositura dos referidos instrumentos; enquanto a separação judicial podia apenas ser impetrada pelos cônjuges, as ações de nulidade e anulação permitem a propositura por parentes e terceiros interessados. (CAHALI, 2000, p. 81).

A separação litigiosa, por sua vez, tinha lugar em caso de conflito entre os cônjuges, onde um imputava ao outro conduta desonrosa ou grave violação aos deveres conjugais, a ruptura da vida em comum (separação de fato), ou grave doença mental de um dos consortes.

A separação judicial litigiosa demonstrava a insuportabilidade da vida em comum e o desejo de rompimento da sociedade conjugal.

A principal razão para a existência da separação judicial encontrava amparo na possibilidade de garantir aos separandos o direito ao arrependimento eficaz, o que em outras palavras resguardaria o casamento do seu término definitivo. A sistemática da separação judicial pautava-se na ideia de que o fim da sociedade conjugal não implicava, necessariamente, no término do vínculo matrimonial. O casal que estivesse separado, mas não divorciado, poderia restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, mediante pedido conjunto perante o Judiciário.

Não resta dúvida que um dos efeitos principais da separação judicial era pôr fim à sociedade conjugal, que tem como conteúdo o regime de bens e os deveres matrimoniais, no entanto, nem todos os deveres matrimoniais estavam encerrados com esta medida, pois subsistia o dever de mútua assistência, o amparo que pode ser mantido pela prestação alimentar, e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

Discordamos da necessidade de manutenção do instituto da separação judicial apenas com o propósito de preservar "os despojos" de uma relação que há muito perdeu o principal – o afeto. Parece-nos que se afobação ou a amargura produzirem divórcios precipitados, que os arrependidos simplesmente contraiam novas núpcias, pois não há no direito nada que limite a quantidade de núpcias que podem ser contraídas pela pessoa. Talvez devêssemos considerar que nenhum homem ou mulher volta a ser o mesmo depois da experiência da perda, da reconquista e de um novo casamento. Com isso, a preservação da separação no ordenamento jurídico deixa de fazer qualquer sentido, uma vez que não há óbice para a celebração de novas núpcias entre os divorciados.

Posição diversa é defendida pelo jurista português Antunes Varela, que apregoa que a separação judicial é o instituto jurídico que melhor atende a situações de crises menos graves do que aquelas que conduzem ao divórcio. Os cônjuges não pedem a extinção do vínculo conjugal, mas do dever de vida em comum. (VARELA, 1987, p. 430).

Respeitamos a lição do mestre lusitano, mas não afinamos a nossa percepção com a do referido autor, pois acreditamos que a vida em comum é de extrema relevância para a vida conjugal e o seu término não pode ser minimizado. É diante da convivência diária que são renovadas as promessas de respeito, lealdade, consideração e afetividade, o que não justifica, portanto, a manutenção das sobras da relação – em prol de uma eventual e improvável reconciliação.

3. AS ALTERAÇÕES NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO APÓS A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

A dissolução do casamento no Brasil sempre foi norteada por preceitos de moral religiosa. Sob o fundamento da necessidade de "proteção da família", criou-se sistemática pautada em dois procedimentos distintos para a extinção *inter vivos* do matrimônio: a separação judicial poria fim à sociedade conjugal, enquanto o divórcio seria utilizado para encerrar o vínculo matrimonial. (DIAS, 2010, p. 19).

Ao fim e ao cabo, tal regime jurídico revelava-se excessivamente burocrático e, portanto, demorado, uma vez que a propositura da ação de divórcio dependia do cumprimento de certos requisitos temporais: término da sociedade conjugal há pelo menos um ano (para o caso de divórcio conversão) ou o casal estar separado de fato por mais de dois anos (para a hipótese de divórcio direto).

É certo que esse regime dual em nada favorecia as pessoas que desejavam desfazer o matrimônio, por ser caro, uma vez que as despesas judiciais e com advogado seriam computadas em dobro, pela necessidade de interposição de duas ações diferentes, e também por ser demorado, vez que, em regra, a decretação do divórcio dependia de prévia dissolução da sociedade conjugal, por meio da separação de direito.

Eis que, em 2010, foi editada a Emenda Constitucional nº 66 (também conhecida como Emenda do Divórcio), com o objetivo de desburocratizar o término do casamento, tornando-o mais rápido. A modificação no texto da Lei Maior foi fruto da PEC 33/2007, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM e apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

A Emenda do Divórcio modificou a redação do art. 226, § 6º, cujo texto original previa que o casamento poderia ser desfeito por meio de duas medidas, a saber: "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". Com a nova redação, o dispositivo passou a determinar, de forma singela: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Parece-nos, sem sombra de dúvida, que a referida Emenda Constitucional operou verdadeira revolução no regime jurídico da dissolução do casamento, por ter eliminado a figura da separação de direito do ordenamento pátrio, ao estabelecer medida única para o término do matrimônio, no caso, o divórcio. Com isso, o fim da sociedade e do vínculo conjugal passaram a ocorrer simultaneamente, e não mais em etapas sucessivas, como outrora. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 50).

Além disso, o divórcio se tornou medida de natureza potestativa, que poderá ser requerida independentemente da observância de requisitos objetivos ou subjetivos. Atualmente, a referida ação está pautada tão somente no desejo de não mais permanecer casado, devendo ser interposta apenas com prova da existência de casamento válido.

Para tanto, valemo-nos dos argumentos seguintes.

Por meio de interpretação literal da nova redação do dispositivo em comento, resta bastante evidente que não há nenhuma menção no texto constitucional da figura da separação como medida possível para o encerramento do casamento. Ao contrário, a norma em apreço é peremptória ao dispor que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, apenas pelo divórcio, já que não há alusão a qualquer outro instrumento possível para se atingir essa finalidade.

Além disso, a contraposição entre a antiga redação do mencionado art. 226, § 6º, e a atual, impressa pela Emenda do Divórcio, evidencia que a reforma constitucional conferiu caráter mais restritivo à sistemática de dissolução do casamento. Anteriormente, prevalecia o regime dualístico, baseado na separação como pressuposto necessário para interposição do divórcio. Todavia, mesmo leitura apressada do dispositivo constitucional com a redação que adveio da reforma, leva à conclusão que a mudança normativa foi arquitetada a fim de reduzir esse procedimento a apenas uma medida, o divórcio, visto que não mais há menção à separação judicial na normativa disposta na Magna Carta.

Ademais, seria absolutamente incoerente concluir que a alteração do texto constitucional, deixando de consignar que o casamento poderia ser extinto por meio de separação judicial, levaria à manutenção do mesmo regime jurídico vigente até então, consubstanciado na existência da separação e do divórcio como caminhos necessários para a conclusão de um casamento válido.

Outro aspecto a considerar é que a vontade do legislador, na busca pelo sentido da norma, não raro deve ser levada em consideração a fim de elucidar problemas de interpretação. Trata-se de recurso hermenêutico legítimo, uma vez que a *mens legis* poderá não advir com clareza da interpretação literal da norma.

E, neste caso, dúvida não há no sentido de que a intenção do legislador, ao editar a Emenda Constitucional nº 66/2010, foi exatamente tornar o procedimento de dissolução do casamento mais célere, menos burocrático. Com a unificação das medidas de extinção do matrimônio e a subsequente revogação dos requisitos temporais para a obtenção deste fim, traduzida em uma menor intervenção do Estado na vida dos casais, o resultado seria

exatamente esse. E, mais relevante, essa desburocratização adviria exatamente da eliminação da figura da separação de direito do ordenamento jurídico brasileiro.

A justificativa que acompanhou a PEC 33/2007, que originou a Emenda do Divórcio, deixa isso bastante claro, *in verbis*:

> 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 litigiosas 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 reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com 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.

Portanto, resta absurda a eventual ampliação do significado do art. 226, § 6º, da Carta Magna, admitindo a possibilidade de interposição de separação judicial ou separação realizada em Cartório, como pressuposto para a decretação do divórcio, quando sobram evidências que o legislador projetou e executou exatamente o inverso, ao restringir de forma expressa o texto da norma, a fim de concentrar o término da sociedade e do vínculo matrimonial em momento único e através de um sistema monista, pautado apenas no divórcio.

Ademais, conforme expusemos anteriormente, além da vontade do legislador, que é patente a esse respeito, simples interpretação gramatical da norma em comento permitiria chegar à mesma conclusão.

Por fim, mas não menos relevante, se analisarmos a referida norma sob o aspecto teleológico, a conclusão seria a mesma. Nesse sentido, valeria indagar: qual a finalidade da norma em análise? A obtenção de qual fim teria levado à criação da norma?

Na medida em que a facilitação do término do casamento, tornando esse processo menos custoso aos envolvidos e mais rápido, com menos burocracia, é a *ratio* da norma, seu núcleo fundante, é elementar que nenhuma interpretação poderá contrariar esses ditames, sob pena de o objetivo pretendido não ser alcançado, deixando de produzir os efeitos sociais almejados, restringindo a norma a mera abstração formal.

Portanto, se é imperativo que tais desideratos sejam atingidos, é intuitivo concluir que entre dois sentidos que podem ser impressos à norma, quais sejam: a preservação do sistema dualista para o término do casamento e a previsão do divórcio como medida exclusiva para esse fim, deve prevalecer apenas aquele que efetivamente permita que os objetivos

pretendidos com a reforma constitucional sejam concretizados, que, no caso, passa necessariamente pela simplificação do processo de desenlace conjugal. De modo que, nessa linha de raciocínio, apenas a segunda assertiva, na forma do divórcio como único instrumento necessário para encerrar o matrimônio, enseja que a norma em apreço produza os efeitos sociais almejados, aproximando-a dos novos valores e necessidades que permeiam a família contemporânea.

Observe que, com o advento da Emenda do Divórcio, criou-se situação peculiar dentro do sistema normativo pátrio: enquanto a norma constitucional eliminou a separação judicial e extrajudicial do direito brasileiro, o Código Civil vigente e o Código de Processo Civil de 1973 (CPC de 1973) ainda traziam dispositivos expressos que dispunham sobre a matéria. Ou seja, as referidas leis ordinárias, até mesmo por terem sido editadas antes da Emenda Constitucional nº 66/2010, contém (continham) normas que preveem (previam) a dissolução do matrimônio pela via tradicional, qual seja, por meio da separação e do divórcio.

Parece-nos que o caso em tela encontra suporte na doutrina de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 78), para quem lei ordinária anterior que contrariar norma constitucional posterior, por ela não será recepcionada. De sorte que, em nosso sentir, a hipótese seria mesmo de revogação tácita de todos os dispositivos, contidos nas leis ordinárias em comento, que estão (estavam) em conflito com a nova sistemática imposta pela Magna Carta.

Ou seja, a fim de dar cumprimento aos novos mandamentos constitucionais, devem ser consideradas revogadas as normas previstas no Código Civil sobre a matéria, como também deveriam ser consideradas revogadas as normas que figuravam no CPC de 1973 que então dispunham sobre o instituto da separação de direito. (DIAS, 2010, p. 36).

4. O NOVO CPC E A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO: O EVENTUAL RESSURGIMENTO DA SEPARAÇÃO E O RETROCESSO DE UMA ORDEM LEGAL QUE INSISTE EM OLHAR PARA O PASSADO

A despeito de a Emenda Constitucional nº 66/2010 ter afastado do direito brasileiro o instituto jurídico da separação (NERY, 2013, p. 261-262), o legislador ordinário, ao que parece, reintroduziu essa figura no novo Código de Processo Civil (CPC), na medida em que a novel legislação contém diversos artigos que expressamente tratam da matéria, que implicaria na restauração do antigo regime dual de dissolução do casamento por meio da separação (judicial ou em cartório) e do divórcio (art. 23, III, art. 53, I, art. 189, II, art. 693, art. 731, art. 732, art. 733).

Sobre a força normativa da Constituição Federal e seus efeitos perante a legislação ordinária, trataremos a seguir. Mas, inicialmente, vale indagar: a quem interessaria ressuscitar a separação no ordenamento pátrio? Quais os fins pretendidos com tal medida? E, ainda, quem ganharia com isso?

Ainda que de forma lenta, tem se percebido, especialmente após a edição da Magna Carta de 1988, uma tendência de aproximação do direito de família na direção da realidade social. É o mundo dos fatos, da vida real, sobrepondo-se a formalismos cartoriais estéreis, que nada acrescentam ao cotidiano das pessoas. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 101).

Não resta dúvida que muitos desses avanços devem ser creditados aos esforços na construção de uma nova doutrina de direito de família, pautada na reconstrução de seus institutos jurídicos a partir da tábua axiológica da Constituição Federal, a fim de conferir maior eficácia aos direitos fundamentais nessa seara jurídica. De igual modo, o Judiciário tem sido protagonista nesse processo, uma vez que, por meio de uma nova hermenêutica constitucional, está atuando na modernização dos institutos familiaristas, a despeito de a legislação ordinária muitas vezes ainda apresentar arcaísmos diversos e de existirem muitas lacunas legais em face das rápidas mudanças nos valores e nas práticas sociais.

Nessa ordem de ideias, é questão central que os institutos de direito de família, atualmente, tem sua tutela jurídica condicionada à proteção da pessoa humana. Dito de outra forma, o centro gravitacional desse ramo do direito é a promoção da dignidade humana, mediante o reconhecimento de que os interesses existenciais das pessoas ligadas por vínculos familiares devem ser protegidos de forma prioritária, posto que vitais para o pleno desenvolvimento da personalidade. (FACHIN, 1999, p. 6-7).

Trata-se de condicionar a tutela jurídica dos institutos de direito de família à promoção dos interesses existências dos seus integrantes. Portanto, não mais se fala em supostos meta interesses da família. O norte é mesmo a proteção ao bem estar das pessoas. (DOMINGUEZ; FAMA; HERRERA, 2006, p. 4-5).

Com isso, revela-se anacrônica e em desconformidade com a realidade social admitir uma maior intervenção do Estado nas relações conjugais a fim de estabelecer obstáculos ou dificuldades ao término do casamento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 48-49). O eventual reingresso da figura da separação no direito brasileiro representaria exatamente isso, um atraso que a ninguém beneficiaria. Como explicar essa visível anomalia? A dissolução do matrimônio em duas etapas significava um custo financeiro excessivo aos consortes e, pior, que submetia o casal a um injustificável desgaste pessoal em razão do

prolongamento das demandas judiciais no tempo. Tudo em nome da suposta proteção aos superiores interesses da família.

Não respeitar a vontade do cônjuge que, diante da falência do relacionamento conjugal, não mais deseja permanecer casado, mediante a imposição de uma série de requisitos temporais e subjetivos para a decretação do divórcio, de modo algum sobreleva a dignidade do partícipe do matrimônio ao primeiro plano.

Destarte, em primeiro lugar, é patente o quanto a inserção da medida da separação no novel diploma processual está em desconformidade com o direito de família que erigiu da Magna Carta de 1988. Que é um direito de família indiscutivelmente menos formalista, de caráter menos dirigista (posto que menos propenso a intervenções na seara familiar) e mais centrado em garantir o bem estar e o respeito à dignidade das pessoas.

A despeito do exposto até o momento, é necessário consignar que há considerável doutrina que defende interpretação diversa dos efeitos oriundos da Emenda do Divórcio, concluindo pela permanência da figura da separação no ordenamento pátrio. Nesses termos, não haveria incongruência em o novo CPC contemplar a matéria em diversas passagens.

Os principais argumentos que sustentam essa tese são os seguintes:

a) Eventual modificação na sistemática de dissolução do casamento dependeria da edição de legislação ordinária, vez que a Constituição Federal não apresentaria eficácia direta a esse respeito. (COSTA FILHO; CASTRO JR, 2014).

b) A Emenda Constitucional nº 66/2010 apenas teria suprimido os prazos para o ingresso com a ação de divórcio, tornando o procedimento de término do matrimônio mais rápido, sem, contudo, ter eliminado o instituto da separação. (MALUF; MALUF, 2013, p. 338-340).

c) A referida Emenda teria, de certa forma, alterado a sistemática de dissolução do casamento, mas apenas para tornar a separação medida facultativa, a fim de preservar os direitos de pessoas que, mesmo desejando pôr um fim ao casamento, por motivos religiosos não buscassem a decretação do divórcio, preferindo apenas o término da sociedade conjugal, por meio da separação judicial ou extrajudicial. (SANTOS, 2011).

Em que pese o fato de os argumentos retro mencionados serem muito bem articulados, bem como a seriedade dos autores que as defendem, com tais pontos de vista não concordamos.

Em primeiro lugar, é notório que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo constitucionalismo em nosso país, ao deixar de ser mero repositório de recomendações

genéricas ao legislador ordinário, a partir do reconhecimento de sua força normativa, pautada na eficácia direta de boa parte de seus preceitos.

A Magna Carta, portanto, perde o papel de mera Carta Política, em virtude do caráter obrigatório de suas disposições, pautada em seu caráter vinculante.

Com isso, a Constituição Federal passa a ostentar o papel de pedra central do ordenamento jurídico pátrio, de onde não apenas todas as normas deverão erigir, como também pelo fato de que os institutos jurídicos, de todos os ramos do direito, deverão ser reconstruídos e reinterpretados à luz das regras e princípios ali insculpidos.

A melhor doutrina nacional há muito debate sobre o fenômeno da constitucionalização do direito privado, reconhecendo ser inafastável a percepção da interface existente entre o direito privado e o direito constitucional. Tal influência é perceptível na aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre os particulares (LEITE, 2008, p. 185-234). A revés, alguns consideram inadmissível tal assertiva, por defenderem a caracterização de um direito privado puro, sem sofrer interferências do direito constitucional, fundado predominantemente na autonomia da vontade.

Com relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações familiares, não há consenso entre os doutrinadores. Parte da doutrina, especialmente os autores ligados ao Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM, defende sua aplicação imediata, sem a necessidade de edição de normas infraconstitucionais para atingir essa finalidade.

Compartilhamos o entendimento que defende a eficácia direta dos direitos fundamentais, a partir do disposto especialmente nos princípios constitucionais, com base na percepção de um direito civil constitucionalizado, na medida em que as relações particulares estão subordinadas ao cumprimento dos direitos fundamentais, tanto por uma questão de hierarquia das normas, quanto pela substantividade, uma vez que é inadmissível relações familiares despidas – por exemplo – da dignidade ou liberdade entre as partes.

Dito isso, é evidente que a Emenda Constitucional nº 66/2010, ao alterar a redação do art. 226, § 6º, da Lei Maior, operou modificação na sistemática de dissolução do casamento contida na legislação ordinária, visto que seus efeitos não ficaram restritos apenas ao disposto sobre o tema nos limites da própria Constituição Federal. Dito de outra forma, tal alteração constitucional não representou simples recomendação ao legislador ordinário a fim de que este elaborasse nova lei dispondo sobre o término do casamento, posto que produziu efeitos imediatos, dada a sua eficácia direta. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 353).

Negar tal afirmação equivaleria a reconhecer suposta autonomia da legislação de direito privado no ordenamento jurídico brasileiro, como se ela não estivesse subordinada aos preceitos contidos na Maga Carta.

Quanto à afirmação de que o instituto da separação teria sido preservado, deixando apenas de ser pressuposto para o divórcio, a partir da dispensa em se observar os tradicionais prazos para a interposição desta última medida, cremos que os argumentos anteriormente escrutinados por nós são suficientes para afastar tal conclusão.

Apenas para reforçar: simples interpretação gramatical da nova redação conferida ao mencionado art. 226, § 6º, permite concluir que não há no texto constitucional qualquer referência expressa a essa eventual supressão dos prazos. Interpretação teleológica também levaria à mesma conclusão, na medida em que o objetivo central da referida norma é exatamente facilitar os trâmites para o término do matrimônio, cujo maior empecilho sempre foi a existência da separação como procedimento preparatório para o divórcio. Na mesma esteira, interpretação histórica implicaria em reconhecer que a intenção do legislador era realmente extinguir esse sistema dual existente até então.

A conclusão de que a separação teria permanecido no ordenamento brasileiro, deixando-se apenas de observar os prazos para a interposição do divórcio, não se revela coerente mediante o emprego de nenhuma técnica de hermenêutica, revelando-se, a bem da verdade, verdadeiro ato de criação legislativa.

Por fim, o argumento de que a separação teria permanecido como medida facultativa, a fim de contemplar as pessoas cujas religiões não admitem a dissolução do matrimônio através do divórcio, igualmente não se sustenta. Primeiramente, pela absoluta falta de amparo no texto constitucional, que simplesmente não menciona tal hipótese. E, mais relevante, ainda que a liberdade religiosa seja direito fundamental assegurado na Magna Carta, é certo que a sistemática do casamento civil não deve ser confundida com eventuais regras ou dogmas atinentes ao casamento religioso. Na mesma medida em que não se admite a ingerência do Estado em questões ligadas ao casamento religioso, o inverso obviamente se aplica, especialmente pelo fato de o Brasil ser um país laico, de modo que não é admissível que o regime de institutos civis esteja consubstanciado em elementos de qualquer religião.

Feita essa rápida digressão, retornemos ao ponto central da questão: a Emenda Constitucional nº 66/2010, de forma peremptória, em respeito às novas práticas e valores sociais, como também à decisão de um ou de ambos os consortes de pôr um fim ao casamento, eliminou a figura da separação do sistema normativo pátrio, tornando o processo

de dissolução do casamento menos invasivo e mais rápido, ao concentrar o término da sociedade e do vínculo conjugal em momento único, por meio do divórcio.

Ocorre, conforme já apontado, que o novo CPC contemplou a figura da separação em vários de seus artigos. Neste caso, teria a separação sido ressuscitada pelo legislador ordinário?

A resposta a tal indagação, naturalmente, tem de ser negativa. Ora, como supor que o legislador ordinário pode contrariar o disposto em norma de hierarquia superior, modificando, assim, regime jurídico estabelecido na Constituição Federal?

Como bem assevera Lenio Luiz Streck (2014):

> Logo, a questão que se põe é: o legislador ordinário tem liberdade de conformação para alterar o sistema constitucional estabelecido pela EC 66? A resposta é escandalosamente negativa, sob pena de aceitarmos, daqui para a frente, que uma lei ordinária possa vir a alterar a Constituição recentemente modificada. Simples assim. Não dá para estabelecer por lei ordinária aquilo que o constituinte derivado derrogou!

É flagrante o choque entre o novo CPC e a Emenda do Divórcio. E, se considerarmos que a norma processual é lei ordinária posterior que contraria preceito constitucional anterior, não há dúvida que o caso é mesmos de inconstitucionalidade.

Admitir que a sistemática contida na novel legislação processual prevalecesse, equivaleria a aceitar a possibilidade de a Magna Carta ser modificada por decisão do legislador ordinário.

De sorte que se revela profundamente descuidada e absurdamente anacrônica a tentativa de reinserir a figura da separação no ordenamento pátrio, quando o constituinte derivado já a tinha eliminado.

Portanto, é forçoso concluir, por coerência com todos os argumentos anteriormente desenvolvidos, que estão eivados de inconstitucionalidade todos os dispositivos contidos no novo CPC que disponham sobre a figura da separação, tanto em sua modalidade judicial como na realizada em cartório.

Assim, permanece em vigor o regime jurídico estabelecido pela Emenda Constitucional nº 66/2010, que aboliu o dualismo legal no tocante à dissolução do matrimônio, ao estabelecer que a única medida jurídica possível para se pôr um término ao matrimônio, continua sendo o divórcio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário enterrar a percepção do divórcio como um instrumento de desfazimento da família. Com fulcro na liberdade individual, é fundamental modificar o foco a fim de ressaltar o simples fato de que pessoas outrora casadas encerram suas relações matrimoniais porque desejam, porque inexiste comunhão de vidas, ou ainda simplesmente porque findou o sentimento. Sendo assim, o que se encerra de fato não é a família, mas o projeto de conjugalidade que encontra a sua extinção.

Nessa mesma diapasão, é factível compreendermos o divórcio como um processo libertário, uma vez que o casamento não mais garante ou viabiliza a felicidade mútua tão almejada.

Nessa ordem de ideias, não faz sentido cercar o divórcio de uma gama variada de obstáculos e empecilhos, a fim de desestimular a sua prática, como se isso se traduzisse em "proteção à família brasileira".

Nesse contexto, portanto, o que seria a separação? A manutenção de um vínculo falido, pautado na insegurança de uma nova realidade que está também associada ao desamparo emocional e que não admite a ruptura definitiva? Parece-nos que sim. Visto que a separação servia apenas como anteparo ao término do vínculo conjugal, sem qualquer serventia real, cujo efeito era apenas retardar a decretação do divórcio, a sua inutilidade é perceptível.

Ademais, em caso de dúvida, basta que permaneçam casados, e que, no remanso da separação de fato, ponderem sobre o que almejam fazer, se é o fim inexorável do vínculo ou a retomada da relação conjugal.

Contudo é indispensável que possamos compreender o casamento como uma relação social de cunho íntimo, mas que tem início, meio e fim.

Esse fim pode advir da vontade das partes envolvidas, pela observância de vícios, ou pelo advento da morte de um ou de ambos dos cônjuges. Destarte, independentemente da causa, nítido é que o casamento pode, sim, revestir-se de caráter transitório, sem olvidar a sua relevância no âmbito jurídico e social.

A tentativa da lei processual é uma malfada ressureição da extinta separação judicial e extrajudicial, medida que por si só fere frontalmente a hierarquia normativa do nosso ordenamento jurídico, vez que colide com preceito constitucional.

Ainda é preciso ressaltar que não cabe à lei processual definir quais institutos do direito material serão mantidos no ordenamento jurídico e quais deverão ser extintos: se a lei material cuidar dos seus próprios institutos e o diploma processual regular os seus, sem dúvida alguma as antinomias ou conflitos das leis serão minorados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. Apontamentos sobre alguns aspectos processuais no direito de família. In ALVIM, Teresa Arruda (coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAHALI, Yussef. **Divórcio e separação**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JR. , Torquato. **Ao regular separação judicial, Novo CPC tira dúvidas sobre o instituto.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto. Acesso em 29/04/2015.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010**. São Paulo: RT, 2010.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. **Derecho constitucional de família**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil – famílias**. Atlas: São Paulo, 2015.

FERRAZ, Carolina Valença. Análise da culpa pelo fim do casamento no contexto da nova sistemática do divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). **O novo divórcio no Brasil – de acordo com a EC nº 66/2010**. Salvador: JusPodivm, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEITE, Glauber Salomão. O novo direito civil, oriundo da constitucionalização do direito privado. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). **Constituição e efetividade constitucional**. JusPodivm: Salvador. 2008.

_____. A Emenda do Divórcio: o fim da separação de direito? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). **O novo divórcio no Brasil – de acordo com a EC nº 66/2010**. Salvador: JusPodivm, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. Saraiva: São Paulo, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barro. **Curso de direito civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de direito civil – família**. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira, MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 6.

SANTOS, Regina Beatriz Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial. Acesso em 29/04/2015

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional "repristinar" a separação no Brasil**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial. Acesso em 10/03/2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Petrony, 1987.