

Evolução histórico-legislativa das causas terminativas da sociedade conjugal no Brasil: Abordagens acerca do instituto da separação pós advento da EC N° 66/2010

Matheus Pandolfi Spini
matheusspini@gmail.com

Prof. Dr. Gustavo Henrique Velasco Boyadjian

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de realizar uma breve análise da evolução histórico-legal das causas terminativas da sociedade conjugal no ordenamento jurídico pátrio e analisar o *status* do instituto da separação judicial após a Emenda Constitucional nº 66/2020. Os objetivos consistiram em expor, em síntese, a evolução das causas terminativas da sociedade conjugal, demonstrar a ausência de empecilhos na ausência da separação judicial no ordenamento jurídico e estudar o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre essa questão. Com o propósito de responder à problemática em evidência, a pesquisa empregou um procedimento reflexivo, sistemático, controlado e crítico, e teve como principal estratégia a pesquisa teórica, por meio de revisão bibliográfica, principalmente da pesquisa bibliográfica e documental, a qual serviu para analisar a questão instaurada neste estudo. Ao final deste artigo, chega-se à conclusão da incompatibilidade do instituto da separação judicial, visto que encontra-se derogado mesmo sem sua revogação expressa, apesar de ainda ser referido em algumas normas infraconstitucionais posteriores à EC nº 66/2020.

Palavras-chave: Causas Terminativas. Sociedade Conjugal. Separação Judicial. Emenda Constitucional nº 66. Divórcio.

Introdução

O presente artigo foi produzido com o objetivo de demonstrar, de forma sucinta, a evolução das formas de extinção da sociedade conjugal no Brasil e participar do debate jurídico quanto à permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66¹.

¹ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010 dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em 17 set. 2020.

Antes de adentrar na discussão principal, é válido relembrar que a sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que compõem a vida em comum do casal. Esse estado, criado com a celebração do casamento, gera direitos e deveres a ambos os cônjuges. Enquanto isso, o vínculo matrimonial seria o casamento válido propriamente dito, sendo este um instituto maior e que engloba a sociedade conjugal.

Discorre sobre o tema Maria Helena Diniz (2008,p.289):

O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações e suas obrigações recíprocas, tanto morais quanto os materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo apenas o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Daí não se pode confundir o vínculo matrimonial com sociedade.

As causas terminativas da sociedade conjugal foram prescritas no art.1.571 do Código Civil. No entanto, vale lembrar que esse artigo de lei não foi alterado diretamente pela referida emenda. Ademais, o referido diploma legal foi publicado em um momento em que a constituição exigia a prévia separação judicial para permitir o divórcio.

Art. 1.571. 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.

Distintamente do resto das hipóteses mencionadas no artigo citado, o inciso III, que menciona a separação judicial, manterá o vínculo matrimonial existente entre os cônjuges, visto que haverá apenas a extinção da sociedade conjugal. E como ensina Maria Helena Diniz (2018) no trecho previamente citado, o vínculo matrimonial é mais amplo e engloba a sociedade conjugal.

Portanto, os cônjuges apesar da extinção dos deveres recíprocos, ainda estariam vinculados e não poderiam casar-se novamente se assim desejassem, visto que o vínculo proveniente do matrimônio não é capaz de ser extinto pela causa terminativa do inciso III, diferentemente do que ocorre nas outras hipóteses previstas no art.1.571.

Desse modo, o casamento como um todo, ou seja, o vínculo matrimonial que engloba a sociedade conjugal, somente é dissolvido por inteiro pelo divórcio, pela morte real ou presumida, nos casos em que a lei autoriza a sucessão definitiva e quando esse ato for anulado.

Assim, o debate mencionado anteriormente refere-se à existência ou não deste instituto da separação judicial após a citada alteração na Constituição. Isto posto, resolver esse embate simplificaria o processo para aqueles que não desejam mais permanecer casados, podendo inclusive reduzir o sofrimento e preservar a intimidade dessas pessoas, como será exposto em momento oportuno e, possivelmente, até reduzir a carga de trabalho do poder judiciário, que sofre com um excessivo número de demandas, o qual é um dos motivos de sua lentidão.

Para chegar a tal conclusão, foi feita uma análise teórica da Constituição Federal, legislação infraconstitucional, jurisprudência e doutrina para analisar a evolução dos meios de dissolução da sociedade conjugal no Brasil e os efeitos da EC nº 66/2010. A pesquisa proposta baseou-se em uma análise bibliográfica dos assuntos relacionados para um embasamento consolidado do tema em questão.

Evolução histórico-legal das causas de dissolução da sociedade conjugal

Até o ano 1977, o casamento era indissolúvel no Brasil, essa característica do instituto é devida principalmente à grande influência do cristianismo na cultura brasileira e mais especificamente da Igreja Católica, tendo em vista que na época o país tinha cerca de 90% de sua população seguindo essa religião. Essa alta religiosidade fez com que o direito canônico tivesse expressiva influência no ordenamento jurídico nacional, portanto, um dos dogmas dessa ordenação foi instituído e o matrimônio não comportava formas de ser extinto, salvo com a morte de um dos cônjuges.

A única possibilidade análoga ao divórcio atual naquela época era o desquite, instituto criado no CC/16 nos seus arts. 315 a 324, preservando, intacto o vínculo matrimonial entre os cônjuges. O desquite ficava cingido à obrigatoriedade de motivação legal, consoante ao art.317 ou ao mútuo consentimento de ambos os cônjuges, conforme art.318, após transcorrido ao menos o período de dois anos de união.

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

I. Adultério.

II. Tentativa de morte.

III. Sevícia, ou injúria grave.

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

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

O processo para alterar essa realidade foi longo e ardoroso, período em que se pode destacar os esforços do Senador fluminense Nelson Carneiro, que ao lado de outros tiveram diversos debates com os setores conservadores da sociedade em prol da possibilidade do divórcio. Foram necessárias várias décadas até que as mudanças finalmente chegassem ao ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, haveria compromissos antes que o divórcio pleno fosse possível.

Em 1977, com a aprovação da emenda constitucional N° 9, o divórcio foi finalmente instituído no Brasil, contudo, a dissolução do casamento só era possível após a prévia separação judicial do casal por mais de três anos ou prévia separação de fato por mais de cinco anos, desde que iniciada antes da data em que foi promulgada a emenda. O divórcio também só poderia ser requerido uma única vez. Assim nascia o instituto da separação, que era um requisito absolutamente necessário e um verdadeiro empecilho para aqueles que desejavam o fim de seu casamento.

No mesmo ano houve a publicação da lei 6.515/77 (BRASIL, 1977), conhecida como Lei do Divórcio, que disciplinou a matéria no âmbito da legislação civil e processual civil, promovendo as necessárias alterações no CC/16 e no CPC/73. Essa lei substituiu o instituto do desquite pela separação judicial, o qual pôs termo à sociedade conjugal, ao passo que o divórcio dissolve o próprio vínculo matrimonial. Fazia-se a distinção entre terminar e dissolver o casamento. O casamento terminava com a separação judicial, mas ele só seria dissolvido com o divórcio.

A Separação Judicial poderia ser feita da forma consensual perante o juízo, o que exigia aos cônjuges o período mínimo de um ano de casamento (art.1.574, CC/16), o qual era o conhecido como prazo de reflexão. Na sua forma litigiosa, haveria ainda a possibilidade para o debate em torno da culpa pelo fim do casamento com consequente aplicação de sanção.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve novas alterações quanto aos institutos do divórcio e da separação. Os requerimentos para solicitar o divórcio foram alterados, assim para uma pessoa divorciar-se seria necessário apenas um ano de separação judicial ou o dobro desse período caso a separação já era de fato. Somente após esses períodos seria possível realizar o divórcio e dissolver totalmente o vínculo matrimonial.

No ano de 2007, houve outro pequeno avanço com o advento da lei 11.441 (BRASIL, 2007), esta estabeleceu a possibilidade da realização da separação judicial ou divórcio da forma extrajudicial, devendo ser realizada, obrigatoriamente, perante o cartório notarial, sendo exigida apenas a presença de advogado. No entanto, nessa hipótese o casal não poderia possuir filhos menores de idade.

A última grande mudança quanto ao divórcio no ordenamento jurídico brasileiro foi estabelecida pela EC nº 66 de 2010. Com essa alteração constitucional, o único requerimento para a realização do divórcio era o próprio casamento. Com isso, a exigência de prazos tanto de separação legal ou de fato encontravam-se extintos. Logicamente, não era mais necessária a prévia separação, tornando o processo de divorciar-se ainda mais fácil de ser realizado.

No entanto, essa alteração também gerou uma grande discussão jurídica quanto à continuidade do instituto da separação judicial. Argumenta-se, que como o divórcio não exige mais qualquer tipo de pré-requisito, poder-se-ia afirmar que o instituto da separação judicial não existiria mais no ordenamento jurídico brasileiro. A referida dúvida é instigada, visto que com a redação da emenda não há qualquer menção sobre a separação judicial no texto da Carta Magna. Entretanto, não houve nenhuma alteração no CC/02, persistindo todas as menções ao instituto, que também fez aparições no NCPC, promulgado anos após a referida emenda.

A inadequação da separação Judicial

Apesar do grande debate jurídico provocado pela promulgação da EC nº 66/2010, esta merece ser comemorada por conter grande avanço, visto que extinguiu a necessidade arcaica da prévia separação para, finalmente, alcançar o divórcio.

Anteriormente à emenda da constituição, o processo do divórcio era algo possivelmente traumático a ambas as partes, visto que após a separação haveria a

necessidade de aguardar os prazos legais para as pessoas terem que ainda aguardar o resultado de um segundo processo judicial. Essa dupla exigência poderia estender sofrimento dos cônjuges que não desejavam mais permanecer casados e os impediam de contrair outro matrimônio até a prolação do divórcio.

Conforme exposto por Rodrigo da Cunha Pereira, em seu artigo no Vol.17 da revista do IBDFAM (2010), a separação seria um instituto que traz em seu interior a marca do conservadorismo, em que a pessoa estaria em um limbo jurídico, não estaria mais casada, mas não pode se casar de novo. Em primeiro momento, após a Lei do Divórcio, tal procedimento até foi necessário. Mas, atualmente, inexistente razão para mantê-lo a partir da referida inovação constitucional.

Esse instituto, ao permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se como desgastante e oneroso ao casal, visto que estabelece um período em que a união não mais existe, mas que não foi extinta completamente. Tal sofrimento ainda pode ser majorado, visto que conforme será discutido posteriormente, a separação litigiosa, conforme previsto art.1572 do CC, permite a imputação da culpa do fim do casamento a uma das partes.

Ademais, o poder judiciário também é prejudicado por esse procedimento, visto que devido à necessidade de dois processos, haveria um aumento na já bem conhecida sobrecarga do judiciário. Assim, a simplificação do procedimento com um único processo também traria uma leve melhora à jurisdição nacional, que deixaria de receber diversas lides inúteis, que ocupam os magistrados brasileiros, também não solucionaram por completo os anseios das partes.

Além disso, conforme bem defendido por Pablo Stolze (2010), em seu artigo no Vol.16 da revista do IBDFAM, o Direito de Família deverá sempre seguir o princípio da intervenção mínima para estabelecer um sistema aberto e inclusivo. Nesse sentido, com o fim do afeto que unia o casal, não há sentido em forçar uma relação que não mais se sustenta.

Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 344) ressaltam:

Infere-se, pois com tranquilidade que, tendo em mira o realce na proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado, constituem, por certo, o verso e reverso da mesma moeda: a liberdade de autodeterminação afetiva.

Por fim, não cabe à lei ou à religião estabelecer os requerimentos para o fim do casamento, afinal o Estado não deve intrometer-se nas relações íntimas do indivíduo. Ademais, este, por ser laico, não pode aceitar a influência de qualquer tipo de crença na criação e manutenção de suas normas. O único requerimento deve e sempre deveria ser a decisão dos cônjuges.

A discussão da culpa

Conforme já brevemente exposto, a separação judicial, em sua forma litigiosa, permitia a imputação de um dos cônjuges (art.1.572) pelo outro em uma das condutas elencadas no art.1.573 do Código Civil. Essas normas, conforme elencadas a seguir, limitavam a possibilidade da separação e conseqüentemente do divórcio; e compelia as partes a discutir, perante o poder judiciário, a responsabilidade pelo fim do matrimônio.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Logo, esse instituto provocava ainda maior discórdia e prejuízo às partes, pois o processo, ao invés de apenas tentar solucionar a lide da forma mais eficiente possível, estaria sendo uma verdadeira inquisição à vida íntima do casal e incitando o ódio entre as partes.

Tal situação era ainda mais devastadora quando, durante o processo de separação, parentes e amigos dos litigantes eram envolvidos como testemunhas, provocando uma exposição completamente desnecessária da intimidade das partes em juízo e, possivelmente, danificando diversas relações interpessoais dos cônjuges litigantes.

Também haveria a possibilidade da improcedência completa da ação por eventuais juízos de valor dos juizes ao concluírem que não houve motivos suficientes para extinguir a sociedade conjugal. Assim, a mera opinião de um magistrado poderia

forçar alguém a uma união indesejada, mais uma vez causando uma invasão inaceitável pelo Estado na esfera da intimidade da pessoa.

Ao final do processo haveria ainda mais um absurdo, visto que o cônjuge considerado culpado pelo fim do casamento poderia ser condenado a uma sanção como a perda do sobrenome adicionado no matrimônio, caso fosse requerido pelo outro cônjuge, apesar do mesmo ser direito indisponível e integrar a personalidade.

Ademais, o cônjuge considerado culpado poderia perder o direito de requerer alimentos ao outro, em eventual necessidade (art.1.704), salvo aqueles mais básicos e caso demonstrasse a sua necessidade e que nenhum outro parente possuísse condições de pagá-los.

Outra tentativa de incidência da culpa como motivação à sanção também poderia ser observada no art.1.240-A do CC, que trata de espécie de usucapião em que houve abandono do lar pelo ex-cônjuge. Razão não assiste a esse entendimento, o qual exige a averiguação de culpa pela extinção do matrimônio, visto que tal exigência dificultaria o processo e prejudicaria os interessados nesse procedimento.

Neste sentido, o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil retira a dúvida quanto à suposta exigência da averiguação de culpa pelo fim do casamento nesse caso.

O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado na óptica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável.

Essa discussão de culpa é arcaica e irrelevante, pois dificilmente haveria culpa exclusiva por uma das partes no fim de um casamento, ademais, provar tal fato pode ser extremamente desafiador e apenas fomentaria o ódio entre os envolvidos.

No mesmo sentido, ressoam as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 9):

o uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum que devem iluminar a decisão judicial e que o direito de família realmente deixou para trás essa decepcionante, degradante e inútil discussão de culpa.

(...)

Mesmo antes da abolição da culpa pela referida emenda constitucional, a melhor doutrina e jurisprudência já tinha entendido a sua inutilidade e que tais discussões além de fomentar o ódio, não devem ter interferência ou chancela

do Estado, afinal não há interesse público em se investigar a intimidade de um casal e encontrar culpados e inocentes.

Assim, pretender a manutenção do instituto jurídico da separação judicial seria defender a possibilidade da discussão da culpa pelo fim do casamento e aceitar as possíveis consequências devastadoras de todas as partes envolvidas na lide.

Ademais, a discussão da culpa pelo fim do casamento era reservada ao processo de separação judicial, e conforme será exposto em momento oportuno, esse não é mais compatível com a CF/88, mais uma vez demonstrando a impossibilidade da imputação desta no processo.

Incompatibilidade Constitucional

Além da inadequação da separação judicial e os efeitos negativos da discussão da culpa, há motivos de ordem constitucional que extirparam esse instituto do ordenamento.

Primeiramente, deve-se analisar a pretensão do legislador, como dizia Montesquieu, o “espírito das leis”, ao exercer o poder constituinte derivado. No excerto de exposição dos motivos perante à comissão especial da câmara dos deputados da EC nº 66/2010, em seguida fica claro a motivação em tanto retirar a separação do ordenamento jurídico e facilitar o divórcio.

Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.

Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista a obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio. De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no direito brasileiro possível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àqueles frontalmente contrários à dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com a possibilidade de pôr termo, apenas e tão-somente, à sociedade conjugal. Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido.

Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distintos apenas redundam em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se veem a conviver por mais tempo com o

assunto penoso da separação – penoso, inclusive, para toda a família, principalmente para os filhos.
Não menos importante é a constatação prática de que apenas uma parcela realmente ínfima das separações reverte para a reconciliação do casal.
(...) Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar que o instituto da separação judicial deve ser suprimido do direito brasileiro.
(BRASIL, 2007)

Com isso, fica demonstrado a clara intenção do Poder Constituinte Derivado em extinguir por completo a separação judicial, este inclusive era o posicionamento do Relator da PEC, o deputado federal Sérgio Barradas.

Uma simples leitura do § 6º art.226 da CF é suficiente para suscitar a dúvida, visto que nela fica claramente definido que o casamento é dissolvido pelo divórcio. E por mais que parte da doutrina discorde disso, e autores como Lauane Volpe Camargo, Luiz Henrique Volpe Camargo e Dierle Nunes (2014) afirmem que foi criado uma “ditadura do divórcio obrigatório”, tal norma não merece prevalecer, visto que, na realidade, antes da emenda era que havia uma ditadura, quando existia uma clara interferência na vida pessoal do casal ao forçá-los a dois processos.

Atualmente, caso um casal deseje separar-se, mas sem realizar um divórcio, ambos poderão afastar-se de fato sem qualquer empecilho e dano a qualquer um deles. Alternativa que além de menos burocrática, dispensa escrituras públicas ou ações judiciais para terminar com a sociedade conjugal, pois pauta-se na economia e na razoabilidade, essa última, uma qualidade que se presume incorporada ao caráter daqueles que, por alguma razão, não se sentem ainda preparados para o divórcio.

Além disso, grande parte da doutrina nacional defende a tese que a EC nº 66/2010 extinguiu de vez a separação judicial, entre alguns desses diversos autores pode-se citar Paulo Luiz Netto Lôbo (2015); Maria Berenice Dias (2015); Flávio Tartuce (2018), Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze (2010) e tantos outros. Também é passível de se citar o IBDFAM, que prestigiando a desjudicialização e desburocratização, apoiou os esforços na aprovação da PEC.

Sem prejuízo a esta argumentação, uma análise hermenêutica também auxilia na resolução dessa questão. Um dos elementos mais básicos da ciência jurídica é que as normas inferiores devem obedecer às superiores. Tal é o entendimento defendido por Hans Kelsen (1997) em seu Magnum Opus A Teoria Pura do Direito, no qual ele também fez a clássica ilustração da pirâmide das normas, em que as leis

infraconstitucionais devem respeitar a hierarquia normativa e submeter-se à Constituição.

Assim, fica claro que a EC nº 66/2010 estabelece, de forma clara e inequívoca, que o casamento poderá ser extinto pelo divórcio. Logo, não pode haver espaço para a separação judicial no ordenamento jurídico, visto que ela foi extinta. Caso a emenda contivesse uma redação distinta, essa possibilidade poderia ser analisada, mas na presente realidade apenas observa-se o desrespeito à Carta Magna.

Além disso, o argumento quanto à clara intenção da lei de manter a separação judicial, referindo-se ao NCPD conter menções ao referido instituto, não merece prevalecer de forma alguma. Primeiramente, pode-se mencionar que o anteprojeto do CPC foi aprovado no mesmo ano da emenda, e este só seria finalizado cinco anos depois.

Logo, no momento inicial de criação do projeto é óbvio que haveria menções da separação, visto que isto foi anterior à EC nº 66/2010, e está ainda existia no ordenamento jurídico. Posteriormente, é de fácil constatação o erro do legislador ao não atualizar o projeto de lei que ficou anos tramitando no congresso.

A consequência de argumentar que as menções da separação judicial no NCPD serem prova da permanência da separação judicial seria aceitar a reconstituição da lei, algo completamente impossível no sistema de rigidez constitucional adotado no Brasil, conforme bem colocado por Lênio Streck (2014, n.p.):

Portanto, sem chance de o novo CPC reconstituir a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada a Constituição. Espero que o legislador que aprovará o novo CPC se dê conta disso e evite um périplo de decisões judiciais no âmbito do controle difuso ou nos poupe de uma ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já tem trabalho suficiente.

Por fim, como já exposto, as leis infraconstitucionais devem ser compatíveis com a Carta Magna, mas como esses artigos são claramente incompatíveis, eles não podem vigorar como lei.

Neste sentido, o STF já decidiu de forma clara:

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício

da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. (...) (BRASIL, 2013, on-line)

O argumento final aqui oferecido é que a Constituição Federal retirou completamente a única menção que fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação ao divórcio por conversão.

Logo, não haveria motivo prático ou lógico de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio. Não se pode perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial, esta que perdeu sua razão lógica de existência.

Paulo Lôbo (216, p.13), nesse mesmo sentido, ressalta:

Não se pode extrair do NCPC, quando alude à “separação”, um conjunto sistemático de normas que autorizam afirmar que remete às normas revogadas do Código Civil relativas à separação judicial. O projeto original aprovado no Senado Federal não aludia à separação conjugal, concentrando-se no divórcio. Durante a tramitação na Câmara dos Deputados do projeto do CPC, houve a inserção do termo “separação”, ao lado do divórcio, na tentativa de restaurá-la. Assim ficou, na redação final pelo Senado Federal, cuja tumultuada e confusa sessão correspondente revelou o desconhecimento da matéria pelos senadores votantes, que se convenceram do argumento da autonomia dos cônjuges, ficando a separação como uma opção, que não descaracterizaria o divórcio, afastando as emendas supressivas. A técnica legislativa é criticável e fomentadora de equívocos, além de ter sido fruto do oportunismo de correntes tradicionalistas, que nunca se conformaram com o modelo irrestrito de divórcio e com a extinção da separação judicial. Como a lei processual não poderia tratar de direito material, optou-se pela inserção do termo “separação”, ao lado das alusões ao divórcio, na expectativa de, assim, intentar-se, de forma inadequada, a restauração da separação judicial.

Análise Jurisprudencial

A discussão quanto ao *status* da separação judicial, após a EC nº 66/2010 produziu grandes quantidades de entendimentos doutrinários distintos. Ademais, de forma completamente previsível, a divergência alastrou-se de forma notável aos tribunais de todo o país.

Diferentemente do que ocorreu na doutrina nacional, a maioria dos entendimentos e julgados proferidos nos tribunais são favoráveis à manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, conforme julgados de diversos tribunais estaduais, como o seguinte, do TJ/MG:

[...] A emenda constitucional n.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. [...]. (BRASIL, 2014)

No mesmo sentido, decidiu neste julgado, o TJ/RS:

[...] Para a decretação da dissolução do matrimônio, imperiosa a realização da referida audiência, porquanto a nova redação do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, oriunda da Emenda Constitucional n. 66/2010, somente tornou desnecessário o decurso de prazo para o divórcio, não tendo sido revogados os demais dispositivos que regulamentam a matéria [...]. (BRASIL, 2014)

Ademais, em um processo não divulgado, por sigilo de justiça, a quarta turma do STJ também afirmou que o instituto ainda vigora no ordenamento jurídico. Segundo a Ministra Isabel Gallotti, o Estado não poderia intervir na liberdade de escolha de cônjuges que queiram formalizar a separação a fim de resguardar legalmente seus direitos patrimoniais e da personalidade, preservando a possibilidade de um futuro entendimento entre o casal.

Segundo o julgado, o fato do NCPD manter em diversos dispositivos referências à separação judicial, a exemplo dos artigos 693 e 731, demonstraria de forma clara a intenção da lei de preservar a figura da separação.

Divergindo do voto proferido pela citada Ministra, já foi exposto que uma lei infraconstitucional não pode possuir efeitos reconstituintes contra uma emenda constitucional em respeito à hierarquia normativa, em que a constituição é a norma maior.

Além disso, o argumento da suposta intervenção do Estado na liberdade dos cônjuges não merece prosperar, visto que eles ainda poderão facilmente separar-se de fato e alterar o seu regime de bens, caso o casal não queira mais manter sua união.

Ademais, há expressiva jurisprudência, mesmo que minoritária, no sentido que a EC nº 66/2010 de fato extinguiu a separação judicial como forma de extinção da sociedade conjugal, como pode ser analisado no julgado do TJ/SP.

(...) Com efeito, com a superveniência da Emenda Constitucional nº 66/2010, colocou-se fim ao sistema dualista da extinção do matrimônio em duas etapas: separação judicial para extinguir a sociedade conjugal e, conversão em divórcio que extinguiu o vínculo matrimonial, possível, de ofício, a decretação do divórcio do casal, uma vez que desapareceu de nosso ordenamento jurídico a figura da separação judicial. (...) (BRASIL, 2014, online)

Também, de forma acertada, o seguinte julgado do TJ/BA nega a existência da separação após a emenda referida.

(...) Cabe observar que o caso antecede à EC 66/2010, que modificou o art. 226, § 6º, da CF, extinguindo a figura jurídica da separação judicial, não cabendo assim qualquer discussão sobre questão à luz da legislação infraconstitucional. (...) (BRASIL, 2011, online)

Por fim, o próprio STJ já decidiu, em sentido diverso daquele previamente mencionado, que assim fica demonstrado que até a mais alta corte infraconstitucional divide-se quanto ao tema, conforme pode-se observar nos seguintes julgados:

Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n.º 66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial (STJ, Resp nº 912.926 - RS, Rel Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª turma, pub. 07/06/2011)

(...) Com o fim do instituto da separação judicial impõe-se reconhecer a perda da importância da identificação do culpado pelo fim da relação afetiva. Isso porque deixar de amar o cônjuge ou companheiro é circunstância de cunho estritamente pessoal, não configurando o desamor, por si só, um ato ilícito (arts 186 e 927 do Código Civil de 2002), apto a ensejar indenização. A felicidade não é assegurada de forma estática e permanente a quem quer que seja, mormente quando o amor não pode ser objeto de imposição legal. A dor da separação, inerente à opção de quem assume uma vida em comum, não é apta a ensejar danos morais de forma isolada. Em regra, o desconforto pelo desaparecimento do elo afetivo e conseqüente fim do convívio amoroso é, em regra, mútuo e recíproco. Ademais, o sofrimento, inerente ao desfazimento dos laços conjugais, antecede o processo judicial. Assim, a frustração da expectativa de felicidade a dois não desafia o dever de ressarcimento por danos morais por sua mera frustração. (...) (BRASIL, 2014, on-line)

O último voto citado ainda se posiciona a favor da tese quanto à extinção da discussão da culpa no processo. Assim, conforme muito bem exposto nos últimos julgados, não se pode afirmar que a separação continua vigente no ordenamento jurídico.

Conclusão

Portanto, após todo o exposto, espera-se ter sido demonstrado como a separação judicial era um instituto jurídico marcado por ideais conservadoras e pela religião, às quais conspiraram em conjunto, no Brasil, contra o movimento divorcista desde o seu início.

Além disso, a separação pode provocar enormes danos aos litigantes e estender o seu sofrimento, bem como afetar terceiros durante a relação processual. Também aumentava a sobrecarga já existente do poder judiciário com inúmeros processos que não satisfaziam completamente os desejos das partes.

Ao final, que também fique exposto, de maneira clara e evidente, como a separação judicial é completamente incompatível com a CF/88 desde a promulgação da EC nº 66/2010.

Referências

BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em 17 set. 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 11.441**, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via **administrativa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em 17 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 10479130039270001**, Rel. Afrânio Vilela, DJ 16/09/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141343002/apelacao-civel-ac-10479130039270001-mg/inteiro-teor-141343052?ref=amp>. Acessado em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 595**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>. Acesso em: 08 set.2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/2005 e 33/2007 ministrado na Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 29.11.2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STF, AI: 851849 RS, Rel.: Min. Luiz Fux, 1ª Turma, **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: file:///C:/Users/HP/Downloads/texto_223195891.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ, **EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 922.462 – SP**, Rel Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, pub. 14/04/2014. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=4523>. Acesso em: 17 set.2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - TJSP, Agravo de Instrumento nº 2071543-78.2013.8.26.0000, Rel Des. Egídio Giacoia, 3ª Câmara de Direito Privado, **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=10345#:~:text=Com%20efeito%2C%20com%20a%20superveni%C3%Aancia,decreta%C3%A7%C3%A3o%20do%20div%C3%B3rcio%20do%20casal%2C>. Acesso em: 17 set.2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça -TJBA, Apelação Cível nº 0037057-3/2003, Rel Des. Emilio Salomão Pinto Reseda, 5ª Câmara Cível, **Jusbrasil**, 2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Excelent%c3%adssimo%20Senhor%20Ministro%20Luiz%20Fux%20do%20Egr%c3%a9gio%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20-%20Assinado.pdf>. Acesso em: 17 set.2020.

CAMARGO, Lauane Andrekowisk; NUNES, Dierle; VOLPE, Luiz Henrique. Regulamentação da separação consensual no Novo Código de Processo Civil merece aplausos. **Revista Conjur**, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-mercede-aplausos>. Acesso em: 16 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 10. ed - São Paulo: RT, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, vol. 6 /7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240.

LÔBO, Paulo. Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 13, jan./fev. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional no 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio - O Direito Intertemporal. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, Volume 17 ago/Set 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. – 8.ed. – São Paulo: Método, 2018.

STOLZE, Pablo. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, Volume 16 Jun/Jul 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Por que é inconstitucional "represtinar" a separação judicial no Brasil. **Revista Conjur**, São Paulo, 2014 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>. Acesso em: 16 mar. 2020.