

A Emenda do Divórcio não fez o réquiem da separação de direito

A EC n. 66/10, verdadeira revolução no Direito de Família, constitui marco histórico importantíssimo, porque reflete a retirada de entraves estatais à efetivação plena do livre arbítrio afetivo. A nova redação dada ao art. 226, §6º, CF, pelo qual “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, afasta a necessidade de preenchimento de quaisquer requisitos para se pôr termo ao matrimônio, bastando apenas a prova do estado de casado. Eleito o afeto como elemento informativo e atribuidor de sentido das relações familiares, nada mais certo do que reconduzir a decisão sobre o fato de permanecer ou não casado ao seu âmbito próprio e exclusivo de discussão: a esfera de intimidade intangível dos cônjuges.

Se o amor não é imortal, dizia Vinicius de Moraes, *ainda que seja infinito enquanto dure*, findo o amor, não pode o Estado atar os cônjuges, enclausurando-os por meio de vínculos jurídicos, quando não mais presente o afeto. A palavra de ordem, no direito de família, é a interferência mínima do Estado, porque, numa pluralidade de indivíduos, necessário se faz permitir a cada um deles o estabelecimento das próprias rotas de vida, dos próprios destinos afetivos. Conquanto saibamos que nossas relações se fundam em chegadas e partidas, necessitamos do outro para comunicarmos a nossa própria existência, para com ele estabelecermos uma comunidade de afeto, no sentido exato do termo *comunhão*, o qual não pode ser imposto, antes tem de originar-se da escolha livre e consciente dos próprios sujeitos envolvidos.

Tem se alardeado, no entanto, que a EC n. 66/10, além de trazer a consagração dessa nova perspectiva, teria eliminado do ordenamento jurídico a possibilidade de acesso aos procedimentos da separação de direito (judicial ou extrajudicial), raciocínio do qual discordamos. Por certo, a Emenda do Divórcio não fez o réquiem da separação de direito.

Em uma sociedade pluralista como a brasileira, não há razões para se abolir do ordenamento o instituto da separação, que pode ser utilizado como instrumento facultativo, para aqueles que desejem apenas a dissolução da sociedade conjugal, sem a extinção do casamento. É certo que não haverá mais espaço, diante da possibilidade de divórcio imediato, para discussão de culpa entre os cônjuges ou análise de lapso temporal, o que não significa dizer que o instituto da separação tenha sido proscrito.

Relembre-se, nesse ponto, que, conquanto previsto na Constituição de 1934, o desquite não foi expressamente mencionado nas Constituições de 1937, 1946 e 1967, o que, no entanto, não levou ninguém a defender que, por não estar contemplado expressamente no texto constitucional, o instituto houvesse sido abolido. Pelo contrário, a tão-só previsão do desquite no Código Civil bastava para que fosse aplicado. Idêntico raciocínio pode ser estendido à separação de direito, a qual, ainda que não possua menção constitucional, não há de desaparecer da legislação infraconstitucional, mesmo que tenha deixado de ser obrigatória como procedimento prévio ao divórcio.

Em uma interpretação conforme ao texto constitucional, com a visão voltada para a EC n. 66/10, é de se ressaltar que os arts. 1.571 do CC/02 e 2º da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), ao instituírem que a sociedade conjugal termina com a separação ou com o divórcio (este dissolvendo definitivamente o casamento), conferem direito material à parte de opção por um ou outro instituto. Essa norma em nada 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.

Ao estabelecer que a sociedade conjugal termina com a separação, não prescrevem os arts. 1.571 do CC/02 e 2º da Lei n. 6.515/77 que outras variáveis devam, necessariamente, ser acopladas ao instituto, como a discussão de culpa ou a exigência de determinado transcurso de tempo. A previsão desses elementos – não-recepcionados pela EC n. 66/10 – em outros dispositivos dos respectivos diplomas configura peculiaridade irrelevante quanto à visualização da separação como direito dos cônjuges previsto na legislação ordinária.

A separação, isoladamente considerada, e seu respectivo procedimento não têm o condão de embaraçar a liberdade de determinação afetiva dos cônjuges. Somente restringem essa liberdade os acréscimos que a ela se atavam (discussão de culpa e fixação de lapso temporal mínimo), que, contudo, podem ser removidos do instituto sem afetar-lhe a essência. A separação, em sua natureza, é meio de por fim a sociedade conjugal sem dissolver o vínculo matrimonial. Esta é sua essência, não contraposta ao espírito da EC n. 66/10.

Desse modo, sendo válidos os dispositivos que estabelecem o direito material, válidos não de ser os dispositivos que disciplinam os respectivos procedimentos, porque sem o aparato instrumental não há como o direito material tornar-se efetivo, concreto.

Se se proclama, em alto e bom som, que vigora, modernamente, no âmbito do direito de família, o princípio da autodeterminação afetiva, nada mais razoável do que autorizar o cônjuge a utilização de uma providência menos grave – separação – quando não lhe seja interessante o rompimento imediato do casamento, principalmente em virtude da possibilidade de reconciliação e refazimento da sociedade conjugal.

A supressão do instituto da separação não significa avanço, como alardeiam alguns afoitos juristas, mas inadmissível retrocesso, porquanto acaba por restringir o espaço de movimentação dos cônjuges, o que malfez, diretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Despida da análise da culpa e da averiguação de qualquer lapso temporal, resta a separação como procedimento plenamente compatível com os valores fundamentais da República, constituindo, como temos afirmado, direito material que pode ser vindicado pelos cônjuges, via procedimentos previstos no Código de Processo Civil.