



## **UNIVERSIDADE SALVADOR**

### **DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**

#### **CURSO DE DIREITO**

### **A SEPARAÇÃO JUDICIAL E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**

*Clarice Mota Dourado e Gabriela Curi Ramos\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 A Extinção do Vínculo Conjugal Antes da Emenda Constitucional Nº 66/2010 – 2.1 Separação Judicial – 2.2 Divórcio – 3 As Alterações Trazidas Pela Ec Nº 66/2010 – 3.1 O Objeto da Emenda – 3.2 O Novo Divórcio no Brasil – 4 A Extinção da Separação Judicial – 5 Considerações Finais – Referências.

**RESUMO:** O presente estudo objetiva analisar a manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro após o advento das alterações ao divórcio por meio da Emenda Constitucional nº 66/2010. Dessa forma, são abordadas, sinteticamente, tópicos como a extinção do vínculo conjugal antes da EC nº 66/2010, em que se analisou a separação da fato, a separação judicial e o divórcio antes da reforma; as alterações trazidas pela referida emenda, contemplando o seu objeto e a nova forma como o divórcio é trazido no Brasil; e, por derradeiro, a extinção da separação judicial em razão dessas alterações. Verifica-se, com a pesquisa, que a separação judicial restou devidamente extinta da Ordem Jurídica atual em razão da exclusão do termo do texto constitucional. Foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica e documental com estudo da doutrina, legislação e jurisprudência pertinente ao tema.

**Palavras-chave:** Separação judicial. Emenda Constitucional nº 66/2010. Divórcio.

## **1 INTRODUÇÃO**

O divórcio somente foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1977, passando a ter duas espécies, a direta e a indireta. Até então, o casamento era tido como indissolúvel tanto pela igreja quanto pela lei do país.

Mas o Estado viu-se diante de uma necessidade social eminente por um procedimento mais razoável e menos penoso aos indivíduos envolvidos no

---

\* Graduandas em Direito pela Universidade Salvador – Unifacs.

relacionamento, razão pela qual promoveu a evolução das regras até culminar na edição da Emenda Constitucional nº 66/2010.

A referida emenda extirpou do texto constitucional a expressão “separação judicial”, quando tratou da extinção do vínculo matrimonial. Em razão disso, a maioria dos doutrinadores entenderam que a separação judicial não foi recepcionada pela nova ordem jurídica, tendo os artigos atinentes à matéria sido revogados tacitamente.

Entretanto, ainda há quem entenda e defenda a permanência do instituto na forma como se encontra previsto no Código Civil de 2002. Neste contexto, a problemática desta pesquisa é centrada, justamente, na manutenção ou não do instituto da separação judicial em face das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

Daí que, para resolver a questão antes proposta, este trabalho encontra-se dividido em três grandes partes. Na primeira serão analisadas algumas premissas teóricas, mais especificamente os conceitos e especificidades da separação de fato, da separação judicial e do divórcio antes das alterações.

Já na segunda parte, estabelecidas essas premissas, analisam-se, as alterações trazidas pela EC 66/2010 em toda a sua extensão, tratando, ainda do seu objeto e do novo instituto do divórcio que surge a partir de então. Por fim, examina-se especificamente a questão da extinção da separação judicial em face das significativas modificações que essa emenda representou no capítulo referente à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal no Código Civil.

Observa-se, com isso, que o objetivo foi de traçar um panorama geral sobre a matéria, trazendo, para tanto, os vários posicionamentos doutrinários acerca do tema, mas sem esgotá-lo.

## **2 A EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**

### **2.1 SEPARAÇÃO JUDICIAL**

A separação judicial, segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 282) “é causa de dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1571, III), não rompendo o vínculo matrimonial, de maneira que nenhum dos consortes poderá convolar novas núpcias”. Este instituto está regulamentado nos arts. 1572 a 1578 do Código Civil.

A separação judicial é vista pelos doutrinadores e pela lei como uma medida preparatória para a ação de divórcio, que exige um prazo de pelo menos um ano. Assim sendo, ela pode ser consensual, quando os cônjuges estão em pleno acordo quanto à separação e os efeitos jurídicos dela decorrentes, ou litigiosa.

O art. 1572 do Código Civil de 2002 disciplina que “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

Acerca do dispositivo, a fim de lhe facilitar a aplicação, o Enunciado nº 100 do Conselho Federal de Justiça assevera que “na separação, recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

O Código Civil enumera as causas que podem cominar na separação judicial litigiosa, existindo, portanto, três espécies de separação de acordo com a lei, quais sejam: a separação litigiosa como sanção; a separação litigiosa como falência; e a separação litigiosa como remédio.

A separação-sanção “se dá quando um dos consortes imputar ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres matrimoniais e torne insuportável a vida em comum”. (DINIZ, 2008, p. 294) Tem previsão no art. 1572 cominado com o art. 1573, I ao VI, *in verbis*:

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

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

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

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

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

A jurisprudência tem, contudo, reconhecido como desnecessária a identificação da conduta culposa, bem assim, a comprovação da motivação apresentada para conceder a separação. Isto porque “a violação ao direito à privacidade e à intimidade, que a identificação de culpas impõe, constitui uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, cânone maior da Constituição Federal.” (DIAS, 2007, p. 284)

Já a separação judicial como falência está consignada no art. 1572, §1º, segundo qual esta poderá “ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição”. Neste caso, é irrelevante saber qual dos consortes foi culpado pela separação, havendo que se legalizar, tão somente, uma separação de fato que já existe há certo tempo.

Por derradeiro, há, ainda, a separação litigiosa como remédio, prevista no art. 1572, §2º do CC, que assim dispõe

Art. 1572. [...]

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Caberá ao requerente a prova da insanidade mental e o psiquiatra fará o diagnóstico.

Nitidamente punitiva a apenação pela aparente crueldade de quem pede a separação, estando cônjuge acometido de grave e incurável mal. Pune quem imoral e perversamente quer se livrar do cônjuge doente. Visando a

desestimular tais pedidos de separação, são impostas sanções a quem assim age. Fica o autor da ação sujeito a perder a meação dos bens remanescentes que o enfermo levou para o casamento. Trata-se da anômala possibilidade de alteração do regime de bens. Essa transferência patrimonial ocorrerá exclusivamente se o casamento foi celebrado pelo regime da comunhão universal de bens, o que diminuiu sensivelmente o alcance da norma. (DIAS, 2007, p. 282)

Vale ressaltar que, em todas as hipóteses, há um apelo implícito à equidade do juiz para a determinação dessas causas ensejadoras, uma vez que todas elas comportam várias significações.

Quanto aos efeitos jurídicos que produz a separação judicial, estes são idênticos aos do divórcio, exceto no que tange ao rompimento do vínculo conjugal, que permanece intacto (CC art. 1571, §1º). (DINIZ, 2008) Assim, dissolve-se a sociedade conjugal, pondo fim a determinados deveres decorrentes do casamento, tais como a coabitação, a fidelidade recíproca e o regime de bens.

## 2.2 DIVÓRCIO

O casamento era tido, no passado, como indissolúvel, tanto pela sociedade e pela igreja, quanto pela lei brasileira. Aqueles que não eram favoráveis ao divórcio, que já despontava como única solução para a falência da sociedade conjugal, sustentavam que este banalizaria a noção de família, enfraquecendo-a, e acabaria por abarrotar o judiciário com ações dessa natureza.

Somente em 28 de junho de 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 09, o instituto do divórcio foi introduzido no Ordenamento Jurídico brasileiro através da alteração do §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967. Destarte, até essa data o “ordenamento do Brasil somente admitia o desquite que colocava fim à sociedade conjugal, sem, entretanto, dissolver o vínculo existente entre marido e mulher. Isto é, não havia a possibilidade de novas núpcias” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 354)

Fato é que a sua aprovação demandou longas negociações e concessões, de modo que muitas dificuldades foram impostas para a decretação do divórcio. Os

legisladores incluíram a exigência de prazos excessivos e o “famigerado sistema dualista de prévia separação judicial para posterior divórcio, impondo sofrimentos e desgastes desnecessários para as partes, em razão da longa espera e comparecimento duas vezes ao judiciário” (CARVALHO, 2010).

Regulamentando o referido permissivo constitucional, em 26 de dezembro de 1977 foi aprovada a Lei 6.515/1977, que tratou de impor requisitos, definir espécies e regular o procedimento dos pedidos de divórcio e a separação judicial. A lei em questão também exigiu que a dissolução do matrimônio fosse antecedida de um prazo de separação judicial de pelo menos 5 anos.

Na Constituição Federal de 1988, o legislador movido pela sólida base garantista e pela preocupação com a tutela da pessoa humana que a caracterizava, facilitou a extinção do vínculo conjugal, reduzindo o lapso temporal para o divórcio consensual, precedido de separação judicial (prazo de um ano). Ademais, a Carta Magna também inovou ao prever outra modalidade de divórcio, o chamado “divórcio direto”, exigindo-se, para tanto, um prazo de dois anos de separação de fato.

O divórcio é a medida jurídica, obtida por iniciativa das partes, em conjunto ou isoladamente, que dissolve integralmente o casamento, atacando, a um só tempo, a sociedade conjugal (isto é, os deveres recíprocos e o regime de bens) e o vínculo nupcial formado (ou seja, extinguindo a relação jurídica estabelecida), dès que atendido o requisito exigido pelo Texto Constitucional. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 356)

Diz-se, pois, que se trata de extinção do vínculo conjugal por iniciativa das partes (depende da provocação dos interessados), não se admitindo a atuação *ex officio* do juiz ou do Ministério Público.

O divórcio tem por consequência direta a alteração do estado civil dos cônjuges, que passam ao estado de divorciados. Vale ressaltar que a morte posterior de um dos indivíduos não afetará o estado familiar do outro, que continuará divorciado, ao contrário do que acontece com a separação judicial, em que o evento morte faz com que o sobrevivente passe ao estado de viuvez.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008), o único requisito que se exige para a concessão do divórcio, nestes termos, é o lapso temporal. Assim sendo, apenas se admite a discussão quanto à ocorrência do prazo, tornando inócua qualquer menção à culpa.

A idéia de exigência do decurso de um lapso temporal entre a separação judicial - extinguindo o consórcio entre os cônjuges – e o efetivo divórcio – extinguindo, definitivamente, o casamento -tinha a suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação antes que dessem o passo definitivo para o fim do vínculo matrimonial. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 41)

Sobre o tema, Maria Helena Diniz (2008, p. 335) elucida que “o transcurso desse lapso temporal revela falência do casamento, dando origem à presunção de que a reconciliação será impossível e ensejando, então, a dissolução do enlace matrimonial”.

Existem duas espécies de divórcio, quais sejam, o divórcio por conversão, ou divórcio direto e o divórcio indireto. O último exige uma prévia separação judicial por mais de um ano, sendo certo que este pode ser obtido em juízo (litigioso ou consensual) ou por escritura pública.

Resulta, portanto, do livre consentimento do casal, que se encontra separado judicialmente, pretendendo divorciar-se. Percebe-se, então, que nesta hipótese, a conversão em divórcio é admitida indiretamente, uma vez que entre a separação judicial e o divórcio há a certeza jurídica de uma separação judicialmente reconhecida. (DINIZ, 2008, p. 335)

A base constitucional desse instituto era a redação original do §6º do art. 226 da Constituição Federal, que dizia que “o casamento civil por 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”.

Outrossim, o art. 1.580 do Código Civil de 2002 disciplinava que,

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Destarte, o legislador infraconstitucional permitiu que o termo inicial do prazo para o divórcio fosse tanto a sentença de separação judicial, quanto a decisão judicial que tenha concedido a medida cautelar de separação de corpos.

Já o divórcio direto (art. 1580, § 2º CC) decorre de uma situação concreta, qual seja a comprovada separação de fato por mais de dois anos. “Nada mais é do que o reconhecimento da ruptura do casamento pela cessação do afeto, demonstrando pela continuidade de uma situação fática durante um determinado lapso temporal”. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 366)

Autoriza-se, portanto, a conversão direta da separação de fato por mais de 2 anos, desde que devidamente comprovada, em divórcio, sem que necessite de separação judicial para tanto.

Vale, por oportuno, ressaltar que a separação de fato “é fato jurídico. Um simples reconhecimento da teoria da aparência, visualizando conseqüências jurídicas de um estado factual relevante para as relações familiares”. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 343)

Para Maria Berenice Dias (2007, p. 272):

Não obstante o rompimento da sociedade conjugal se dê mediante a separação e o divórcio, é a separação de fato que, realmente, põe fim ao matrimônio. Todos os efeitos decorrentes da nova situação fática passam a fluir da ruptura da união. Quando cessa a convivência, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. Não há mais sequer o dever de fidelidade, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade que os separados de fato podem constituir união estável.

A doutrina entende que o prazo de dois anos deve ser contínuo e ininterrupto, sendo certo que uma eventual reconciliação do casal com a retomada da vida conjugal



implica em interrupção do mesmo. Este lapso temporal será comprovado mediante a oitiva de testemunhas que declarem conhecer o casal e que eles estão separados de fato pelo período indicado.

### **3 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EC Nº 66/2010**

#### **3.1 O OBJETO DA EMENDA**

A Emenda Constitucional nº 66/2010 tem por objetivo primordial facilitar a implementação do divórcio no Brasil, por meio de duas questões elementares: a extinção da separação judicial; e a extinção da exigência de prazo de separação de fato a fim de se autorizar a extinção do vínculo matrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Expressamente, a Emenda Constitucional n. 66/2010 alterou o §6º do art. 226 ao disciplinar que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, em substituição à sua antiga redação.

Com a evolução da sociedade, verificou-se que o divórcio na forma como era trazida pelo Código Civil implicava em forçar um casal a permanecer numa relação, ainda que não houvesse mais afeto entre eles.

Nesse sentido, o Senador Demóstenes Torres, em parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça à PEC que originou a EC 66/2010 elucida que:

Passados mais de trinta anos da edição da Emenda Constitucional n. 9, de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos temporais de separação judicial e de fato para que se conceda o divórcio.

Saliente-se que, no casamento, dois institutos se superpõem: a sociedade conjugal, que decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o vínculo conjugal, que nasce da interferência do próprio Estado, mediante a solenização do ato, na presença de testemunhas, com portas abertas e outras condições estabelecidas em lei. (Disponível em:

[www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=60583&c=RTF](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=60583&c=RTF)). Acesso em 01 nov. 2010)

Assim, viu-se a necessidade de um procedimento menos penoso aos envolvidos e, da mesma forma, mais célere, o que justifica o advento da EC 66/2010, em atenção a uma tendência de facilitação do término do vínculo conjugal.

O direito de família, em nova perspectiva, deve ser regido pelo princípio da intervenção mínima, desapegando-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar, incluindo-se as famílias recombinações (de segundas, terceiras núpcias etc.) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 48)

Não se está aqui defendendo a banalização do divórcio, ou mesmo do casamento, mas a real necessidade de um instituto que, em promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, seja capaz de garantir meios diretos e eficazes a fim de que, diante da falência do matrimônio, seus partícipes possam desfazer o vínculo unicamente legal que os une para seguir em frente em busca de sua felicidade pessoal.

Nesse sentido foi a justificativa apresentada pelo Dep. Antônio Carlos Biscaia na edição da PEC 413/2005, para quem:

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. 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 problemas decorrentes da separação. (Disponível em [http://www.camara.gov.br/sileg/prop\\_detalhe.asp?id=290450](http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=290450)). Acesso em 25 out. 2010)

Contudo, há que se ter em mente que esta emenda não representa o primeiro passo do ordenamento jurídico no sentido de desburocratizar o divórcio, uma vez que o advento da Lei nº 11.441/2007 regulou a separação e o divórcio na esfera administrativa. Essa norma jurídica permitiu que casais sem filhos menores ou incapazes pudessem lavrar uma escritura pública de separação ou de divórcio em qualquer Tabelionato de Notas, desde que de forma consensual.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2010), o importante é a que a lei regule os efeitos jurídicos decorrentes da separação, sobretudo no que tange à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar, no caso de o casal não conseguir se entender amigavelmente.

Assim o objeto da reforma ao procedimento de extinção do vínculo matrimonial é a dissolução do chamado “mau casamento”, ou seja, daquele relacionamento que se encontra falido, mantido apenas pela lei e não mais pelos seus integrantes, de forma menos burocrática e, mesmo, menos gravosa a essas pessoas.

### 3.2 O NOVO DIVÓRCIO NO BRASIL

Conforme já fora explicitado, o divórcio judicial de antes da reforma exigia prévia separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Entretanto, com o advento da Emenda nº 66/2010 a separação judicial deixou de ter previsão constitucional. Da mesma forma, o legislador subtraiu do texto da Magna Carta o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto no caso do divórcio consensual quanto no litigioso.

Trata-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante. É o reconhecimento do divórcio como simples exercício de um direito potestativo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 43)

Verifica-se, portanto, que não há mais a exigência de causas objetivas ou subjetivas para o divórcio, pelo que a atuação judicial será para os casos em que não haja consenso quanto aos efeitos jurídicos advindos da separação, tais como a guarda de filhos, alimentos etc.

Ademais, não há que se verificar a culpa por parte de qualquer dos cônjuges, sedimentando o entendimento que já vinha sendo defendido pelos tribunais pátrios, a despeito do que dispunha a antiga regra legal.

Destarte, “o único fundamento para a decretação do divórcio no Brasil passou a ser o fim do afeto, não se exigindo mais causa específica alguma ou tempo mínimo de separação de fato para deferimento do pedido” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

#### **4 A EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

Em razão de a Emenda Constitucional nº 66 ter sido promulgada em 13 de julho de 2010, sendo, pois, consideravelmente nova, os doutrinadores ainda estão discutindo acerca da manutenção ou não do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico depois da reforma.

Para Pablo Stolze e Rodlfo Pamplona (2010, p. 56), “a partir da promulgação da emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava, por conseqüência, sucumbiu sem eficácia, por conta de uma não recepção”.

E acrescenta, ainda, esclarecendo o quanto ocorrido com a separação judicial em face das alterações perpetradas pela EC nº 66/2010, os mencionados autores dizem que,

em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada na Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto do ordenamento brasileiro, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda da norma validante [...].(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 59)

Assim sendo, é possível afirmar que, com a nova regra constitucional, surgiram diversas interpretações para sua aplicação, merecendo destaque duas delas, quais sejam

- a) não existe mais separação jurídica, aplicando-se o divórcio direto sem exigência de prazos e discussão de causas;
- b) continua existindo a separação jurídica, judicial e administrativa, coexistindo com o divórcio direto sem exigência de prazos; (CARVALHO, 2007)

Fato é que os defensores de ambas as correntes tem fundamentos importantes e consistentes sobre suas conclusões, sendo certo que caberá ao STF pacificar a questão. Sobre o tema, esclarecedor é o posicionamento de Jefferson Luis Kravchychyn, no pedido de providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000, referente ao pedido de alteração da Resolução nº 35 do CNJ em razão da EC nº 66/2010 para quem

Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. Parece razoável, que ainda exista a busca por separações, o que incide na vontade do jurisdicionado em respeito às disposições cuja vigência ainda é questionada e objeto de intensos debates pelos construtores do direito pátrio. Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida. O amadurecimento dos efeitos jurídicos da nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66, suscitam prudência na aplicação de preceitos de caráter infraconstitucional. Assim, julgo parcialmente procedente o pedido para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, para que: a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e; b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: "Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento." (KRAVCHYCHYN, 2010)

Pode-se, apesar da divergência que se verifica no cenário jurídico nacional, afirmar que, a maioria dos doutrinadores em direito de família entendem que a separação judicial não foi recepcionada pela EC nº 66/2010. Do contrário, estar-se-ia privilegiando a legislação infraconstitucional em detrimento do novo posicionamento constitucional.

Para a doutrinadora Maria Berenice Dias (2010), a emenda eliminou o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico, além de ter produzido a mais importante alteração no Direito de Famílias.

Acerca das benesses decorrentes da extinção da separação e da adoção do divórcio pelo sistema brasileiro, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2010, p. 56) elucidam que

sob o prisma jurídico, com o divórcio, não a apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o *strepitus fori* – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.

No mesmo sentir, Paulo Lôbo (2010) assevera que a defesa da permanência da separação judicial advém de uma interpretação literal do texto da EC nº 66/2010, enquanto não revogados os dispositivos que tratam da matéria no Código Civil, mas tal conclusão não sobreviveria a uma interpretação histórica, sistemática e teleológica da mencionada norma. Ademais, salienta que os dispositivos do Código Civil de 2002 regulamentavam os requisitos da separação e divórcio estabelecidos pela antiga redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal, pelo que, tendo desaparecido os requisitos determinados pelo texto constitucional, os do Código Civil foram automaticamente revogados, vez que não teriam razão de ser.

Da mesma forma, os juízes, na imensa maioria, também concluíram pelo fim da separação judicial.

Mas há, como se disse, quem defenda a manutenção do instituto da separação judicial na ordem jurídica. Essa corrente é minoritária e sustenta sua tese em três justificativas, quais sejam, “a crença religiosa de que o casamento é indissolúvel; a possibilidade de reconciliação; e a necessidade de um prazo de reflexão para o casal decidir se quer mesmo dissolver o casamento” (CARVALHO, 2010).

Quanto à primeira justificativa, há que se ter em mente que o Brasil é um Estado proclamadamente laico, pelo que sua legislação não deve obediência às regras

religiosas. Vale dizer que, embora a crença religiosa sustente que o casamento é indissolúvel, o divórcio já é admitido no país desde 1977, de modo que esta justificativa não tem qualquer razão de ser.

Note-se que, a facilitação e a decretação do divórcio não impedem que ex-cônjuges possam se reconciliar por meio de novo matrimônio, nas mesmas condições do casamento anterior, com uma reafirmação do compromisso conjugal. Assim sendo, não há que se justificar a permanência do instituto da separação judicial em razão da desejada (pela lei e pela igreja) reconciliação.

Registre-se, ainda, que “uma simples observação do dia a dia forense permite constatar que não são tão freqüentes os casos em que há um arrependimento posterior à separação judicial, dentro de um enorme universo de separações que se convertiam em divórcios” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 56).

Por fim, a questão do prazo para melhor refletir pode ser solucionada através de uma separação de corpos, a fim de que se regularize a saída de um dos cônjuges do lar, instituto este que já era utilizado antes da reforma nos casos em que o casal pretendia separar-se consensualmente e não possuía o lapso temporal de um ano de casados.

Faz-se oportuno, contudo, advertir que as pessoas que já se encontravam separadas de fato quando do advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 não estão automaticamente divorciadas, sob pena de resultar em grave insegurança jurídica no sistema brasileiro, porquanto se estaria pretendendo “modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 139)

Assim sendo, a fim de que essas pessoas se divorciem, basta-lhes que requeiram, judicial ou extrajudicialmente, a decretação do divórcio. Mas, neste caso, não será necessário o cômputo de qualquer prazo.

No mais, o problema os processos de separação que estavam em curso quando da promulgação da predita emenda também merece atenção. Não obstante, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2010) apontam que a solução é simples. Para estes doutrinadores, o juiz deverá informar à parte autora ou aos seus interessados quanto à possibilidade de conversão do procedimento em divórcio, atendendo ao novo preceito constitucional, concedendo-lhes prazo para que se manifestem.

No caso de as partes se recusarem a adaptar o seu pedido convertendo a ação de separação em divórcio, ou mesmo, na hipótese de deixarem transcorrer o prazo sem que se manifestem, os mencionados doutrinadores afirmam que o juiz deve extinguir processo, sem resolução do mérito, sob o fundamento da perda de interesse processual superveniente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010)

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Demonstrou-se que a problemática estudada neste artigo é por demais relevante pois reflete diretamente na vida dos jurisdicionados e na segurança jurídica, que o Estado está obrigado a conferir aos mesmos. Definir, com exatidão, a extensão da alteração perpetrada pela Emenda Constitucional nº 66/2010 no Direito de Família faz-se necessário para uma melhor adaptação e regulação das relações sociais ora vigentes.

A separação judicial já foi tida como requisito para a concessão, entretanto, quando a EC 66/2010, excluiu a sua menção no texto constitucional, extinguiu consigo o próprio instituto. Isto porque não se pode admitir a permanência de algo a que a própria Constituição propositadamente ignorou, sendo certo que não há que se privilegiar a legislação infraconstitucional em detrimento da Carta Magna.

Pode-se, pois, afirmar que as normas de Direito de Família enfim se adaptam às novas realidades sociais ao superar a dicotomia dissolução da sociedade conjugal/dissolução do vínculo conjugal. O divórcio, com isso, deixa de comportar



espécies (direto e indireto), bem como não se exige mais a existência de causas objetivas, subjetivas e lapso temporal para a sua concessão.

O procedimento restou, portanto, menos doloroso e burocrático aos envolvidos, em completa atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana que rege a Constituição Federal. Depreende-se da alteração a nítida intenção do Estado em se afastar da intimidade do casal, reconhecendo-lhes autonomia para extinguir o vínculo conjugal quando assim desejarem.

Note-se que, diante de uma alteração desta grandeza, surgiram muitas vozes no direito brasileiro no sentido de manter a separação judicial, apresentando argumentos consolidados para tanto. Mas esses argumentos estão sendo refutados e a maioria dos doutrinadores vem se posicionando no sentido da extinção da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se, portanto, em conformidade com estes doutrinadores, pela extinção da separação judicial, tendo em vista o desaparecimento de sua base constitucional. Destarte, restam aos cônjuges apenas o divórcio e a separação de corpos, na forma da Constituição Federal.

Adverte-se, contudo, para a necessidade de o STF se manifestar e definitivo sobre o tema, a fim de que se assente este entendimento e afaste, de uma vez, a separação judicial do sistema judicial brasileiro.

Mesmo sendo esse assunto que vem gerando muitas divergências no âmbito doutrinário, é certo que esta concepção acerca da supressão do instituto da separação judicial vem ganhando cada vez mais espaço, inclusive perante os Tribunais pátrios.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias. *Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento - Parecer do MP*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2375080/artigo-emenda-do-divorcio-ec-n-66-2010-e-separacao-judicial-em-andamento-parecer-do-ministerio-publico>>. Acesso em 20 out. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *DIVÓRCIO JÁ!* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Ps. 13 e 27.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. V. 23.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. VI. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Separação era instituto anacrônico*. Disponível em [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em 02.09.2010.

KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis. *PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS N.º 0005060-32.2010.2.00.0000*. Pedido de alteração da Resolução nº 35 do CNJ em razão da EC nº 66/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2377620/integra-do-acordao-do-cnj-sobre-a-alteracao-da-resolucao-n-35-em-razao-da-emenda-constitucional-n-66-2010>>. Acesso em 20 out. 2010.