

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL E DE SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Walsir Edson Rodrigues Júnior

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas.
Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-Minas.

Professor de Direito Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na Escola Superior de Notários e Registradores e na Escola Superior Dom Helder Câmara.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Advogado e sócio do Escritório Camara, Rodrigues, Oliveira & Nunes Advocacia.

Dierle Nunes

Doutor em Direito Processual (PUCMINAS/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”).

Mestre em Direito Processual (PUCMINAS).

Professor Adjunto na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS) e no UNIFEMM.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG).

Advogado e sócio do Escritório Camara, Rodrigues, Oliveira & Nunes Advocacia.

INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.

Com o fim da sociedade conjugal, não se pode mais falar em dever de coabitação e fidelidade recíproca entre os cônjuges. Além disso, cessa o regime de bens entre marido e mulher, ou seja, o que cada um adquire após a dissolução da sociedade conjugal não se comunica. Outrossim, de acordo com o artigo 1.830 do Código Civil, um cônjuge não participa mais da sucessão do outro.¹

Já o vínculo conjugal, ou seja, o casamento válido, só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção de morte quanto ao ausente que, de acordo com o artigo 6º do Código Civil, se dá a partir da abertura da sua sucessão definitiva.

À primeira vista parece estranho o fato de a nulidade e a anulação não colocarem fim ao casamento. Entretanto, é coerente essa opção feita pelo legislador. Nas hipóteses de invalidade do casamento, seja por meio da nulidade ou da anulação, o juiz não irá

¹ O artigo citado faz referência específica à separação judicial. Todavia, como esta é uma forma de encerrar a sociedade conjugal, tal qual a anulação ou a nulidade matrimonial, bem como o divórcio, pode-se estender a regra aplicável à separação também a essas outras espécies extintivas.

decretar a dissolução de um casamento válido, mas a sua desconstituição, retornando as partes ao *status quo ante*. Por isso, conforme alertam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “é possível que seja formulado um pedido de anulação ou de nulidade de casamento mesmo quando a parte já esteja separada ou divorciada, pois o que se pretende não é a dissolução do casamento, mas a sua desconstituição, voltando ao estado civil anterior.”²

A Emenda Constitucional nº 66, que entrou em vigor em 14 de julho de 2010, deu 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.

Conforme a nova redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Com essa mudança, marido e/ou mulher podem pedir, diretamente, o divórcio, simplesmente fazendo uso da autonomia privada, sem qualquer prazo ou condição.

Trata-se de uma inovação que privilegia o exercício da autonomia privada e, ao mesmo tempo, restringe a intervenção estatal nas relações privadas. Diante de um Estado laico, que se intitula Democrático de Direito, tal mudança é motivo de júbilo.

Contudo, como é comum acontecer após as grandes mudanças normativas, surgem dúvidas e, neste caso, a questão é: com a Emenda Constitucional nº 66/10 a separação judicial e a separação extrajudicial foram extirpadas do ordenamento jurídico brasileiro?

Para a doutrina majoritária a resposta é afirmativa. No entanto, o presente estudo tem por objetivo defender o contrário, ou seja, a permanência no ordenamento jurídico brasileiro, desde que sem qualquer caráter de obrigatoriedade, da possibilidade jurídica de se obter a separação judicial ou a separação extrajudicial.

1 A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL E O SISTEMA DUAL OU BINÁRIO

O Brasil adotava, até a Emenda Constitucional nº 66/10, o sistema dual, também conhecido como sistema binário, para se pôr fim ao vínculo matrimonial. Por meio de

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 281.

tal sistema, a não ser nas hipóteses de divórcio direto e morte, real ou presumida, para se colocar fim ao casamento válido era necessário passar primeiro pela separação judicial (ou extrajudicial – Lei nº 11.441/07) e, depois, convertê-la em divórcio.

A justificativa que se apresentava para a adoção de tal sistema era permitir que os cônjuges, depois da separação judicial (ou extrajudicial), tivessem um tempo para refletir diante da importante decisão que é pôr fim ao casamento. Entretanto, a obrigatoriedade de separação judicial ou de qualquer prazo como condição necessária para a obtenção do divórcio não se sustentava mais, conforme será demonstrado adiante.

O Código Civil de 1916 só reconhecia como família o casamento. Como importante entidade social, com forte influência religiosa, principalmente da Igreja Católica, a família matrimonial deveria ser preservada sempre. Na verdade, o casamento – que era sinônimo de família – havia que ser mantido a todo custo. Afinal, a dissolubilidade do casamento representaria ofensa ao dogma religioso e significaria comprometimento do patrimônio familiar.

Contudo, com a evolução da sociedade brasileira, de rural para urbana, com o acesso da mulher ao mercado de trabalho, com a revolução sexual proporcionada com a descoberta da pílula anticoncepcional, além de outros fatores sociais importantes, a velha estrutura familiar, fundada no casamento indissolúvel, começou a ser questionada.

Em 28 de junho de 1977, a Emenda Constitucional n.º 9, que deu nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, introduziu, de maneira tímida, o divórcio no Brasil, que foi posteriormente regulado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – denominada Lei do Divórcio.

Ocorre que, diante das interferências religiosas que temiam pela extinção da família, apesar de admitido, não era tão simples conseguir o divórcio de acordo com a Lei nº 6.515/77, pois, como forma de contornar a resistência da ala conservadora do Congresso e da sociedade, que não aceitava o divórcio, a separação judicial foi apresentada como uma figura intermediária, em substituição ao antigo desquite.

O recém-criado divórcio ficou condicionado a um tempo longo de separação judicial (3 anos) ou de separação de fato (5 anos). Além disso, conforme a redação original da Lei nº 6.515/77, em seu artigo 38, só se permitia o divórcio uma única vez.

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, a Lei do Divórcio foi alterada pelas Leis nº 7.841/89 e nº 8.408/92 para se adaptar ao artigo 226, §6º da Constituição Federal de 1988 que estabelecia: “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.” Assim, houve a redução dos prazos antes vigentes, tanto para o divórcio direto, quanto para o indireto. A Lei nº 7.841/89 também revogou o artigo 38 da Lei do Divórcio, permitindo, assim, que qualquer pessoa pudesse se divorciar mais de uma vez.

Apesar da redução dos prazos e da simplificação dos procedimentos para se pedir a separação e o divórcio, ainda assim, a nova estrutura familiar que se apresenta socialmente e é reconhecida pela Constituição de 1988 desaconselha o cumprimento de qualquer prazo ou condição para se pôr fim ao vínculo matrimonial.

O livre desenvolvimento da personalidade é condição elementar para que um indivíduo se constitua como pessoa. Por isso, as relações familiares devem ser edificadas, mantidas ou desconstituídas respeitando-se a garantia da autodeterminação. Portanto, o direito de se colocar fim ao vínculo conjugal, por meio do divórcio, não deve sofrer limitação temporal ou qualquer outra condição, como ser obrigatoriamente precedido por outra providência paliativa.

Nesse diapasão, a Emenda Constitucional nº 66 deu 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.

De acordo com a nova redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Portanto, hodiernamente, não se discute mais o fato de o marido e/ou a mulher poderem pedir, diretamente, o divórcio, simplesmente fazendo uso da autonomia privada, sem qualquer prazo ou condição. Não se contesta que, agora, o divórcio possa ser concedido sem separação judicial ou extrajudicial e sem separação de fato prévias.

De fato, o Estado não deve impor quaisquer obstáculos para que pessoas maiores e capazes, por livre e espontânea vontade, coloquem fim ao vínculo conjugal. Afinal, a liberdade que existe para constituir a entidade familiar deve existir para desconstituí-la.

Contudo, o que se questiona é se a ausência de obrigatoriedade de separação judicial ou de separação de fato para a obtenção do divórcio significa, também, a extirpação da separação judicial e da separação extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro.

2 SEPARAÇÃO JUDICIAL E SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10: DOCTRINA MAJORITÁRIA

2.1 O fim da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: fundamentos e justificativas conforme doutrina majoritária

É consenso entre os doutrinadores que já se manifestaram a respeito da Emenda Constitucional nº 66 que não mais existem separação judicial e separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro.³

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira,

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do art. 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência.⁴

Os métodos de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma são utilizados como fundamento para a eliminação da separação judicial e da separação extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo,

[...], a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da

³ Nesse sentido: CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>. Acesso em: 17/07/10; DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>. Acesso em: 14/07/10; GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>. Acesso em: 17/07/10; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622>. Acesso em: 14/07/10; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 469-470; SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio e a Culpa: Impossibilidade*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>. Acesso em: 14/07/10.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 469-470.

dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.

No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente. No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como 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.

No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Conseqüentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.⁵

Além disso, a não discussão da culpa na dissolução do vínculo conjugal é colocada como uma das conquistas obtidas com a eliminação da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro. É o que se conclui a partir da justificativa da Proposta de Emenda à Constituição nº 28/09, que resultou na Emenda Constitucional nº 66/10:

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. [...]. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622>. Acesso em: 14/07/10.

problemas decorrentes da separação. [...]. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.⁶

Eis os fundamentos e as justificativas que, de acordo com a doutrina majoritária, autorizam concluir que a separação judicial e a separação extrajudicial foram abolidas do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 O fim da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: questões processuais de acordo com a doutrina majoritária

Diante do entendimento majoritário de que a separação judicial e a separação extrajudicial foram eliminadas do ordenamento jurídico brasileiro a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 66/10, várias são as soluções apresentadas para se colocar fim às ações de separação judicial em curso e impedir que novas sejam ajuizadas ou, ainda, que escrituras públicas de separação sejam lavradas pelos tabeliães de notas.

Para Maria Berenice Dias, nas ações de separação judicial em andamento,

Cabe ao juiz dar ciência às partes da conversão da demanda de separação em divórcio. Caso os cônjuges silenciem, tal significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A divergência do autor enseja a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como o juiz proferir sentença chancelando direito não mais previsto na lei. Já o eventual inconformismo do réu é inócuo. Afinal, não é preciso a sua anuência para a demanda ter seguimento.⁷

Adotando solução semelhante, Rodrigo da Cunha Pereira sugere que “os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei nº 11.441/07) deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento.”⁸

⁶ Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Div%C3%B3rcio.pdf. Acesso em: 14/07/10.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>. Acesso em: 14/07/10.

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 472.

Com uma análise mais abrangente, mas que não se distancia das posições anteriores, assim se manifesta Newton Teixeira Carvalho:

Portanto, se não mais existe separação no Brasil, como ficam as ações ou requerimentos de separação em andamento ou já julgados? Sugerimos o seguinte:

- a) com relação às separações em andamento, o juiz ou o Tribunal deverá facultar as partes, no prazo de 10 (dez) dias, requerer, nos próprios autos, a conversão da separação em divórcio, inclusive se já prolatada sentença, porém sem o trânsito em julgado. Caso não modificado o pedido, de separação para divórcio, aos autos deverão ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido. Não há que se falar em direito adquirido contra a Constituição Federal, mesmo em se tratando de emenda Constitucional. Evidentemente que, se existirem pedidos cumulados, a ação prosseguirá, normalmente, com relação aos pedidos remanescentes e independentes, como por exemplo, alimentos, guarda etc;
- b) no que tange às separações já decretadas, com sentença trânsita em julgado, a qualquer momento o divórcio poderá ser pleiteado, em apenso. Enquanto não pleiteado o divórcio, o estado destas pessoas continua como de separado;
- c) caso, a partir de hoje, haja pedido de separação, os autos deverão, de plano, ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido, eis que não mais há separação no direito brasileiro.⁹

E, finalmente, na mesma direção, o magistério de Pablo Stolze Gagliano:

E o que dizer dos processos judiciais de separação em curso, ainda sem prolação de sentença?

Neste caso, a solução, em nosso sentir, é simples.

Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio.

Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do CPC, segundo o qual, "feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo".

Isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, em desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperatividade, que impedem seja uma das partes colhida de surpresa ao longo da demanda.

De modo algum.

O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional.

Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido *in albis*, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC).

Se, entretanto, dentro no prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal, com vistas à decretação do fim

⁹ CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>. Acesso em: 17/07/10.

do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda.¹⁰

Contudo, com fulcro no princípio da autonomia privada e nas regras de hermenêutica, ousa-se discordar daqueles que advogam o fim da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 66. Conforme será demonstrado a seguir, desde que utilizados critérios hermenêuticos adequados, a manutenção da separação judicial e da separação extrajudicial, sem o caráter obrigatório, não tem o condão de permitir a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal e, também, não fere o princípio da autonomia privada dos cônjuges, pelo contrário, sobreleva a sua importância no Estado Democrático de Direito.

3 SEPARAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10: CRÍTICA AO POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO

Indubitavelmente, é possível concluir que a Emenda Constitucional nº 66/10 eliminou qualquer tipo de separação (judicial, extrajudicial ou de fato), como requisito obrigatório para o divórcio. Os cônjuges em conjunto, ou qualquer um deles separadamente, com fulcro tão somente na autonomia privada, podem solicitar o divórcio.

Entretanto, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 66/10 não revogou, expressa ou tacitamente (e nem o faria), as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil que autorizam os pedidos de separação judicial consensual ou litigiosa e de lavratura de escritura pública de separação extrajudicial, defende-se que os cônjuges, querendo, podem ainda pedir a separação judicial ou extrajudicial com o objetivo de se colocar fim à sociedade conjugal sem, no entanto, extinguir o casamento.

3.1 A permanência da separação judicial e extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: fundamentos e justificativas

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>. Acesso em: 17/07/10.

A autonomia privada, na concepção do Estado Democrático de Direito, é o poder conferido aos particulares a fim de determinarem o conteúdo, a forma e os efeitos do negócio jurídico, em conformidade com a ordem jurídica e os bons costumes. Conforme Francisco Amaral, “os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.”¹¹

Não resta dúvida que o poder das pessoas se autoderminarem nos negócios jurídicos e situações subjetivas patrimoniais (direitos de crédito, reais e intelectuais) é amplo. Aliás, o principal campo de aplicação da autonomia privada é o direito obrigacional. E nos negócios jurídicos e nas situações subjetivas não-patrimoniais (direitos da personalidade ou pessoais), caberia a aplicação da autonomia privada?

A resposta só pode ser afirmativa, pois nas situações não-patrimoniais as partes também têm a possibilidade de criar regras próprias em função dos seus interesses, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, a liberdade das pessoas tem importante significado não só nos negócios e situações patrimoniais, mas também em matérias que envolvem situações existenciais.¹²

Na dissolução da sociedade conjugal, toma-se por ideal que a decisão seja buscada e encontrada em conjunto, por meio de práticas discursivas dialógicas; que não se busque um culpado e um inocente, mas sim o entendimento acerca de que um relacionamento, ou parte dele, chegou ao fim.

Os conflitos familiares envolvem inúmeras questões subjetivas e, assim, postula-se que as partes não podem e não devem ficar alheias à sua solução, simplesmente esperando que um terceiro diga o que é certo e o que é errado. É preciso que lhes seja oferecida a oportunidade a fim de que busquem autorregulamentar a solução do conflito criado por elas mesmas, ou melhor, autoconstituam-se.

Destarte, o exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal pode ser entendido como uma experiência singular, pois permite a expressão do saber da vida, a reflexão e o surgimento de uma nova subjetividade, sem se perder diante da necessidade objetiva de regras ancoradas no ordenamento jurídico para a efetiva resolução das disputas.

¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347.

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2.ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17-19

Não se nega que, para a maioria das pessoas, não faz sentido, diante da possibilidade do divórcio sem prazo e sem qualquer condição, passar pela separação judicial ou pela separação extrajudicial.

Contudo, tendo em vista a opção do constituinte pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, pelo respeito ao pluralismo social e diferentes projetos de vida, torna-se temerário impedir que os cônjuges, caso queiram, adotem solução intermediária antes do fim do vínculo conjugal, ou seja, no lugar de divórcio, prefiram a separação judicial. A intervenção estatal e judicial não pode interferir na esfera decisória e privada do cidadão, nos limites que a própria normatividade garante.

De fato, não é possível haver um Estado Democrático sem a vontade da maioria, mas esta não pode significar a supressão da vontade, valores e ideologia dos grupos minoritários. Nesse contexto, surge a discussão acerca das pessoas que necessitam de um tempo para meditar a importante decisão que é pôr fim ao casamento. E conforme já afirmado em outros estudos:

A pessoa não é um *ser*, mas um *tornar-se*. Não é posta, mas constantemente construída. A existência humana consiste numa busca incessante, diante de sua incompletude. Este frequente processo, reforçando a dinamicidade própria da personalidade, autoriza concluir que, na verdade, cada pessoa constitui-se segundo decisão própria. E, sendo assim, a maneira mais genuína de se proteger o ser humano é tutelar o *desenvolvimento da sua personalidade*. Eis, talvez, o corolário mais íntimo da ideia de dignidade, porque incisivamente protetor da diferença de individualidade tão essencial à natureza humana. Escolhas peculiares, formas exclusivas de coordenar os incontáveis fatores sociovitais: este é o mecanismo capaz de propiciar a autêntica estruturação pessoal.¹³

É fundamental refletir sobre essa questão – aparentemente simples para a doutrina majoritária – sob a ótica do pluralismo. O Direito é um importante instrumento de inclusão social, por isso, é indispensável que essa importante mudança introduzida pela Emenda Constitucional nº 66, ou seja, o direito potestativo de qualquer cônjuge pedir o divórcio direto, imediatamente, não despreze determinados grupos de indivíduos tão somente porque contrariam as expectativas da maioria.

Dessa maneira, soa temerário negar a homologação de um pedido de separação judicial, feito por duas pessoas maiores e capazes que, por convicções religiosas ou de outra ordem, necessitam de tempo para a reflexão e a tomada da decisão definitiva sobre o término do casamento. O respeito à dignidade humana implica o reconhecimento da

¹³ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 46.

singularidade de cada indivíduo em uma sociedade multifacetada, afinal, “[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”¹⁴

Além disso, não gera nenhum prejuízo para quem quer que seja a permanência não obrigatória da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico.

3.2 A ausência de discussão da culpa não pode ser considerado fundamento válido para justificar a extirpação da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro

A Emenda Constitucional nº 66 acabou gerando dois posicionamentos antagônicos a respeito da possibilidade de discussão de culpa na dissolução do vínculo conjugal.

De um lado, aqueles que, mesmo reconhecendo o fim da separação da judicial, negam-se a admitir o fim da discussão de culpa na dissolução da sociedade conjugal. Nesse sentido:

[...] reputamos prematura a interpretação de alguns renomados juristas que afirmam que com a PEC do divórcio nunca mais se poderá discutir a culpa na ruptura da vida em comum. No nosso entender, a vedação da discussão da culpa no divórcio se aplica apenas aos casos de conversão de separação, judicial ou não, em divórcio. Nos casos de divórcio direto defendemos ser possível, sim, examinar a culpa e todos os demais temas próprios da separação, tais como alimentos, guarda de filhos, partilha, etc.¹⁵

De toda sorte, a verdade é que a citada PEC representa um notável avanço, especialmente por retirar do sistema o modelo bifásico de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, mediante a separação de direito - que engloba a separação judicial e a extrajudicial -, e o divórcio. Um das grandes dúvidas a respeito da inovação se refere à manutenção da possibilidade de discussão da culpa como causa para a dissolução do casamento, assim como é atualmente com a separação judicial (art. 1.572, caput, do CC).

Em outras palavras, a dúvida que surge se refere a uma importação da discussão da culpa para o divórcio.

Essa é uma dúvida atroz que já atormenta os aplicadores do direito até porque, no presente estágio do Direito de Família brasileiro, não se tem admitido a discussão da culpa quando do divórcio, seja ele direto ou indireto. Todavia, na opinião deste articulista, a resposta é positiva a respeito de futuros debates a respeito da culpa para a dissolução do vínculo matrimonial. De toda a sorte, deve ficar claro o posicionamento - sempre manifestado pela melhor doutrina -, no sentido de se admitir a mitigação da culpa em algumas situações,

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 65.

¹⁵ SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>. Acesso em: 14/07/10.

como nos casos de culpa recíproca dos cônjuges ou de sua difícil investigação, a tornar o processo tormentoso para as partes. Assim era, e assim permanecerá, creio eu.¹⁶

Do outro lado, os defensores do abandono da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal a partir da Emenda Constitucional nº 66:

Com a mudança constitucional e o desaparecimento do instituto da separação de direito, o divórcio será, ao lado da morte e da invalidade, a forma de se chegar ao fim do casamento (o que inclui o vínculo e a sociedade conjugal) e ele se dará de duas possíveis formas: divórcio consensual ou litigioso. Na realidade, deve-se esclarecer que quando da extinção do casamento por divórcio será inadmissível o debate de culpa. Sim, inadmissível o debate de culpa por ser algo que apenas gera uma injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo. O debate em torno da culpa impede a extinção célere do vínculo e sujeita, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas.¹⁷

Ao ser dada nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio.¹⁸

A nova redação da norma constitucional tem a virtude de por cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento sobretudo da formação dos filhos comuns.¹⁹

No entanto, mais uma vez, discorda-se dos entendimentos expostos. É consenso que a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal dificulta ainda mais o relacionamento das partes envolvidas no conflito e, conseqüentemente, piora o convívio familiar pós-separação. Além disso, é praticamente impossível identificar quem é o culpado pelo fim da sociedade conjugal. Basta ouvir as alegações de cada cônjuge em separado para se chegar à conclusão de que a busca pelo culpado é inviável. Trata-se de pessoas fragilizadas emocionalmente. Por isso, é sempre mais fácil identificar o outro como responsável pelo fim familiar.

Indubitavelmente, o casamento perdeu a sua indissolubilidade. A família como instituição não deve ser colocada acima dos membros que a compõem. A ordem

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *A PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>. Acesso em: 14/07/10.

¹⁷ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio e a Culpa: Impossibilidade*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>. Acesso em: 14/07/10.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>. Acesso em: 14/07/10.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622>. Acesso em: 14/07/10.

constitucional instaurada a partir de 1988 afastou definitivamente tal ideia; basta atentar à previsão do artigo 226, §§ 5º e 8º que, respectivamente, determina a *igualdade* de direitos e deveres conjugais entre o homem e a mulher e assegura a assistência estatal à família, *na pessoa de cada integrante*.

Como já vaticinava João Baptista Villela em artigo publicado em 1982, “o problema das separações conjugais tende a se deslocar, por muito boas razões, de uma perspectiva inquisitorial para uma perspectiva factual. [...] do princípio da culpa para o da deterioração.”²⁰

É realmente imperioso reconhecer que o casamento, inobstante seja também hoje contraído para perdurar, pode encontrar obstáculos tais que o levem a se dissolver. Nesse caso, parece incoerente invocar a estrutura jurisdicional para identificar o responsável pelo fracasso conjugal²¹.

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade deve ser respeitado não só na constituição, mas também na desconstituição da entidade familiar. Afinal, toda a ideia de dignidade que fundamenta a sistemática normativa instalada pela Constituição de 1988, está voltada para o propósito de proteção da pessoa humana. Assim, todas as situações e relações jurídicas devem ser analisadas respeitando tais garantias.

Neste viés, não foi contemplada constitucionalmente a análise da culpa como causa para a dissolução do vínculo conjugal; o único requisito para o divórcio, até a Emenda Constitucional nº 66, era o cumprimento do lapso temporal de mais de dois anos de separação de fato, para o divórcio direto e, de mais de um ano de separação judicial para o divórcio indireto. Assim, numa interpretação constitucionalmente adequada, não faz sentido ignorar a culpa no divórcio (que coloca fim ao casamento válido) e que, agora, sequer exige prazo ou condição para ser obtido, e admiti-la na separação judicial, que põe fim apenas à sociedade conjugal, mas mantém o vínculo conjugal.

O princípio da ruptura, ou da deterioração factual, funda-se, portanto, na liberdade de escolha que deve existir não só na constituição e na manutenção, mas também na extinção da entidade familiar. Ninguém está autorizado a restringir ou a impor a existência ou a permanência de uma entidade familiar, muito menos o Estado,

²⁰ VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade*: por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, nº.3). p. 16.

²¹ Tal assertiva não exclui a possibilidade de discussão de culpa entre os cônjuges, mas em outro âmbito, o da responsabilidade civil. Em muitos casos será possível e importante identificar o culpado pela prática de um ato ilícito no casamento ou na união estável, embora tal culpa só deva produzir efeitos fora do âmbito do direito de família, ou seja, na esfera da responsabilidade civil.

até porque, reconhecendo que o casamento estabelece uma comunhão plena de vida (art. 1.511), o Código Civil de 2002, de forma expressa, proíbe a qualquer pessoa, de direito público ou privado, nela interferir (art. 1513).

A convivência entre os cônjuges não pode significar sacrifício para nenhuma das partes, pois assim se estaria desrespeitando e até mesmo anulando aspectos importantes da personalidade dos integrantes dessa relação familiar. Isso contraria o pressuposto de que a família deve servir para promover os familiares. É em função e nos limites desse propósito que ela há de ser mantida e protegida.

Além disso, a Constituição de 1988 consagrou, em seu artigo 5º, X, o direito fundamental à intimidade, que deve ser respeitado no seu aspecto individual e, também, relacional. Dessa forma, exigir que o cônjuge exponha questões íntimas do casal, que, porventura, possam caracterizar o descumprimento de um dos deveres do casamento, com o único objetivo de obter êxito na ação de separação judicial seria também uma violação a esse direito.

Por isso, muitos autores²² e alguns julgados, muito antes da Emenda Constitucional nº 66 ser publicada, já defendiam que a separação judicial litigiosa, longe da discussão de culpa, deve basear-se tão somente na insuportabilidade da vida em comum, na autonomia privada:

O entendimento atual é no sentido de se afastar a identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Mantém-se a separação do casal sem atribuição de culpa. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n.70002690824. AC 7ª C.Cív. Rel. Dês. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 19 dez. 2001)

Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 46.718-4/SP, Ac. 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 17. fev. 2003)

Tal orientação também se encontra, ainda, consubstanciada no Enunciado 100 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do

²² Entre eles: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 73-99; PESSOA, Adélia Moreira. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 5, n. 22, p. 38-56, fev./mar. 2004. TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 369-390.

Conselho da Justiça Federal: “Art. 1.572: na separação, recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”²³

Assim, face ao princípio da ruptura ou da deterioração factual, que abarca os princípios da liberdade, da intimidade e da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, o casamento só deve subsistir sob a égide do afeto recíproco e da respectiva vontade dos seus integrantes. A quebra da afeição e a impossibilidade da vida em comum devem ser motivos bastantes para o desfazimento jurídico da sociedade conjugal, sem a necessidade de qualquer outra alegação.

Portanto, diante de todo o exposto, é possível afirmar que o abandono da discussão da culpa deve-se mais a uma interpretação constitucional adequada dos preceitos do Código Civil, do que à publicação da Emenda Constitucional nº 66. Por isso, a defesa da permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro não significa, em hipótese alguma, a admissão da discussão de culpa na dissolução da sociedade conjugal.

3.2.1 Consequências práticas do abandono da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal

Qualquer tipo de separação ou de divórcio, mesmo de acordo com uma interpretação literal do Código Civil, não é capaz de interferir na divisão do patrimônio, na estipulação dos alimentos para os filhos e na guarda. Na divisão do patrimônio, aplicam-se as regras do regime de bens adotado; na estipulação dos alimentos para os filhos, o binômio necessidade/possibilidade; e, para se estabelecer a guarda dos filhos menores, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por isso, com muito mais razão, a adoção do princípio da ruptura ou da deterioração factual, na dissolução da sociedade conjugal, não interferirá de maneira diferente na estipulação de tais cláusulas. Interessa, portanto, verificar quais os reflexos da aplicação do princípio da deterioração factual, ou princípio da ruptura, no uso do sobrenome e no direito a alimentos entre os cônjuges.

3.2.1.1 O nome do cônjuge na separação judicial diante da aplicação do princípio da ruptura ou da deterioração factual

²³ BRASIL. Conselho Federal de Justiça. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: maio 2009.

Diante da igualdade entre homens e mulheres estabelecida na Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, § 1º, dispõe: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.” Inicialmente, cabe esclarecer que um cônjuge só consegue acrescentar ao seu o sobrenome do outro, mediante a concordância (tácita na maioria das vezes) do titular do sobrenome.

Assim, tendo em vista que a utilização por um cônjuge do sobrenome do outro não se dá de forma unilateral, mas acordada, a possibilidade de continuidade do uso do sobrenome incorporado com o casamento, em qualquer hipótese de separação judicial ou de divórcio deve ser assegurada, pois o uso do nome de casado integra direito da personalidade²⁴, é fator de identificação e individualização da pessoa.²⁵

Assim, a decisão de manter ou não o nome de casado deve ficar única e exclusivamente com o próprio titular do nome, independentemente do tipo de dissolução da sociedade conjugal.

3.2.1.2 Os alimentos na separação e no divórcio diante da aplicação do princípio da ruptura ou da deterioração factual

O abandono da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal, com a adoção do princípio da ruptura ou da deterioração factual, em nada afeta o direito a alimentos entre os cônjuges, pois tal direito está consagrado em sede constitucional por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, independentemente da causa de dissolução da sociedade conjugal - se com culpa ou sem culpa.

A Constituição Federal de 1988 elegeu como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana. O direito à vida e a solidariedade social e familiar foram contemplados expressamente na Carta de 1988 como direitos fundamentais. Com isso, é possível defender que os alimentos passaram a ter força de direito fundamental, pois

²⁴ “Nome. Direito de personalidade. Sendo o nome um dos atributos da personalidade, de todo descabido determinar à mulher o retorno ao nome de solteira, quando da conversão da separação ao divórcio, se esta não é a sua vontade. Apelo provido.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70002607984. 7ª Cív. Relatora: Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 30 mar. 2001.)

²⁵ Como forma de evitar esse tipo de discussão, Maria Celina Bodin Moraes sugere a seguinte solução: “Entretanto, a solução jurídica mais harmoniosa com a plena igualdade entre os cônjuges, e que evitaria graves conflitos, não parece ser a possibilidade de se oferecer ao marido a opção de adotar o sobrenome da mulher, como prevê o Projeto de Código Civil, mas, ao revés, a de estabelecer a regra da inalterabilidade do sobrenome de cada cônjuge, após o casamento, bem como a aposição, nos filhos, dos sobrenomes de ambos os cônjuges, como faz, por tradição, o direito espanhol.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 54, out./dez. 2000).

representam um meio de viabilizar uma vida digna em sociedade àquele que não tem como sobreviver às suas próprias expensas.

Sob essa ótica, evidencia-se que um dos fundamentos da obrigação alimentar entre os cônjuges encontra-se no princípio da solidariedade familiar. Por outro lado, o caráter assistencial de tais alimentos é evidenciado na medida em que eles não devem servir para enriquecer o alimentário, mas para assisti-lo na conservação de uma vida digna em sociedade.

Assim, é importante frisar que os alimentos devidos entre os cônjuges, na medida do possível, não podem ser transformados em fonte de renda vitalícia. Tais alimentos só serão devidos enquanto persistir a necessidade, sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa, desvirtuando, na essência, o seu caráter assistencial. Por isso, é dever do cônjuge que recebe alimentos, usar de todos os meios possíveis para fazer cessar a sua necessidade.

Destarte, com a Constituição de 1988, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, os alimentos entre os cônjuges, seja qual for a causa que determinou a dissolução da sociedade conjugal, respeitando-se sempre o caráter assistencial, devem atender às necessidades que garantam o direito fundamental à vida de forma ampla, estabelecendo-se, na medida do possível, os alimentos de acordo com a condição social de cada indivíduo.

3.3 Equívocos de natureza processual na defesa do fim da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro

3.3.1. Da ausência de impossibilidade jurídica do pedido na situação em comento

Como visto, ilustres juristas vêm advogando a impossibilidade jurídica do pedido de separação judicial após o advento da novel Emenda Constitucional. No entanto, existe um equívoco de fundo nas aludidas assertivas uma vez que a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação desde sua idealização por Liebman, em sua célebre preleção de Turim de 1949,²⁶ tomou por base situações de expressa vedação legislativa do pedido no ordenamento jurídico, e não de carência legislativa.

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

Por coincidência, a razão que motivou o processualista italiano a delinear a aludida condição da ação foi exatamente a vedação expressa do divórcio na Itália antes do advento da Lei 898 de 01-12-1970, norma que findou com a proibição legal do divórcio naquele país.

Nesse sentido, pode-se colacionar um importante precedente do Superior Tribunal de Justiça no qual este afirmou que a possibilidade jurídica do pedido corresponde à inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda, na análise de um caso no qual se pedia a declaração de uma união homoafetiva como entidade familiar. No aludido processo havia uma irresignação contra decisões que extinguíram o feito sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica pela ausência de previsão legal de uniões homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, o Tribunal Superior decidiu que a despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato era que, para a hipótese em apreço, em que se pretendia a declaração daquela união como entidade familiar, não existia a vedação legal para o prosseguimento do feito permitindo-se o julgamento do mérito do feito.²⁷

Não se pode ainda olvidar que no caso específico da separação judicial, o que se pode constatar, após a Emenda Constitucional nº 66/10, é a ausência atual de sua previsão expressa na Constituição, fator que não retira do ordenamento sua previsão e funcionamento facultativo, ao menos enquanto não forem revogados os preceitos que a regem no Código Civil e no Código de Processo Civil.

3.2.2. Da impossibilidade de conversão do procedimento pelo juiz sem anuência das partes

²⁷ “2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2T, Resp. 820475/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/09/2008, p. Dje 06/10/2008).

Também causa alguma perplexidade a assertiva daqueles que afirmam que após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10 o juiz poderia *manu militari* converter o procedimento de separação judicial em divórcio de modo automático, sem o pleno exercício do contraditório.

Primeiramente, essa alegação doutrinária desconsidera que o sistema processual brasileiro é dirigido pelo princípio dispositivo, de modo a inviabilizar que o juiz *ex officio* altere pretensões sem o prévio requerimento das partes, salvo hipóteses excepcionais.

Evidente que se os cônjuges assim desejarem e requererem, mediante sua própria manifestação espontânea ou provocada pelo juiz, não haverá obstáculo na conversão do procedimento de separação em divórcio.

Entretantes, caso as partes desejem passar pela fase jurídica do estado de separado o juiz não poderá obstar o exercício dessa autonomia privada.

Ademais, uma postura desse tipo desconsidera todos os ganhos do estudo do direito civil constitucionalizado para que o Estado otimize seus serviços judiciários por questões de eficiência numérica em detrimento do exercício pleno da autonomia do cidadão.

4 SEPARAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10: PRINCIPAIS MUDANÇAS

4.1. Separações em curso, novas separações e convivência de separação e divórcio no mesmo procedimento

Após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10 surgem três preocupações imediatas: a) qual seria o destino das demandas em curso? b) seria possível o ajuizamento de demandas com pedido de separação e/ou a elaboração de escrituras de separação judicial? e, c) Caso um dos cônjuges ajuíze uma ação com pedido de separação e o outro, por conexão, ajuíze uma reconvenção com pedido de divórcio, qual seria o julgamento das demandas simultâneas?

Como já mencionado, defende-se a manutenção da possibilidade de ajuizamento de novas demandas de separação judicial, bem como a lavratura de escritura pública de separação extrajudicial enquanto se mantiver a previsão legislativa no Código Civil e no Código de Processo Civil para essas proposituras.

Não se pode olvidar que milita em prol de tal assertiva o princípio do *favor legis*, pelo qual, em caso de dúvida, deve ser dada à lei uma interpretação que mantenha sua constitucionalidade. Nesses termos, percebe-se que os procedimentos judiciais ou extrajudiciais de separação mantêm base normativa em nosso sistema.

Ocorre que, face à alteração constitucional, pode o magistrado intimar as partes envolvidas para que, caso queiram, convertam a demanda de separação em uma ação de divórcio, até pela aplicação imediata das normas constitucionais e do princípio do isolamento dos atos processuais, que rege o sistema processual, estabelecendo a aplicação imediata das leis processuais.

Pontue-se que tal conversão não poderá ser imposta de modo autoritário pelo magistrado. O respeito ao princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa é um dos principais ganhos do processo constitucionalizado, exatamente por impedir inovações processuais levadas a cabo pelo juiz ao largo das pretensões privadas dos sujeitos parciais.

Ainda há de se perceber que a Emenda Constitucional nº 66/10 possui o condão de gerar a revogação dos prazos e das condições para qualquer tipo de separação, divórcio ou conversão do primeiro no segundo, de modo que nos procedimentos em curso tais temáticas devem ser desprezadas.

Finalmente, há de se dimensionar a terceira hipótese suscitada, qual seja, a de se ter em um mesmo processo o pedido de separação realizado por um dos cônjuges e o de divórcio ajuizado mediante reconvenção pelo outro.

Sabe-se que a reconvenção é a ação do réu contra o autor ajuizada em *simultaneus processus*. Tal técnica exige a comprovação de uma série de requisitos (legitimidade, conexão, competência, pendência de demanda principal, competência e identidade de procedimentos).²⁸

Com o advento da inovação constitucional, em face da conexão e identidade de *causa petendi* e do cumprimento dos demais requisitos, será possível a convivência do pedido de separação judicial na inicial com um pedido reconvenicional de divórcio. Assim, caso tal situação jurídica se implemente o juiz será compelido a julgar na mesma sentença a demanda principal e a reconvenicional.

Sucedo que em face da ausência de requisitos para a concessão de ambos os pedidos e da maior abrangência do segundo em relação ao primeiro, *in casu* o

²⁸ NUNES, Dierle; CÂMARA, Bernardo; SOARES, Carlos. *Processo Civil para OAB*. Salvador: Podivm, 2010, p. 142-143.

magistrado deverá pronunciar-se pela procedência de ambos os pedidos, mas com a clara perda de efeitos jurídicos da separação judicial declarada devido à sua continência no pedido de divórcio.

CONCLUSÃO

Não se nega que a Emenda Constitucional nº 66/10 eliminou qualquer tipo de separação (judicial, extrajudicial ou de fato), como requisito obrigatório para o divórcio. Os cônjuges em conjunto, ou qualquer um deles separadamente, com fulcro tão somente na autonomia privada, podem solicitar o divórcio. Marido e/ou mulher podem pedir, diretamente, o divórcio, simplesmente fazendo uso da autonomia privada, sem qualquer prazo ou condição. Conseqüentemente, a Emenda Constitucional nº 66/10 revogou os prazos e as condições para qualquer tipo de separação e de divórcio, de modo que nos procedimentos em curso tais temáticas devem ser desconsideradas. Por isso, não há que se falar em separação falência (§ 1º do art. 1.572 do CC), separação remédio (§ 2º do art. 1.572 do CC) e separação sanção (arts. 1.572, *caput* e 1573 do CC).

Contudo, com fulcro no princípio da autonomia privada e nas regras de hermenêutica, é possível defender a manutenção da separação judicial e da separação extrajudicial, sem o caráter obrigatório e sem qualquer prazo ou condição.

Os procedimentos judiciais ou extrajudiciais de separação mantêm base normativa no ordenamento jurídico brasileiro e não geram nenhum prejuízo para quem quer que seja, pois só serão possíveis mediante a vontade dos cônjuges. Basta que um dos cônjuges prefira o divórcio para que a separação fique sem possibilidade de produzir efeitos jurídicos. Entretanto, se os dois quiserem a separação, possibilidade jurídica para tanto existe.

Vive-se em uma sociedade pluralista, por isso, nenhum grupo ou instituição está autorizado a impor a sua filosofia de vida, exercendo pressões no sentido de dar vazão ao seu pensamento. Mesmo que a maioria da população prefira o divórcio, julgue a separação um instituto ultrapassado, anacrônico e inútil, ainda assim, tendo em vista sua previsão legislativa e a autonomia privada dos sujeitos, não se pode impedir, num Estado Democrático de Direito, que uma minoria possa utilizá-lo. Certamente haverá pessoas desejosas de um prazo maior para refletir sobre a importante decisão que é

colocar fim a um casamento e, por isso, preferiram passar pela separação judicial ou extrajudicial antes de pedir o divórcio. Que mal há nisso?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>. Acesso em: 17/07/10.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>. Acesso em: 14/07/10.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>. Acesso em: 17/07/10.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622>. Acesso em: 14/07/10

MORAES, Maria Celina Bodin de. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 54, out./dez. 2000.

NUNES, Dierle; CÂMARA, Bernardo; SOARES, Carlos. *Processo Civil para OAB*. Salvador: Podivm, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2.ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA, Adélia Moreira. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 5, n. 22, p. 38-56, fev./mar. 2004.

SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>. Acesso em: 14/07/10.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio e a Culpa: Impossibilidade*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>. Acesso em: 14/07/10.

TARTUCE, Flávio. *A PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>. Acesso em: 14/07/10.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não violenta*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, n.º.3).