

O fim da Separação de Direito pela EC/66 de 2010. Argumentos que defendem esta visão doutrinária.

MARCONATTO, Alessandra¹; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo².

¹*Universidad de León/España- alemarconatto@hotmail.com.*

²*Universidad de León/España- rtasl@unileon.es.*

1. INTRODUÇÃO

Existe um intenso debate no Direito Brasileiro sobre a manutenção ou não do instituto da separação de direito, diante da entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como Emenda do Divórcio. Duas correntes bem definidas foram formadas na doutrina e na jurisprudência, prevalecendo no presente momento à visão que sustenta a extinção do instituto. Importante esclarecer que o termo separação de direito é utilizado em sentido amplo, a fim de englobar tanto a separação judicial quanto a separação extrajudicial, esta celebrada por escritura pública e introduzida pela Lei n. 11.441/2007.

Este breve estudo tem a pretensão de analisar os diversos argumentos que reforçam a corrente que sustenta o fim da separação de direito. Ressalte-se que a alteração do texto constitucional foi pequena, no entanto gerou muitas dúvidas, o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988 passou a enunciar simplesmente que “O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Ressalta-se que a alteração ocorreu somente no Texto Maior, sem qualquer modificação ou revogação de dispositivos no Código Civil de 2002 ou de leis específicas.

2. MATERIAL E MÉTODOS

A presente pesquisa é fruto de um estudo realizado na Espanha, entre agosto de 2010 e janeiro de 2011, com o objetivo de analisar as tendências e

novidades da legislação brasileira. Juntamente com estudantes brasileiros e professores espanhóis, da Universidade de León, foi criado um grupo de pesquisa, onde assuntos como a EC 66/2010 foram aprofundados e debatidos. Para a realização do trabalho, foi necessária a realização de leituras doutrinárias sobre o tema, uma profunda revisão bibliográfica, buscando entender desde os tempos mais antigos a evolução que a sociedade brasileira vem sofrendo.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Verifica-se como o primeiro impacto da Emenda do Divórcio que não é mais viável juridicamente a separação de direito (separação judicial e extrajudicial), banidas totalmente do sistema (TARTUCE, 2011, p. 1059). Conforme Zeno Veloso,

“numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estrutura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente” (VELOSO, 2010).

Por este texto constitucional o legislador compreendeu que não mais é possível a interferência estatal na autonomia de vontade privada, principalmente no ramo do Direito de Família, proporcionando a dissolução do casamento pelo divórcio imediato, independente de culpa, motivação ou da prévia separação judicial ou consensual.

Como primeiro argumento para o fim da separação de direito pode-se invocar o princípio da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional, pelo qual, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas

constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" (CANOTILHO, 2003, p. 1224). Neste sentido, entende-se que manter a exigência da prévia separação de direito para dissolver o casamento não traz a eficácia pretendida pela norma. Se mantido o instituto da separação de direito de nada terá adiantado o trabalho do reformador constituinte.

Outro princípio que se pode invocar para defender a extinção da separação de direito é o da força normativa da constituição, que determina que "na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência" (CANOTILHO, 2003, p. 1226). Deste modo, verifica-se que a manutenção da separação de direito colide com a idéia de atualização do Texto Maior e com a otimização da emenda.

Como último argumento, invoca-se o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, pois "no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição" (CANOTILHO, 2003, p. 1226). Por isso, de acordo com o que determina a Constituição Federal de 1988 não há mais sentido prático na manutenção da separação de direito. A finalidade da separação sempre foi por fim ao casamento, no entanto o Texto Maior traz como conteúdo apenas o divórcio, assim, não faz mais sentido a sua manutenção.

Não existe razão lógica de se manter o instituto da separação judicial ou consensual, visto que o texto constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo de forma mais simples, efetiva, com menor custo e tempo, evitando maiores desgastes psicológicos.

Importante são os ensinamentos da jurista Maria Berenice Dias:

(...) É um instituto que traz em suas entranhas a marca de conservadorismo, atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexistente razão para mantê-la (...). Portanto, de todo o inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta". (DIAS, 2009, p. 274)

Ademais, a necessidade de dois procedimentos distintos, além de proporcionar maiores gastos, obriga os cônjuges à convivência com o dissabor da separação durante determinado período de tempo, visto que o número de reconciliações é insignificante.

4. CONCLUSÕES

A manutenção da separação de direito nos remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito teórico e pouco afetivo.

Os argumentos que se apresentam, tem a intenção de reforçar a correta dedução que afasta do sistema os infelizes entraves da manutenção da separação de direito, concretizando como dever ser, a Emenda Constitucional 66/2010.

A interpretação legislativa deve ocorrer de forma constitucionalizada, livre de qualquer interesse social, moral ou religioso, considerando os abalos emocionais e o dissabor psíquico-emocional que um casamento falido e infeliz pode acarretar.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed., 2003.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed., 2009.



TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 1. ed, 2011.

VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado. Acessado em: 14 de outubro de 2010. Online. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=661>.