



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

ANA LUIZA ALVES SANTORO

**A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13 DE JULHO DE 2010**

Brasília

2012

ANA LUIZA ALVES SANTORO

**A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13 DE JULHO DE 2010**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília

2012

ANA LUIZA ALVES SANTORO

**A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13 DE JULHO DE 2010**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas
e Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, 04 de Maio de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Agradeço aos meus pais, minhas irmãs, meus avós e meu namorado, pelo apoio e incentivo incondicional em todos os momentos da minha caminhada. Agradeço também aos amigos e ao Prof. Júlio César Lérias Ribeiro que me direcionou para o desenvolvimento deste estudo monográfico.

RESUMO

A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, o divórcio no Brasil passou a ser direto, tendo sido excluído do texto constitucional o instituto da separação judicial. Essa alteração gerou diversas discussões acerca da extinção da separação judicial, bem como em relação aos aspectos inerentes ao fim da união conjugal, como a questão relacionada ao nome, guarda dos filhos, alimentos e sobre a arguição da culpa pelo fim do casamento. As questões levantadas apresentam grande relevância jurídica, pois com a extinção do instituto da separação judicial o ordenamento jurídico teve que se adaptar à nova mudança, aplicando aos processos em andamento a nova emenda. A hipótese levantada gira em torno da extinção do instituto da separação judicial, que se verifica cabível, já que a alteração constitucional oriunda da Emenda Constitucional 66/2010 excluiu a separação judicial do ordenamento jurídico, revogando-se os artigos do Código Civil que tratavam sobre o assunto. Apesar de grande parte de a doutrina ser categórica acerca da extinção da separação judicial, bem como defender a aplicação imediata da Emenda 66/2010, há ainda quem diga que tal instituto ainda vigora no ordenamento jurídico, uma vez que a emenda do divórcio não teve força revogatória para a sua extinção.

Palavras-chaves: Separação. Divórcio. Emenda Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO	10
1.1 O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	10
1.2 O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ..	14
1.3 O DIVÓRCIO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010.....	19
2. O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO CIVIL ATUAL	24
2.1 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	24
2.2 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010.....	27
2.3 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	30
3. JURISPRUDÊNCIA E EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL	36
3.1 JURISPRUDÊNCIA A FAVOR DA EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO	36
3.2 JURISPRUDÊNCIA CONTRÁRIA À EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende apontar as consequências para o ordenamento jurídico da extinção do instituto da separação após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010.

Verificar-se-á que a “Emenda do Divórcio”, como ficou conhecida, gerou uma grande polêmica para o mundo jurídico e uma significativa transformação para o Direito de Família, uma vez que tem aplicação imediata, atingindo os processos que se encontravam em andamento no Judiciário, antes de sua entrada em vigor.

A grande discussão girará em torno da questão da extinção do instituto da separação judicial e suas consequências práticas no âmbito jurídico. O trabalho levantará uma análise ao instituto da separação e sua validade após a Emenda Constitucional nº 66/2010. Argumenta-se que a aplicação de dois institutos (separação e divórcio) em um mesmo ordenamento jurídico gera uma dicotomia e não teriam mais sentido a existência e a aplicação da separação judicial, uma vez que somente pelo divórcio se extinguiriam ao mesmo tempo a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial.

A hipótese em questão responderá afirmativamente ao problema proposto, o qual se verificará nos capítulos seguintes deste estudo monográfico.

O capítulo 1 tratará especificamente do instituto da separação judicial. Primeiramente, verificar-se-á a visão histórica do instituto no ordenamento jurídico brasileiro desde o seu surgimento até o momento que antecederá a Emenda Constitucional nº 66/2010.

A princípio, o casamento era considerado uma união indissolúvel, devido a forte influência da Igreja e do Estado na vida dos particulares. Foi a partir do Código Civil de 1916 que o desquite passou a ter previsão no ordenamento jurídico. No entanto, o matrimônio continuava a ser indissolúvel. O divórcio foi introduzido no Brasil mediante a Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a regulamentar o instituto do divórcio, tendo como requisito a separação judicial.

O Código Civil de 2002 regulamenta a separação judicial e o divórcio, além dos requisitos necessários da separação para a conversão da separação em divórcio, sendo esses a prévia separação de fato ou judicial e o lapso temporal.

O capítulo 2 apontará a aplicabilidade do instituto da separação judicial no direito civil atual e as consequências da Emenda Constitucional nº 66/2010 para o ordenamento jurídico. Observará os apontamentos doutrinários acerca da extinção da separação judicial, tanto em relação à Constituição Federal como ao Código Civil de 2002.

A Emenda Constitucional 66/2010 foi proposta a fim de diminuir a interferência do Estado na vida dos particulares, além do fato de que, para a maior parte da doutrina, não mais se justificava a dicotomia entre o instituto da separação judicial e o do divórcio.

A realidade é que a Emenda Constitucional 66/2010 eliminou do texto constitucional a única referência que se fazia à separação judicial. Conseqüentemente, essa alteração excluiu do ordenamento jurídico os artigos do Código Civil que tratavam da separação judicial. Há quem sustente que a separação judicial ainda vigora no ordenamento jurídico. Porém, uma norma infraconstitucional não pode estar em desconformidade com o texto constitucional.

No capítulo 3, verificar-se-ão as consequências práticas da extinção do instituto da separação judicial, a questão ligada aos aspectos inerentes ao fim da união conjugal - como a questão do nome, guarda dos filhos e alimentos - e a arguição da culpa pelo fim do casamento.

Analisar-se-ão casos práticos, decorrentes do modo como o Judiciário tem aplicado a Emenda Constitucional 66/2010, e os questionamentos acerca da sobrevivência do instituto da separação judicial, segundo o entendimento doutrinário e os julgados proferidos pelo Judiciário.

Por fim, será analisada a profunda mudança que a Emenda Constitucional 66/2010 gerou no âmbito jurídico e no Direito de Família.

1. O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A família é um instituto composto por diversos elementos, como a filiação, o poder patriarcal e o casamento. Pode-se dizer que a família representa, basicamente, um grupo de pessoas ligadas por descendência e unidas pelo casamento. Na definição de Madaleno¹, “na realidade social de larga existência, a união de pessoas de sexos distintos é a mais antiga das formas de agrupamento humano”.

A família, bem como o Estado, sofreu uma forte influência do direito canônico em sua história. O Concílio de Trento de 1563 consagrou o dogma do sacramento do matrimônio para os católicos e a indissolubilidade do vínculo.² O casamento passou a ser reconhecido a partir da consagração feita pela Igreja Católica, onde “[...] a Igreja deixou de admitir a vida conjunta de pessoas que não fossem casadas pelos ritos do Direito Canônico e passou a considerar o concubinato um delito [...]”.³

O intervencionismo estatal na vida dos cidadãos instituiu o casamento como regra de conduta, passando a ser uma convenção social e a estabelecer os vínculos interpessoais. Conforme entende Maria Berenice Dias, “foi a enorme influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal que levou à consagração do matrimônio como eterno: até que a morte os separe!”⁴

O casamento faz nascer o vínculo e a sociedade conjugal. O vínculo conjugal consiste na série de deveres e direitos recíprocos entre os cônjuges. “O Decreto n. 181 de 1980, que instituiu o casamento civil no Brasil, previa o divórcio a *thoro mensa*, que acarretava somente a separação de corpos, mas não rompia o

¹ MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 111.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 158.

³ MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 111.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! : Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 17.

vínculo matrimonial”.⁵ A visão sobre o instituto do casamento foi sendo modificada ao longo do tempo, diante das constantes transformações da sociedade. Esse instituto, como consequência, foi se adaptando à realidade da sociedade.

Deve-se distinguir, inicialmente, entre o término da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo conjugal. “O casamento faz nascer o vínculo e a sociedade conjugal.”⁶ A sociedade conjugal são os direitos e as obrigações que devem ser cumpridas pelos cônjuges. O casamento cria a família legítima, sendo os cônjuges detentores exclusivos da sociedade constituída. “Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis, como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes”.⁷

O rompimento da sociedade conjugal não era previsto no ordenamento jurídico brasileiro, devido à forte influência do direito canônico no Estado. Foi a partir do Código Civil de 1916 que a idéia de separação foi introduzida em na nossa legislação. Com o advento do desquite, no qual a sociedade conjugal era rompida, cessaram os deveres de coabitação e fidelidade. Porém, o vínculo matrimonial ainda era mantido, devido às idéias patrimonialistas e patriarcais. As pessoas desquitadas não estavam livres para constituir um novo matrimônio.

O desquite no Brasil foi regulamentado em um momento em que havia uma forte influência do cristianismo na sociedade e no Estado. Como dito anteriormente, o casamento era considerado perpétuo, justificando a sua existência, já que o desquite foi uma maneira de cessar os conflitos conjugais, sem atingir a indissolubilidade matrimonial vigente à época.

O artigo 315 do Código Civil de 1916 previa a possibilidade do término da sociedade conjugal, *in verbis*:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:
I. Pela morte de um dos cônjuges.
II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8º Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p.281.

⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Manual de Direito Civil: Família e Sucessões. 1ª Ed. São Paulo: Método. 2004, p. 75.

⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Manual de Direito Civil: Família e Sucessões. 1ª Ed. São Paulo: Método. 2004, p. 201.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.⁸

Conforme o Código Civil de 1916, o casamento válido poderia ser dissolvido somente com a morte de um dos cônjuges. Ainda no artigo 317 estavam elencados os fundamentos para justificar a ação de desquite: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos.

Um dos efeitos do desquite era a prestação de alimentos, sendo a mulher inocente e pobre. No caso em que a mulher era condenada na ação de desquite, perdia o direito de usar o nome do marido. Em se tratando de desquite amigável ou judicial, e qualquer que seja a causa que o determinou, “podem os cônjuges, a todo o tempo, restabelecer a sociedade conjugal, por ato regular, perante o juiz competente”.⁹

O fato do desquite não romper o vínculo conjugal, impedindo um novo matrimônio, gerava a situação de concubinato. Uma pessoa desquitada constituía uma nova união e essa união não tinha previsão no ordenamento jurídico, por não ter também o divórcio respaldo jurídico, conforme observa Sílvio Venosa:

No passado, muitas eram as situações de cônjuges que se divorciavam no exterior, em ato sem qualquer repercussão jurídica em nosso país, buscando, na verdade, uma justificativa social para uma nova união, que possuía o cunho de concubinato.¹⁰

Foi com o advento da Lei 6.515/77, mais conhecida como lei do Divórcio, que o instituto do divórcio foi regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, dando uma nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição de 1969, suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Para a aprovação da Lei 6.515/77, foi necessário manter a figura do desquite, porém como uma alteração terminológica: o que antes era denominado de desquite no Código Civil de 1916, na Lei do Divórcio passou a ser chamado de separação, mantendo-se as mesmas características. Terminava a sociedade conjugal, mas o vínculo matrimonial não se dissolvia, o que só ocorria com o divórcio ou a morte.

⁸ BRASIL. Lei n 3.071 de 1 de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. > Acesso em 10 de nov. de 2011.

⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. Atualizado por: RODRIGUES, Ricardo. 1º Ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 467.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 10º Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 163.

Com o advento da Lei do Divórcio, os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916 foram revogados, passando o divórcio a existir no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 6.515/77 foi uma maneira de o legislador acompanhar as mudanças da sociedade, introduzindo a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal e gerando a oportunidade dos desquitados constituírem novo matrimônio.

O instituto da separação que substituiu o desquite foi então introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, distinguindo-se essencialmente do divórcio pelo fato de que quem apenas se separou judicialmente não está livre para se casar novamente, enquanto no divórcio existe a possibilidade de constituir novo matrimônio.

Segundo a Lei 6.515/77, existiam duas possibilidades para a realização do divórcio: uma prevista no artigo 25, no qual havia a necessidade de se cumprir o lapso temporal de três anos, para a conversão em divórcio¹¹; e outra no artigo 40, que previa o caso de separação de fato anterior a junho de 1977, onde deveria ser cumprido o prazo de cinco anos para ser promovida a ação de divórcio¹².

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a prever a possibilidade de dissolução do casamento através do divórcio, tendo como requisito o instituto da separação judicial previsto no § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, agora alterado pela Emenda Constitucional 66 de 2010, que assim dispunha: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos”.¹³

O artigo 226 da Carta Magna deu nova interpretação ao artigo 25 da Lei 6.515 de 77: o prazo que antes era de três anos, passou a ser de um ano. Observa-se que o instituto da separação judicial prevalecia no ordenamento jurídico, ou seja,

¹¹ BRASIL. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Art.25: “A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existentes há mais de 03 anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8), será decretada a sentença da qual não constará referência à causa que a determinou”.

¹² BRASIL. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Art. 40: “No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completado 05 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa”.

¹³ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

para se obter o divórcio era necessário o cumprimento de prazos: um ano após prévia separação judicial ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

A intromissão do Estado na vida dos particulares é evidente, uma vez, que a exigência de cumprimento de prazos para o encerramento do matrimônio é imposta independente da vontade das partes, desrespeitando o indivíduo, bem como afrontando sua liberdade individual, tutelada pela Constituição Federal. Portanto, “a liberdade dos sujeitos é a expressão que deve dar o comando, já que a família se “despatrimonializou”, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução”.¹⁴

1.2 O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A separação judicial está prevista no Código Civil de 2002, nos artigos 1572 a 1578, bem como lá estão os requisitos para obtenção do divórcio. Ambos os institutos possuem um único objetivo em comum, qual seria o fim do casamento. Porém, a grande diferença entre o instituto da separação e do divórcio reside na dissolução do vínculo matrimonial, que é obtida somente através do divórcio.

O artigo 2º da Lei n 6.515/1977 foi reproduzido pelo art. 1.571 do Código Civil de 2002, dispondo que a sociedade conjugal termina pela morte de um cônjuge, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.

Para o legislador, a separação judicial seria uma maneira de enfraquecer os laços matrimoniais, uma espécie de medida preparatória. “Em face da cessação da vida entre os cônjuges, (...) não há como impor-lhes os deveres de fidelidade e coabitação, por razões da própria natureza humana”.¹⁵ Os cônjuges, porém, não estão livres para constituírem novo matrimônio. A separação judicial significa o fim da sociedade conjugal e não do vínculo conjugal. O vínculo conjugal consiste em deveres e direitos entre os cônjuges, extingue-se através da morte de um dos cônjuges, sentença definitiva de ausência, nulidade ou anulação de casamento e

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio. 2ª Ed. Rio de Janeiro: GZ. 2010, p. 8.

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 10ª Ed. São Paulo: RT. 2002, p. 1.152.

divórcio. Para Maria Berenice Dias a separação “representava quase um limbo: a pessoa não mais estava casada, mas não poderia casar-se de novo”.¹⁶

A separação judicial tem o caráter de ação personalíssima. Somente os consortes têm legitimidade *ad causam* para propor a ação. No caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão, de acordo com o artigo 3, § 1 da Lei 6.515/77. Essa representação pode ocorrer em qualquer fase do processo. Falecendo uma das partes, extingue-se o processo.

O Código Civil de 2002 prevê a possibilidade da separação por vontade de um dos cônjuges, sendo que, nesse caso, é preciso apontar um culpado pelo fim da vida em comum. Ou por vontade de ambos, onde não há necessidade de apontar um culpado. Seria uma espécie de separação judicial amigável. Em ambas as situações os deveres conjugais previstos pelo casamento são cessados. Porém, os consortes não estão livres para um novo matrimônio.

Quando existe a vontade de ambos os cônjuges pelo fim da união é permitida a separação consensual, prevista no artigo 1.574 do atual Código Civil. Conforme aponta Yussef Said Cahali, “doutrinariamente, a separação consensual classifica-se como modalidade de separação/divórcio-remédio, ante a ausência do pressuposto de culpa de qualquer dos cônjuges, como causa para sua concessão”.¹⁷ Os cônjuges não precisam apresentar qualquer motivo ou razão de sua separação, bastando a declaração do cumprimento do prazo anual de separação de fato. “A Lei 6.515/77, que exigia no mínimo dois anos de matrimônio, nesse aspecto, encontra-se revogada”.¹⁸

Na separação consensual não pode haver divergências a serem resolvidas. Os requisitos legais a serem preenchidos são: (a) que haja o transcurso do tempo de um ano e (b) que o pedido preserve o interesse dos filhos. O interesse dos filhos devem ser preservados e observados pelo juiz. De acordo com o ensinamento de Paulo Lôbo, “é razoável que o juiz verifique se os interesses dos filhos, desde que sejam crianças e adolescentes, estão suficientemente

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 288.

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 120.

¹⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Manual de Direito Civil: Família e Sucessões. 1ª Ed. São Paulo: Método. 2004, p. 77.

preservados, por força do princípio de proteção integral de que estes são titulares”.¹⁹ Ante a ausência de um dos requisitos, é possível a recusa do juiz para a homologação da separação.

Existe ainda a possibilidade de realização por escritura pública da separação por mútuo consentimento, conforme se disciplina o artigo 34 da Lei n. 6.515/77 e pelos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil. A Lei n. 11.441 acrescentou o artigo 1.124-A. Essa alteração era reclamada de há muito, pois não há mesmo a necessidade de intervenção judicial se os cônjuges estão de pleno acordo.²⁰ As partes só podiam realizar a separação por escritura pública no caso de preencherem os requisitos necessários e não possuírem filhos menores ou incapazes. A separação extrajudicial produz seus efeitos imediatamente na data da lavratura da escritura pública, pois esta não depende de homologação judicial.

As causas da separação litigiosa estão previstas no artigo 1.572 do Código Civil: grave violação dos deveres do casamento e insuportabilidade da vida em comum. Assim como no Código Civil de 1916, o legislador exemplificou no artigo 1.573 do Código Civil de 2002 os motivos que impossibilitavam a vida em comum: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar durante um ano, condenação por crime infame ou conduta desonrosa. Ainda no artigo 1.572, nos respectivos § 1º e 2º do referido Código estão previstas as causas não culposas a dar ensejo à separação judicial: fim da vida em comum há mais de um ano e doença mental de um dos cônjuges.

A separação judicial litigiosa por causa objetiva está prevista no § 2º do artigo 1572 do atual Código Civil. Para que se caracterize a ruptura da vida em comum não há qualquer discussão de culpa e é necessário que a ruptura seja definitiva. O artigo 5º, § 1º da Lei 6.515/77 exige a a ruptura por mais de um ano consecutivo. Já o Código Civil de 2002 fala apenas em mais de um ano, omitindo a palavra consecutiva. A ruptura não significa necessariamente afastamento do lar conjugal, certo que muitas vezes os cônjuges permanecem sob o mesmo teto, por motivos alheios. Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros, a separação por

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 288.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 10º Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 173.

ruptura nem sempre é causa para um litigioso. “Na prática, é comum a separação por ruptura consensual [...]. Embora não haja previsão legal, tem sido admitida, aplicando-se, por analogia, as normas processuais atinentes à separação consensual [...]”.²¹

No caso de doença mental, deve ser comprovada a irreversibilidade da situação e da ocorrência após o casamento. Segundo Paulo Lôbo, “são exigíveis outros requisitos, também confirmados pela perícia: que a gravidade da doença torne insuportável a vida em comum dos cônjuges e que seja considerada incurável, após dois anos de sua manifestação inicial”.²² O prazo que antes era de cinco anos, foi reduzido para dois anos, conforme § 2º do artigo 1.572 do Código Civil.

No que tange a separação judicial litigiosa subjetiva, necessário se faz apontar um culpado. O autor da ação deve ainda comprovar a insuportabilidade da vida em comum: “incumbe ao autor da ação de separação judicial litigiosa comprovar a culpa do outro cônjuge, imputando-lhe a causa ou causas que levaram à dissolução da sociedade conjugal”.²³ A lei não exige um tempo mínimo de casado para que se evoque a separação litigiosa. Deve-se indicar um culpado para a separação e provar a insuportabilidade da vida em comum, sendo o culpado penalizado com a possibilidade da perda do nome de casado.

A necessidade de apontar um culpado pelo fim do matrimônio, como exigido pela lei, deixou de ser requisito solicitado nos processos de separação litigiosa. O fato é que a culpa caiu em desuso. Tanto a doutrina como a jurisprudência não viam mais razão de achar um culpado pelo fim da vida em comum. Para Pedro Lôbo, “desde a década de 70 do século XX, a tendência que se

²¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Manual de Direito Civil: Família e Sucessões. 1ª Ed. São Paulo: Método. 2004, p. 81.

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 290.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 292.

observa nas legislações dos povos ocidentais é a da supressão do papel da culpa como requisito para as separações judiciais ou divórcio”.²⁴

O fim de casamento já é por si só um processo doloroso para ambos os cônjuges. A indicação de um culpado pelo fracasso do casamento tornava ainda mais sofrido tal processo. “[...] É o fim do amor o único motivo da separação”²⁵ e não a “culpa” de um dos cônjuges por determinadas condutas exercidas ao longo da vida em comum. “Sendo o matrimônio uma relação complexa, nem mesmo os cônjuges são capazes de identificar a real causa da separação, quiçá o culpado. O motivo alegado como causa da separação, por vezes, não passa de consequência”.²⁶

A separação judicial produz os seguintes efeitos: extinção do regime de bens, dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (efeitos pessoais). Em relação ao nome, alimentos e guarda dos filhos, os efeitos variam conforme o tipo de separação judicial.

Para a conversão de separação em divórcio era necessário o cumprimento de certos prazos. Havendo um ano da separação de corpos, podia ser feito o pedido para a conversão em divórcio. O mesmo podia ocorrer transcorrido os dois anos da separação de fato para decretação do divórcio, conforme artigo 226, § 6º da Constituição Federal. Segundo Sílvio Venosa:

(...) se estiverem presentes os pressupostos, tanto da separação quanto do divórcio (separação de fato por mais de dois anos), os cônjuges terão a faculdade de escolher por uma ou outra saída jurídica para o desenlace de seu matrimônio.²⁷

A exigência de cumprimento de prazos pela separação para a conversão em divórcio seria uma última chance dos cônjuges de reconciliação, uma maneira de meditação, já que a todo tempo a sociedade conjugal poderia ser restabelecida. “No

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 294.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 309.

²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DE DIREITO DE FAMÍLIA. Direito de Família e Ciências Humanas. São Paulo: Jurídica Brasileira. 2000, p. 138.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 10º Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 164.

divórcio, porque foi rompido definitivamente o vínculo, somente com um novo casamento poderá ser restabelecida juridicamente a união conjugal”.²⁸

O Código Civil de 2002, ao disciplinar o instituto da separação em seus artigos, regulou inteiramente o direito material previsto na Lei do Divórcio. Assim, a Lei n. 6.515/77 continuou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, mantendo-se o dualismo (separação e divórcio) e realçando a interferência do Estado nas decisões individuais. “[...] A mera preservação do vínculo conjugal, [...] não possui qualquer relevância, mesmo porque não seria moral nem legal impedir uma pessoa de procurar sua felicidade”.²⁹ Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald mostram que, mesmo antes da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, já não fazia mais sentido a sustentabilidade de ambos os institutos: “não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico”.³⁰

1.3 O DIVÓRCIO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

O divórcio foi introduzido no Brasil após uma longa batalha dos que lutavam pela institucionalização desse instituto no ordenamento jurídico, principalmente contra as idéias patrimonialistas da Igreja católica e da tradição antiodivorcista, a qual acreditava que o divórcio seria o fim da família brasileira. Foi com o advento da Lei 6.515/77 que o instituto do divórcio foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o único instituto que permite que os desquitados contraíam novas núpcias, uma vez que põe fim ao vínculo conjugal.

A Lei n 6.515/77 que ficou mais conhecida como Lei do Divórcio admitia duas possibilidades de divórcio: o divórcio-remédio e o divórcio-sanção. Tinha como requisito indispensável o desquite ou separação judicial. A dissolução do vínculo

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 203.

²⁹ DONNINI, Rogério José Ferraz. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de Família no Novo Milênio. Dissolução do vínculo conjugal: divórcio e suas modalidades- A proposta de emenda à Constituição para extinção da separação. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 321.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 282.

conjugal era autorizada uma única vez. Segunda Maria Berenice Dias havia uma única possibilidade para o divórcio direto e era um instituto de caráter emergencial, “O **divórcio direto** era possível exclusivamente em caráter **emergencial**, [...] a intenção era admiti-lo somente para quem já se encontrava separado de fato, quando da emenda da Constituição: 28 de junho de 1977”.³¹

A Constituição Federal de 1988 institucionalizou o divórcio direto em seu texto, ampliando as possibilidades de sua concessão. “Houve a **redução do prazo** de separação para dois anos, e foi afastada a necessidade de identificação de uma causa para sua concessão (CF 226 § 6º)”.³² Para o divórcio indireto, o prazo passou a ser de um ano a partir da decretação da separação judicial. A Constituição Federal procurou resguardar os princípios dos cidadãos, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002 trata do divórcio em três dos seus artigos, seguindo a mesma linha de raciocínio da Carta Magna e tendo com requisito a separação judicial. Conforme disposto no artigo 1.580 do Código Civil, o nosso ordenamento jurídico prevê duas formas de divórcio, o direto e o indireto. Decorrido um ano da sentença que houver decretado a separação judicial, qualquer das partes poderá requer a conversão em divórcio, não havendo a necessidade de referência à causa que o determinou. No caso de comprovada a separação de fato por mais de dois anos, o divórcio poderá ser requerido por um ou ambos os cônjuges.

O divórcio pode ser obtido através de uma ação consensual ou litigiosa. A ação de divórcio consensual, que está prevista nos artigos 1.120 à 1.124 do CPC, pode ser proposta quando os consortes estiverem casados por mais de um ano e a partir da vontade de ambos os cônjuges. Deve-se observar que o divórcio direto já era previsto na Lei do Divórcio, conforme artigo 40, § 2º. No divórcio consensual há a necessidade do mútuo consentimento e esse requisito deve ser verificado pelo juiz, bem como deve ser preservado o interesse dos menores, além de ser exigida a presença do Ministério Público.

³¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 288. (grifo no original).

³² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 288. (grifo no original).

O divórcio consensual, assim como a separação consensual, passou, a partir da Lei nº 11.441 de 2007 que acrescentou o artigo 1.124-A do CPC, a poder ser realizado por escritura pública, que não dependesse de homologação judicial e se não existisse filhos menores. Foi uma maneira de facilitar o processo de divórcio para os cônjuges que o desejavam de mútuo consentimento. Para Rodrigo da Cunha Pereira, além de simplificar a dissolução do casamento, a Lei nº 11.441/2007 foi uma maneira de Estado não intervir na vida dos particulares: “o princípio da menor intervenção estatal na esfera da vida privada e intimidade dos cidadãos ganhou novas regras com a Lei nº 11.441/2007, que veio facilitar e simplificar a dissolução do casamento, inventário e partilha dos bens [...]”.³³

Por meio do divórcio direto os cônjuges podem ingressar diretamente com a ação de divórcio, sendo exigido apenas o decurso do prazo de dois anos de separação de fato, ou celebrarem escritura pública. O procedimento a ser seguido está previsto nos artigos 1.120 aos 1.124 do Código de Processo Civil - CPC. A separação judicial ou extrajudicial deixou de ser um pré-requisito para ingressar com a ação de divórcio.

O divórcio litigioso, também chamado de judicial, ocorre quando os requisitos para o divórcio consensual não estão preenchidos, ou seja, quando os cônjuges não estão de acordo em relação a algum aspecto do fim do matrimônio ou quando um deles é incapaz. A Constituição Federal traz como requisito o prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou da decisão que concedeu medida cautelar de separação de corpos. A Lei do Divórcio prevê como requisitos para conversão da separação em divórcio o decurso do prazo da separação, a prévia partilha e o cumprimento das obrigações assumidas na separação judicial.

Na ação de divórcio não é exigido, a indicação do motivo para o fim do casamento, diferentemente da separação judicial, prevista no artigo 1.572, “caput” do Código Civil de 2002, sendo possível a qualquer dos cônjuges propor a ação de divórcio, mesmo do cônjuge que deu ensejo a separação. No artigo 226, § 6º da Constituição Federal o legislador não fez nenhuma menção a indicação do motivo do

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio. 2ª Ed. Rio de Janeiro: GZ. 2010, p. 41.

fim da sociedade conjugal, exige-se apenas o lapso temporal de dois anos de separação.

A única forma de romper o vínculo matrimonial seria através do divórcio, uma vez que a separação apenas põe fim à sociedade conjugal e não dissolvia de fato a relação matrimonial. Somente através do divórcio é possível obter um novo matrimônio. Os nubentes estavam livres para recomeçarem novamente, deixavam para trás uma relação onde não existia mais afeto, podendo estabelecer um novo matrimônio, o que não acontecia com quem era apenas separado judicialmente.

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, pode-se conceituar o divórcio da seguinte maneira: “o divórcio é a medida jurídica, obtida pela iniciativa das partes, em conjunto ou isoladamente, que dissolve integralmente o casamento, atacando, a um só tempo, a sociedade conjugal [...]”.³⁴

Os efeitos do divórcio são: a dissolução definitiva do vínculo matrimonial, a possibilidade de contrair novo casamento, a definição sobre a guarda dos filhos, o direito de alimentos do cônjuge que os necessitar, o nome dos cônjuges que se divorciaram e ainda, a definição sobre os bens familiares.

Com o advento da Emenda Constitucional 66 de 13 de julho de 2010, o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal ganhou uma nova redação. O divórcio pode ser obtido a qualquer momento, não sendo mais exigida a decretação da separação judicial para se divorciar. Os cônjuges não são mais obrigados a cumprir prazos e nem a indicarem as causas que ensejaram o fim da vida em comum, requisitos estes que eram exigidos no instituto da separação judicial. “Deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos”.³⁵

O divórcio passou a ter aplicação direta e imediata no âmbito judicial, extinguindo-se, de uma vez, o instituto da separação do ordenamento jurídico, já que a existência de tal instituto não mais se justificava “[...] A preferência dos casais é

³⁴ FARIAS, Cristiano Dias de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 356.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 293.

nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos”.³⁶ O requisito de dois anos para o divórcio, conseqüentemente, deixou de existir. Agora o divórcio pode ser promovido a qualquer momento, a partir do registro do casamento. Além de não ser mais exigida a causa objetiva e subjetiva para a dissolução do casamento.

A Emenda Constitucional 66/2010 surgiu seguida de grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro. Grande parte da doutrina entende que a alteração do artigo 226, § 6º da Constituição Federal pôs fim ao instituto da separação judicial. “A Emenda Constitucional nº 66/ 2010, [...] acabou com o divórcio indireto, ou seja, não há mais conversão da separação judicial em divórcio, como dizia o suprimido texto constitucional em seu art. 226, § 6º”.³⁷

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 288.

³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio. 2 Ed. Rio de Janeiro: GZ. 2010, p. 39.

2. O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO CIVIL ATUAL

2.1 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O instituto da separação tem como objetivo enfraquecer os laços conjugais: na separação os cônjuges estão liberados dos deveres de coabitação e fidelidade. Porém, esse instituto não dissolve o vínculo conjugal, apenas põe fim à sociedade conjugal. “Caso não se opere a reconciliação nem a reconstituição do casamento e os cônjuges separados judicialmente pretendem a ruptura do vínculo matrimonial, (...) poderão requerer a conversão da separação em divórcio”.³⁸ Para Pedro Lôbo, a separação judicial não passa de um meio para que se obtenha o divórcio: “desde que admitido o divórcio, a separação de direito significa um meio, um caminho para obtê-lo, com vistas, a desfazer o casamento e permitir que os interessados se libertassem do laço que os prendia (...)”.³⁹

Conforme disposição original, o artigo 226, § 6º da Constituição Federal, estabelece 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.”⁴⁰ A separação era regulada por prazos: somente após o cumprimento da separação e comprovado o lapso temporal previsto na Constituição Federal é que os cônjuges estavam aptos para entrar com a ação de divórcio. Os requisitos para a obtenção do divórcio através da separação judicial eram, (a) prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei e (b) comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A Constituição Federal de 1988, como dito anteriormente, foi a primeira constituição brasileira a prever o rompimento do vínculo matrimonial, mantendo-se a figura da separação judicial no ordenamento jurídico. O prazo da separação judicial foi reduzido para um ano - antes era de três anos -, conforme a Lei do Divórcio. Surgiu em nosso ordenamento o divórcio-direto que podia ser obtido quando comprovada a separação de fato por mais de dois anos. “Pode-se afirmar que a

³⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões. 3 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 180.

³⁹ LÔBO, Paulo. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 20 de nov. de 2011.

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

separação judicial passou a ser facultativa, uma vez que os cônjuges poderiam optar pelo divórcio direto, comprovada a separação de fato por mais de dois anos”.⁴¹

Foi por meio do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) que foi apresentado, em 2005, o Projeto de Emenda Constitucional - PEC que retirou do texto a exigência do requisito temporal e da prévia separação para o divórcio. O artigo 226, § 6º da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação: “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.” O Deputado Sérgio Carneiro, ao tratar do tema na PEC do divórcio, criticou a existência do instituto da separação no atual contexto da sociedade brasileira: “a superação do atual dualismo repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais (...)”.⁴²

Apesar de grande parte de a doutrina criticar o dualismo existente em nosso sistema, como enfatizam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, “não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico.”⁴³ Existe ainda quem sustente a dicotomia de ambos os institutos (separação e divórcio), argumentando que enquanto não forem revogados os artigos do atual Código Civil, ainda permanece o referido instituto da separação no nosso ordenamento jurídico: “a alteração foi no sentido de suprir os limites constitucionais referentes a prazos para a obtenção do divórcio. Logo, a supressão desses prazos, por si só, não tem força de eliminar do sistema a possibilidade da separação judicial”.⁴⁴

A realidade é que a Emenda Constitucional 66/2010 eliminou a única referência que se fazia à separação judicial. “Não se limitou a suprir os prazos, senão também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 203.

⁴² CARNEIRO, Sergio Barradas. Proposta de Emenda à Constituição n 33 de 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Divorcio.pdf> Acesso em 23 de out. de 2011.

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282.

⁴⁴ SILVA, Marcos da. A reforma constitucional do divórcio: um silêncio eloquente. Jus Navegandi, Teresina, ano 15, n. 2684, 6 nov. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/17762/a-reforma-constitucional-do-divorcio-um-silencio-eloquente>>. Acesso em: 10 de nov. de 2011.

divórcio por conversão”.⁴⁵ Não podem subsistir normas que são incompatíveis com a Constituição Federal, como no caso do artigo 1.580 do Código Civil, que trata da conversão da separação judicial em divórcio. A conversão da separação judicial em divórcio perdeu a sua razão de existência.

A interpretação sistemática parte do pressuposto que uma lei deve ser interpretada em conjunto com outras normas que fazem parte do mesmo contexto normativo, ou seja, uma lei não existe isoladamente. Segundo Norbert Bobbio, “uma norma existe como norma jurídica, ou é juridicamente válida, enquanto pertence a um ordenamento jurídico”.⁴⁶ A Constituição Federal está no ponto hierárquico mais privilegiado em nosso ordenamento jurídico. Dizer que o instituto da separação judicial ainda prevalece no Código Civil é o mesmo que afirmar que a Constituição não tem força revogatória. De acordo com Hans Kelsen, existem normas que têm como função anular uma outra norma jurídica: “(...) normas jurídicas derogativas, normas estas que possuem, precisamente, o conteúdo para anular outra norma jurídica”.⁴⁷ Sob essa mesma ótica, Paulo Lôbo entende que, “sejam as normas constitucionais regras ou princípios, não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram”.⁴⁸

A alteração constitucional oriunda da Emenda Constitucional 66/2010 mostra uma maior liberdade e autonomia na vida privada dos casais, sem a interferência do Estado, além de extinguir a duplicidade de sistemas (separação e divórcio) do ordenamento jurídico. Os cônjuges não precisam mais apresentar qualquer motivo que justifique o fim da vida em comum, nem expor seus dramas íntimos nos tribunais, basta que tenham um único objetivo em comum: o fim do vínculo matrimonial. A nova emenda constitucional tem como fim social, “(...) permitir, sem empecilhos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges,

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 207.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 1 ed. São Paulo: Polis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 60.

⁴⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito. 1 Ed. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2001.p. 31.

⁴⁸ LÔBO, Paulo. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acessado em 20 de nov. de 2011.

que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo, e sem precisar declinar os motivos”.⁴⁹

A verdade é que o instituto da separação judicial foi banido do sistema jurídico, “(...) perdeu sua razão lógica de existência”.⁵⁰ A Constituição Federal deixou de tutelar esse instituto, desaparecendo, também, a dissolução do vínculo conjugal, de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010. A Constituição Federal de 1988 passou a dar uma maior importância à dignidade da pessoa humana, sendo mais relevante a felicidade dos cônjuges.

2.2 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

Ao ser revogado o artigo 226, § 6º da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 66 de julho de 2010, o legislador teve como objetivo extinguir o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico, uma vez que nada mais justificava o dualismo (separação e divórcio) no sistema jurídico atual. “Conseqüentemente, deixou de existir o requisito de dois anos para o divórcio - que agora pode ser promovido a qualquer tempo após o registro do casamento - e a exigência de causa subjetiva e objetiva para a dissolução do casamento”.⁵¹

Portanto, o novo texto constitucional veio confirmar o que a doutrina e a jurisprudência já haviam constatado: não havia mais o porquê da existência de dois sistemas no ordenamento jurídico, sendo que na maioria dos casos os separados judicialmente almejam o divórcio, conforme entende Rogério José Ferraz Donnini: “(...) diante do fato de que na esmagadora maioria dos casos aqueles que se separam buscam o divórcio ou permanecem nessa situação por motivos financeiros, não há qualquer sentido em se manter o instituto da separação”.⁵²

⁴⁹ LÔBO, Paulo. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 20 de nov. de 2011

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio. 2 Ed. Rio de Janeiro: GZ. 2010, p. 28.

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 287.

⁵² DONNINI, Rogério José Ferraz. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de Família no Novo

Desde o Código Civil de 1916, passando pela Lei do Divórcio de 1977, onde houve apenas uma alteração terminológica, o desquite passou a ser chamado de separação, como o é até os dias atuais. Devido à influência religiosa no Estado brasileiro, manteve-se o sistema dualista de rompimento do vínculo conjugal. Com o passar do tempo, verificou-se que esse sistema “não mais se justificava, pois a tendência observada nos ordenamentos jurídicos ocidentais é a de que o Estado deixe de interferir na vida privada e na intimidade dos cidadãos”.⁵³ Segundo Paulo Lôbo, não fazia mais sentido a manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico:

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos é iniciada ou concluída amigavelmente, (...) 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.⁵⁴

Desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais, a sociedade evoluiu, todavia manteve-se, desde então, a separação judicial no ordenamento jurídico. Nada mais justificava a existência deste instituto, já que tanto os valores morais quanto os religiosos que justificavam a existência do desquite em 1916 não são mais os mesmos na sociedade atual. A separação judicial para a doutrina é vista como um caminho desgastante para se chegar até o divórcio, Segundo César Leandro de Almeida Rabelo:

Não é aceitável que em pleno o século XXI os cônjuges se obriguem a permanecer casados por questões meramente morais, religiosas ou sociais, tampouco, que mantenham qualquer vínculo apenas para aguardar do transcurso de tempo necessário entre a separação e a possibilidade da conversão em divórcio, por simples exigência legal.⁵⁵

Milênio. Dissolução do vínculo conjugal: divórcio e suas modalidades- A proposta de emenda à Constituição para extinção da separação. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 323.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 206.

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 288.

⁵⁵ RABELO, César Leandro de Almeida. Separação e a emenda constitucional 66 de 2010: Incompatibilidade Legislativa. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Separação%20EC%2066_2010.pdf> Acesso em 22 de març. de 2012.

A alteração constitucional que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, através da emenda 66 de 2010, extinguiu o lapso temporal antes exigido pela lei para a conversão em divórcio, extinguindo-se conseqüentemente o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial, igualmente exigido para a obtenção do divórcio.

A separação judicial perdeu sua razão lógica de existência, uma vez que o seu sentido jurídico era a conversão em divórcio. Agora, para os cônjuges que desejarem romper o vínculo conjugal, independentemente de haver litígio, a única possibilidade que está prevista no ordenamento jurídico é o divórcio.

Outra alteração da emenda constitucional é o fim da discussão da culpa, tanto criticada pela doutrina. No divórcio não se discutem as causas referentes ao fim do matrimônio e com a extinção da separação judicial não cabe mais a culpa ser perquirida como causa da dissolução conjugal. A culpa pode ser discutida em uma ação indenizatória de danos morais e materiais. Uma das críticas sobre a indicação de um culpado pelo fim do casamento é “(...) por ser algo que apenas gera uma injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo”.⁵⁶

A emenda constitucional trouxe a possibilidade dos casais se divorciarem a qualquer tempo, sem qualquer impedimento, sem a necessidade de apontar as causas da separação, nem de cumprir qualquer lapso temporal e sem qualquer influência do Estado na esfera privada.

Nada mais justificava a existência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

O divórcio é a medida jurídica, (...) que dissolve integralmente o casamento, atacando, a um só tempo a sociedade conjugal (isto é os deveres recíprocos e o regime de bens) e o vínculo nupcial formado (ou seja, extinguindo a relação jurídica estabelecida) (...).⁵⁷

⁵⁶ SIMÃO, José Fernando. TARTURCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 6 Ed. São Paulo: Método. 2011, p. 207.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 356.

Através da alteração constitucional oriunda da Emenda 66 de 2010, o instituto da separação foi excluído do ordenamento jurídico. Observa-se que a única via possível para o fim do casamento é o divórcio. “Em razão da nova redação do § 6 do art. 226 da Constituição, há três tipos de divórcios: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; c) divórcio extrajudicial consensual.”⁵⁸

Outra importante consequência apontada com a extinção da separação judicial é a celeridade processual, possibilitando uma maior economia entre as partes, já que não há a necessidade de se cumprir dois procedimentos, separação e divórcio.

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 baseia-se “no princípio da interferência mínima do Estado na autonomia privada, na intimidade e liberdade do indivíduo.”⁵⁹ O indivíduo passou a ter autonomia na sua vontade. Ninguém mais é obrigado a manter uma relação onde não existe mais amor, apenas por obediência ao Estado.

2.3 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em razão da alteração constitucional oriunda da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, o instituto da separação judicial foi extinto do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da Constituição Federal não ter excluído expressamente em seu texto o instituto da separação judicial, é possível afirmar sua extinção, uma vez que os artigos que dela tratam no Código Civil foram revogados, conforme entende grande parte da doutrina.

De acordo com os ensinamentos de Norberto Bobbio, “uma norma existe como norma jurídica, ou é juridicamente válida, enquanto pertence a um ordenamento jurídico”.⁶⁰ A partir do momento em que foi alterado o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, a separação judicial deixou de ser tutelada pela Carta

⁵⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 154.

⁵⁹ RABELO, César Leandro de Almeida. SEPARAÇÃO E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010: Incompatibilidade Legislativa. Disponível em : <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Separação%20EC%2066_2010.pdf> Acesso em: 22 de març. de 2012.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 1 ed. São Paulo: Polis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 93.

Magna, já que se admite apenas a dissolução do vínculo conjugal. “Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição (...)”.⁶¹

Como o instituto da separação judicial pode vigorar no ordenamento jurídico, se com a alteração constitucional perdeu por completo sua validade jurídica, uma vez que, que se tornou incompatível com o disposto no art. 226, § 6º. A norma hierarquicamente superior prevalece no ordenamento: “(...) em todo o ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas.”⁶² No momento da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, a separação judicial foi automaticamente revogada do ordenamento jurídico.

Uma norma não pode ser interpretada, muito menos aplicada em desconformidade com seu contexto normativo. É inaceitável que uma norma infraconstitucional prevaleça sobre uma norma expressa na Constituição e que o poder revogatório desta não seja suficiente o bastante. O ordenamento jurídico segue um “critério hierárquico, chamado também de *lex superior*. É aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior : *lex superior derogat inferior*”.⁶³

Conforme Paulo Lôbo, e orientação por parte da doutrina e jurisprudência:

A Constituição revoga a legislação infraconstitucional antecedente, tanto a Constituição originária quanto a emenda constitucional. Diz-se, igualmente, que a norma constitucional não recepcionou as normas infraconstitucionais com ela incompatíveis.⁶⁴

A partir da alteração do § 6º do artigo 226 da Constituição foram revogados os demais artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. O artigo 1.571 do Código Civil de 2002 prevê as causas terminativas da sociedade e do vínculo conjugal: morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. “Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial,

⁶¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 Ed. São Paulo:Saraiva. 2011, p. 152

⁶² BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 2 Ed. São Paulo: Edipro. 2003, p. 47.

⁶³ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 1 ed. São Paulo: Polis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 93

⁶⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 Ed. São Paulo:Saraiva. 2011, p. 164

cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo (...).⁶⁵

O artigo 1.571 do Código Civil perdeu seu sentido já que a separação judicial, era a única hipótese que não alcançava diretamente a dissolução do vínculo matrimonial, foi extinta do sistema jurídico através da Emenda Constitucional nº 66/2010. “Desapareceu o discrimine entre dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, uma vez que a dissolução do casamento pelo divórcio – única forma admitida – engloba as duas hipóteses”.⁶⁶

A possibilidade de cominação da culpa pelo fim do casamento foi introduzida em nosso sistema a partir do Código Civil de 1916. Na Constituição de 1988 a culpa teve sua aplicabilidade mais restrita na esfera da separação judicial, em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar de o Código Civil de 2002 admitir a discussão da culpa pelo término da relação conjugal nos casos de separação litigiosa, como dispõe o artigo 1.572, grande parte da doutrina e da jurisprudência já entendiam que não se justificava a imposição de um culpado pelo fim da relação matrimonial.

Com a Emenda Constitucional 66/2010 a necessidade de apontar um culpado pelo fim casamento foi banida definitivamente do sistema jurídico, juntamente com o instituto da separação judicial. “A inovação constitucional impede a discussão sobre a culpa, uma vez que a ação de divórcio não a admite e a separação de direito deixou de existir”.⁶⁷ A culpa ainda pode ser discutida, caso haja sua ocorrência, em uma ação indenizatória por danos materiais e morais.

Observa-se que se tornou incabível a discussão dos motivos que levaram ao fim do relacionamento. Segundo Maria Berenice Dias, “persiste somente a possibilidade de ocorrer o achatamento dos valores dos **alimentos**, se restar comprovado que a situação de necessidade resultou da “culpa” de quem os

⁶⁵ LÔBO, Paulo. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 20 de Nov. de 2011.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 213.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 212.

pretende”.⁶⁸ No entanto, essa “culpa” não deve ser confundida com a culpa de quem deu ensejo à separação. Esta está derogada do ordenamento jurídico, juntamente com os artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil.

Com o fim do instituto da separação não existe mais a punição ao cônjuge considerado culpado pela insuportabilidade da vida em comum, da perda do direito de usar o sobrenome do outro cônjuge. Extinguindo-se o artigo 1.578 do Código Civil, bem como o artigo 1.580, que regulamentava o divórcio por conversão da separação judicial.

Por meio da Emenda Constitucional nº 66/2010, como ressaltado anteriormente, foi retirado do texto constitucional a exigência, para o divórcio, do requisito temporal e da prévia separação. Até a aprovação da referida emenda existiam separações judiciais em andamento. Restava então a dúvida se essas ações de deveriam ser convertidas para o divórcio ou se seriam extintas sem julgamento de mérito.

Segundo Gonçalves, “as pessoas já separadas ao tempo da promulgação da emenda em epígrafe não podem ser consideradas divorciadas. Permanecem na condição de separadas, até que promovam o divórcio direto (...)”.⁶⁹ Para a conversão da separação em divórcio deve haver a iniciativa de uma das partes, não havendo necessidade de cumprirem qualquer prazo, “mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas.”⁷⁰ Porém, não existe a possibilidade da conversão da separação automaticamente para o divórcio. Pablo Stolze defende que uma nova norma não tem o condão de modificar automaticamente uma “situação jurídica perfeitamente consolidada, segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica”.⁷¹

Com a extinção da separação como requisito para a concessão do divórcio, as ações de separação judicial em curso perderam seu objeto. Conforme o

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 335. (grifo no original)

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 219.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 219.

⁷¹ STOLZE, Pablo. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>> Acesso em: 20 de Nov. de 2011.

artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, “os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC art. 267, inc. VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico.”⁷² Ada Pellegrine defende que “(...) às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, uma vez já excluído *a priori* pelo ordenamento jurídico, sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto.”⁷³

Entende-se que, devido ao princípio da razoabilidade, antes da extinção do processo sem resolução do mérito deve ser observada a vontade das partes, afim de propiciar uma chance para que aqueles que entraram com a ação de separação judicial antes do advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, possam adaptar seus pedidos para requerer o divórcio direto.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 e com o fim do instituto da separação judicial, desapareceu também o divórcio por conversão. Restaram, assim, no ordenamento jurídico, três modalidades de divórcio: divórcio judicial litigioso, divórcio judicial consensual e divórcio extrajudicial consensual.

As questões que se referem à guarda dos filhos, alimentos e partilha dos bens poderão ser discutidas, mas não influenciam em nada na decretação do divórcio. Permanece inalterada a regra do artigo 1.581 do Código Civil, onde “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”⁷⁴, podendo ser aplicado no caso do divórcio direto.

O divórcio judicial litigioso é aplicado nos casos onde existe “ausência de acordo dos cônjuges sobre a própria separação (se um quer, mas outro não) ou sobre alguma ou todas as questões essenciais, que são potencialmente conflituosas”.⁷⁵ Não há discussão sobre as causas da separação. “Na pretensão a alimentos, discutir-se-á apenas a necessidade do postulante e a possibilidade do outro cônjuge de pagar pensão pretendida, sem perquirição de culpa.”⁷⁶ A guarda

⁷² DIAS, Maria Berenice. EC 66/10-e agora? Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>> Acesso em: 20 de Nov. de 2011.

⁷³ PELEGRINE, Ada. Teoria Geral do Processo. 24 Ed. São Paulo: Malheiros Editora. P. 276.

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

⁷⁵ LÔBO, Paulo. Famílias. 4 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 155.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 220.

dos filhos é analisada com base em qual dos cônjuges revela melhor condição para exercê-la.

O divórcio judicial consensual pode ser aplicado nos casos em que os cônjuges estão de acordo com as questões pertinentes ao divórcio, porém não podem se valer do divórcio extrajudicial, por terem filhos menores, por exemplo. O divórcio extrajudicial é regido pela Lei nº 11.441/2007, que admite a dissolução consensual do casamento por escritura pública, sem a participação do Ministério Público e do juiz. O procedimento do divórcio consensual é o adotado nos artigos 1.120 aos 1.124 do Código de Processo Civil por força do § 2º do artigo 40 da lei 6.515/77.

Na separação judicial havia a possibilidade de reconciliação: “para quem se encontra separado judicialmente persiste a possibilidade de restabelecer a sociedade conjugal mediante requerimento formulado nos autos da ação de separação (CC 1.577 e LD 46)”.⁷⁷ No entanto, caso o casal tenha se divorciado e queira constituir novamente o matrimônio, não há a possibilidade de se restabelecer a sociedade conjugal, a não ser mediante um novo casamento. Assim entende Caio Mário: “(...) o divórcio é incompatível com a formalidade administrativa da reconciliação. O divórcio põe termo ao casamento. Se os cônjuges quiserem restabelecer a união conjugal, só poderão fazê-lo mediante novo casamento”.⁷⁸ Com o fim da separação judicial no ordenamento jurídico extingui-se também a possibilidade de reversão do casamento. Agora os divorciados que almejam a reconciliação tem a opção de se casar de novo.

Com a alteração da constituição e o conseqüente fim do instituto da separação judicial não cabe mais falar em conversão da separação em divórcio, já que os separados judicialmente podem pedir, a qualquer tempo, a decretação do divórcio, sem a necessidade de aguardar qualquer decurso de prazo.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 333.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 294.

3. JURISPRUDÊNCIA E EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

3.1 JURISPRUDÊNCIA A FAVOR DA EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO

A grande discussão acerca da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 é se o instituto da separação judicial ainda prevalece no ordenamento jurídico ou se foi extinto. Grande parte da doutrina sempre defendeu a desnecessidade do instituto da separação, uma vez que o dualismo (separação e divórcio) não tinha mais espaço no ordenamento jurídico. A Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, excluindo de sua redação o instituto da separação, foi comemorada por aqueles que sempre defenderam a extinção da separação judicial.

Paulo Lôbo defende a alteração constitucional, demonstrando que a separação judicial era um instituto falido tanto para o ordenamento jurídico brasileiro, quanto para a sociedade, que passou a não aceitar o intervencionismo estatal em sua vida particular:

No plano da interpretação teológica, indagam-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empecilhos e sem intervenção estatal na vida dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo sem precisar declinar os motivos. (...) 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?⁷⁹

Com o fim da separação judicial vieram também diversos benefícios, tanto jurídicos, uma vez que o divórcio desfaz não apenas a sociedade conjugal como o vínculo matrimonial, como econômicos, já que evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.⁸⁰

⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração Constitucional e suas consequências. IBDFAM. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629> > Acesso em :11 abr. 2012.

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já entende que a alteração constitucional do § 6º do artigo 226 da Constituição extinguiu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 - DIVÓRCIO DIRETO - PARTILHA - NOME.

1. A competência das varas de família (art. 27, da Lei 11.697/08 (LOJDFT) não contempla a demanda de indenização por dano moral supostamente causado por um cônjuge ao outro, estando a matéria afeta à competência das varas cíveis. Precedentes TJDFT.

2. Após a EC 66/10 não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja o direito à ruptura do vínculo conjugal.

3. É possível a alteração, em segundo grau de jurisdição, da ação de separação judicial em ação de divórcio, quando verificado que as partes manifestam o seu interesse em por fim ao casamento.

4. Essa alteração também é cabível quando verificado que atende aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economia processual, efetividade da prestação jurisdicional e por se tratar de demanda que envolve direito de família, o que, naturalmente, enseja desgaste emocional e psicológico das partes envolvidas, não sendo viável a simples extinção do processo sem resolução do mérito para que haja a sua repositura.

5. Os bens, cuja existência e propriedade foram devidamente comprovados, devem ser partilhados na razão de 50 % (cinquenta por cento) para cada parte.

6. Deve ser suspensa a exigibilidade dos ônus da sucumbência se a parte é beneficiária da gratuidade de justiça.

7. Negou-se provimento ao agravo retido e deu-se parcial provimento ao apelo da autora para suspender a exigibilidade dos ônus da sucumbência e decretar o divórcio do casal, com a manutenção do nome de casada da autora e a partilha dos bens no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada, nos termos contidos no voto do relator. (Acórdão n. 575942, 20080110004768APC, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 21/03/2012, DJ 30/03/2012 p. 100) (Grifo nosso)⁸¹

No caso acima, a autora ajuizou em 07/01/2008 ação de separação litigiosa c/c com indenização por danos morais contra o réu, postulando entre outras coisas: a procedência da ação com a decretação da separação judicial do casal, mediante o reconhecimento de culpa do réu, haja vista o reconhecimento do relacionamento extraconjugal por ele mantido. Em sua contestação, o réu alegou

⁸¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração na Apelação Cível 20080110004768, Relator Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível. Julgado em 21/03/2012. DJ 30/03/12. p. 100.

que a separação de fato já havia ocorrido há mais de dois anos e, por tal razão, deveria ser decretado o divórcio.

Em 09/12/2010, a MM. Juíza oportunizou à autora a adaptação do pedido de separação judicial em divórcio, em razão da entrada em vigor da EC/66, que conferiu nova redação ao art. 226, § 6º da CF.

A autora afirmou que não era possível a adaptação de seu pedido inicial ao novo sistema constitucional, convertendo-o em pedido de decretação de divórcio, pois o pedido é mais amplo, ao englobar também o reconhecimento de culpa do réu pela separação, em razão de adultério, com a conseqüente condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

Na sentença o juiz, tendo em vista o não cumprimento pela autora da determinação de adaptação do pedido inicial ao novo sistema constitucional, julgou extinto o processo sem resolução do mérito. Inconformada com a decisão, a autora apelou, afirmando que, independente da EC/66, deveria ter o direito subjetivo de ver apreciado seu pedido de reparação de danos morais.

O relator em seu voto afirmou que é incabível a decretação da separação judicial, uma vez que esse instituto foi extinto do ordenamento jurídico a partir da decretação da Emenda 66/2010, conforme entendimento majoritário da doutrina. Nesse mesmo sentido, citou ainda o entendimento do eminente Desembargador Arnaldo Camanho de Assis:

O confronto desse novo dispositivo constitucional com o antigo (...) evidencia que a nova ordem constitucional não apenas suprimiu o instituto da "separação judicial", mas, além disso, extinguiu a necessidade de fluência de prazo para o pedido de divórcio. Trata-se de norma constitucional de eficácia plena, que, exatamente por isso, torna desnecessária a edição de qualquer ato normativo de categoria infraconstitucional para que possa produzir efeitos imediatos.⁸²

A doutrina entende que, assim como a separação judicial, a culpa também foi banida do ordenamento jurídico. Conforme demonstrado, não há mais a necessidade de se apontar um culpado pelo fim da relação. Dessa forma, entende Carlos Roberto Gonçalves que "a inovação constitucional impede a discussão sobre

⁸² ASSIS, Arnaldo Camanho de. Questões práticas sobre a repercussão da EC n 66/2010 nos processos em andamento. IBDFAM. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>. > Acesso em: 11 de abr. de 2012.

a culpa, uma vez que a ação de divórcio não a admite e a separação de direito deixou de existir”.⁸³

A culpa pode ser discutida, especificamente, nos processos de anulação de casamento, para se aferir possíveis vícios de vontade de um dos contratantes.⁸⁴ Em qualquer outra situação, como as elencadas nos artigos 1.571 a 1.573 do Código Civil, agora revogados, deve-se discutir a existência de culpa em uma ação indenizatória de danos morais e materiais, independentemente da ação de divórcio.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 vem sendo aplicada pelo Judiciário, não sendo mais utilizada a separação judicial. Outro julgado onde se menciona novamente a impossibilidade de arguição da separação, ante a Emenda 66/2010:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIVÓRCIO DIRETO. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. SEPARAÇÃO DE FATO COMPROVADA POR PROVA DOCUMENTAL. DECLARAÇÃO DE TESTEMUNHAS (COM FIRMA RECONHECIDA EM CARTÓRIO) EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. APLICAÇÃO IMEDIATA. 1. Não se mostra necessária a realização de audiência de ratificação em ação de divórcio direto quando os elementos de convicção produzidos nos autos, notadamente a declaração de testemunhas (com firma reconhecida em cartório) evidenciam de forma clara a separação de fato do casal pelo lapso temporal exigido na lei, agregados ao fato de que os interessados, categoricamente, manifestam-se pela dissolução do vínculo matrimonial. 1.1. Ao demais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou § 6º do artigo 226, da Carta Magna, restou abolida a prévia separação como requisito para o divórcio, e ao mesmo tempo eliminado qualquer prazo para se requerer o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). 1.2. Mesmo que a ação tenha sido proposta antes do início da vigência do citado diploma constitucional, nada obsta sua aplicação, na medida em que a norma constitucional tem eficácia imediata, sendo certo que os processos em curso devem se adaptar à novel realidade constitucional. 2. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n. 503295, 20090710344608APC, Relator JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, julgado em 14/04/2011, DJ 13/05/2011 p. 129) (Grifo nosso)⁸⁵

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 212.

⁸⁴ ASSIS, Arnaldo Camanho de. Questões práticas sobre a repercussão da EC n 66/2010 nos processos em andamento. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>> Acesso em 11 de abr. de 2012.

⁸⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação 2009 07 1 034460-8 APC - 0023883-71.2009.807.0007 (Res.65 - CNJ), Relator João Egmont, 5ª Turma Cível. Julgado 14/04/2011. DJ 13/05/2011. p. 129.

No caso em tela, foi ajuizada uma ação de divórcio consensual, onde as partes alegam o decurso do prazo previsto na Constituição Federal, com redação anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 66 de 2010. Na petição inicial as partes acordaram sobre a guarda da filha menor, o direito de visitas e os alimentos a ela destinados; declararam inexistência de bens móveis ou imóveis a serem partilhados; dispensaram alimentos reciprocamente, além de ter a mulher optado por retornar a usar seu nome de solteira.

Conforme despacho do juiz, foi determinada a juntada de declarações de duas testemunhas, com firma reconhecida, a fim de comprovar o tempo de separação do casal. As declarações foram juntadas pelas partes. O representante do Ministério Público requereu a realização de audiência de ratificação. Em seguida, sobreveio a sentença de procedência do pedido, sendo decretado o divórcio das partes. Inconformado o Ministério Público apelou, alegando que a sentença é nula, uma vez que não fora realizada a audiência de ratificação, prevista no artigo 40, § 2º da Lei 6.515/77. Sustenta, ainda, que as declarações juntadas nos autos não esclarecem se houve tentativa de reconciliação do casal.

O Relator, em seu voto, entendeu que a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 não tenha ab-rogado o inciso III, § 2º, artigo 40, da lei 6.615/77, mas unicamente derogado as disposições sobre prazo e produção de prova testemunhal.

O Revisor, contrariamente ao voto do relator, entendeu que as declarações colacionadas aos autos são suficientes para demonstrar o preenchimento do lapso temporal alusivo à separação do casal, de modo afastar a obrigatoriedade da realização da audiência de ratificação, além de primar pela celeridade e economia processual. Destaca ainda, que a nova redação do § 6, do artigo 226 da Constituição Federal aboliu a prévia separação como requisito para o divórcio e ao mesmo tempo eliminou qualquer prazo para requerer o divórcio. O Vogal acompanhou o voto do Revisor.

O fato da ação de divórcio ter sido proposta antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010 não impede a sua aplicação, uma vez que a norma constitucional tem eficácia imediata e os processos em curso devem se adaptar a nova realidade. Paulo Lôbo afirma que “a constituição revoga a legislação

infraconstitucional antecedente, tanto a constituição originária quanto a emenda constitucional”.⁸⁶ Uma norma não pode ser interpretada, muito menos aplicada, em desconformidade com seu texto normativo.

Nessa mesma linha, vale ressaltar que as normas de natureza infraconstitucional devem ser compatibilizadas com as normas de ordem constitucional. Conforme o respeitado filósofo Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico segue um “critério hierárquico, chamado também de *lex superior*. É aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior : *lex superior derogat inferior*”.⁸⁷

A alteração constitucional oriunda da Emenda Constitucional nº 66/2010 pôs fim a exigência do lapso temporal antes exigido pela lei para a conversão em divórcio e, também, extinguiu o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial, igualmente exigido para a obtenção do divórcio. Carlos Roberto Gonçalves é categórico com relação à alteração constitucional ao dizer que “não se limitou a suprir os prazos, senão também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão”.⁸⁸

Com a alteração constitucional, além de o lapso temporal ter sido extinto, não se fala mais em nenhum requisito antes exigido na separação judicial, como a indicação de testemunhas, para a comprovação do decurso de prazo, conforme entendimento de Maria Berenice Dias:

Na via judicial nenhum fundamento precisa ser declinado para a propositura da ação de divórcio. Não mais se faz necessária a indicação de testemunhas que serviam para comprovar o decurso do prazo de separação de fato por dois anos.⁸⁹

Mesmo antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010 a prova oral produzida em audiência para a comprovação do lapso temporal já havia sendo substituída pela prova escrita, conforme afirma Rolf Madaleno:

⁸⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 164

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 1 ed. São Paulo: Polis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 93

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 207

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já! : Comentários à Emenda Constitucional 66 de 13 de julho de 2010. 1 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

(...) tem sido prática concorrente dos juizados de família a substituição da prova oral produzida em audiências especialmente designada para comprovar o lapso temporal do prazo bienal de separação de fato pela prova escrita, consistente em declarações assinadas por terceiros, com suas firmas autenticadas, ou simplesmente reconhecidas (...).⁹⁰

A Emenda Constitucional nº 66/2010 foi uma forma de o Estado deixar de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos conjugais, quando não mais existem vínculos afetivos⁹¹. Além de ser uma forma de desafogar o Judiciário, já que não se faz necessário o lapso temporal antes exigido no instituto da separação judicial, a Emenda 66/2010 prima pela celeridade e economia processual.

Outro julgado, também do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que demonstra a extinção do instituto da separação judicial e a aplicação direta da Emenda Constitucional nº 66 de 2010:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIVÓRCIO DIRETO. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. SEPARAÇÃO DE FATO COMPROVADA POR PROVA DOCUMENTAL. DECLARAÇÃO DE TESTEMUNHAS (COM FIRMA RECONHECIDA EM CARTÓRIO) EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. APLICAÇÃO IMEDIATA. 1. Não se mostra necessária a realização de audiência de ratificação em ação de divórcio direto quando os elementos de convicção produzidos nos autos, notadamente a declaração de testemunhas (com firma reconhecida em cartório) evidenciam de forma clara a separação de fato do casal pelo lapso temporal exigido na lei, agregados ao fato de que os interessados, categoricamente, manifestam-se pela dissolução do vínculo matrimonial. 1.1. Ao demais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou § 6º do artigo 226, da Carta Magna, restou abolida a prévia separação como requisito para o divórcio, e ao mesmo tempo eliminado qualquer prazo para se requerer o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). 1.2. Mesmo que a ação tenha sido proposta antes do início da vigência do citado diploma constitucional, nada obsta sua aplicação, na medida em que a norma constitucional tem eficácia imediata, sendo certo que os processos em curso devem se adaptar à novel realidade constitucional. 2. Recurso conhecido e desprovido.(Acórdão n. 503295,

⁹⁰ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 334.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.

20090710344608APC, Relator JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, julgado em 14/04/2011, DJ 13/05/2011 p. 129) (Grifo nosso)⁹²

Em resumo, a parte autora da ação afirma que em 27/11/2001 foi decretada a sua separação judicial, alegando ainda que, em face do transcurso de tempo de mais de um ano da separação, esta deveria ser convertida em divórcio, nos termos do artigo 1.580 do Código Civil. Por tal razão, em 05/02/2010 ajuizou ação de conversão de separação judicial em divórcio.

A juíza julgou procedente o pedido, decretando o divórcio das partes. Não conformada com a sentença, a requerida, em sua apelação, alega que a separação judicial não pode ser convertida em divórcio, nos termos do artigo 36, II, da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), porque o autor está descumprindo suas obrigações assumidas na separação, em relação ao pagamento de pensão alimentícia à filha menor do casal.

Foi negado provimento ao apelo, nos seguintes termos: a Emenda Constitucional nº 66/2010, que suprimiu o requisito de anterior separação judicial para o divórcio, tem aplicação imediata, não sendo necessário aguardar o decurso de um ano após a separação para sua conversão em divórcio. Ressalta-se que a cobrança da pensão alimentícia devida à filha do casal deve ser feita na via própria, conforme consignado pelo juízo de primeira instância.

Verifica-se no caso que, apesar de a sentença ter observado o decurso de prazo estipulado no Código Civil, não é mais necessário observar o prazo de um ano entre a separação e conversão em divórcio, em face da Emenda Constitucional nº 66/2010.

A alegação da apelante que a separação judicial não pode ser convertida em divórcio, nos termos do artigo 36, II, da Lei 6.515/77 é infundada, uma vez que a Emenda Constitucional nº 66/2010 tem aplicação imediata, inclusive nos processos em andamento de conversão da separação em divórcio. Para Maria Berenice Dias, “tendo um dos separados buscado a via judicial para a decretação do divórcio, nada

⁹² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 20100110129832, Relator Sérgio Rocha, Revisora Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível. Julgado em 10/08/2011 DJ 22/08/2011. p. 79.

mais justifica obstaculizar sua concessão, ainda que não haja a concordância do demandado”.⁹³

A questão dos alimentos deve ser discutida em ação na via própria. Independentemente, a discussão de alimentos e partilha de bens não influencia em nada a decretação do divórcio. São “mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas”.⁹⁴

Resta claro que, assim como a doutrina, o Judiciário também tem entendido pela aplicação imediata da Emenda Constitucional nº 66/2010. Além do fato de que a extinção da separação judicial, conseqüentemente, acarretou tanto para o Judiciário, como para as partes envolvidas, uma maior economia e celeridade processual.

3.2. JURISPRUDÊNCIA CONTRÁRIA À EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Embora o entendimento majoritário seja pela extinção da separação judicial, há ainda quem defenda a possibilidade de tal instituto no ordenamento jurídico. O Tribunal de Justiça do Rio do Sul, no presente julgado, defende a não revogação da separação pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, acreditando ser viável a pretensão de obter a separação judicial:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo

⁹³ DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já! : Comentários à Emenda Constitucional 66 de 13 de julho de 2010. 1 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 219.

matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70041298191, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/02/2011) (Grifo nosso)⁹⁵

No presente julgado ocorreu irresignação das partes com a decisão que determinou que o Cartório desse a elas ciência da conversão das respectivas ações de separação e conversão de separação em divórcio, nos autos da ação por eles proposta.

Sustentam os recorrentes a pretensão de que a dissolução se dê pela forma de separação consensual, tendo em vista a boa convivência existente entre as partes e o longo tempo em que mantiveram a sociedade conjugal. Pretendem que a ação prossiga como separação consensual, na forma como foi ajuizada.

O relator em seu voto opta pela não revogação da norma infraconstitucional, defendendo que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como a sociedade conjugal, estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial.

Nesse mesmo sentido, há alguns autores que defendem que o instituto da separação judicial, não seja mais necessário para a decretação do divórcio. Para Luiz Felipe Brasil Santos, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, "(...) 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".⁹⁶

Embora a Emenda nº 66/2010 tenha alterado o texto constitucional, eliminando o instituto da separação, ainda defende-se a dicotomia do instituto da separação judicial e do divórcio no ordenamento jurídico:

⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70041298191. 7 Câmara Cível. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado 18/02/2011.

⁹⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do divórcio: cedo para comemorar. Disponível em : <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso em 26 de abr. de 2012.

A alteração foi no sentido de suprir os limites constitucionais referentes a prazos para a obtenção do divórcio. Logo, a supressão desses prazos, por si só, não tem força de eliminar do sistema a possibilidade da separação judicial.⁹⁷

O fato é que a Constituição tem força revogatória e uma norma constitucional tem aplicação imediata. A discussão acerca da extinção da separação judicial fere os princípios norteadores da Constituição Federal. Entre eles os princípios da eficiência do texto constitucional e da força normativa da Constituição:

Ora manter-se a burocracia de exigência da prévia separação de direito, para o fim do casamento, com a concepção de um modelo bifásico (separação + divórcio), não traz a citada eficácia pretendida. Em outras palavras, (...) se mantido o instituto de separação de direito, o trabalho do reformador constituinte terá sido totalmente inútil e desnecessário.⁹⁸

No julgado citado, é levantada outra discussão, acerca da vontade das partes, que sustentam que a dissolução se dê pela forma da separação consensual e não pela aplicabilidade do divórcio direto, conforme prevê a Emenda Constitucional nº 66 de 2010. No entanto, a pretensão de ambos é o divórcio. Então não o que se falar da possibilidade da dissolução ocorrer através da separação judicial.

A questão seria diferente se as partes estivessem dispostas a desistir da ação de separação judicial para manterem-se casadas, no caso de arrependimento. Porém, não foi o que ocorreu. A doutrina é clara acerca do assunto: com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 os processos em curso de separação terão aplicação imediata, mesmo que não seja a vontade de uma das partes. No caso de arrependimento do divórcio, a questão pode ser resolvida rapidamente: basta a mera vontade das partes de se casarem novamente. “No divórcio, porque foi rompido o vínculo, somente com um novo casamento poderá ser restabelecida juridicamente a união conjugal”.⁹⁹

⁹⁷ SILVA, Marcos da. A reforma constitucional do divórcio: um silêncio eloquente. Jus Navegandi, Teresina, ano 15, n. 2684, 6 nov. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/17762/a-reforma-constitucional-do-divorcio-um-silencio-eloquente>>. Acesso em 10 de Nov de 2011.

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. Argumentos constitucionais para o fim da separação de direito. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=718>> Acesso em 26 de abr. de 2012

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 203.

Embora ainda exista a discussão acerca do fim do instituto da separação, tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência nos levam para um único entendimento: o fim da separação judicial.

CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 66/2010 gerou diversas mudanças no mundo jurídico e com as mudanças vieram juntas as dúvidas acerca da extinção do instituto da separação. Apesar do instituto ter sido excluído do texto constitucional, a insegurança jurídica gerada fez com que alguns ainda defendessem a permanência do instituto no ordenamento jurídico.

O assunto tornou-se de relevância indiscutível, tanto para o ordenamento jurídico como para o Direito de Família, uma vez que gerou uma profunda transformação nas normas norteadoras do divórcio.

A discussão gerada com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010 reflete as dúvidas que tal mudança gerou para o meio jurídico. A separação judicial foi o primeiro instituto do ordenamento jurídico brasileiro que desconstituiu a sociedade conjugal. E o divórcio, em contrapartida, sempre enfrentou uma resistência, principalmente por parte da Igreja. A alteração constitucional acirrou ainda mais a discordância entre os referidos institutos, uma vez que surgiu a possibilidade de se por fim a separação judicial.

Verificou-se nos capítulos desse presente estudo monográfico, a forte influência da Igreja e do Estado na vida dos particulares: o casamento durante anos foi considerado um vínculo eterno. O divórcio teve previsão no ordenamento jurídico somente em 1977, através da Lei do Divórcio. Ainda sim, havia uma forte resistência acerca de tal instituto.

A Constituição Federal de 1988 é regida por princípios constitucionais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, e foi a primeira constituição brasileira a tutelar o instituto do divórcio. Mas ainda sim, a separação judicial foi mantida, sendo necessária a comprovação do lapso temporal da separação judicial para a decretação do divórcio. Seria uma maneira de manter a influência do Estado na vida particular dos seus cidadãos.

A Emenda 66/2010 surgiu como uma maneira de impedir que o Estado se intrometesse na vida dos particulares, já que o fim de uma união é algo íntimo e sofrido para os que estão envolvidos. Com a extinção da separação, não é mais

necessário apontar um culpado pelo fim do casamento. Os dramas pessoais não são mais expostos nos tribunais.

O requisito temporal, antes exigido para a comprovação da separação judicial ou consensual, justificava-se como sendo uma última oportunidade de arrependimento por parte dos cônjuges. Agora não é mais exigido o cumprimento de nenhum lapso temporal para a obtenção do divórcio. Grande parte da doutrina defende essa alteração, já que a maioria dos casais que recorriam ao judiciário almejavam o divórcio e o requisito temporal só aumentava ainda mais seus anseios, uma vez que a separação judicial não rompia o vínculo conjugal, não libertando as partes para a constituição de um novo matrimônio.

É inegável que a sociedade evoluiu ao longo dos anos e o direito, como uma forma de acompanhar as mudanças e os anseios da sociedade, se vê diante de situações que exigem uma modificação na maneira de conduzir as normas. Ainda que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não tenha expressamente excluído a separação judicial do ordenamento, foi uma grande inovação para o Direito de Família.

É fato que mesmo que a maioria da doutrina defenda a extinção da separação judicial, ainda há quem diga que o referido instituto pode ser suscitado quando necessário, afirmando ficar a critério dos cônjuges optarem pela separação e não pelo divórcio. Defendem, ainda, que seria a única maneira do casal refletir sobre o que realmente desejam, uma vez que no divórcio não cabe arrependimento.

Outras dúvidas trazidas com a Emenda 66/2010 são com relação à questão dos filhos, alimentos, o uso do nome de casado e também a culpa. No que diz respeito aos filhos, a guarda é dada a quem possuir um melhor interesse sobre a prole; nos alimentos é verificada questão da necessidade-possibilidade; quanto ao nome de casado, a regra é que se retome o nome de solteiro; em relação à culpa, não se faz mais necessário a arguição de culpa pelo fim do casamento. Caso esta ocorra, deve-se ajuizar uma ação de danos morais e materiais, independentemente da ação de divórcio.

Verificou-se que a jurisprudência em sua maioria tem entendido pela aplicação imediata da Emenda Constitucional nº 66/2010. Os processos de

separação judicial que se encontravam em andamento antes da entrada em vigor da emenda têm sido convertidos em divórcio, bastando a anuência de uma das partes.

Os argumentos trazidos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, podem esclarecer os aspectos relevantes do novo divórcio, assim como as dúvidas que a Emenda Constitucional nº 66/2010 trouxe para o mundo jurídico. Fato é que o assunto ainda não se encontra pacificado. Apesar de grande parte de a doutrina defender a extinção da separação judicial, o tema continua incontroverso por envolver questões de cunho íntimo.

Conclui-se da presente exposição, que o instituto da separação judicial foi extinto, uma vez que a Emenda Constitucional nº 66/2010 deu uma nova redação ao § 6º, do artigo 226 da Constituição Federal, excluindo o lapso temporal antes necessário para a decretação do divórcio.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Arnaldo Camanho de. Questões práticas sobre a repercussão da EC n 66/2010 nos processos em andamento. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em 11 de abr. de 2012.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Manual de Direito Civil: Família e Sucessões. 1ª Ed. São Paulo: Método. 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Edipro. 2003.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 1ª ed. São Paulo: Polis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei n 3.071 de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10/11/2011.

BRASIL. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 10ª Ed. São Paulo: RT. 2002

CARNEIRO, Sergio Barradas. Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Divórcio.pdf> Acesso em: 23 de out. de 2011.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já! : Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos de Famílias. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

DIAS, Maria Berenice. EC 66/10 - e agora? Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>> Acesso em: 20 de nov. de 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação 2009 07 1 034460-8 APC - 0023883-71.2009.807.0007 (Res.65 - CNJ), Relator João Egmont, 5ª Turma Cível. Julgado 14/04/2011. DJ 13/05/2011. p. 129.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 20100110129832, Relator Sérgio Rocha, Revisora Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível. Julgado em 10/08/2011 DJ 22/08/2011. p. 79.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração na Apelação Cível 20080110004768, Relator Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível. Julgado em 21/03/2012. DJ 30/03/12. p. 100.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de Família no Novo Milênio. Dissolução do vínculo conjugal: divórcio e suas modalidades - A proposta de emenda à Constituição para extinção da separação. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. Atualizado por: RODRIGUES, Ricardo. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2001.

FARIAS, Cristiano Dias de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DE DIREITO DE FAMÍLIA. Direito de Família e Ciências Humanas. São Paulo: Jurídica Brasileira. 2000.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito. 1ª Ed. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Organizadores: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de família no novo milênio. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LÔBO, Paulo. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629> > Acesso em: 20 de nov. de 2011.

MADALENO, Rolf. Novos Horizontes no Direito de Família. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

PELEGRINE, Ada. Teoria Geral do Processo. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio. 2ª Ed. Rio de Janeiro: GZ. 2010.

RABELO, César Leandro de Almeida. Separação e a Emenda Constitucional 66 de 2010: Incompatibilidade Legislativa. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Separação%20EC%2066_2010.pdf> Acesso em: 22 de mar. de 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70041298191. 7. Câmara Cível. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado 18/02/2011.

SIMÃO, José Fernando. TARTURCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 6ª Ed. São Paulo: Método. 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do divórcio: cedo para comemorar. Disponível em : <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648> > Acesso em 26 de abr. de 2012.

SILVA, Marcos da. A reforma constitucional do divórcio: um silêncio eloquente. Jus Navegandi, Teresina, ano 15, n. 2684, 6 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17762/a-reforma-constitucional-do-divorcio-um-silencio-eloquente>> Acesso em: 10 de nov. de 2011.

STOLZE, Pablo. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635> > Acesso em: 20 de nov. de 2011.

TARTUCE, Flávio. Argumentos constitucionais para o fim da separação de direito. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=718> > Acesso em 26 de abr. de 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010.