



COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

THIAGO LUCAS LEITE DE NORONHA

**O TRATAMENTO DADO AO DIVÓRCIO E À SEPARAÇÃO PELO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

**Brasília – DF
2016**

THIAGO LUCAS LEITE DE NORONHA

**O TRATAMENTO DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito obrigatório à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, do Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Brasília – DF
2016**

THIAGO LUCAS LEITE DE NORONHA

**O TRATAMENTO DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito obrigatório à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, do Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção
____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

O amor acaba.

[...] às vezes não acaba e é simplesmente esquecido como um espelho de bolsa, que continua reverberando sem razão até que alguém, humilde, o carregue consigo; às vezes o amor acaba como se fora melhor nunca ter existido; mas pode acabar com doçura e esperança; uma palavra, muda ou articulada, e acaba o amor; na verdade; o álcool; de manhã, de tarde, de noite; na floração excessiva da primavera; no abuso do verão; na dissonância do outono; no conforto do inverno; em todos os lugares o amor acaba; a qualquer hora o amor acaba; por qualquer motivo o amor acaba; para recomeçar em todos os lugares e a qualquer minuto o amor acaba.

(Paulo Mendes Campos)

RESUMO

Trata-se de monografia jurídica cuja finalidade é apresentar o tratamento dado ao divórcio e à separação pelo Novo Código de Processo Civil e a discussão sobre a permanência da separação judicial em seu texto. Consubstanciado em pesquisa documental, calcada em doutrinas, artigos, websites, legislação e jurisprudências atualizadas, o estudo busca responder ao questionamento: quais as alegações sobre a presença do instituto da separação no Novo Código de Processo Civil? Em busca da hipótese à problemática suscitada, a monografia foi dividida em quatro partes, onde a primeira esboça o contexto histórico-evolutivo da dissolução do matrimônio; a segunda apresenta a Emenda Constitucional nº 66/10 e a discussão doutrinária sobre a revogação da separação de direito após sua vigência; a terceira examina as controvérsias sob o enfoque da jurisprudência brasileira; o quarto traz a sistemática do divórcio e da separação no Novo Código de Processo Civil, em confronto com as disposições relativas constantes no CPC de 1973, e os argumentos contrários e favoráveis acerca da presença da separação no novo códex. Ao final, partilha o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Empregou-se o método hipotético-dedutivo que permitiu ao autor, em sede de considerações finais, emitir seu posicionamento sobre todo o exposto.

Palavras-chave: separação de direito; divórcio; EC 66/10; Novo CPC; controvérsias.

ABSTRACT

It is legal monograph whose purpose is to provide the treatment to divorce and separation by the New Civil Procedure Code and the discussion on the continuing legal separation in your text. Embodied in documentary research, based on doctrines, articles, websites, updated legislation and jurisprudence, the study seeks to answer the question: what are the allegations about the presence of separation of the institute in the New Code of Civil Procedure? In search of the hypothesis raised the issue, the monograph was divided into four parts, where the first outlines the historical and evolutionary context of the dissolution of marriage; the second presents the Constitutional Amendment No. 66/10 and the doctrinal discussion of the withdrawal of separation right after the term; the third examines the controversy from the standpoint of the Brazilian jurisprudence; the fourth brings the system of divorce and separation in the New Code of Civil Procedure, in confrontation with the provisions contained in the 1973 CPC, and contrary arguments for and about the separation of the presence in the new codex. In the end, sharing the current understanding of the Superior Court of Justice on the subject. We used the hypothetical-deductive method that allowed the author, in place of final comments, send your position on all of the above.

Keywords: separation of law; divorce; EC 66/10; New CPC; controversy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. ABORDAGEM EVOLUTIVA DOS INSTITUTOS DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	8
2. A SEPARAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO APÓS VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010	18
2.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E O CRESCENTE AUMENTO NO NÚMERO DE DIVÓRCIOS REALIZADOS DESDE SUA VIGÊNCIA	18
2.2 CONTROVÉRSIAS ACERCA DO FIM DA SEPARAÇÃO APÓS EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010.....	19
2.3. O EMBATE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PERMANÊNCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10.....	23
2.4. ARESTOS JUDICIAIS FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO DE DIREITO.....	23
3. O TRATAMENTO DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	30
3.1 DA DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO: ENTRE O ANTIGO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	300
3.2 CONTRÁRIOS À MANUTENÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	32
3.3 FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	35
3.4 O ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA.....	39
CONCLUSÃO	422
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O estudo tem o condão de apresentar o instituto do divórcio após a edição da Emenda Constitucional nº 66/10 e as controvérsias relativa à presença da separação de direito no Novo Código de Processo Civil.

A justificativa do tema em apreço se dá pela necessidade de conhecer o tratamento conferido ao divórcio e à separação judicial pelo Novo Código de Processo Civil e modo como os juristas interpretaram a separação judicial no texto do novo diploma.

A problemática ao qual se buscará um posicionamento final após os argumentos e fundamentações exposto é a seguinte: quais as alegações sobre a presença do instituto da separação no Novo Código de Processo Civil?

Duas são as hipóteses concernentes à problemática apresentada.

A primeira é de que a EC 66/2010 extirpou totalmente a separação judicial ou de fato do Direito brasileiro. Assim, o divórcio hoje é direto, inexistindo necessidade do cumprimento de quaisquer requisitos para a sua concessão. Dessa maneira, a permanência da separação no Novo Código de Processo Civil incide, dentre outros, em repristinação de um instituto ab-rogado.

A segunda é a de que a EC 66/10 apenas retirou da ordem jurídica os prazos para decretação do divórcio. Não revogou a legislação infraconstitucional. Tão somente criou uma nova modalidade de divórcio, o direto. A separação, embora não mais presente no texto constitucional, permanece vigente e facultativa às partes.

Para cumprimento da finalidade proposta, a pesquisa foi dividida em quatro partes, onde a primeira versa sobre o fim do vínculo matrimonial e a evolução do divórcio e da separação na legislação brasileira; a segunda faz menção à Emenda Constitucional nº 66/10 e os seus principais pontos de controvérsias ao olhar da doutrina brasileira; a terceira confronta o entendimento dos tribunais brasileiros no que se refere à manutenção do instituto da separação no atual ordenamento jurídico; a quarta, por fim, avalia o tratamento conferido pelo Novo Código de Processo Civil à

separação judicial e ao divórcio; o modo como os juristas reagiram à manutenção da separação no corpo do novel códex; e, por fim, o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a vigência da separação judicial após a EC 66/10.

A metodologia utilizada consistiu em revisão bibliográfica, consubstanciada em doutrinas de autores renomados da área, assim como artigos de revistas, *websites*, legislação e jurisprudência atualizadas.

Empregou-se o método hipotético-dedutivo, onde os argumentos e fundamentos expostos ao longo do estudo serviram para a criação de um juízo particular sobre o tema, apresentado em sede de considerações finais.

2 ABORDAGEM EVOLUTIVA DOS INSTITUTOS DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Dados do Registro Civil de 2014, emitidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontam o crescimento de 161,4% no número de divórcios realizados no país naquele ano, em comparação a 2004. Foram realizadas 341.181 dissoluções formais pela via da separação ou do divórcio, em todo o território nacional, em 2014.¹

As informações são relevantes, por demonstrarem a modificação no comportamento social, após ser possibilitada aos consortes a dissolução do vínculo conjugal.

Assim como a anulação e a morte, o divórcio, hoje, põe termo ao casamento. É medida legal que faz cessar todos os direitos e deveres atinentes ao matrimônio. Entretanto, nem sempre foi assim. Por muito tempo vigorou a indissolubilidade do casamento, em face do seu estreito liame com a religião.

Na antiguidade, o que unia uma família não era o nascimento, a afeição ou a força física, mas, tão somente, a religião do fogo sagrado, que conectava a família às suas divindades; no caso, os antepassados. O divórcio implicava em rompimento do culto aos deuses familiares, o que era inadmissível.²

Ao discorrer sobre A Cidade Antiga, Fustel de Coulanges explica a importância da religião na formação e continuidade das primeiras famílias:

A religião dizia que a família não podia extinguir-se; toda afeição e direito natural devia ceder diante dessa regra absoluta. Se o casamento era estéril por causa do marido, nem assim a família podia deixar de continuar. Nesse caso, um irmão ou parente do marido devia substituí-lo, e a mulher era impedida de se divorciar. A criança nascida dessa união era considerada filha do marido, e continuava seu culto. [...]. Tal era a força imperiosa da religião! Tal a importância do dever religioso, que passava à frente de todos os outros! (grifo nosso).³

¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Estatísticas do Registro Civil 2014. **IBGE**, Rio de Janeiro, 2014, v. 41, p. 50. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

² COULANGES, Nuna Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 43.

³ Ibidem, p. 44.

A exceção para o divórcio se dava, exclusivamente, aos casos em que a mulher era estéril, vez que a impossibilidade de gerar implicava em falta de herdeiros para dar seguimento à religião doméstica, quando da morte do patriarca.⁴

A história de Carvílio Ruga sinaliza o primeiro caso de divórcio presente nos Anais de Roma:

Carvílio Ruga — diz Aulo Gélio — homem de grande família, separou-se da mulher mediante divórcio, porque não podia ter filhos dela. Amava-a ternamente, e só podia louvar-lhe a conduta. Mas sacrificou seu amor à religião do juramento, porque havia jurado — na fórmula do casamento — que a tomava por esposa a fim de ter filhos.⁵

Durante a Idade Média, período de forte influência da Igreja Católica no regramento de vários institutos jurídicos, o casamento era algo sacramentado e continuado. Portanto, de impossível dissolução.

A fundamentação para a indissolubilidade matrimonial não mais estava na religião dos antepassados, todavia nas palavras do próprio Cristo, presente na Bíblia Sagrada, no livro de Mateus, capítulo 19, versos de 3 a 6:

Então chegaram ao pé dele os fariseus, tentando-o, e dizendo-lhe: É lícito ao homem repudiar sua mulher por qualquer motivo?
Ele, porém, respondendo, disse-lhes: Não tendes lido que aquele que os fez no princípio macho e fêmea os fez,
E disse: Portanto, deixará o homem pai e mãe, e se unirá a sua mulher, e serão dois numa só carne?
Assim não são mais dois, mas uma só carne. **Portanto, o que Deus ajuntou não o separe o homem.** (grifo nosso).⁶

Nesse sentido, o direito canônico, vigente à época e ainda hoje mantido pela Igreja Católica, em seus Cânones 1.055 e 1056, anunciava o casamento como entidade sagrada e indissolúvel:

Cân. 1055 — § 1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento.
§ 2. Pelo que, entre batizado não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, pelo mesmo fato, sacramento.

⁴ COULANGES, Nuna Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 44.

⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶ BIBLIA SAGRADA. Mateus 19:3-6.

Cân. 1056 — As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimônio cristão.⁷

Os Cânones 1.141 a 1.154 prescreviam que o casamento consumado em nenhuma hipótese poderia ser dissolvido, salvo em casos de morte. Por outro lado, possibilitou a separação do casal, mantido, ainda assim, o vínculo matrimonial do casamento anterior. Ao romper a causa que motivou a separação, prescindível se tornava a busca da restauração da convivência primeira, salvo decisão contrária da autoridade eclesiástica.⁸

Durante séculos, o vínculo existente entre o casal ficou à mercê da igreja. O Estado não podia intervir para resolver os problemas resultantes da vontade do rompimento da união matrimonial pelos consortes.

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, instituiu o casamento civil no Brasil, coexistido com o religioso. Admitiu-se a separação de corpos, designada divórcio, conforme se vê na lição de Eduardo Araújo:

Com o surgimento do referido diploma, também passou a existir a separação de corpos, denominada de divórcio, [...], que era regido pelas leis da Igreja. As causas que a justificavam eram as mesmas que depois foram utilizadas para autorizar o desquite no Código de Beviláqua. Além do adultério, admitia-se como causa para a separação de corpos a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave, o abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e o mútuo consentimento dos cônjuges que fossem casados há mais de dois anos.⁹

O Código Civil de 1916 trouxe a figura do desquite, que passou a ser utilizado nos casos de separação. Ainda assim, não rompia em definitivo a união matrimonial, diante de sua indissolubilidade.

Os arts. 315 e seguintes do aludido diploma anunciavam a possibilidade do desfazimento da sociedade conjugal em hipóteses específicas, como a morte,

⁷ PAULO II, Papa João. Código de Direito Canônico. Versão Portuguesa. **Vaticano**, 1983. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁹ ARAUJO, Eduardo Pereira de. Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional n.º 66/2010. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 19 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29383>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

nulidade ou anulação do casamento e pelo desquite. A ação de desquite obedeceria aos seguintes critérios:

Art. 315. [...]

Parágrafo único. **O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjugues**, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, Segunda parte.

Art. 316. A ação de desquite será ordinária e somente competira aos conjugues.

Parágrafo único. Se, porém, o cônjuge for incapaz de exercer-la, poderá ser representado por qualquer ascendente, ou irmão.

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I. Adulterio.

II. Tentativa de morte.

III. Sevicia, ou injuria grave.

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Art. 318. Dar-se-á também o desquite por mutuo consentimento dos conjugues, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

Art. 319. O adulterio deixará de ser motivo para desquite:

I. Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse.

II. Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado.

Parágrafo único. Presume-se perdoado o adulterio, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado.

Art. 320. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.

Art. 321. O juiz fixará também a quota com que, para criação e educação dos filhos, deve concorrer o conjugue culpado, ou ambos, se um e outro o forem.

Art. 322. A sentença do desquite autoriza a separação dos conjugues, e põe termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse anulado (art. 267, n. III).

Art. 323. Seja qual for a causa do desquite, e o modo como este se faça, é licito aos conjugues restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que façam, por ato regular, no juízo competente.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante o desquite, seja qual for o regime dos bens.

Art. 324. A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido (art. 240).¹⁰

Confirma-se a influência religiosa na concepção do diploma civil de 1916, no que se refere ao instituto do casamento. Tanto o é, que tornou possível a separação do casal pelo desquite, todavia mantinha-se o vínculo matrimonial do primeiro casamento e a possibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal pelos conjugues, a qualquer momento.

¹⁰ BRASIL. Lei n.º 3071, de 1º jan. 1916. Código de 1916. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916.

A Constituição Federal de 1934 também propunha a indissolubilidade do casamento. Ora veja-se:

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.
Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.¹¹

A Constituição de 1937, em seu art. 124, anunciava a indissolubilidade do casamento, nos seguintes termos: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção do seu encargo.”¹²

O mesmo entendimento foi adotado pela Constituição de 1946, no art. 163, *in verbis*:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.
§º1 - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.¹³

A Constituição de 1967 reservou o §1º, do art. 167, para dispor sobre a indissolubilidade do casamento. Destarte, a família era aquela constituída a partir da união formal de duas pessoas, com total proteção dos Poderes Públicos e indissolúvel.¹⁴

A Emenda à Constituição (EC) nº 9, de 1977, reformou o art. 175, § 1º, da Constituição de 1969, e passou a ter a seguinte redação: “O casamento somente

¹¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, [1934].

¹² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937.

¹³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). **CLBR**, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1967). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 20 out. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação por mais de três anos.”¹⁵

O dispositivo representou um marco na história, vez que tornou possível a dissolução do vínculo matrimonial. Contudo, o casal precisava obedecer ao prazo estipulado de três anos de separação prévia, para que pudesse adotar a medida.

Logo em seguida, a Lei nº 615, de 26 de dezembro de 1977, regulamentou a EC 9/77. Disciplinou, dentre outros, a dissolução do vínculo matrimonial. A lei ficou conhecida como “Lei do Divórcio” e preceitua a dissolução do casamento em seu art. 24: “o divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.”¹⁶

Caio Mário Pereira fala da importância dos dois últimos instrumentos jurídicos para o seio de normas brasileiras:

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de julho de 1977, foi aberta a porta ao divórcio, ao ser alterado o § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 9/1977, franqueando a dissolução do matrimônio nos casos previstos em lei. A “Lei do Divórcio” refletiu a opinião dominante no país. Numerosas “enquetes” promovidas pelos mais variados órgãos de divulgação o apontavam. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em seguida à Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, representou um marco importante no Direito de Família.¹⁷

Não se pode olvidar que a Lei do Divórcio foi um importante passo, no que diz respeito ao término da sociedade conjugal. Substituiu a figura do “desquite” pela “separação judicial” e tornou-se regramento principal sobre o tema. O Código Civil de 1916 passou a atuar, desde então, como norma subsidiária.

Mesmo assim, o divórcio encontrou grande resistência político-legislativa à sua implementação no país, justamente pela influência da Igreja Católica no processo de elaboração das leis brasileiras, principalmente as de cunho moral. Conquanto a EC 9/77 e a Lei nº 615/1977 legalizassem o instituto, determinados entraves

¹⁵ BRASIL. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 out. 1969.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1977.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. V. (Versão Digital). p. 718.

impossibilitavam a rápida dissolução do casamento, explica Rodrigo da Cunha Pereira:

Embora a Igreja Católica tenha se divorciado do Estado com a Constituição: ao de 1891, e deixado de ser religião oficial, sua influência, agora associada a outras religiões, foi e ainda é muito grande na elaboração de leis que trazem consigo algum conteúdo moral, como é o divórcio
Para que fosse aprovada a Lei nº 6.515/1977, foi necessário fazer algumas concessões, e o divórcio foi dificultado ao máximo: só era possível se divorciar uma única vez, era necessário o prazo de cinco anos de separação de fato para o divórcio direto e três para o indireto (ou por conversão). O desquite, embora tivesse mudado o nome para separação judicial, continuaria vigorando; afinal, os católicos não deveriam se divorciar. E assim foi mantido o esdrúxulo e inútil instituto da separação judicial.¹⁸

Embora duramente criticado, o prazo de três anos entre a separação judicial e o divórcio não existia por razões aleatórias. O lapso temporal “tinha a suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação, antes que dessem o passo definitivo do fim do vínculo matrimonial.” Nesse interim, muitos casais desistiam do divórcio e restabeleciam a união conjugal.¹⁹

A separação judicial e o divórcio foram inseridos no art. 2º da Lei do Divórcio, como institutos que rompiam a sociedade conjugal:

Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.
Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. (grifo próprio).

A citada lei trouxe, além da figura do divórcio indireto, o divórcio direto. Assim, comprovada a separação de fato de, pelo menos, 5 anos completos, o casal poderia requerer o divórcio direto, sem a necessidade do cumprimento do prazo relativo à separação judicial, até então de 3 anos. (art. 40).

O casal interessado em divorciar-se judicialmente deveria seguir as diretrizes previstas no art. 40, § 2º, *in verbis*:

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 238.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. V. (Versão Digital). p. 718.

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

[...]

§ 2º - No divórcio consensual, o procedimento adotado será o previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas:

I - a petição conterá a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II - a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III - se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada.

IV - a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

Onze anos após a instituição do mais importante diploma divorcista, o prazo de três anos de separação judicial para validade do divórcio foi alterado. Na Constituição Federal de 1988, o lapso temporal passou a ser de um ano de separação judicial ou mais de dois anos de separação de fato comprovada, como se vê no art. 226, § 6º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 6º - 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. (grifo próprio).²⁰

Destaca-se que o dispositivo constitucional tornou desnecessária a separação judicial nos casos em que fosse comprovada a separação de fato há mais de dois anos. Pela primeira vez, a separação de fato veio insculpida em uma Carta Constitucional, delimitando prazos diferentes para o divórcio.

Em consonância, o Código Civil de 2002 inseriu a separação e o divórcio em seu bojo, revogando as matérias referentes às normas de direito material insculpidas pela Lei do Divórcio. No atual diploma civil encontram-se dispostas, apenas, as disposições de direito processual e as que não foram citadas no Código Civil de 1916.²¹

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

²¹ ARAUJO, Eduardo Pereira de. Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional n.º 66/2010. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 19 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29383>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

No Código Civil de 2002, a dissolução da sociedade e do vínculo matrimonial veio insculpida no Capítulo X, arts. 1571 a 1582. O art. 1571 descreve as razões para o término da sociedade conjugal, *ad litteris*:

Art. 1571. A sociedade conjugal termina:

- I – pela morte de um dos cônjuges;
- II – pela nulidade ou anulação do casamento;
- III – pela separação judicial;
- IV – pelo divórcio.

§1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida nesse Código quanto ao ausente.²²

O legislador trouxe a morte como um dos requisitos para a dissolução da união conjugal, além de outras formas, como o acordo de separação entre os cônjuges, a separação litigiosa, o divórcio direto, a ação de conversão de separação em divórcio e o divórcio litigioso.

Alguns artigos tratam especificamente da separação judicial. Dentre outros, está o que informa que será deferida a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. A separação judicial encerra os deveres de coabitação e fidelidade recíproca e o regime de bens do casamento. (arts. 1574, *caput* e 1576).

Em outro momento, aduz a lei civil que, decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. (art. 1580).

Em 2007, uma mudança significativa aconteceu no âmbito da dissolução da união conjugal. A Lei nº 11.441/2007 acrescentou o art. 1.124-A, ao Código de Processo Civil (CPC), conferindo ao casal a possibilidade de realização do divórcio por meio de escritura pública, a ser realizado em cartório de notas, o que aferiu celeridade ao procedimento e a diminuição desse tipo de processo no judiciário.

²² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

O art. 1.124-A do CPC ordena:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.²³

Para que o divórcio seja concedido pela via extrajudicial, é preciso que o pedido seja feito consensualmente pelos consortes, uma vez que não serão realizados em cartório divórcios litigiosos, não tenham filhos menores ou incapazes e fique consignado na escritura como se dará a partilha dos bens comuns, a pensão alimentícia a ser ofertada por um dos cônjuges e, de comum acordo, a retirada ou manutenção do nome de solteiro.

Por fim, após 22 anos da mudança constitucional no âmbito da dissolução matrimonial, adveio a EC nº 66/2010, rompendo com os prazos necessários para a concessão do divórcio. O divórcio, atualmente, é direto, sem necessidade do cumprimento da separação judicial ou de fato.

Entretanto, há os que discordam, uma vez ser o Código Civil de 2002 e o CPC regramentos ainda vigentes, não tendo sido revogados expressamente os dispositivos que tratam da separação como requisito prévio para a concessão do divórcio nos diplomas supra, pela vigência da Emenda do Divórcio.

O capítulo a seguir tratará da discussão relativa à necessidade do cumprimento do prazo referente à separação, para decretação do divórcio. Fundamentos doutrinários serão apresentados.

²³ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

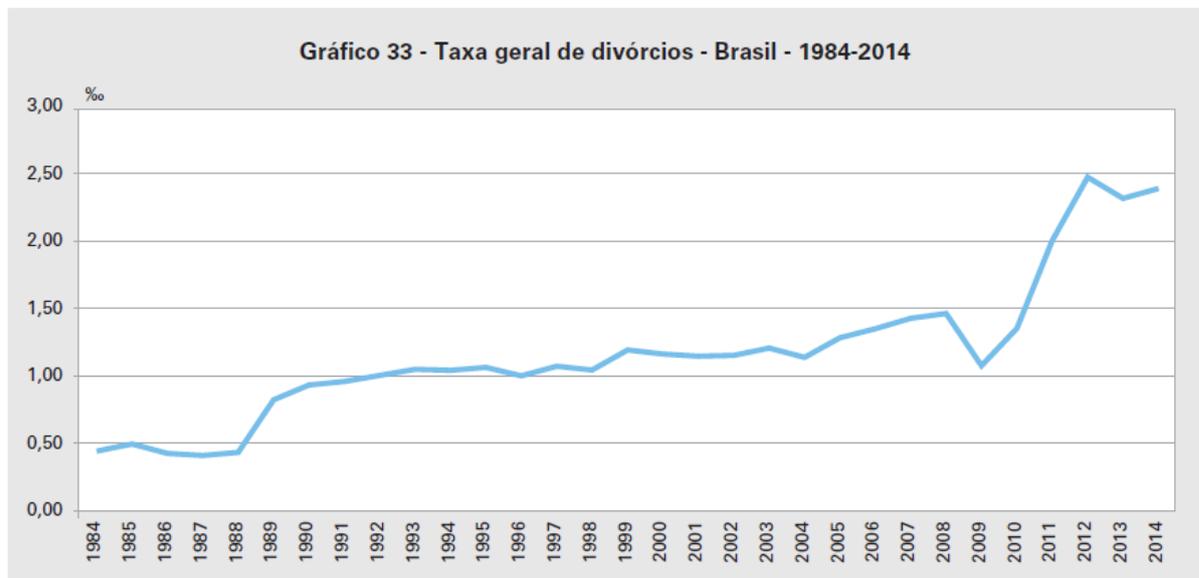
2. A SEPARAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO APÓS VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

Delineada a evolução histórico-legal do instituto do divórcio no Brasil, o estudo adentra à análise da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, com destaque ao olhar da doutrina e da jurisprudência acerca do imperativo cumprimento da separação de direito à decretação do divórcio, hodiernamente. Objeto de acirrada discussão.

2.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E O CRESCENTE AUMENTO NO NÚMERO DE DIVÓRCIOS REALIZADOS DESDE SUA VIGÊNCIA

A EC 66/10 alterou o art. 226, § 6º, da CF/88. A partir de sua vigência, o dispositivo constitucional supra ficou assim redigido: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

A alteração constitucional promovida pela EC 66/10 é demonstrada no gráfico apresentado pelo IBGE, o qual reflete um acréscimo significativo na taxa geral de divórcios realizados no Brasil, durante o período de 1984 a 2014.²⁴



²⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Estatísticas do Registro Civil 2014. **IBGE**, Rio de Janeiro, 2014, v. 41. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

Percebe-se a alta significativa da taxa geral de divórcios no período de 2010-2012. A ênfase, porém, é dada ao ano de 2012, quando o IBGE registrou o maior número de dissoluções formais apresentado desde 1984. Somente naquele ano, a alavancada foi de 2,49%, em comparação ao período anterior. Apesar do gráfico apontar um leve declínio dos pedidos de divórcio em 2013 (2,33%), o ano seguinte voltou a registrar alto percentual (2,41%).²⁵

Para o Instituto, o aumento na taxa geral de divórcios no país se deve à reforma do texto constitucional proporcionada pela EC 66/10, que desburocratizou o procedimento, ao reduzir os prazos mínimos à sua concessão.²⁶

Pelos números apresentados, torna-se inquestionável o alcance da EC 66/10 no comportamento dos casais, no que tange à dissolução do vínculo matrimonial, atualmente. Entretanto, é preciso demonstrar que, “nos bastidores”, o posicionamento sobre o divórcio direto gera controvérsias. Duas são as correntes que tratam do tema e serão dispostas a seguir.

2.2 CONTROVÉRSIAS ACERCA DO FIM DA SEPARAÇÃO APÓS EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

Paira entre os juristas o entendimento de que a separação de direito, judicial ou extrajudicial, foi extirpada do ordenamento jurídico pátrio pela EC 66/10. Seria o decretar da morte da separação judicial? A maioria entende que sim. O posicionamento advém do fato da referida emenda haver retirado do texto constitucional a separação, informando, apenas, que o fim do matrimônio se dá com o divórcio direto.

Caminha nessa esteira Glauber Leite, a quem a EC 66/10 colocou termo à sistemática dúplice para o desfazimento do enlace conjugal, onde era preciso pôr fim à sociedade conjugal para, então, dissolver o matrimônio. Em suas razões, o dual procedimento era ultrapassado e injustificável:

²⁵ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Estatísticas do Registro Civil 2014. **IBGE**, Rio de Janeiro, 2014, v. 41. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

²⁶ *Ibidem*, loc. cit.

A principal inovação, sem dúvida alguma, foi a extinção da ultrapassada e injustificável sistemática dúplice para o desfazimento do casamento: a separação de direito punha fim à sociedade conjugal, enquanto o divórcio dissolvia o vínculo matrimonial. Com a Emenda, adotou-se sistemática uma para o desenlace conjugal, na medida em que a separação foi eliminada do ordenamento pátrio, decorrência de revogação legal, e o divórcio foi alçado à condição de único instrumento hábil para a dissolução *inter vivos* do casamento válido. Finda a sistemática dúplice, a sociedade e o vínculo conjugal são encerrados por meio de apenas uma medida jurídica, o divórcio.²⁷

Na visão de Paulo Luiz Lobo, a EC nº 66/10 revogou toda a legislação com ela incompatível. Considerar os dispositivos infraconstitucionais que tratam da separação de direito como válidos é retirar da própria emenda o seu sentido. O conjunto normativo, em sua integralidade, deve obedecer ao comando constitucional, rompendo os óbices que impeçam o assentamento direto do divórcio:

Há grande consenso, no Brasil, sobre a força normativa própria da Constituição, que não depende do legislador ordinário para produzir seus efeitos. As normas constitucionais não são meramente programáticas, como antes se dizia.

É consensual, também, que a nova norma constitucional revoga a legislação ordinária anterior que seja com ela incompatível. A norma constitucional apenas precisa de lei para ser aplicável quando ela própria se limita "na forma da lei".

Ora, o Código Civil de 2002 regulamenta precisamente os requisitos prévios da separação judicial e da separação de fato, que a redação anterior do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição estabelecia.

Desaparecendo os requisitos, os dispositivos do Código que deles tratavam foram automaticamente revogados, permanecendo os que disciplinam o divórcio direto e seus efeitos. O entendimento de que permaneceriam importa tornar inócua a decisão do constituinte derivado e negar aplicabilidade à norma constitucional.

[...]

Não podemos esquecer da antiga lição de, na dúvida, prevalecer a interpretação que melhor assegure os efeitos da norma, e não a que os suprima. Isso além da sua finalidade, que, no caso da EC 66, é a de retirar a tutela do Estado sobre a decisão tomada pelo casal.²⁸

A justificativa para retirada da separação do texto constitucional constava no texto PEC que deu ensejo à emenda do divórcio, reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro ao Congresso, em 2007, nos seguintes termos:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da

²⁷ LEITE, Glauber Salomão. A emenda do divórcio: o fim da separação de direito? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil** – De acordo com a EC nº 66/2010. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 171.

²⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. apud SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Doutrina – Emenda Constitucional 66 – Uma leitura “politicamente incorreta”. **Direito de Família**, set. 2010. Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosas ou consensuais.²⁹

Almejava-se comprovar a desnecessidade da separação judicial, uma vez que esta, em muitas das vezes, gerava constrangimento ao casal, que tinha sua vida exposta nos tribunais, além de tornar-se onerosa para os cônjuges, o que, muitas vezes, contribuía para o agravamento da crise familiar e o dificultar da solução dos problemas de uma entidade falida.³⁰

Na opinião de Glauber Leite, o divórcio direto proporciona celeridade e economia aos consortes:

Com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, o divórcio se tornou o único instrumento hábil ao desfazimento do matrimônio. Com isso, a sociedade e o vínculo conjugal são desfeitos através de medida uma, tornando o desenlace matrimonial um transtorno menor para os envolvidos, em razão da diminuição de tempo e de dinheiro gasto para a obtenção deste fim.³¹

Por outro lado, a segunda corrente compreende que a separação de direito ainda é parte integrante do sistema jurídico pátrio, já que não foi expressamente revogada pela norma posterior. Portanto, os dispositivos da legislação infraconstitucional anteriores à EC 66/10, continuam em plena vigência, em seus aspectos materiais e procedimentais.

Nessa toada, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em primeira mão, chegou a discordar da tese de supressão da separação. Explica o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos que as alterações trazidas pela EC 66/10, para que tivessem imediata aplicabilidade, prescindiam de mudanças no Código Civil e na lei processual. Afirma: “enquanto não implementadas estas, subsistiriam os requisitos temporais para o divórcio bem como o próprio instituto da separação.”³²

²⁹ CARNEIRO, Sergio Barradas. apud SANT'ANNA, Valéria Maria. **Divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010** – Teoria e prática. São Paulo: EDIPRO, 2010, p. 20.

³⁰ Ibidem, p. 20-21.

³¹ LEITE, Glauber Salomão. A emenda do divórcio: o fim da separação de direito? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil** – De acordo com a EC nº 66/2010. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 191.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70040844375. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Min. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 7 abr. 2011.

Embora reconheça que seu entendimento é minoritário, o desembargador apresenta a lição de Sérgio Pereira, que emitiu o seguinte alerta: Calma com a separação e o divórcio!. Veja-se:

Os equívocos dos entusiastas são dois: a) entender que a separação judicial (e também a extrajudicial) desapareceu; b) afirmar peremptoriamente que as exigências anteriores para o divórcio já foram eliminadas. [...]
O mais recomendável é que de imediato se altere o Código Civil, retirando dele, se for o caso, a separação judicial (e, do Código de Processo, a extrajudicial), eliminando os requisitos de prazo para divórcio e definindo se a discussão de culpa permanece ou não. Não agir assim é provocar grande tumulto e divergências, tendo como resultado muito maior demora nos processos e o risco de futura epidemia de nulidades e carências de ação em milhares deles! O povo merece maior consideração! (grifo nosso).³³

No fito comprovar a necessidade de ressalvas às interpretações cedidas à EC 66/10 e cogente alteração na lei civil e processual civil, valeu-se também do ensinamento de Gilberto Schäfer, que aduz:

A referida emenda, na parte que contém a regra do divórcio, tem efetividade **mediata**, ou seja, depende de uma mediação infraconstitucional do Direito Civil e do Direito Processual Civil. (grifo nosso).³⁴

Vislumbra-se que, enquanto vigorarem os dispositivos que dispõem sobre a separação na legislação ordinária, necessário buscar o equilíbrio destes com o do texto da nova emenda, no momento da aplicação da lei.

Em seu artigo “Emenda Constitucional 66 – Uma leitura ‘politicamente incorreta’”, o des. Luiz Felipe Brasil Santos esboça sua conclusão sobre o tema:

[...] embora admita que a linha de pensamento que sustento representa uma visão “politicamente incorreta”, em um tempo em que a versão midiática, até do direito, tende a preponderar – penso que, por não haver qualquer incompatibilidade entre o novo texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal e os dispositivos correspondentes do Código Civil, estes últimos subsistem em sua inteireza, até que sejam objeto de modificação por lei específica.

Fique claro, porém, que esta opinião não significa que me posicione ideologicamente contrário à evolução que se pretendeu com a Emenda Constitucional em foco, mas apenas que não aceito – só por ser favorável à tese – que sejam atropeladas regras comezinhas de interpretação do Direito.³⁵

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70040844375. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Min. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 7 abr. 2011.

³⁴ Ibidem, loc. cit.

³⁵ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Doutrina – Emenda Constitucional 66 – Uma leitura “politicamente incorreta”. **Direito de Família**, set. 2010. Disponível em:

<<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

Desse modo, ao criar a EC 66/10, deveria ter o legislador constituinte atentado ao fato de que não apenas a Constituição Federal trata da separação e do divórcio. O Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil ainda regulam os institutos que dissolvem a sociedade conjugal e a matrimonial.

2.3. O EMBATE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PERMANÊNCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10

O estudo demonstrou que a discussão relativa à permanência da separação judicial no ordenamento jurídico após a EC 66/10, parte do pressuposto de que os dispositivos em contrário à Emenda supra não foram devidamente revogados, o que pode levar o operador do direito a entender que a separação é instituto ainda vigente.

Assim, esboçada a opinião da doutrina, o momento é oportuno para trazer o olhar dos tribunais brasileiros sobre o tema.

2.4. ARESTOS JUDICIAIS FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO DE DIREITO

Primeiramente serão apresentados posicionamentos judiciais cujo teor é favorável à manutenção dos prazos relativos à separação judicial ou qualquer outro procedimento de necessário cumprimento para decretação do divórcio. Assim, o primeiro julgado apresentado advém do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e é datado de 21/08/2014.

No julgamento em questão, a Oitava Câmara Cível do TJRS manifestou entendimento de que a EC 66/2010 não retirou do ordenamento jurídico as disposições relativas aplicáveis ao divórcio, situação, portanto, que tornava imperiosa a audiência de ratificação do pedido, para confirmação de que a medida era de interesse de ambos os consortes:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. MANUTENÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. 1. O advento da EC n.º 66/2010 não modificou, tampouco extinguiu as disposições processuais aplicáveis ao divórcio judicial, contidas no

CPC e na Lei n.º 6.515/77. 2. Nos termos do art. 40, § 2º, III, da Lei n.º 6.515/77, bem como do art. 1.122 do CPC, a audiência de ratificação do pedido de divórcio será obrigatoriamente realizada. 3. Hipótese em que, a par da questão de estado, estão em jogo a regulamentação da guarda e da verba alimentar em favor dos filhos comuns. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (grifo nosso).³⁶

Necessário destacar que este posicionamento não é unânime entre as Câmaras que compõem o 4º Grupo Cível do TJRS, dentre as quais a Oitava Câmara.

Em 2012, a mesma Oitava Câmara Cível do TJRS encaminhou Recurso de Apelação ao 4º Grupo Cível, para que deliberasse sobre o assunto, visto o entendimento divergente entre os integrantes do referido grupo julgador. Discutia-se a abrangência e eficácia da EC nº 66/10, abrindo assim precedente para o “Incidente de Prevenção/Composição de Divergência”, com supedâneo no art. 555 do CPC.³⁷

O des. Luiz Felipe Brasil Santos apresentou suas razões para acolhimento do supracitado Incidente pelo 4º Grupo Cível, cujo teor foi reconhecido pelos desembargadores em unanimidade. Ora veja-se a justificativa apresentada pelo desembargador relator:

É conhecida a controvérsia e ampla discussão acerca da temática, no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Assim, não obstante este Relator siga mantendo a posição firmada acerca da matéria, externada em diversos julgados e também em artigos publicados - sempre no sentido de que a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não ensejou a automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria, o que somente poderia ocorrer após as devidas alterações na disciplina contida no Código Civil – entendo que referidas divergências tornam de todo relevante, a esta altura, suscitar o “Incidente de Prevenção/Composição de Divergência” de que trata o § 1º do art. 555 do CPC.³⁸

De modo semelhante, assim que a EC nº 66/10 foi promulgada, a Sétima Câmara de Direito Civil do TJRS, ante conflitos relacionados à obediência dos prazos constantes na legislação infraconstitucional, manteve entendimento de que a emenda apreciada não retirou do mundo jurídico os dispositivos que tratam da sistemática do instituto, permanecendo válidos, portanto.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC: 70060519105 RS. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, RS, 21 ago. 2014. DJ., 27 ago. 2014.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70045892452 RS. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 26 jan. 2012. DJ., 31 jan. 2012.

³⁸ Ibidem, loc. cit.

No entender da Corte Gaúcha, a conversão em divórcio só poderia ocorrer decorrido o prazo de um ano. Vide:

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 matrimonial.** 3. **Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada.** (grifo nosso).³⁹

Desta feita, sustenta o E. Tribunal que a separação judicial se faz vigente e necessário o cumprimento do prazo de um ano, depois de decretada a separação judicial, para sua conversão em divórcio.

A Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), em 2012, também chegou a seguir a inteligência de que a separação judicial estava mantida, em obediência ao preceito constitucional da proteção à família, visto que no prazo da separação poderia existir a reconciliação do casal:

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. NOVA REDAÇÃO DO ART. 226, DA CF. EC 66/2010. SOBREVIVÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECURSO PROVIDO. 1. A SUPRESSÃO DA CONDIÇÃO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO, PREVISTO NO ART. 226, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, NÃO AUTORIZA PENSAR QUE POR ISTO TENHA HAVIDO A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 2. A MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL DEVE-SE TAMBÉM AO FATO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PRESERVA O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA, ESTANDO A RECONCILIAÇÃO DO CASAL, PREVISTO NO ART. 1577, DO CÓDIGO CIVIL, EM TOTAL CONSONÂNCIA COM REFERIDO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. 3. RECURSO PROVIDO.⁴⁰

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70045892452 RS. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 26 jan. 2012. DJ., 31 jan. 2012.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AI 175912320118070000 DF. Terceira Turma Cível. Relator(a): Mario-Zam Belmiro. Brasília, DF, 18 abr. 2012. DJe, 23 abr. 2012.

Em novembro de 2014, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais defendeu o instituto da separação. Desconstitucionalizada pela EC 66/10, ao legislador originário era conferida autonomia para regulamentá-la em atenção às necessidades sociais vigentes:

A Emenda Constitucional 66/2010 não aboliu a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio, limitando-se à desconstitucionalização do tema, conferindo ao legislador ordinário liberdade para sua regulamentação, em consonância com os reclamos da sociedade pós-moderna. Deve ser reformada a sentença que julga procedente pedido de divórcio direto, sem observância do lapso temporal exigido pelo art. 1.580 do Código Civil. (grifo nosso).⁴¹

Pelos precedentes apresentados, os que sustentam a permanência da separação no direito brasileiro, consubstanciam sua tese no fato único e exclusivo a EC nº 66/10 não ter revogado os dispositivos que tratam da matéria.

Entendem que os diplomas em vigência, na parte que tratam da separação, não confrontam a norma constitucional, umas das situações previstas para a revogação de lei anterior por conta da vigência de uma nova.

Para que a separação seja, de fato, extirpada, necessária a alteração na legislação infraconstitucional. Enquanto isso, o divórcio direto sem observância de prazos ou outros requisitos quaisquer insculpido pela emenda, seria, apenas, nova modalidade de dissolução do vínculo matrimonial, devendo prevalecer a separação judicial, a ser utilizada conforme o interesse das partes.

Pelos que se posicionam pela supressão do instituto da separação após a instituição da EC nº 66/10 está o Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI), que sustenta que a emenda do divórcio suprimiu os requisitos necessários à concessão do divórcio.

Basta a apresentação da certidão de casamento no pedido do divórcio para que o pedido seja concedido prontamente, sem o cumprimento de obediência a qualquer prazo ou procedimento estampados na legislação infraconstitucional:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONVERSAO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO JULGADA PROCEDENTE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. APLICAÇÃO IMEDIATA. SENTENÇA EXTRA PETITA. NAO OCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO ATO DE PUBLICAÇÃO DA

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0701.13.005944-0/001. Relator(a): Des. Afrânio Vilela. Julgamento em: 5 nov. 2014. DJEMG, 21 nov. 2014.

SENTENÇA. NAO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO, IN TOTUM, DA SENTENÇA RECORRIDA. I- Cumpre asseverar que o ordenamento jurídico constitucional estabelecia, antes da EC nº 66/10, em seu art. 226, § 6º, 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 a separação de fato por mais de dois anos. II- Ocorre que, com o advento da aludida EC, foi dada nova redação à referida norma constitucional, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio. III- Ve-se, pois, que restou suprimida a exigência prévia da separação judicial do casal por mais de 1 (um) ano, ou da comprovação da separação de fato por mais de 2 (dois) anos, afastando-se a exigência da demonstração de qualquer requisito para a procedência da decretação do divórcio. IV- Logo, com a vigência da nova EC, é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais discussão sobre o lapso temporal de separação fática do casal ou de qualquer outra causa específica para a dissolução do casamento. V- Portanto, consoante os princípios constitucionais da máxima efetividade, da força normativa da Constituição e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, bem como dos preceitos doutrinários e jurisprudenciais, resta clara que a EC tem aplicação imediata, isto é, sem condições quer de natureza subjetiva como a discussão sobre culpa, ou objetiva como o transcurso de tempo. VI- Com isto, não mais existindo em nosso ordenamento qualquer exigência quanto à demonstração de lapso temporal de separação de fato ou judicial do casal, a imediata decretação do divórcio, in casu, é medida que se impõe. VII- Não há que se falar, em sentença extra petita, pois, na inicial fora requerido o divórcio, vez que, pelo princípio da instrumentalidade das formas, a pretensão de conversão da separação em divórcio será processada como divórcio, face a nova sistemática constitucional, que não exige qualquer requisito, a não ser a vontade de um dos cônjuges ou de ambos. VIII- Dessa forma, correta a sentença requestada, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 66/10 tem aplicação imediata, assim, a separação judicial deixou de ser um requisito geral para a decretação do divórcio, em atenção a autonomia privada. IX- Não há nos autos elementos probatórios que demonstrem a nulidade do ato de publicação da sentença, como a cópia do Diário de Justiça, nem sequer cópia do termo de separação, com isso, tais alegativas, mais uma vez, não podem ser aferidas nesse grau de recurso. X- Apelação Cível conhecida e improvida. XI- Jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. XII- Decisão por votação unânime.⁴²

A Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) garante que após a promulgação da EC nº 66/10 a única exigência que se faz imperiosa para romper os laços jurídicos do matrimônio, em definitivo, é o inequívoco desejo das partes:

FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. SENTENÇA QUE DECRETA O DIVÓRCIO COM FULCRO NO ART. 269, II, DO CPC, ANTE A CONCORDÂNCIA DA OUTRA PARTE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUERENDO A CASSAÇÃO DO DECISUM, SOB O ARGUMENTO DE VIOLAÇÃO AO ART. 1121, II E III, DO CPC, HAJA VISTA A AUSÊNCIA DE ACORDO QUANDO AOS ALIMENTOS, GUARDA E VITAÇÃO DA PROLE. TESE RECURSAL INDEFENSÁVEL. **APÓS O ADVENTO DA EC 66/10, O ÚNICO REQUISITO NECESSÁRIO À DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO PELO DIVÓRCIO É A VONTADE INEQUÍVOCA DAS PARTES.** QUESTÕES RELATIVAS À PROLE SÃO

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. AC nº 201100010058954 PI. Primeira Câmara Especializada. Relator(a): Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho. Teresina, PI, 12 set. 2012.

PASSÍVEIS DE DISCUSSÃO EM SEDE PROCESSUAL AUTÔNOMA. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EX VI DO ART. 557, CAPUT, DO CPC, PORQUANTO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E EM DESCOMPASSO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. (grifo nosso).⁴³

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) explicita que a EC 66/10 é de aplicação imediata nos pleitos de divórcio e deve prevalecer sobre quaisquer dispositivos infraconstitucionais contrários à mesma, por se encontrarem tacitamente revogados.

Assim, prazos e procedimentos que dificultam o rompimento oficial da união matrimonial não mais devem subsistir:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 005100004604 RELATOR: DES. SUBS. WILLIAN SILVA RECORRENTE: ADRIANO DE PAULA SILVA ADVOGADO: ZIRALDO TATAGIBA RODRIGUES RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECORRIDO: BRUNA GOMES RIBEIRO. MAGISTRADO: ADELINO AUGUSTO PINHEIRO PIRES ACÓRDAO EMENTA. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. EC 66/2010. ARTIGO 226 6º DA CF. APLICAÇÃO IMEDIATA. SEPARAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. REQUISITOS DO ARTIGO 1580 DO CC. COMPROVAÇÃO. INEXIGÊNCIA. RECURSOS PROVIDOS. 1. A nova redação do 6º do artigo 226 da CF não repetiu a exigência de prazo mínimo de separação do casal para a dissolução do vínculo matrimonial. A partir da EC 66/2010, a exigência deste prazo não subsiste como requisito para a decretação do divórcio. 2. O artigo 226, 6º, da CF, com a redação dada pela EC 66/2010, tem aplicação imediata e deve prevalecer diante das disposições infraconstitucionais em contrário, que se consideram tacitamente revogadas. 3. A partir da EC 66/2010, o pedido de divórcio deve ser apreciado sem que se perquiria o lapso temporal da separação de fato do casal ou quaisquer outras causas do fim da sociedade conjugal, porquanto estes elementos não subsistem como condição ou requisito para o deferimento do pedido. 4. Recursos providos para anular a sentença. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas. Acorda a colenda QUARTA CÂMARA CÍVEL, em conformidade com a ata e notas taquigráficas que integram o presente julgado, à unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO aos recursos. (grifo nosso).⁴⁴

Por fim, faz-se cogente destacar que apesar dos julgados do TJRS apresentados na seção anterior, que decidiam pela validade dos dispositivos infraconstitucionais que tratam da separação, o 4º Grupo Cível do Tribunal uniformizou

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL nº 18007420118190066 RJ 0001800-74.2011.8.19.0066. Décima Terceira Câmara Cível. Relator (a): Des. Gabriel Zefiro. Rio de Janeiro, RJ, 31 jan. 2012.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 5100004604. Quarta Câmara Cível. Relator(a): Samuel Meira Brasil Junior - Relator Substituto Designado: Willian Silva. Vitória, 5 set. 2011. DJ, 26 set. 2011.

a jurisprudência daquele grupo, no sentido de que a EC nº 66/10 erradica qualquer imposição à concessão do divórcio.

Encerrar-se-ia, portanto, o dissenso jurisprudencial daquele Tribunal:

Pela entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, não há mais necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto. Precedentes jurisprudenciais da 7ª e da 8ª Câmaras Cíveis deste TJRS. (Uniformização de Jurisprudência nº 70044573848, Relator Des. Rui Portanova).

Entretanto, ainda que o 4º Grupo Cível tenha determinado o exposto, viu-se que a Oitava Câmara Civil continua a exarar decisões contrárias a supressão dos requisitos inerentes ao cumprimento do divórcio, como se extraiu do primeiro acórdão colacionado na seção anterior.

3. O TRATAMENTO DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após uma longa jornada, o Novo Código de Processo Civil veio à existência, precisamente em 16 de março de 2015, sob a Lei nº 13.105/2015.

As ações de família foram contempladas com significativas inovações. A teor do art. 694, não serão medidos esforços para a resolução célere e consensual dos conflitos de natureza familiar. Para tanto, o magistrado poderá valer-se do auxílio de profissionais de outras áreas de modo que a nova lei instrumental alcance o seu objetivo.⁴⁵

Embora mereça destaque os grandes feitos à seara jurídico-familiar, ao estudo convém debruçar-se sobre aqueles que estão diretamente relacionadas ao objeto do estudo: os que dizem respeito à separação e ao divórcio.

Desta feita, o capítulo apresentará um comparativo sobre a separação judicial e o divórcio entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Novo Código de Processo Civil; os fundamentos dos que criticam a presença da separação no novel códex; as alegações daqueles que aplaudiram a manutenção do instituto no diploma em referência; e, ao cabo, o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da prescindibilidade do cumprimento da separação judicial após instituição da EC 66/10.

3.1 DA DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO: ENTRE O ANTIGO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme disposto, há um entendimento de que a separação foi ab-rogada tacitamente pela EC 66/10, todavia o Novo CPC veio à existência com o discutido instituto em seu bojo.

A primeira menção à separação no Novo CPC é feita no art. 23, III, que anuncia ser a autoridade judiciária brasileira, exclusivamente, a competente para julgar as ações de divórcio, separação judicial, dissolução de união estável, dentre outras.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2016.

Assim, mesmo que o titular da ação de separação ou divórcio residam fora do país ou sejam de nacionalidade estrangeira, o Brasil é o local eleito para dirimir as controvérsias, estabeleceu-se. Pontua-se, desde já, que esta regra faz parte das conquistas do Novo CPC, pois a antiga lei não trazia um dispositivo correspondente em seu corpo.

O art. 100, I, do CPC de 1973 versava:

Art. 100. É competente o foro:

I - **da residência da mulher**, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio e para a anulação de casamento; (grifo nosso)

Enquanto o código processual civil prestes a ser revogado considera competente o foro da residência da mulher para as ações de separação, divórcio, anulação de casamento e dissolução ou reconhecimento de união estável, o art. 53, I, do novo diploma altera esta disposição para determinar ser o local apropriado o do domicílio do guardião de filho incapaz; do último domicílio do casal, desde que não tenha filho incapaz; de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal.

No antigo CPC, o art. 155, II, que as ações de separação e de conversão da mesma em divórcio corriam em segredo de justiça. No novo códex, reafirma o caráter público dos processos judiciais, contudo os que estão relacionados à separação de corpos e ao divórcio tramitarão em segredo de justiça, por exegese do art. 189, II.

Afere-se que o divórcio conversivo deixou de ser matéria no Novo CPC. Pensa-se que a alteração caminhou em conformidade com a EC 66/10, que retirou a figura da separação obrigatória para dar espaço ao divórcio direto, sem burocracias ou impedimentos. A interpretação que ora se depreende, é que o instituto da separação manter-se-á vigente, embora de escolha facultativa pelos consortes.

Observe o que prescreve o art. 155, parágrafo único, do CPC de 1973:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

[...]

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do **desquite**. (grifo nosso).

Não havia razão para o vocábulo “desquite” permanecer, até pouco tempo, no antigo CPC, sendo que a Lei do Divórcio, de 1977, ao conceber a separação judicial, fez desaparecer aquela figura, que punha fim somente à sociedade conjugal, porém mantinha a indissolubilidade do casamento.

Caminhou bem o legislador ao atualizar o antigo texto do CPC para fazer constar no § 2º do art. 189 do Novo CPC o seguinte: “O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de **divórcio ou separação**.” (grifo nosso)

Enquanto a antiga sistemática processual referente à separação consensual era disposta nos arts. 1.120 a 1.124-A do CPC de 1973, no novo instrumento encontra-se presente nos arts. 731 e 733.

Os pedidos de divórcio e de separação consensual serão homologados se a petição, assinada por ambos, atender aos requisitos: qualificação e descrição dos bens comuns; pensão alimentícia entre os cônjuges (se for o caso) e especificações sobre a guarda dos filhos incapazes, visitas e contribuição material para a sua criação e educação. A partilha de bens poderá ser realizada após homologação do divórcio e tanto o divórcio quanto a separação consensuais poderão ser realizados extrajudicialmente. (art. 731 c/c 733).

3.2 CONTRÁRIOS À MANUTENÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A presença da separação no bojo do Novo CPC tem sido motivo de duras críticas. Os juristas brasileiros sustentam que o diploma deveria ter posto fim ao confronto, ao invés de criar margem para prolongá-lo.

Apesar da Lei que instituiu o Novo CPC – Lei nº 13.105/2015 - encontrar-se em *vacatio legis*, já é possível encontrar precedente jurisprudencial recente que entende desnecessário o cumprimento de requisitos para a conversão do divórcio e ratifica a corrente dominante sobre o tema.

Esse foi o entendimento emanado pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, em decisão proferida em 10/12/2015. O *decisum* foi pautado na

“teoria da causa madura”, que possibilita ao Tribunal o julgamento imediato do caso, sem a realização da audiência de comprovação da separação de fato, no caso, visto o interesse comum das partes em dissolver o matrimônio de forma direta e a possibilidade conferida pela EC 66/210 para tal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADO COM PARTILHA DE BENS. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR ABANDONO. AUTOR QUE NÃO COMPARECEU À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO QUE TINHA COMO OBJETIVO COMPROVAR O TEMPO DE SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 QUE DISPENSOU A NECESSIDADE DE PRÉVIA SEPARAÇÃO JURÍDICA OU DE FATO PARA O DIVÓRCIO. EXTINÇÃO INDEVIDA ANTE A DESNECESSIDADE DA AUDIÊNCIA. TEORIA DA CAUSA MADURA - APRECIÇÃO IMEDIATA DO MÉRITO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO REALIZADO EM AUDIÊNCIA. DIVÓRCIO DECRETADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.⁴⁶

Ora, se grande parte da doutrina e jurisprudência já havia acolhido o expurgo da separação do seio jurídico e os tribunais continuam a trilhar o mesmo caminho, qual o motivo da sua presença no Novo CPC? Há quem interprete como “uma grande infelicidade, um total retrocesso.”⁴⁷

Lenio Luiz Streck, durante a fase de votação do Projeto do Novo CPC, publicou um artigo que levou muitos a refletirem sobre o tema e acirrou ainda mais a discussão em torno do mesmo. Nele, considerou ser inconstitucional a reprivatização da separação no corpo de leis brasileiras.⁴⁸

A permanência da separação jurídica no referido diploma é uma espécie de norma “tipo-Lázaro”, que ressurgiu do mundo dos dispositivos sepultados para atormentar aqueles que, com muito esforço, lutaram para exterminá-la. A comparação se deve ao fato de o legislador processual ter desconsiderado a trajetória histórica, doutrinária e jurisprudencial que levou o instituto ao seu fim.⁴⁹

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas. APL: 00003916420068020049 AL 0000391-64.2006.8.02.0049. Terceira Câmara Cível. Relator: Juiz Conv. Maurício César Brêda Filho. Julgamento em: 10 dez. 2015. Publicação: 11 jan. 2016.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil** – Impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015, p. 838.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Por que é inconstitucional “reprivatizar” a separação judicial no Brasil. **Conjur**, 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-reprivatizar-separacao-judicial>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

⁴⁹ Ibidem, loc. cit.

Reitera-se que o legislador precisa respeitar um imperativo constitucional e não trazer ao plano jurídico aquilo que a Constituição Federal retirou, “sob pena de [...] a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo”, ajuíza Lenio Streck.⁵⁰

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer a força normativa da Constituição, que, tacitamente, retira do ordenamento jurídico as disposições contrárias às estabelecidas pela Lei Maior. A emenda do divórcio constitui, afirma-se, uma “norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.”⁵¹

Flávio Tartuce esclarece:

[...] como a finalidade da separação de direito sempre foi pôr fim ao casamento, não se justifica a manutenção da categoria se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maiores burocracias. Não se sustenta mais a exigência de uma *primeira etapa* de dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma *outrora segunda etapa*. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito *teorético* e pouco efetivo.⁵²

Noutro giro, a Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer o princípio da intervenção mínima nas relações familiares. Doravante, a EC 66/10 sedimentou a inteligência de que a vontade do casal deve ser levada a contento, sem empecilhos criados por terceiros, explanam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Trata-se de uma completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante.⁵³

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) de modo veemente buscou a retirada da separação do texto do novo Código de Processo Civil. Membro do

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Por que é inconstitucional “repristinar” a separação judicial no Brasil. **Conjur**, 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

⁵¹ LÔBO, Paulo. apud TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015, p. 853.

⁵² Ibidem, p. 861.

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito de Civil – Direito de Família**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Versão Digital). p. 1277.

Instituto, Rolf Madaleno assevera que a separação judicial é contrária a um dos objetivos do diploma processual, qual seja o de oferecer celeridade aos processos judiciais. Os prazos e procedimentos concernentes à separação cria um desgaste àqueles que desejam a desfeita imediata do laço matrimonial, além de postergar a duração dos processos judiciais.⁵⁴

Todavia, em razão da dissonância sobre o tema, o Novo CPC veio a lume com a separação como opção para os casais. Prevaleceu a tese de que a separação coexiste com o divórcio, embora o texto dos diplomas ordinários destoe do apresentado pela EC 66/10.

Rolf Madaleno contesta: “a ressurreição do instituto da separação judicial na minha opinião é natimorta, pois colide com a Emenda Constitucional 66/2010, que autoriza requerer o divórcio a qualquer tempo.”⁵⁵

3.3 FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antes mesmo da votação pelo senado federal do projeto que ensejou a aprovação do novo texto da lei processual civil, não apenas uma ou duas Emendas à Constituição foram propostas para retirar daquele diploma as alusões feitas à separação. Ao total, 10 PECs buscavam pôr termo à discussão que ainda hoje divide os operadores do direito. Não lograram êxito, salienta-se.⁵⁶

Para o senador Vital do Rêgo, responsável pela elaboração da proposta de votação do Novo CPC no senado federal, ainda que dominante o sentido que a EC 66/10 deu ao divórcio, ao retirar-lhe o seu caráter conversivo, não se pode desconsiderar que subsiste divergência concernente ao tema. Inclusive, o Enunciado n. 514 das Jornadas de Direito Civil trouxe a seguinte interpretação ao art. 1.571 do

⁵⁴ AGÊNCIA SENADO. Novo Código de Processo Civil é sancionado. **IBDFam**, 17 mar. 2015. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5571/Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil+%C3%A9+sancionado>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

⁵⁵ Ibidem, loc. cit.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015, p. 839.

Código Civil: “A Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.”⁵⁷

Por assim entender, a citada emenda transformou o então divórcio conversivo em direto, facultada a separação àqueles que desejam “dar um tempo” na sociedade conjugal, sem desfazer o enlace matrimonial em definitivo, nesse interim. Portanto, somente a expressa revogação da separação na lei civil poderia ensejar a retirada do instituto da lei processual, haja vista esta última ser responsável, apenas, por dizer o modo de efetivação dos direitos materiais.

O relator sinaliza: “Ora, será uma intervenção indevida, uma invasão científica, utilizar uma norma processual para fazer prevalecer uma das várias correntes doutrinárias que incandescem na seara do Direito Civil.”⁵⁸

Lauane Volpe Camargo, Dierle Nunes e Luiz Henrique Volpe Camargo adotam pensamento distinto do apresentado por Lenio Streck, Rolf Madaleno e outros citados no estudo. Defendem que a EC 66/10 inovou ao romper o sistema dual obrigatório do divórcio para dar lugar ao dual facultativo, de tal maneira que, aquilo que era imposto, passou a ser opcional, e os desejosos por romper o casamento sem delongas poderiam, a partir de então, fazê-lo.⁵⁹

Daniel Amorim Assumpção Neves vê de forma positiva a presença do instituto no novel diploma. Em seu parecer, não houve reipristinação da separação, até mesmo por não ser objeto das leis processuais criar, extinguir ou modificar direitos materiais:

A previsão procedimental contida no Novo CPC não reipristina a separação judicial nem confirma que ele nunca deixou o sistema jurídico brasileiro. Não é tarefa do Código de Processo Civil estabelecer se a separação sempre esteve entre nós, se se foi para agora voltar ou, ainda, se se foi para sempre. As normas legais processuais se prestam exclusivamente a prever o procedimento, sendo encargo das normas legais materiais a criação, extinção ou modificação de direitos materiais. Cada espécie de norma tem suas funções bem definidas no sistema jurídico.⁶⁰

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015, p. 839.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 841.

⁵⁹ CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volp; NUNES, Dierle; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Regulamentação da separação Novo CPC merece aplausos. **Conjur**, 24 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-merece-aplausos>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

⁶⁰ ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim Neves. **Novo CPC Código de Processo Civil - Inovações, alterações, supressões comentadas**. São Paulo: Método. (Versão Digital). p. 859.

Como afiançado, a lei processual subsiste apenas para instrumentalizar os direitos materiais. Acredita-se que somente o Supremo Tribunal Federal encerrará esta discussão, quando for suscitado para tal. Até lá, normas materiais e processuais que disponham sobre o instituto permanecem em plena vigência. Caso a Corte Suprema venha a declarar, posteriormente, a validade da separação na legislação ordinária após a EC 66/10, o novo Código de Processo Civil “estará preparado para tal decisão, com um procedimento já consagrado.”⁶¹

Na mesma vertente, Venceslau Tavares Costa Filho e Torquato Castro Jr. lecionam que o Novo CPC veio à baila para dar cabo às dúvidas que existiam sobre a separação e sua validade diante da EC 66/10. Os autores consideram esdrúxula a interpretação pela extinção da separação em razão da simples retirada dos termos voltados ao instituto pela referida emenda. Aberração jurídica, do mesmo modo, é a ideia de que o legislador ordinário não pode mais regular o divórcio pelo fato da mesma emenda haver suprimido do texto constitucional a expressão “na forma da lei”.⁶²

Esclarecem o exposto do seguinte modo:

[...] não faz sentido sustentar um suposto “interdito” constitucional à regulação do divórcio pelo legislador. A abstração e vagueza próprios do texto constitucional não se prestam a atender às exigências quanto à necessidade de uma regulação minuciosa da dissolução do casamento. Seria desnecessário, por exemplo, fazer constar do texto constitucional regras tais sobre o procedimento do divórcio como as sobre a resolução parcial e antecipada do mérito da demanda, que são de grande utilidade para as ações de divórcio, e serão objeto de regulação específica no Novo Código de Processo Civil projetado.⁶³

A visão dos autores é fundada na autonomia que a legislação civil possui de estabelecer as melhores diretrizes às relações privadas, contudo pautada no respeito aos direitos prerrogativas individuais previstas na Carta Magna. Apesar da retirada dos prazos obrigatórios para a concessão do divórcio, não aconteceu a “ab-rogação tácita” do instituto da separação, ao contrário do que entende a maioria. Subsiste

⁶¹ ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim Neves. **Novo CPC Código de Processo Civil - Inovações, alterações, supressões comentadas**. São Paulo: Método. (Versão Digital). p. 860.

⁶² COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JR., Torquato. Ao regular separação judicial, Novo CPC tira dúvidas sobre o instituto. **Conjur**, 30 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

⁶³ Ibidem, loc. cit.

como meio opcional de desfazimento dos direitos e deveres decorrentes do casamento, sendo o novo diploma processualista o local apropriado para discipliná-la.⁶⁴

Assim, a separação reeditada no Novo CPC é válida e adequada à ordem constitucional em vigor. Não constitui reprimenda do instituto, bem como encerra as dúvidas relativas à sua permanência, após a EC 66/10:

Conclui-se, portanto, pela adequação do Novo Código de Processo Civil projeto à ordem constitucional brasileira. Na medida em que não se verificou a abrogação do instituto, não há que se falar em reprimenda. A regulação do procedimento da separação judicial é uma medida acertada no âmbito do Novo Código de Processo Civil projetado, além de contribuir para a sanção de uma série de dúvidas que ainda pairam no ar.⁶⁵

O mesmo argumento de que o Estado não pode intervir nas questões privadas de seus cidadãos, portanto o divórcio direto é medida que se impõe se as partes o eleger, é utilizado pela corrente oposta, que, em exatos termos, reza competir ao casal, única e exclusivamente, como se dará o fim do casamento, sendo a separação uma das alternativas dispostas no seio de leis pátrias:

Diferentemente do cenário anterior, não existe mais a proibição do imediato divórcio. Mas, isso é fundamental, o novo sistema também não impõe o imediato divórcio. Assim, a separação consensual está mantida. O casal é livre para decidir sua vida. Livre para se divorciar ou livre para se separar. Pensar diferentemente é concordar com a instituição de nova ditadura, inversa daquela existente no passado: a ditadura do divórcio obrigatório.⁶⁶

A oportunidade é apropriada para citar um importante dado apresentado pelo IBGE, em 2015: das 341.181 dissoluções formais concretizadas em 2014, 262.332 foram separações de direito, contra 78.849 divórcios.⁶⁷ Os números corroboram, dentre outros, o interesse dos casais em fazerem uso do recurso jurídico da

⁶⁴ COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JR., Torquato. Ao regular separação judicial, Novo CPC tira dúvidas sobre o instituto. **Conjur**, 30 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

⁶⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶⁶ CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volp; NUNES, Dierle; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Regulamentação da separação Novo CPC merece aplausos. **Conjur**, 24 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-merece-aplausos>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

⁶⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Estatísticas do Registro Civil 2014. **IBGE**, Rio de Janeiro, 2014, v. 41. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/painel/casamentos.php?>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

separação, antes de definir o futuro do casamento, o que torna compreensível a presença do instituto no Novo CPC.

Outro aspecto a ser considerado é a observância ao princípio da continuidade da norma jurídica, em que pese uma lei permanecer em vigor até que outra tome o seu lugar, pela revogação expressa ou tácita, o decurso do tempo ou o desuso.⁶⁸

Na lição de Lauane Volpe Camargo, Dierle Nunes e Luiz Henrique Volpe Camargo:

[...] não há como em um passe de mágica se desprezar toda a ordem jurídica infraconstitucional que trata da separação. O *princípio da continuidade* da ordem jurídica deve ser observado na interpretação da alteração da norma constitucional [...] extirpar a separação é ferir o *princípio da continuidade*, já que a dissolução da sociedade conjugal sempre existiu no Brasil e ainda existe.⁶⁹

Os números emitidos pelo IBGE confirmam que, pelo desuso, a separação não foi extinta. Mantém-se como recurso ainda muito utilizado. Revogada também não fora. Por essa e outras razões que não se deve invalidar a separação jurídica presente, inclusive, no novo Código de Processo Civil.

É possível que, gradativamente, a sociedade deixe de valer-se da separação em suas dissoluções e o instituto perca a sua validade pelo desuso. Todavia, até lá, deve ser respeitada a vontade das pessoas de utilização do meio.

3.4. O ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em seus mais recentes posicionamentos sobre a separação após a EC 66/10, manteve-se pelo expurgo da separação judicial do direito brasileiro, ao lado da corrente dominante.

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 236619 DF, em 2014, susteve que o legislador ordinário não tem o poder para impor situações que criem

⁶⁸ CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volp; NUNES, Dierle; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Regulamentação da separação Novo CPC merece aplausos. **Conjur**, 24 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-mercede-aplausos>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

⁶⁹ Ibidem, loc. cit.

óbice à realização do divórcio e que o tribunal *ad quem* é legítimo para converter a separação em divórcio se, dentre outros, vislumbrar que a decisão atenderá aos princípios da razoabilidade, economia e efetividade da prestação jurisdicional:

[...] 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. [...].⁷⁰

A Terceira Turma do E. Tribunal, em 17/03/2015, ao julgar o REsp: 1483841 RS, esclareceu que o magistrado pode, de plano, homologar o pleito de divórcio, se entender que a audiência de ratificação do pedido suscitado é ato dispensável.

A prescindibilidade da referida audiência restou desnecessária, a partir da EC 66/10. Se não existe matéria a ser discutida pelos consortes, não deve prevalecer o cumprimento deste requisito, sendo possível a concessão imediata do divórcio:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO. AUDIÊNCIA PARA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIVÓRCIO HOMOLOGADO DE PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela EC 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação. 3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo. 4. **Ainda que a CF/88, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/88, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e lembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto.** [...]. (grifo nosso).⁷¹

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 236619 DF 2012/0207590-3. Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento em: 17 out. 2014. DJ: 22 out. 2014.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1483841 RS 2014/0058351-0. Terceira Turma. Relator(a): Min. Moura Ribeiro. Julgamento em: 17 mar. 2015. DJe: 27 mar. 2015.

Portanto, a reforma do § 6º do art. 226 da Constituição Federal pela EC 66/10 impõe que o operador do direito dispense um novo olhar às disposições presentes na Lei do Divórcio e no CPC, de modo a adequar-se à transformação estampada pela emenda do divórcio, afirma o STJ.

6. CONCLUSÃO

A pessoas mudam. Os costumes mudam. Como corolário, o direito precisa revestir-se de um manto maleável, capaz de adequar-se para cobrir o corpo de transformações sofridas pela sociedade, quando o regramento existente torna-se insuficiente para suprir as novas necessidades de seu povo.

Nesse linear, o estudo apresentou que as relações familiares passaram por profundas mudanças ao decorrer dos tempos. Inicialmente, o matrimônio era indissolúvel. A religião determinou suas diretrizes ao decorrer dos séculos e a impossibilidade do desfazimento da união, em princípio, se deu por conta da continuidade do culto aos antepassados; depois, pela observância do preceito: “o que Deus uniu, não separa o homem.”

Até 1977, no Brasil, embora existisse no plano jurídico a figura do desquite, o casamento mantinha-se sagrado, situação que impedia aos casais contraírem novas núpcias, ainda que desquitados. Por conta dessa condição, elevado era o número de relações existentes às margens da lei. Novas famílias foram formadas e assumidas perante a sociedade como tal, todavia negadas de usufruírem as benesses de uma união estabelecida em conformidade com as disposições legais.

A Lei do Divórcio representou um importante marco à história do Direito, por substituir o desquite pela separação judicial. Os desejosos por romper o laço matrimonial em definitivo, desde então, podia fazê-lo, pela via do divórcio.

O divórcio era conversivo. Para que a dissolução do casamento ocorresse, imprescindível o cumprimento das exigências estabelecidas pela lei. O primeiro passo, e o mais importante, era a separação. Somente então era concedido do divórcio.

O tempo passou e, como esperado, novas tendências foram socialmente ditadas. Mais uma vez, o legislador viu-se defronte à necessidade de adequar-se à realidade exposta. Os casais queriam pôr fim ao matrimônio sem burocracia ou impedimentos.

Àquela altura, não tinha fundamento criar óbices ao divórcio. A liberdade para o desfazimento dos deveres inerentes ao casamento não poderia aguardar o lapso de

1 ano, no caso de separação judicial, ou 2 anos, para as separações de fato. O divórcio direto era medida que se impunha.

A Emenda Constitucional nº 66/10 surgiu como uma luz no fim do túnel aos que, até então, não encontravam saída para desfazer o laço que os unia legalmente a outrem.

Entretanto, sua entrada em vigor despertou acirrada discussão acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento vigente, haja vista que o legislador constitucional se limitou a dizer: *o casamento extingue-se pelo divórcio*.

O vínculo matrimonial, desde então, passou a ser desfeito pelo divórcio. Até aí, o texto impele interpretação única. Contudo, a supressão dos prazos relativos à separação do texto da emenda do divórcio não deixou claro se o instituto teria sido revogado, automaticamente, da legislação ordinária ou se restou instituída uma nova modalidade de dissolução: o divórcio direto.

Por um lado, há o entendimento de que a EC nº 66/10 pôs termo à separação, não havendo que se falar em obediência a prazos ou outros requisitos relacionados à concessão do divórcio.

A fundamentação para tal reside no próprio texto da emenda, que declara ser direto o divórcio. Assim, se o casal deseja dissolver a sociedade conjugal, sua decisão deve ser respeitada e atendida de prontidão. O Estado não deve procrastinar a dissolução.

Defendem, ainda, que os dispositivos referentes à separação vigente nos dispositivos infraconstitucionais foram automaticamente revogados pela edição da emenda do divórcio.

Noutro viés, os tradicionalistas se posicionam pela vigência da separação no atual ordenamento jurídico. Se o legislador constituinte desejasse extirpá-la, teria obedecido aos critérios de criação de uma norma, revogando expressamente todos os dispositivos em contrário que disponham sobre a matéria. Como não aconteceu, não se pode afirmar que a separação presente no diploma civil e processual civil não mais subsiste.

Dentre as correntes apresentadas, a dominante é pelo expurgo da separação judicial do seio jurídico pátrio, após a EC 66/10. Entretanto, gerou grande espanto aos seus adeptos a presença da separação jurídica no texto do Novo Código de Processo Civil. Estava ali. Viva. Disposta a assombrar os que decretaram a sua morte e reacender as controvérsias sobre a sua manutenção no bojo de leis brasileira.

Ora, se a EC 66/10 gerou desentendimentos acerca da validade da separação na legislação infraconstitucional, esperava-se que o novo códex de leis processuais civis trouxesse a resposta tão necessária ao confronto. Acreditava-se que trilharia o mesmo caminho percorrido pela corrente majoritária. Porém, não foi assim que aconteceu. Pelo menos, não totalmente.

Confirma-se que o Novo CPC foi cuidadoso ao readequar o seu texto à norma constitucional exarada pela EC 66/10. Retirou o lapso temporal para conversão do divórcio e a audiência ratificadora do divórcio. Entretanto, a separação consensual permanece intacta e facultativa aos consortes.

Apesar disso, houve quem apontou como “infeliz” a sua presença no Novo CPC. Consideram-na repristinação de um instituto ab-rogado, sem eficácia jurídica. Todavia, pensamos não ser possível reviver aquilo que nunca deixou de existir. A separação esteve presente a todo tempo na legislação ordinária. Não errou o legislador ao discipliná-la no instrumento processual.

Diante dos fundamentos apresentados, entendemos que cabe ao casal decidir como se dará formalmente o rompimento do seu matrimônio. Assim como existem os que tem a convicção pelo rompimento do vínculo matrimonial, existem os que preferem “dar um tempo” na sociedade conjugal, para que tenham condições de refletir sobre o melhor a ser feito para os envolvidos, em definitivo.

É preciso aceitar que a separação continua em voga. Que os cidadãos a utilizam e com os fins pessoais que somente a si interessam. Os números são expressivos. Mais de 200 mil separações foram realizadas em 2014. Não se pode simplesmente decretar o fim de um instituto que ainda permanece eleito pelas pessoas.

Se a separação um dia se fez (ou ainda se faz) vigente, foi por ser de crucial importância no processo de desconstrução da sociedade marital. Se imperioso, ao mesmo tempo, foi conceber uma nova modalidade de divórcio, é porque, também, se fez necessário.

Destarte, a solução para a discussão apresentada pode estar na aceitação, pela doutrina e pela jurisprudência, da coexistência da separação e do divórcio direto. É harmônica a defesa de que não existem mais cobranças, obstáculos, para os que aspiram romper o casamento.

Concordamos, nesse sentido. Todavia, os que preferem valer-se da separação não podem ser impedidos de fazê-lo. Pelo menos, não enquanto o texto material e processual não for alterado.

Pensa-se desse modo, também, em face do argumento da intervenção mínima do Estado nas relações privadas poder ser utilizado tanto para fundamentar a ausência de requisitos para a concessão do divórcio quanto a validade da separação de direito, sem o desenlace definitivo. Para um e para o outro, deve prevalecer a vontade dos consortes.

Por fim, se existe alguma falha sobre a presença da separação no Novo CPC, deve-se ao fato do instituto ainda pertencer no conjunto de leis materiais. Não se pode olvidar que o único papel da lei processual é instrumentalizar aquilo que o direito material criou. Portanto, primeiro dever-se-ia retirar a separação do texto do diploma civil para, a partir de então, alterar o CPC.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA SENADO. Novo Código de Processo Civil é sancionado. **IBDFam**, 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5571/Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil+%C3%A9+sancionado>>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- ARAUJO, Eduardo Pereira de. Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional nº 66/2010. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 19 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29383>>. Acesso em: Acesso em: 20 jan. 2016.
- ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim Neves. **Novo CPC Código de Processo Civil - Inovações, alterações, supressões comentadas**. São Paulo: Método. (Versão Digital). p. 859.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, [1934].
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil (1967). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 20 out. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). **CLBR**, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- _____. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 out. 1969.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Estatísticas do Registro Civil 2014. **IBGE**, Rio de Janeiro, 2014, v. 41, p. 50. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Lei nº 3071, de 1º jan. 1916. Código de 1916. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2016.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1977.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 236619 DF 2012/0207590-3. Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento em: 17 out. 2014. DJ: 22 out. 2014.

_____. _____. REsp: 1483841 RS 2014/0058351-0. Terceira Turma. Relator(a): Min. Moura Ribeiro. Julgamento em: 17 mar. 2015. DJe: 27 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Alagoas. APL: 00003916420068020049 AL 0000391-64.2006.8.02.0049. Terceira Câmara Cível. Relator: Juiz Conv. Maurício César Brêda Filho. Julgamento em: 10 dez. 2015. Publicação: 11 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0701.13.005944-0/001. Relator(a): Des. Afrânio Vilela. Julgamento em: 5 nov. 2014. DJEMG, 21 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AI 175912320118070000 DF. Terceira Turma Cível. Relator(a): Mario-Zam Belmiro. Brasília, DF, 18 abr. 2012. DJe, 23 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 5100004604. Quarta Câmara Cível. Relator(a): Samuel Meira Brasil Junior - Relator Substituto Designado: Willian Silva. Vitória, 5 set. 2011. DJ, 26 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí. AC nº 201100010058954 PI. Primeira Câmara Especializada. Relator(a): Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho. Teresina, PI, 12 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL nº 18007420118190066 RJ 0001800-74.2011.8.19.0066. Décima Terceira Câmara Cível. Relator (a): Des. Gabriel Zefiro. Rio de Janeiro, RJ, 31 jan. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70045892452 RS. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 26 jan. 2012. DJ., 31 jan. 2012.

_____. _____. AC: 70060519105 RS. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, RS, 21 ago. 2014. DJ., 27 ago. 2014.

_____. _____. Apelação Cível nº 70040844375. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Min. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 7 abr. 2011.

CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volp; NUNES, Dierle; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Regulamentação da separação Novo CPC merece aplausos. **Conjur**, 24 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-mercede-aplausos>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JR., Torquato. Ao regular separação judicial, Novo CPC tira dúvidas sobre o instituto. **Conjur**, 30 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

COULANGES, Nuna Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito de Civil – Direito de Família**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Versão Digital).

LEITE, Glauber Salomão. A emenda do divórcio: o fim da separação de direito? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil – De acordo com a EC nº 66/2010**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

PAULO II, Papa João. Código de Direito Canônico. Versão Portuguesa. **Vatican**, 1983. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. V. (Versão Digital).

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010 – Teoria e prática**. São Paulo: EDIPRO, 2010.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Doutrina – Emenda Constitucional 66 – Uma leitura “politicamente incorreta”. **Direito de Família**, set. 2010. Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Por que é inconstitucional “represtinar” a separação judicial no Brasil. **Conjur**, 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015.