

**SEPARAÇÃO X DIVÓRCIO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010:
SOBRE A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA EXISTÊNCIA DA
SEPARAÇÃO JUDICIAL**

**SEPARATION X DIVORCE IN LIGHT OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT
66/2010: ON THE DOCTRINAL DIVERGENCE ABOUT THE EXISTENCE OF
JUDICIAL SEPARATION**

Anna Luyza Bastos Nolêto¹
Sergianne Frasso dos Santos²
Daniela Coelho Wykret³

RESUMO

Este trabalho tem por intuito abordar o tema separação e divórcio no Brasil, com a chegada da Emenda constitucional nº. 66 de 2010, aplicando-se no artigo 226, § 6º da Constituição Federal, que transformou a dissolução do casamento por meio do divórcio direto. Inicialmente, será estudada a emenda constitucional trazendo o surgimento do divórcio direto, bem como a revogação tácita ou não da separação judicial no ordenamento brasileiro e com seus posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes acerca da tese em questão. Em seguida, serão esclarecidas as principais mudanças que o divórcio trouxe para o ordenamento jurídico e afetou a separação. O presente trabalho vai ao encontro da corrente que defende que o instituto da separação judicial no ordenamento jurídico ainda está vigente como meio de dissolução da sociedade conjugal. Foi utilizado o método de estudo bibliográfico, pesquisas doutrinárias, leis e jurisprudências.

Palavras-chave: Separação Judicial; Divórcio; Emenda Constitucional nº 66/2010; Divergência Doutrinária.

ABSTRACT

This work aims to address the issue of separation and divorce in Brazil, with the arrival of Constitutional Amendment nº. 66 of 2010, applying in article 226, § 6 of the Federal Constitution, which transformed the dissolution of marriage through direct divorce. Initially, the constitutional amendment will be studied bringing the emergence of direct divorce, as well as the tacit or not revocation of judicial separation in the Brazilian legal system and with its divergent doctrinal and jurisprudential positions on the thesis in question. Then, the main changes that the divorce brought to the legal system and affected the separation will be clarified. The present work is in line with the current that argues that the institute of judicial separation in the legal system is still in force as a means of dissolution of the conjugal society. The method of bibliographic study, doctrinal research, laws and jurisprudence was used.

¹ Bacharel em Direito, Instituto Educacional Santa Catarina, Guaraí – Tocantins. E-mail: ana_noleto10@hotmail.com

² Bacharel em Direito, Instituto Educacional Santa Catarina, Guaraí – Tocantins. E-mail: sergianne1@hotmail.com

³ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Público. E-mail: danielawyk@hotmail.com

Keywords: Judicial Separation; Divorce; Constitutional Amendment No. 66/2010; Doctrinal Divergence.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2009, foi instituído um projeto de Emenda Constitucional (EC) no Congresso Nacional para a aprovação da PEC - Proposta de Emenda Constitucional nº 28/2009, a Emenda nº 66 de 13 de julho de 2010 que teve uma alteração na redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, trazendo a possível dissolução do casamento civil pelo divórcio direto.

Após o advento da EC nº 66/10 que instituiu o divórcio direto no nosso ordenamento jurídico, surge divergências acerca do instituto da separação judicial, posto que o lapso temporal deixa de existir com a chegada do divórcio direto, não sendo necessário os prazos para uma possível dissolução matrimonial.

O debate em questão acerca do instituto da separação judicial se tornou bastante relevante, pois os juristas e os doutrinadores seguem correntes diferentes, fazendo com que a majoritária aborde sobre a extinção tácita da separação, enquanto a minoritária entende pela manutenção e duração do instituto.

De acordo com a sistemática adotada antes da EC nº66/2010, tinha como pré-requisito aguardar um ano da separação judicial ou prazo de dois anos da separação de fato, para que conseguisse pleitear a conversão em Divórcio. Desse modo, com a chegada da Emenda Constitucional nº 66/2010, versaram dúvidas a comunidade jurídica. Dentre elas, se foi extinto tacitamente o instituto da separação ou se com a chegada do divórcio, ela realmente permaneceu no ordenamento jurídico.

Aponta-se que o trabalho desenvolvido é de um interesse relevante e importância social, pois com o transcorrer do tempo foi crescendo o índice de rompimento do casamento, destacando-se que as pessoas passaram a mudar seus costumes e suas formas de pensar. Antigamente, o próprio ordenamento jurídico tentava manter o casamento de forma que preservasse a família, mantendo-o indissolúvel.

O casamento era um instituto que não permitia a dissolução. No código civil de 1916, no seu artigo 317, existia unicamente a hipótese de desquite, na qual tinha que se comprovar o princípio da culpa para fundamentar o pedido, ou seja, tão somente o comportamento do outro conjugue para que pudesse caracterizar o rompimento conjugal, na qual se dava o desquite, ficando declarado o outro cônjuge culpado.

Apenas em 1977, depois de um longo período de ingloria daqueles que lutavam pelo divórcio, entrou em vigor a emenda constitucional nº 09/77, vindo introduzir a figura do divórcio no ordenamento brasileiro. Em meados de dezembro do mesmo ano, a Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) deu nova cara ao desquite introduzindo a separação judicial, havendo como finalidade exclusiva o fim da sociedade conjugal, mas sem romper esse vínculo conjugal, o que só seria possível por meio do divórcio.

Em relação ao divórcio direto, entendemos ser uma verdadeira e grande revolução no Direito de Família. Entretanto, acreditava-se que com a chegada da nova legislação, a união estaria sendo banalizada, tendo facilitado a dissolução do vínculo conjugal. Já em outros posicionamentos, favorece os novos vínculos, tornando-se mais adequada a atualidade e aos costumes sociais.

A chegada da EC nº 66/2010, teve aplicação imediata. Todavia, para os casais que já se encontravam separados judicialmente, não eram considerados divorciados automaticamente, sendo necessário que se pleiteasse pelo divórcio.

Na primeira seção deste artigo será abordado uma breve síntese histórica, com a devida linha do tempo do casamento civil no Brasil que previa o desquite, passando pela separação judicial com relação ao advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, e assim surgindo o divórcio direto.

Em seguida, na segunda seção, trataremos da Emenda Constitucional nº 66/2010, desde o início do seu surgimento, até entrar em vigor, trazendo as consequências para a separação e o divórcio.

Na terceira seção, buscamos tratar acerca da questão doutrinária na separação Judicial, com as correntes majoritárias, minoritárias e com o necessário posicionamento dos Tribunais, sendo ela mantida no Código Civil pelo artigo 1.574, com debates sobre permanência e o uso pelos casais.

Assim, concluindo a finalidade da última seção, nela será tratado se o Divórcio trouxe o fim da separação judicial de forma tácita, ou se a separação se mantém no ordenamento, quais foram as suas fases ao longo do tempo, e se logo após a EC nº66/2010 ela ainda vigora, ou foi revogada tacitamente.

Por fim, o presente trabalho aborda a chegada da Emenda Constitucional nº 66/2010 no ordenamento jurídico, suas formas e características, trazendo as consequências discutidas e debatidas pelos doutrinadores, as correntes minoritárias e majoritárias, e a permanência ou extinção do instituto de separação judicial,

observando os efeitos no âmbito jurídico e na sociedade. Destaca-se que a discussão central deste trabalho é em torno da extinção tácita ou permanência da separação judicial e os constantes posicionamentos diversos acerca do tema.

Acerca da metodologia é relevante destacar que a pesquisa se desenvolverá a partir de uma análise qualitativa dos conteúdos analisados, dado que buscará elementos de cunho subjetivo que permitem a interpretação do pesquisador.

Quanto ao procedimento técnico que será utilizado, opta-se pela pesquisa bibliográfica e documental, pois essa é desenvolvida segundo Gil (2007) com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos, como os que serão utilizados para esta pesquisa, além da jurisprudência e legislação concernente aos temas delineados no campo do Direito.

Destaca o referido autor que “a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla” (GIL, 2007). Através deste tipo de pesquisa, será possível identificar conceitos, relatos e perspectivas que contribuirão para as conclusões que serão obtidas, correlacionado a este aspecto, sublinha-se a necessidade do método observacional para esta finalidade.

No que toca a categoria da pesquisa quanto a seus objetivos, o presente trabalho pode ser classificado como uma pesquisa exploratória pela necessidade de um profundo levantamento bibliográfico e o uso de exemplos que auxiliem na compreensão do tema em tela (GIL, 2007).

Em relação ao método de abordagem, será utilizado o método hipotético-dedutivo, que conceituado como aquele “que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese” (LAKATOS; MARCONI, 1992).

Ao ser elencadas as hipóteses descritas neste trabalho, será possível através do citado método confirmar se tais possíveis respostas ao final da investigação, serão confirmadas ou negadas, elucidando se a percepção antes e após da pesquisa convergem ou divergem.

2 BREVE SÍNTESE HISTÓRICA

O decreto nº 181 de 1890 que estabeleceu o casamento civil no Brasil tinha como preliminar o divórcio a *thoro et mensa* (divórcio canônico) que determinava tão somente a separação de corpos, mas que de fato não rompia o vínculo matrimonial. O referido código civil de 1916 previa o desquite, mas não o rompimento do mencionado vínculo.

O divórcio vincular que se desfaz o vínculo e autoriza um novo casamento, simplesmente passou a ser adotado no Brasil com autorização da emenda constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição de 1969, anulando o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, logo após a sua regulamentação pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. O mencionado passou a ter a seguinte expressão escrita: “§ 1º o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja previa separação judicial por mais de 3 anos.” A separação judicial por mais de 3 anos era condição necessária para se obter o pedido de divórcio.

Posteriormente, a Constituição de 1988 tratou do assunto no parágrafo 6º do art. 226, trazendo o seguinte teor:

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de 2 anos. (BRASIL, 1988)

Pode-se dizer que a separação judicial sobreveio de forma opcional para os cônjuges, pois com a chegada do divórcio direto tornaria mais fácil o fim da sociedade conjugal, já que não teria os requisitos da separação para se cumprir.

A separação judicial era pré-requisito para uma dissolução do vínculo matrimonial, o qual exigia lapso temporal e o consentimento do casal, para posterior conversão do divórcio.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 atingiu o ciclo evolutivo iniciado com a Lei nº 6.515/77, diante da chegada do divórcio direto que tornou sem efeito as exigências dos requisitos temporais que atualmente passa a ser de modo exclusivo direto, por mútuo consentimento ou litigioso. Surgem então ideias e opiniões diversas acerca da

extinção do instituto da separação judicial, uma vez que com o divórcio direto não há necessidade da separação de fato ou da separação judicial como pré-requisito.

O desuso do instituto da separação de direito, judicial e extrajudicial, mostrou-se, entretanto, assunto de grandes debates. De acordo com o referido enunciado da 514, da V Jornada em Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, verbis: “A emenda constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”, isto é, em coerência, compreendendo que seu desaparecimento não tenha ocorrido. Dessa forma, na jurisprudência, a questão tornou-se bastante discutida, havendo debates e decisões em vários posicionamentos ainda não pacificados.

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Como observado nos conteúdos já mencionados, a Emenda Constitucional entrou em vigor no dia 13 de julho de 2010, que possibilitou o divórcio sem o essencial pedido prévio da separação judicial, extrajudicial ou de fato. Segundo preceitua o artigo 226 do parágrafo 6º da Constituição Federal, a emenda confirmou feito único ao divórcio para conclusão da dissolução do casamento, sendo ele claro e sucinto.

Por uma proposta do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a mencionada PEC foi proposta por duas vezes: pelos deputados federais Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ) e Sérgio Barreiras Carneiro, ambos seguindo em anos diferentes, um em 2005, e outro em 2007.

No tocante a aprovação desta proposta de emenda à constituição ocorreu em primeiro turno em 20 de maio de 2009, com 375 votos favoráveis, sendo que no segundo turno, na data de 2 de junho do mesmo ano, houve 315 a favor, 5 abstenções e 88 contrários. Conforme defendido pelo presidente do IBDFAM Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 6), à época da referida votação PEC, preceitua que:

Como forma de mecanismo, o divórcio direto se tornou facilitador da dissolução do casamento. Ao mesmo tempo em que a sociedade brasileira assume a responsabilidade por suas escolhas, ela também conquista a liberdade e o amadurecimento.

A mudança constitucional com a introdução do divórcio direto buscou eliminar a necessidade de usar causa objetiva e subjetiva de um dos cônjuges. Observa-se

que a constituição federal então, não impõe os requisitos do rompimento da separação, inexistindo os pressupostos da culpa e da inocência.

A análise da culpa seria vista como uma verdadeira intervenção estatal, a qual causaria em juízo, discussões a respeito de questões íntimas e privadas, indo em desacordo ao princípio constitucional da liberdade e da própria dignidade humana.

A emenda constitucional ao ser publicada ordenou que todos os operadores do direito analisassem o objetivo real, com o intuito de que pudesse atender a vontade da sociedade, poupando o cidadão de submeter-se a duplicidade dos processos judiciais.

Isto posto, para o casal se torna desnecessário, cansativo e oneroso, do mesmo modo para o Poder Judiciário, que determina essa duplicidade de processos na qual a separação impõe, pois precisa ser convertida em divórcio para pôr fim a uma sociedade Conjugal. Dessa forma, com a chegada da emenda, o único meio juridicamente possível para este fim do matrimônio é o divórcio direto, sendo ele consensual ou litigioso.

4 DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Com a chegada da EC nº 66/2010 que inseriu o divórcio direto no ordenamento jurídico brasileiro, a separação judicial perde seus efeitos, visto que, a partir da emenda, não será mais necessário à observância do lapso temporal e nem da culpabilidade de um dos cônjuges para que haja uma dissolução do vínculo matrimonial que era exigido na separação. Porém, mesmo com a perda de efetividade da separação judicial, não foi revogada expressamente, permanecendo os artigos 1.571 ao 1.578 do Código Civil. Nesse ponto, surge a divergência dos posicionamentos doutrinários acerca do tema.

A doutrina Majoritária debate a respeito da extinção da Separação, enquanto a Minoritária entende pela manutenção do instituto. A maior parte dos doutrinadores e muitos juízes de primeira instância defendem a revogação tácita da separação, discordando das decisões dos tribunais superiores, que defendem a existência da separação no ordenamento jurídico.

Quanto ao assunto, Farias e Rosenvald (2013) afirmam que a EC 66/2010 retirou do sistema jurídico a separação judicial ou em cartório, unindo as causas para a dissolução do matrimônio, que passam a ser apenas pela morte e o divórcio.

Os autores acima citados entendem que esse tipo pensamento diverso atentaria em discordância ao texto jurídico da Emenda Constitucional nº 66/2010 e verificaria sobrevida a um instituto que se mostra prejudicial juridicamente, visto que não se pode modificar em divórcio.

Gagliano e Filho (2012) afirmam que a contar da promulgação da emenda, a separação judicial teria desaparecido do nosso sistema e, por consequência, o que regulava toda legislação acabou ficando sem eficácia.

Mencionados, ainda, reafirmam críticas no sentido de que o instituto da separação não seria apenas para admitir a reconciliação do casal, mas, também, não serviria para justificar a persistência destes, pois suas desvantagens seriam muito maiores. Seguindo o mesmo posicionamento, Maria Berenice Dias (2005, p. 282) diz que:

É um instituto que traz em suas entranhas a marca de conservadorismo, atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexistente razão para mantê-la. A dispensabilidade da dupla via para por fim ao matrimônio é evidente: no momento em que se desmistificou o temor de que o divórcio acabaria com o casamento, tornou-se totalmente prescindível a prévia separação judicial e posterior conversão em divórcio. Portanto, de todo inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta".

Na mesma linha, segue a lição de César Leandro de Almeida Rabelo (2014, texto digital):

Existe uma resistência em compreender e aceitar que a separação judicial foi revogada tacitamente de nosso ordenamento. Fazendo uma interpretação da norma constitucionalizada, concluiremos que o legislador banuiu da Carta Magna a única referência à separação judicial, não havendo qualquer lógica para sua manutenção prática.

Juridicamente, a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico era, exclusivamente, para convertê-la em divórcio após o transcurso do prazo legal, o que não é mais possível de acordo com a nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010. Assim, incoerentemente, teriam os mesmos que ajuizar ação de divórcio direto para conseguir o divórcio, uma vez que a conversão não mais recebe a tutela constitucional. A incompatibilidade com a Constituição, se não pudermos falar em revogação

tácita, faz com que entre em desuso qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal [...].

Apontamos ainda o entendimento do Desembargador Arnaldo Camanho de Assis (2014, texto digital):

A separação judicial criava uma situação interessante: o casal, a rigor, já não era mais um casal, mas os cônjuges continuavam presos um ao outro pelo vínculo do casamento, que não se rompia com a sentença que decretasse a separação judicial. Isso exigia que, após a separação, e eventualmente superados possíveis dramas e traumas próprios do fim de um relacionamento, o casal se visse obrigado a se reencontrar para que fosse possível transformar o casamento em divórcio, reavivando, desnecessariamente, sofrimentos que já tinham sido vencidos.

Outrossim, percebe-se que o entendimento é majoritário da doutrina, em razão da qual a Emenda Constitucional nº 66/2010 colocaria fim a esse instituto da separação.

Diante que todos os posicionamentos diversos ressaltados, há também doutrinadores que favorecem à manutenção do instituto, interpretando que a extinção da separação de fato e de direito apenas refere-se como condição prévia do divórcio. Desse modo, a extinção dos requisitos temporais e de culpabilidade, não implica na revogação do instituto da separação. Preceitua Gilberto Shafer (2010, texto digital):

O fato de eliminar requisitos, portanto, não significa a revogação do direito infraconstitucional. Mais do que nunca, a EC 66 significa uma grande mudança: não há mais requisitos constitucionais para o divórcio, ou seja, há a liberdade de o legislador dispor sobre o assunto [...] de qualquer forma aceitar a tese do divórcio direto (sem conversão), não significa dizer que acabou a separação judicial ou extrajudicial. A separação, enquanto não abolida pelo legislador, pode ser utilizada por todas as pessoas que não queiram se divorciar por motivos religiosos, por esperança de voltar a conviverem juntos, porque ela admite restabelecimento da sociedade conjugal.

Destarte que, ainda em discordância da corrente majoritária de doutrinadores que entendem pela revogação tácita do instituto da separação em nosso ordenamento jurídico, o autor acima citado entende que deve manter as espécies de rompimento do casamento, competindo ao casal o direito de escolha da melhor forma que lhe convém.

Ressalta-se que existe a oportunidade de reconciliação por simples petição no caso de separação, o que não possível com o divórcio, onde os cônjuges têm a

necessidade de um novo processo de habilitação. Nesse seguimento, Rodrigo da Cunha Pereira (2010) afirma:

A diferença essencial é que não se pode casar quem apenas se separou judicialmente, enquanto com o divórcio é possível casar novamente. [...] Há outras pequenas diferenças: se o cônjuge separado judicialmente morre, o estado civil do sobrevivente é viúvo, ao passo que o divorciado continua sendo divorciado; [...] se os divorciados pretendem reatar o casamento, terão que fazer novo processo de habilitação, como se estivessem casando pela primeira vez, enquanto os separados judicialmente podem voltar ao estado civil anterior por meio de uma simples petição ao juiz, conforme dispunha o artigo 1.577 do CCB/2002.

A solicitação do pedido de reconciliação é feita por um requerimento, devendo ser assinada pelo casal, e que em seguida será homologada por uma sentença. A reconciliação é uma forma de voltar tudo a ser como era antes da separação, todavia, sendo possível a mudança do regime de bens através de autorização judicial, uma vez que o divórcio não prevê essa modalidade, pois há necessidade de casar-se novamente.

Diante disso, alguns doutrinadores preservam a opinião de que a separação, no âmbito judiciário, é uma faculdade para os casais que não desejam a extinção do matrimônio por via do divórcio direto, e sim somente a dissolução de uma sociedade conjugal, que como mencionado anteriormente proporciona a reconciliação.

Tendo em conta a não revogação expressa das disposições que está relacionado ao assunto em nosso diploma civil, amparam esses doutrinadores que a separação ainda está sob a proteção do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o ensinamento do Dr. Luiz Felipe Brasil Santos, membro da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que preconiza:

A eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) – como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 -, está agora aberta a porta para que esta seja modificada.

Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta!

Contenhamos um pouco, pois nosso entusiasmo com a Emenda Constitucional nº 66/2010. Ela é sem dúvida, extremamente importante, mas um próximo e indispensável passo necessita ser dado para que se alcance o

objetivo de eliminar os entraves legais ao exercício da liberdade no seio das famílias, extirpando institutos anacrônicos como a separação judicial.

De acordo com os entendimentos dos Nobres julgadores, vejamos a posição do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011):

Venerando acórdão do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida mais de um ano após a EC n. 66/2010, julgou Recurso Extraordinário sobre a competência de foro para os julgamentos de ações de separação judicial, considerando que o art. 100, I, do CPC não ofende o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), de modo que considerou vigente o instituto da separação em nosso ordenamento jurídico (2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 22-11-2011).

No mesmo entendimento, tem-se o relevante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, proferido por votação unânime, e feita referência a desnecessidade dos requisitos temporais na obtenção do divórcio e não a supressão da separação judicial como instituto jurídico em nosso Direito (BRASIL, 2011):

Ressalta-se, por oportuno, em consideração a nova redação dada pela EC n. 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88, a prescindibilidade de comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio” (Corte Especial, Sentença estrangeira contestada n. 5.302 – EX [2010/0069865-9], julgado em 12-5-2011

No que tange a apreciação pelo Supremo Tribunal de Justiça, obteve ajuizamento na ação de separação judicial. Em relação a EC nº 66/2010, o juiz indagou as partes sobre a manifestação de vontade na conversão da separação em divórcio, sendo que um cônjuge aceitou e outro recusou. Perante o não acordo entre as partes, o juiz procedeu com a separação judicial. A matéria chegou ao Supremo Tribunal de Justiça por um dos cônjuges a fim de se requerer o divórcio. Em entendimento o Supremo Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017) reforça sua posição:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA.

1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos.

2. A Emenda à Constituição nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio.

3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015).

4. A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação.

5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado.

6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato.

7. Recurso especial não provido” (REsp 1431370/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017).

Percebe-se então, que os tribunais das mais altas instâncias do Poder Judiciário entendam pela preservação da separação judicial no ordenamento, aplicando assim em casos concretos que chegam até eles em fase de recurso.

5 DIVÓRCIO: FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL?

Muitos doutrinadores defendem que a separação judicial não foi extinta, ainda que a Emenda Constitucional nº 66/2010 tenha sido considerada uma grande evolução no direito de família.

Um dos argumentos aplicados por aqueles que defendem a existência da separação judicial no ordenamento é o caso do artigo 226, §6º da Constituição Federal, na qual diz que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, não trazendo expressamente a revogação da separação. Dessa forma, alguns juristas ponderam que a emenda constitucional é uma escolha.

A separação judicial está mantida de acordo com o enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que foi realizada de 8 a 10 de novembro de 2011, no qual: “Art. 571. A Emenda Constitucional 66 de 2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial”.

Assim sendo, na separação está preservada a espécie de ruptura, fundamentado na impossibilidade da vida em comum, porém, com a retirada dos seus prazos, sendo de um ano de separação de fato, bem como o outro de um ano de casamento, a emenda constitucional diante da *mens legis* facilitou as formas de dissolução do casamento.

Nessa perspectiva, o entendimento da Corte de Justiça do Estado de Santa Catarina (2011), conforme a decisão a seguir, uma vez que com a chegada da

Emenda Constitucional nº 66/2010 a separação não foi retirada do direito positivo como meio de rompimento do vínculo matrimonial, possibilitando apenas o rompimento de forma direta por intermédio do divórcio sem necessidade de se cumprir os requisitos do lapso temporal exigidos. Nesse sentido, segue a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. NORMA DE EFICÁCIA IMEDIATA. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DA SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. IMPRESCINDIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA AUTORA PARA SE MANIFESTAR ACERCA DO INTERESSE NO PROCEDIMENTO CONVERSIVO. RECURSO PROVIDO.

Conforme entendimento doutrinário dominante, merece destaque o fato de que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, deixou de ser requisito objetivo a prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou a comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Contudo, a Emenda Constitucional 66/2010 não extirpou do direito positivado o instituto jurídico da separação (judicial ou consensual), mas apenas possibilitou aos interessados a dissolução direta do matrimônio por meio do divórcio, dispensados da observância do cumprimento de requisitos legais objetivos até então exigidos (artigos 1.574 e 1.580, ambos do Código Civil).

Assim, por não ser viável a conversão, de ofício, da separação judicial em divórcio direto litigioso, deve-se anular a sentença de primeiro grau para que se possibilite à autora manifestar-se acerca do seu interesse no procedimento conversivo. (Apelação Cível Nº 2011.015014-1, Primeira Câmara de Direito Cível, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Joel Figueira Júnior, Julgado em 30/08/2011).

Isto posto fez com que surgissem assuntos divergentes relacionadas ao tema, dessa forma a corrente majoritária tem o entendimento da extinção do instituto da separação judicial logo após a Emenda Constitucional nº 66/2010, e a minoritária, juntamente com as decisões dos tribunais superiores, entende pela preservação do instituto.

Diante dessa existência da divergência, destaca-se que existe um projeto de Lei nº 7.661/2010 com a intenção de revogação dos artigos da separação judicial no Código Civil 2002, proposto pelo Deputado Sergio Barradas Carneiro, no qual justificou que a finalidade do projeto de lei é adaptar o ordenamento jurídico no âmbito do Direito de Família a nova emenda vigente.

Na data 12/09/2011 a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, houve um requerimento nº 2.977, de 2011 do Sr. João Campos, na qual preceituava:

Requeiro nos termos dos artigos 140 e 141 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a redistribuição do PL 7.661/10 do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (DECLARO PREJUDICADO O PEDIDO CONTIDO NO REQUERIMENTO N. 2.977/11, NOS TERMOS DO ART. 164, I DO RICD, TENDO EM VISTA O DEFERIMENTO DE RETIRADA DE TRAMITAÇÃO DO

PL N. 7.661/10, APRESENTADO NO REQUERIMENTO N. 3.024/11.
PUBLIQUE-SE. OFICIE-SE.

Logo em seguida, pediu arquivamento do Projeto de Lei nº. 7661/2010, na data 01/12/2011.

6 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada com o tema abordado em análise a Emenda Constitucional nº 66/2010, dando nova redação ao artigo 226, §6º da Constituição Federal que anulou o pré-requisito da separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, conclui-se que esse estudo é de suma importância para a sociedade, embora a dissolução do casamento seja algo que acontece diariamente entre os cônjuges nos dias atuais.

Com a chegada da Emenda Constitucional nº 66/2010, foi retirada da Constituição Federal a necessidade do lapso temporal da separação, fazendo com que os casais se divorciassem de forma direta e imediata.

Percebe-se que o divórcio, depois de uma longa batalha social e religiosa, foi estabelecido no Brasil, trazendo assim a liberdade de escolha para os casais, para que pudessem contrair um novo matrimônio, estando amparada pela lei. Inserido pela Emenda Constitucional nº 09, alterando o artigo 175 da referida Constituição Federal de 1969, em seguida, sendo regulamentado pela Lei nº 6.575/77 (Lei do Divórcio), publicada em meados do dia 26 de dezembro de 1977.

Ao estudar a linha do tempo da separação e do divórcio, entende-se que toda evolução realizada na sociedade conduzia as alterações essenciais no direito de família, no que diz respeito à construção do casamento assim como o seu rompimento.

Do mesmo modo, no transcorrer da pesquisa, entendem-se que existem diferenças entre a separação e o divórcio, tornando possível casar-se novamente, o que acontece exclusivamente se os casais optarem pelo divórcio.

Destaca-se que há divergência quanto ao tema em questão, havendo doutrinas e jurisprudências se dividindo em duas correntes, a primeira compreende pela permanência da separação, a segunda entende que foi revogada tacitamente do ordenamento jurídico com a chegada da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Portanto, optou-se pela permanência da separação como um meio de dissolver o casamento, embora tal benefício não prejudique ninguém, ficando meramente a disposição de escolha pela separação ou divórcio, visto que vivemos numa democracia.

REFERÊNCIAS

AGUIAR. Ligiane. **Divórcio X Separação**: breve desenrolar histórico até o contexto processual atual. Mai 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66391/divorcio-x-separacao-breve-desenrolar-historico-ate-o-contexto-processual-atual>. Acesso em:

ALMEIDA. Crislaine Maria Silva de Almeida. **A emenda constitucional nº 66 de 2010 e seus efeitos**. 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7008/A-Emenda-Constitucional-no-66-de-2010-e-seus-efeitos>. Acesso em: 10 out. 2021.

ASSIS. Arnaldo Camanho de. **EC n. 66/10: A Emenda Constitucional do Casamento**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>. Acesso em: 29 de ago. 2021.

BONIZOLI. Luiz Henrique Rodrigues. **A emenda constitucional 66/2010 e seus efeitos na separação e no divórcio**. Araçatuba - São Paulo: Centro Universitário Toledo, 2014. Disponível em: <https://servicos.toledo.br/repositorio/handle/7574/882>. Acesso em: 23 out. 2021.

BORGES. Ana Luisa Porto. **PEC do Divórcio revoluciona o Direito de Família**. 2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI111273,51045PEC+do+Divorcio+revoluciona+o+Direito+de+Familia>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2010. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL Lei nº10.406, de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.661/2010**. Revoga dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre a separação judicial. Dep. Sérgio Barradas Carneiro, Brasília, DF, Data de Apresentação: 14 jul. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483750>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL . Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1431370/SP. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em: 15 ago. 2017, Data da Publicação: DJe 22/018/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74534855&num_registro=201400141695&data=20170822&tipo=5&formato=P DF.. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL . Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2011.015014-1, Primeira Câmara de Direito Cível, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Joel Figueira Júnior, Julgado em: 30 ago. 2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 20 nov. 2021.

COSTA. Alessandra Salient da. **O advento da emenda constitucional 66/2010 e a (não) extinção do instituto da separação como forma de dissolução da sociedade conjugal**. Passo Fundo - Rio Grande do Sul: Universidade de Passo Fundo, 2012. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/handle/riupf/212>. Acesso em: 05 dez. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS. Maria Berenice. **Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Famílias**. Bahia: Jus Podivm, 2013.

GAGLIANO. Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil 3: Responsabilidade Civil – Direito de Família – Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUEDES. Gabriel de Castro. **A emenda constitucional 66/2010 – “Novo Divórcio”**. Presidente Prudente - São Paulo: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2011. Disponível: <http://inter temas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/2821/2600>. Acesso em: 20 nov. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório publicações e trabalhos científicos. São Paulo: Atlas, 1992.

LIMA. João Paulo Monteiro de; SOUZA, Samara Ribeiro de. **Emenda constitucional n. 66/2010**: a suposta extinção tácita da separação judicial/extrajudicial, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57829>. Acesso em: 15 out. 2021.

NUSCHEK. Filipo. **A emenda constitucional nº 66/2010 e as principais mudanças do novo divórcio**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011. Disponível: <http://hdl.handle.net/10183/3652>. Acesso em: 05 dez. 2021.

OTONI. Fernanda Aparecida Corrêa. Belo Horizonte – Minas Gerais, 2011. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/EC%2066_2010%20Divórcio%2023_12_2011.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio, o direito intertemporal. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 17, ago./set. 2010. p. 6.

RABELO. César Leandro de Almeida. **Separação e a Emenda Constitucional n. 66/2010**: Incompatibilidade legislativa. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Separação%20EC%2066_2010.pdf. Acesso em: 06 dez. 2021.

SANTOS. Luiz Felipe Brasil. A Separação Judicial e o Divórcio no novo Código Civil. **Direito Civil/ Direito Processual Civil**, Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274904576.pdf. Acesso em: 06. dez. 2021.

SANTOS . Luiz Felipe Brasil. **Emenda do Divórcio**: cedo para comemorar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>. Acesso em: 15 out. 2021

SHAFER. Gilberto. **A Separação ainda pode ser utilizada.** 20 ago. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar>. Acesso em: 05 dez. 2021.

SILVA. Mayara Garcia Lopes. **Emenda Constitucional nº 66/2010 e os novos aspectos sobre a separação e o divórcio.** Barbacena- Minas Gerais: Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC, 2012. Disponível: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tccf757a39f59ed3e4aa0729e250287af73.pdf..> Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA. Regina Beatriz Tavares da. **Divórcio e Separação:** após a EC n. 66/2010. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: http://portal.iescfag.edu.br/projetos/portal_online/index.php?&tid=0&lid=0&pid=24&sid=1588dd12d15 Acesso em: 13 set. 2021.

SINDEAUX. Ana Carolina Lucena Freitas. O divórcio, no Brasil, à luz da emenda constitucional 66/10. **Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte**, Natal, RN, 2011. Disponível: <https://docplayer.com.br/25589608-O-divorcio-no-brasil-a-luz-da-emenda-constitucional-66-10.html>. Acesso em: 13 set. 2021.