

RAFAELA ROJAS BARROS¹

A SEPARAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Porto Alegre
2017**

¹ Rafaela Rojas Barros.

PPGD - UFRGS. Prof. Carlos Silveira Noronha.

Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-graduanda em Direito Processual Civil. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões na PUCRS e atuante na mesma área. Advogada no escritório Clóvis Barros Advogados. Endereço profissional: Rua Padre Chagas 66/508. Bairro Moinhos de Vento. CEP – 90570-080. Porto Alegre. Fone - 51. 3346.5026 e 99861.8891. E-mail: rafaela@clovisbarros.adv.br.

A SEPARAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL²

1. Introdução; 2. Algumas considerações sobre os institutos separação e divórcio; 2.1. O instituto da separação; 2.2. O instituto do divórcio; 3. As correntes divergentes sobre a manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro; 3.1. Fundamentos favoráveis; 3.2. Fundamentos contrários; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de junho de 2010, subsiste a discussão, permeada de polêmica, acerca da modificação ocorrida no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que deixou de condicionar o divórcio à prévia separação judicial ou de fato. Tal alteração permitiu que os cônjuges se divorciassem automaticamente, sem qualquer óbice. Parecia estar solvida, assim, a controvérsia que dizia com a abolição ou não da figura do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro – polêmica que voltou à tona no âmbito do Direito de Família nacional e será tratada neste trabalho.

Acerca desse cenário, surgiram várias correntes, entre as quais a que entende ter havido a extinção tácita do instituto da separação judicial pela CF/88 e a que sustenta que a única alteração trazida pela Emenda foi a de supressão do requisito temporal para que o casamento possa ser dissolvido pelo divórcio. Nesta última, a possibilidade de separação judicial não estaria, portanto, extinta.

Em 2015, com o advento do novo Código de Processo Civil, reacendeu-se tal discussão, pois este teve, a princípio, o condão de sanar a dúvida do que fora objeto de reflexão durante muito tempo. O novo diploma legal parece ter abraçado a

² Rafaela Rojas Barros.

PPGD - UFRGS. Prof. Carlos Silveira Noronha.

Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-graduanda em Direito Processual Civil. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na PUCRS e atuante na mesma área. Advogada no escritório Clóvis Barros Advogados. Endereço profissional: Rua Padre Chagas 66/508. Bairro Moinhos de Vento. CEP – 90570-080. Porto Alegre. Fone - 51. 3346.5026 e 99861.8891. E-mail: rafaela@clovisbarros.adv.br.

corrente que entende tão só pela supressão do requisito temporal obrigatório, entendendo pelo não fim da separação judicial pela EC66/2010.

Nesse sentido, haja vista a insegurança jurídica que ainda permeia esse campo, o presente artigo proporá reflexão acerca não só dos diferentes pontos de vista, mas também das consequências que advirão dessa “novidade” trazida pela legislação processual infraconstitucional. Tal análise justifica-se já que, ainda que a modificação legislativa tenha tido o saudável intuito de tornar mais rápido o processo de finalização de uma relação, retira, por outro lado, uma opção que a legislação anterior preservava. A escolha pela separação judicial respeita individualidades, sobretudo ligadas a direitos constitucionais garantidos. Portanto, o presente texto pretende trazer à luz uma discussão de relevância jurídica e social.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTITUTOS SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

Até 1977, no Brasil, o casamento válido somente se extinguia pela morte de um dos cônjuges (artigo 315, parágrafo único, do Código Civil de 1916), haja vista que se consagrava a noção de indissolubilidade do vínculo matrimonial. O rompimento da sociedade conjugal – leia-se, a separação –, por outro lado, era admitido mediante o *desquite*³, mantendo-se o vínculo matrimonial (artigo 315, III, do CC revogado). Com o *desquite*, o regime de bens extinguia-se (artigo 322 do CC revogado), assim como se esvaía o dever de coabitação e de fidelidade de um cônjuge para com o outro. Todavia, estes permaneciam casados, não podendo contrair novas núpcias (PEREIRA, 1990).

Com a EC nº 9, de 22 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), introduziu-se no nosso ordenamento, além da possibilidade de rompimento através da separação, a possibilidade de dissolução do casamento mediante o divórcio. A nova alternativa de extinção do vínculo conjugal, no entanto, só era concedida se atendidos três requisitos: 1) separação de fato há mais de cinco anos; 2) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; 3) ser comprovada a causa da separação. Ou seja, tratava-se do divórcio por conversão e

³ Termo utilizado, na época em que o casamento era perpétuo e indissolúvel, para se referir a uma forma de separação do casal e de seus bens materiais, sem romper-se o vínculo conjugal. Tal termo foi substituído por Separação Judicial pela Lei 6.515/1977 (Lei do divórcio).

não do divórcio direto, uma vez que era necessária a separação – judicial ou de fato – anterior ao pedido da conversão em divórcio. Ressalte-se que a legislação não trouxe a figura do divórcio culposo porque a culpa era trazida à baila na separação judicial – esta, prévia ao divórcio.

Passada exata uma década, a CF/88 reduziu os prazos: um ano de separação judicial para a concessão do divórcio por conversão, e dois anos da separação de fato para o divórcio direto (PEREIRA, 1990).

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. (CF/88)

Frise-se que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil vigente são legislações formuladas em um período em que existia somente o divórcio com natureza conversiva. Isso justifica o estabelecimento dos prazos e dos requisitos (alterando os anteriores, da Lei do Divórcio de 1977, que previa a conversão somente após o trânsito em julgado da sentença de separação judicial de um ano, e de dois anos de separação de fato).

Esse sistema de exigência temporal vigorou até que, em 13 de julho de 2010, foi promulgada a EC nº 66, que alterou completamente o disposto acerca da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, com a seguinte redação: “O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio” (grifo nosso).

2.1 O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO

A separação judicial é uma modalidade de extinção da sociedade conjugal (Artigos 1575 e 1576 do CC/02), em que os envolvidos optam por, temporária ou permanentemente, pôr fim a essa sociedade, cessando, assim, o complexo de direitos e deveres inerentes à vida comum dos cônjuges. Embora não rompa o vínculo matrimonial, impedindo novo casamento com terceiro, faz cessar os deveres de coabitação, fidelidade e, ainda, põe fim ao regime de bens. Ademais, podem os envolvidos, a qualquer tempo, escolher por restabelecer a união ou converter, definitivamente, a separação em divórcio.

Desse modo, trata-se a separação judicial de uma opção ou, até mesmo, de um estímulo, que permite ao casal, através de um lapso de tempo (atualmente,

definido a critério dos cônjuges), repensar e resolver por uma eventual reconciliação. Tal reconciliação no sistema jurídico, diferentemente do que ocorre no divórcio, pode se dar de maneira direta, recompondo a sociedade e mantendo o vínculo conjugal.

Antes da entrada em vigor da EC nº 66/2010, em virtude de o divórcio ter em si natureza conversiva, a separação continha três tipos de fundamentação e/ou espécies. Primeiramente, havia a *ruptura*, que era a separação fundada na impossibilidade da vida em comum (com um ano de separação de fato); a *remédio*, que era fundamentada em doença mental de um dos cônjuges, manifestada após o casamento e, ainda, havia a espécie *culposa*, quando fundada no descumprimento dos deveres conjugais – como os elencados no artigo 1566 do Código Civil Brasileiro –, que tornasse insuportável a vida em comum (TAVARES DA SILVA, 2012).

O motivo pelo qual importava distinguir as fundamentações era a consequência imputada a cada uma delas. Na espécie *culposa*, havia a implicação da perda do direito à pensão – permanecia o direito de receber, tão só, o mínimo indispensável à sobrevivência do cônjuge culpado – e da perda do sobrenome do cônjuge. Tavares da Silva (2012) elucida que a espécie *remédio* acarretava a proteção ao cônjuge enfermo mental no âmbito patrimonial; já a separação de espécie *ruptura* não previa nenhuma das consequências mencionadas.

O instituto, mesmo após o advento da EC66/2010, encontra-se presente nas leis infraconstitucionais, como se pode aferir dos artigos 10, inc. I; 980; 1.562; 1.571, III, §2º; 1.572, §1º, §2º, §3º; 1.574, § único; 1.575; 1.576, § único; 1.578; 1580; 1584; 1597, II; 1632; 1683; 1702; 1704, todos do Código Civil Brasileiro (não revogados) e dos artigos 23, III; 53, I; 189, II e § 2º; 693; 731; 732 e 733 do novo diploma processual civil (recém-incorporados).

O leitor é instigado a indagar, portanto: poder-se-ia dizer que a manutenção das diversas referências à separação judicial, não revogadas no Código Civil brasileiro e incorporadas no novo código processual, demonstra a intenção do legislador em preservar a figura da separação no ordenamento jurídico nacional?

2.2 O INSTITUTO DO DIVÓRCIO

Trata-se o instituto do divórcio do rompimento legal e definitivo do vínculo de casamento civil. Hodiernamente, para ser deferido, basta a manifestação de vontade

de um ou de ambos os cônjuges. No sistema brasileiro, ele pode ocorrer de maneira consensual (bastando seu registro no tabelionato de notas)⁴ ou litigiosa, devendo, neste caso, seu rito ser observado em consonância com o regramento da lei. Cahali (1991) ressalta que, quando do acolhimento do seu pedido, o destino dos bens do casal (se houver) fica sujeito às regras do regime de bens adotado quando do início da união.

Acerca do divórcio sob a égide do novo CPC/2015, novas mudanças trazem à tona a necessidade de ajustes no que diz respeito à distribuição e com o processamento desse tipo de ação. Consoante os artigos 694 e 696 do novo diploma, a audiência de conciliação será reiterada quantas vezes forem necessárias para alcançar a solução consensual do litígio. De acordo com Rocha (2016), a título de preservar a parte requerida na demanda, a citação processual realizar-se-á na sua pessoa, não devendo constar qualquer informação acerca do tipo de ação proposta. Releva-se apenas pela informação clara de dia e horário da importante audiência de conciliação, sendo, no entanto, facultado à parte requerida o acesso aos autos a qualquer tempo⁵. No rito judicial, ainda, após o término da última audiência de tentativa de conciliação, a parte dispõe de até 15 dias úteis para apresentar contrarrazões ou reconvenção⁶.

Os pressupostos da petição no divórcio litigioso são os mesmos ditados pelo artigo 318, com exceção do disposto no inciso VI, que permite, em se tratando de ações que não sejam de família, de o autor desistir da audiência de conciliação e mediação. Em se tratando de causas de família, não é possível abdicar da conciliação e/ou mediação.

Portanto, nas ações de família e pelo disposto no artigo 695 o réu é citado para comparecer à audiência de mediação e/ou conciliação. Porém, em se tratando de divórcio e extinção de união estável, de forma consensual, de aplicar-se o disposto no artigo 731, ou seja, a petição será assinada por ambos os cônjuges, devendo ainda constar, pelo inciso I, deste citado artigo 731, as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns. Porém, se não for possível, a partilha poderá ser deixada para depois, com o ajuizamento de ação de partilha ou requerimento de homologação de

⁴ Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

⁵ Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. §1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

⁶ Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

partilha amigável. Também deverão constar, pelo inciso II, do artigo 731, as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas (inciso III); o valor da contribuição para criar e educar os filhos (inciso IV).

Portanto, necessário, aqui, distinguir o procedimento de jurisdição litigiosa e o procedimento de jurisdição voluntária ao redigir a petição inicial. (IBDFAM, 2017)

Outra novidade é o fato de o Ministério Público não ter mais participação obrigatória em todas as ações de divórcio. Esta fica restrita aos casos em que houver interesse de incapaz – com a obrigatoriedade de acompanhamento de profissional especializado para a oitiva do depoimento do menor, dependendo de análise técnica específica de um psicólogo ou assistente social (artigo 447, §4º e 699 ambos do CPC/2015) – ou no momento prévio ao eventual acordo⁷.

Com tais considerações, pode-se dizer, em síntese, que o advento do CPC/2015 trouxe relevantes mudanças ao rito do divórcio, essencialmente pela valorização da consensualidade, devendo-se observá-las em conjunto com a CF/88.

3 AS CORRENTES DIVERGENTES SOBRE A MANUTENÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS

Entre as distintas correntes sobre o tema, destacam-se alguns entendimentos de juristas eminentes no que concerne à posição que vai ao encontro do esposado no Enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal*: “A EC 66/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial” e das Súmulas 37⁸ e 39⁹ do TJRS.

O primeiro ponto defendido por essa corrente diz com a preservação do direito de liberdade de escolha dos cidadãos, seja no tocante ao desejo de formalizar a separação de fato, com o intuito de resguardarem legalmente seus

⁷ Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

⁸ A partir da EC 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF/88, é possível postular, a qualquer tempo, divórcio direto, sem que seja necessário perquirir acerca dos prazos de um (1) ano ou de dois (2) anos, previstos no art. 1.580 do CC.

⁹ A EC 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF/88, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual).

direitos patrimoniais, de personalidade ou outros; seja no tocante à preservação do exercício da autonomia privada com um possível entendimento do casal.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Quarta Turma, em 22 de março de 2017, proferiu seu entendimento nos seguintes termos (GALOTTI apud MATIAS, 2017):

[...] a única alteração ocorrida com a emenda citada foi a supressão do requisito temporal e do sistema bifásico para que o casamento possa ser dissolvido pelo divórcio. [...] O texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial. Ademais, sendo o divórcio permitido sem qualquer restrição, forçoso concluir pela possibilidade da separação ainda subsistente no CC, pois quem pode o mais, pode o menos também.

Outro argumento é o de que a simples retirada de palavras do texto constitucional não necessariamente evidencia uma opção pela eliminação, em si, do instituto do ordenamento, sendo *extravagante* e *exagerado* pensar o contrário. A exemplo disso, Regina Beatriz Tavares da Silva manifesta que seria como pensar que:

[...] em face das Constituições anteriores, especificamente as de 1937, de 1946 e de 1967, teria sido abolido o instituto do desquite, já que, respectivamente, em seus artigos 124, 163 e 167, essas Cartas silenciaram ou calaram-se sobre o desquite, sendo que a Constituição anterior, de 1934, em seu artigo 144, § único, citava-o. Ninguém sustentou naquela época, tal absurda tese, já que o desquite continuava a ser previsto no Código Civil então vigente, do ano de 1916 (TAVARES DA SILVA, 2012, p. 22).

Alertam alguns pensadores afetos a tal corrente que o entendimento pela supressão do instituto incentivaria o divórcio e banalizaria o casamento; mais ainda: que a separação judicial fundamenta-se em forte rastro ideológico-religioso¹⁰. Logo, o que está em pauta, basicamente, é a liberdade de escolha dos indivíduos, que podem optar tanto por um quanto por outro instituto – separação ou divórcio.

Esse raciocínio fundamenta-se no virtuoso princípio de não impor aos envolvidos um determinado desfecho – abreviar o vínculo conjugal de um casal que

¹⁰ Com relação a esse aspecto, há de se considerar que a CF/88, no artigo 5º, VI e VIII protege a liberdade de crença e de exercício de direitos em razão da crença. Entre estes consta a regularização do estado civil dos religiosos que não admitem o divórcio pela separação judicial.

está hesitante nessa decisão, ainda que momentaneamente – e, assim, proporcionar a livre reflexão sobre o destino de suas próprias vidas.

Outrossim, acerca do entendimento pela manutenção do instituto no ordenamento, defende-se que não se pode atribuir ao texto escrito significado maior do que suas palavras apresentam. Há muito, Pontes de Miranda alertava sobre a necessidade de distinguir entre o texto da lei (*mens legis*) e as razões do projeto de lei (*mens legislatoris*). Ou seja, se o legislador desejou algo, mas a lei aprovada e publicada não contempla expressamente tal desejo, deve-se considerar tão só o que fora publicado, sendo a publicação a regra jurídica em si, pois “as justificativas de projetos de leis, em geral, e de emendas constitucionais, em particular, não têm caráter normativo” (ANTUNES, 2011).

Além dessas opiniões, denota-se a ilustração histórica de Mário Luiz Delgado Régis, que refere que o divórcio era visto como uma figura que “dissolvia a família”, “reduzia a natalidade”, “aumentava o aborto e a criminalidade infantil”, “comprometia a educação dos filhos, pela ruína da autoridade paterna e da piedade filial”. Suas palavras vão ao encontro das do Padre Leonel Franca, em obra que se tornou famosa nos anos 50, a qual dizia que o divórcio era sintoma da decadência e do egoísmo social (RÉGIS, 2017).

Diante de tais considerações, a jurisprudência a respeito do tema assim tem se posicionado:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO. SENTENÇA EXTINTIVA DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA QUE DEVE SER DESCONSTITUÍDA. PEDIDO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA JURIDICAMENTE POSSÍVEL, POIS A EC Nº 66/2010, EMBORA TENHA POSSIBILITADO O DIVÓRCIO DIRETO, NÃO EXTINGUIU O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. FEITO QUE DEVE TER SEU PROSSEGUIMENTO REGULAR. APELAÇÃO PROVIDA PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70043207265, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Roberto Carvalho Fraga, Julgamento de 24/08/2011, DJRS de 25/08/2011) (*grifo nosso*)

DIVÓRCIO DIRETO. INVIABILIDADE DO PEDIDO. PARA A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO, É IMPRESCINDÍVEL A PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA. É INVIÁVEL TAL PRETENSÃO NOS

AUTOS DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, JÁ COM TRÂNSITO EM JULGADO. 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 não retirou do ordenamento a legislação infraconstitucional, nem o instituto da separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Se a parte pretende obter o divórcio, imperioso propor a ação própria, sendo inadmissível tal pleito nos autos da ação de separação judicial quando esta já transitou em julgado. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70065271793, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/07/2015)

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL - EC N.º 66/2010 - SUBSISTÊNCIA DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO - RECURSO NÃO PROVIDO. - A EC nº 66/10 apenas extirpou os requisitos temporais para a efetivação do Divórcio, não eliminando do ordenamento jurídico pátrio o instituto da Separação Judicial, que permanece como meio hábil para os cônjuges que, por questões pessoais, almejam romper a sociedade conjugal sem, contudo, dissolver o vínculo matrimonial. – *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.* (TJ-MG – AC: 10324100062862001 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 06/08/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/08/2013) *(grifo nosso)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL ALTERADO, DE OFÍCIO, PARA AÇÃO DE DIVÓRCIO, DETERMINADA A EMENDA DA INICIAL. DESNECESSIDADE. NÃO REVOGAÇÃO DOS ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL PELO ADVENTO DA EC 66/2010 - NOVA REDAÇÃO DO § 6º DO ART. 226 DA CF. PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO. AGRAVO PROVIDO POR ATO DA RELATORA. (Agravo de Instrumento Nº 70059706895, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 09/05/2014) *(grifo nosso)*

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ALTERAÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE NO SENTIDO DE REVOGAÇÃO DE ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL PELO

ADVENTO DA EC 66/2010 (NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CF). PRESERVADA A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO. 1. Fere as normas de direito processual a decisão que, de ofício, manda alterar a natureza do feito, de ação de separação judicial para divórcio. Ofensa ao princípio da demanda (arts. 128 e 460 do CPC). Decisão *extra petita*. [...] 3. A aprovação da EC nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da CF/88, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o CC, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao CC (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº 70039476221. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E A DECISÃO DE FLS. 53/54-V E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70040795247, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos, Julgamento de 07/04/2011, DJRS de 15/04/2011) (*grifo nosso*)

Nota-se, desse modo, que, pelo viés jurisprudencial, o instituto da separação judicial permanece vigente no ordenamento jurídico brasileiro mesmo após a edição da EC nº 66/2010. A separação, assim, apenas não constitui mais requisito para a obtenção do divórcio, mas pode ser pleiteada conforme o desejo ou interesse das partes.

3.2 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS

As opiniões contrárias às anteriormente relatadas tratam, resumidamente, da inconstitucionalidade da permanência do instituto da separação no ordenamento. Acredita-se, pois, que, com a entrada em vigor da Emenda nº 66, a CF/88 revogou tacitamente o instituto e, conseqüentemente, *para o tema voltar ao “mundo jurídico”, só por alteração da Constituição. E ainda assim seria de duvidosa constitucionalidade* (STRECK, 2017). O que atemoriza os defensores de tais opiniões é a possibilidade de a Constituição passar a ter um caráter flexível, uma

vez que, considerando-se a existência de um instituto que não está lá mencionado incorrer-se-ia no risco de se decretar o fim do constitucionalismo.

Outro ponto, defendido por Madaleno (2015), diz respeito à sobrecarga de trabalho dos Tribunais, haja vista que a interposição de ação processual de separação, pela vontade recíproca do casal, serviria tão só para discutir suas razões pelo dissenso da união e, por motivação irracional, tomariam o tempo judicial para *encenarem litígio* que não traria nenhuma consequência jurídica verdadeira.

O posicionamento do deputado Sérgio Barradas Carneiro – que levou ao Congresso Nacional a PEC nº 33/07 (conhecida como PEC do divórcio) – sobre a decisão do STJ é pela inexistência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, já que a considera *absolutamente inócua*. Defende o deputado (MATIAS, 2017) que *a boa lei é aquela que consagra uma prática social*.

[...] uma vez suprimido o instituto da separação judicial da nossa Carta Magna, o texto do atual CC não mais é recepcionado pela CF/88. [...] A Emenda 66/10 acabou com esta farsa, tornando-se um ótimo exemplo de que a boa lei é aquela que consagra uma prática social. Trata-se de um instituto ultrapassado, retrógrado e sem serventia prática, vez que o divorciado pode casar-se com qualquer pessoa, inclusive com aquela da qual se separou e se arrependeu, ao passo que o separado era impedido de se casar, indo engrossar as estatísticas da união estável [...] (grifo nosso)

Acompanha esse entendimento, também, o advogado e presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira (MATIAS, 2017), que afirma:

[...] O texto constitucional, com a promulgação da EC nº 66/2010, acabou com todo e qualquer prazo para o divórcio e tornou a separação judicial e as regras que a regiam incompatíveis com o sistema jurídico. Se o texto do § 6º do artigo 226 da CR/1988 retirou de seu corpo a expressão 'separação judicial', como mantê-la na legislação infraconstitucional ou na interpretação dada pelos tribunais? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica Constitucional deve ser colocada em prática, e isso compreende suas contextualizações política e histórica [...] (grifo nosso)

Rodrigo da Cunha Pereira explica que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é a de observar a inconstitucionalidade da norma – seja ela material ou

formal – frente à Constituição que estava em vigor no momento de sua elaboração. Isto é, entende que a CF/88 eliminou a única referência à separação e, conseqüentemente, seu requisito obrigatório e, também, o requisito voluntário prévio ao divórcio por conversão. De qualquer modo, o presidente do IBDFAM traz à luz um questionamento que merece destaque sobre a decisão do STJ:

Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a EC n. 66/2010, não poderá transformar tal separação em divórcio, se o quiser, terá de propor o divórcio direto. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. [...] é preciso separar o 'joio do trigo', ou seja, é preciso separarmos as razões jurídicas das razões e motivações religiosas, para que possamos enxergar que não faz sentido a manutenção do instituto de separação judicial em nosso ordenamento jurídico. Ela significa mais gastos financeiros, mais desgastes emocionais e contribui para o emperramento do Judiciário, na medida em que significa mais processos desnecessários. Portanto, esta decisão é um verdadeiro retrocesso. (grifo nosso)

A juíza e presidente da Comissão de Direito de Família e Arte do IBDFAM, Ana Louzada, também entende que a decisão do STJ vai de encontro aos avanços recentemente alcançados (IBDFAM, 2017).

Foi no apagar das luzes do novo CPC que ali se instalaram alguns artigos que se referiram à separação. Contudo, é bom lembrar a forte pressão feita pela bancada fundamentalista religiosa para que isso acontecesse. No entanto, aquele que quiser preservar seus laços por crenças religiosas poderá fazê-lo, bastando separar-se de fato. Em pleno século XXI não se pode admitir que as partes busquem a separação judicial para 'dar um tempo na relação'. Quem assim pretende, deverá, quiçá, fazer uma terapia de casal para tentar se encontrar. Já não se faculta mais às partes esta possibilidade, que restou letra morta, ratifico, com a EC nº 66. (grifo nosso)

E também podem ser encontrados julgados nesse sentido:

AGRAVO INOMINADO NA APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. INÉPCIA DA INICIAL. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Após o advento da EC 66/2010, foi abolido do ordenamento jurídico nacional o instituto da separação judicial, conforme leciona majoritária doutrina pátria e têm decidido os Tribunais. 2. Nesse caminhar, o artigo 295, inciso I, do CPC/2015, determina o indeferimento da petição inicial quando ela for inepta, sendo certo que as causas de inépcia estão arroladas no parágrafo único do citado artigo, prevendo o inciso III a impossibilidade jurídica do pedido. 3. Frise-se que o magistrado de 1º grau, em respeito aos princípios consagrados na Constituição da República, mormente o do devido processo legal, determinou emenda na petição inicial por duas vezes, sendo que o demandante se manteve inerte, preferindo utilizar o agravo de instrumento em um primeiro momento e, posteriormente, mantendo-se firme no posicionamento da manutenção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Assim, a extinção do processo sem análise de mérito, com base no artigo 267, inciso I c/c artigo 284, parágrafo único c/c artigo 295, inciso I e seu parágrafo único, inciso III, todos do CPC/2015, é medida que se impõe, por ser o pedido pretendido juridicamente impossível. 5. Recurso não provido. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 646.182 - RJ - (2014/0337647-1) (Brasília-DF, 11 de novembro de 2015. Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, 03/12/2015) (*grifo nosso*)

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO -PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EC 66/2010 - DIVÓRCIO DIRETO - PARTILHA - NOME. 1. A competência da 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 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. 7. [...] Afasto, pois, a alegada violação dos artigos referidos. Em face do exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. (STJ - AREsp: 236619 DF 2012/0207590-3, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 22/10/2014) *(grifo nosso)*

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de não haver uma tendência definida e acolhida na ordem jurídica brasileira, o presente estudo objetivou convidar o leitor a uma reflexão em torno da manutenção ou não do instituto da separação no nosso ordenamento. Para tanto, estabeleceu-se ao longo do trabalho a necessária distinção entre os institutos separação e divórcio – em virtude de sua similitude fática e conceitual –, além da análise das diversas opiniões sobre eles. Pretendeu-se, assim, encontrar elementos adequados a sanar e/ou amenizar as omissões legislativas frente a diversos entendimentos e situações que deságuam no Poder Judiciário.

Vê-se que os que defendem a extinção do instituto da separação judicial do ordenamento jurídico nacional argumentam que o intuito do legislador foi o de que tal não mais exista, uma vez que se impor posição contrária a isso representaria um retrocesso para o povo brasileiro. Os que defendem a manutenção do instituto, ao contrário, entendem que a intenção do legislador foi a de preservar a autonomia da vontade das partes, posição que esta autora defende.

Mesmo diante dos inúmeros posicionamentos explanados, não se pode ignorar que o artigo 693 do CPC/2015 adicionou a separação judicial como “ação de família”, contrariando o posicionamento doutrinário no sentido de que a EC nº 66 teria acabado com o instituto da separação. Para Donizetti (2017), com a nova redação do novo CPC/2015, a despeito do artigo 1.571, a possibilidade de opção pela separação antes do pedido imediato pelo divórcio é admitida no sistema jurídico, que preteriu sua permanência, regulamentando-a como uma possibilidade de desfazimento da sociedade conjugal.

Considerando, então, que tão só os requisitos antes tidos indispensáveis foram suprimidos para a possibilidade do pedido de divórcio direto e, ainda, partindo do pressuposto de que ações de separação irão desaguar nos nossos Tribunais,

deve-se atentar acerca do *modus operandi* de tais ações. Assim, ao receber uma petição inicial de ação de separação, o julgador deve observar a nova normatização, concedendo às partes a possibilidade de adequação dos *pedidos* e das respectivas *causas de pedir*, de modo a respeitar a opção destas, seja pela conversão ou não da separação em divórcio ou pelo divórcio direto. Com a devida observância ao disposto no artigo 329, I do CPC/2015, realizada a citação do réu, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento daquele, e essa disposição não pode ser invocada com a finalidade de inadmitir a conversão das separações em andamento em divórcios.

Segundo Donizetti (2017), o julgador não pode extinguir as ações de separação judicial sem julgamento do mérito, ainda que não adentre na discussão de culpa. Tal orientação deve-se, não só a uma questão de respeito à norma infraconstitucional, mas também ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Desse modo, nos processos que dizem com separação judicial (litigioso ou consensual), deve-se facultar às partes a adequação da causa de pedir ou do próprio pedido.

Atente-se que, no julgamento do pedido de separação, o juiz não levará em conta a culpa ou mesmo o requisito temporal eventualmente invocado na petição inicial ou na peça contestatória. Não faria sentido alterar o pedido ou a causa de pedir após a sentença, haja vista que esta leva em conta toda a base fática e jurídica através do exame do processo. Desse modo, de acordo com Donizetti (2017), estando este em grau de recurso, as partes não devem mais ser ouvidas. Ou seja, se a sentença decretou a separação judicial com fundamento na culpa, e a parte considerada culpada apela contra esta fundamentação, o Tribunal pode, ignorando este fundamento, basear-se nos demais requisitos materiais e processuais para improver o recurso e manter a sentença. Assim, exclui-se qualquer referência de culpa na decisão.

Por outro lado, se da sentença não constar prova de culpa e julgar-se improcedente o pedido da petição inicial, o Tribunal pode dar provimento ao recurso de apelação e decretar a separação sem qualquer análise de tal elemento subjetivo. Igualmente pode ocorrer com o divórcio: se a sentença julgar improcedente o pedido de divórcio pela falta do transcurso de dois anos desde a separação de fato, o Tribunal pode prover a apelação.

Em outras palavras, se o divórcio pode ser requerido de imediato, não há motivos para se dificultar a decretação da separação, ainda mais quando houver

consentimento de ambos os cônjuges. Verifica-se que o advento da EC nº66, apesar de todo o debate demandado, representou uma evolução no que se refere ao instituto do casamento no ordenamento jurídico brasileiro pela dispensa da imposição de anterior separação judicial para a dissolução do vínculo conjugal. Igualmente, fez com que o divórcio – com a eliminação de seus requisitos objetivos – ficasse cada vez mais acessível para a sociedade moderna.

De acordo com os dados do IBGE, ainda existem – contudo – pessoas que desejam se separar (embora sejam casos de menor número se comparados ao de ações de divórcio), o que ressalta o caráter um tanto conservador da sociedade brasileira. Não se ignora que o instituto da separação possa ser utilizado pouco (certamente menos do que em outras épocas), mas, de todo o exposto, a lei infraconstitucional permite concluir que, nem por isso, está extinto e nem deve sê-lo.

A intenção do legislador, seja ela qual tenha sido, não pode preterir a lei expressa no texto constitucional e infraconstitucional (Código Civil de 2002 e Código de Processo Civil de 2015); cumpre rememorar que o que não está vedado por lei não é proibido. Assim, conclui-se no sentido de que a EC nº 66 não é incompatível com a legislação civil. E pode-se afirmar, ainda, que a separação judicial não foi revogada tacitamente como outrora fora afirmado, devendo as normas infraconstitucionais, de agora em diante, serem interpretadas à luz das regras e dos princípios constitucionais. Isso, por sua vez, não significa – e nem deve significar – que a separação deva ser uma condição peremptória para a obtenção de eventual divórcio ou para uma possível reconciliação.

Impor o divórcio às pessoas que desejam a separação vai de encontro ao direito de livre opção humana (opção esta motivada por questões morais, religiosas ou de costumes), o qual deve ser respeitado pela lei. O legislador, então, deve ser sensato, garantindo a aplicação dos princípios constitucionais, tais como o direito à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, à integridade, à personalidade, à liberdade de consciência e de crença e, conseqüentemente, à não privação de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política.

Nesse passo – a contragosto ou não – e, mesmo diante de toda mudança histórica, há de ser reconhecida a realidade ilustrada e abraçada pelo Código de Processo Civil então vigente. A permanência do "renascido" instituto obriga-nos a refletir sobre ele.

5 REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Thiago Caversan. CONSTANTINO, Caio Madureira. A separação judicial no novo Código de Processo Civil. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/53648/a-separacao-judicial-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 18 de abril de 2017.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm
- BRASIL. Constituição Federal Brasileira. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
- CAHALI, Yussef Said Cahali. *Divórcio e Separação*. 6. ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares Costa. JÚNIOR, Torquato Castro. *Ao regular separação judicial, Novo CPC tira dúvidas sobre instituto*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto>>. Acesso em 23 de abril de 2017.
- _____. *Ao regular separação judicial, Novo CPC tira dúvidas sobre instituto*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto>>. Acesso em 23 de abril de 2017.
- DONIZETTI, Elpídio. *Separação judicial: o fim da controvérsia gerada pela EC 66/2010*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/03/09/separacao-judicial-o-fim-da-controversia-gerada-pela-ec-662010/>>. Acesso em 19 de abril de 2017.
- IBDFAM – Assessoria de Comunicação do (com informações do STJ): "Maioria escolherá facilidade do divórcio do que *via crucis* da separação judicial", diz advogado sobre decisão do STJ. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6243/%22Maioria+escolher%C3%A1+facilidade+do+div%C3%B3rcio+do+que+via+crucis+da+separa%C3%A7%C3%A3o+judicial%22%2C+diz+advogado+sobre+decis%C3%A3o+do+STJ>>. Acesso em 20 de abril de 2017.
- IBDFAM – CPC 2015 na prática: Edição especial reúne o que foi publicado no boletim do IBDFAM no primeiro ano de vigência do Código. Revista. Edição 30 (Dez 2016/Jan 2017).

- MADALENO, Rolf. *O Fantasma processual da separação*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/08/06/o-fantasma-processual-da-separacao/>>. Acesso em 24 de abril de 2017.
- MATIAS, Samantha Mion. *STJ publica decisão que significa grande retrocesso para o Direito das Famílias no Brasil*. Disponível em <<https://samanthamion.jusbrasil.com.br/noticias/441899497/stj-publica-decisao-que-significa-grande-retrocesso-para-o-direito-das-familias-no-brasil>>. Acesso em 20 de abril de 2017.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial; comentários à Lei 6.515/77 à luz da Constituição de 1988, com as alterações da Lei 7.841/89*. 4ª. ed. - Rio de Janeiro, Renovar, 1990.
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Divórcio no novo CPC*. Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina_27176540_DIVORCIO_NO_NOVO_CPC.aspx>. Acesso em 18 de abril de 2017.
- ROCHA, Henrique. *Do divórcio no novo CPC*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI244852,61044-Do+divorcio+no+novo+CPC>>. Acesso em 15 de abril de 2017.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges. Disponível em: <<https://blogjuridicoderobertohorta.com/tag/direito-de-familia/>>. Acesso em 19 de abril de 2017.
- STRECK, Lenio Luiz – Por que é inconstitucional "represtinar" a separação judicial no Brasil. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>>. Acesso em 20 de abril de 2017.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e separação após a EC n.66/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TJ-MG - AC: 10324100062862001 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 06/08/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/08/2013. Acesso em 20 de abril de 2017.
- TJRS - Apelação: APL 70040795247, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 07/04/2011, DJRS de 15/04/2011. Acesso em 20 de abril de 2017.

TJRS - Apelação: APL 70043207265, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des Roberto Carvalho Fraga, Julgamento em: 24/08/2011, DJRS de 25/08/2011. Acesso em 20 de abril de 2017.

TJRS - Apelação: APL 70044794840, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgamento em: 27/09/2011, DJRS de 03/10/2011. Acesso em 20 de abril de 2016.