



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O “NOVO” DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 2010.

Carolina Silvino de Sá Palmeira

Rio de Janeiro

2016

CAROLINA SILVINO DE SÁ PALMEIRA

O “NOVO” DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 2010.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2016

## O “NOVO” DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 2010.

Carolina Silvino de Sá Palmeira.

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade federal do Rio de Janeiro(UFRJ). Advogada.

**Resumo** – as relações familiares sofreram profundas transformações ao longo dos séculos. A elas se seguiu o próprio divórcio, modificado por inúmeras legislações e que, mesmo após a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, permanece controvertido na doutrina. De outro lado, a jurisprudência se adéqua aos novos tempos e defende a revogação dos institutos da separação judicial e da separação de fato. A essência do trabalho é verificar se permanecem em vigor os referidos institutos no ordenamento jurídico e qual é a melhor solução frente às necessidades da sociedade e do Judiciário.

**Palavras-chave** - Direito de Família. Divórcio. Emenda Constitucional n.66 de 2010. Separação judicial. Separação de fato.

**Sumário** – Introdução. 1. Remanescência da separação de fato no ordenamento jurídico pós Emenda Constitucional n. 66 de 2010. 2. O “novo” divórcio e o CPC de 2015 em confronto com o CPC de 1973. Um estudo comparativo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do “novo” divórcio trazido ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 66 de 2010. Um dos objetivos deste estudo é identificar o posicionamento dos Tribunais e da legislação civil a respeito do tema, assim como identificar uma possível solução capaz de promover maior celeridade dos processos em trâmite, em consonância com os valores sociais atualmente consagrados.

A sociedade brasileira sofreu uma profunda modificação. Desde a aprovação do Decreto 181 de 1891, perpassando pela lei do divórcio em 1977 – a qual, diga-se, sofreu resistências de grupos mais conservadores- até a chegada da referida Emenda Constitucional, muitas décadas se passaram e muitas foram as transformações no conceito de família. A noção de divórcio atualmente pouco se assemelha àquela de 1977, menos ainda àquela referida no citado Decreto.

Desde a Reforma do Judiciário, instaurada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, busca-se a celeridade no tocante aos processos de divórcio, evitando rupturas ainda mais traumáticas e o atrasamento do Poder Judiciário. À guisa de exemplo, tem-se o divórcio extrajudicial, aprovado por lei ordinária publicada em 2009, a qual concede aos casais sem bens constituídos na constância da união e sem filhos a possibilidade de, em cartório, separar-se, diminuindo custos e conflitos de ordem emocional.

Em âmbito judicial, um ano depois, a nova Emenda Constitucional 66 trouxe aos casais que se pretendam divorciar, um avanço. Ao invés de ajuizar uma ação de separação judicial que, após 1(um) ano, seria convertida em divórcio ou aguardar por longos 2(dois) anos a constituição de uma separação de fato para ajuizar uma ação de divórcio, atualmente pode-se ir a juízo buscar o divórcio direto sem a transcorrência de referidos lapsos. Para alguns setores da doutrina, trata-se de uma transformação consentânea com a noção de família apreendida atualmente. Para outros, a desmistificação do casamento como instituição sagrada e a banalização das relações interpessoais.

Essa transformação, porém, não está imune a problemas de diversa ordem. Apesar da modificação operada no artigo 226, §6º, da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 não sofreu revogação dos dispositivos relacionados à separação judicial. Diante desta realidade, há decisões que, em defesa da tese da não extinção do instituto, não convertem as ações de separação judicial em divórcio, assim como há diversas outras que, atentas à modificação constitucional, convertem os processos em trâmite bem como os recentemente ajuizados para divórcio direto, buscando um maior aproveitamento do trabalho no Judiciário brasileiro.

O objetivo da pesquisa, portanto, será responder a seguinte pergunta: ainda se pode falar em separação judicial ou de fato no Brasil? Com base nessa questão, buscar-se-á soluções que promovam a celeridade no Judiciário brasileiro, em respeito aos princípios envolvidos como, por exemplo, promoção do bem de todos, dignidade da pessoa humana e direito à felicidade, construídos pela Assembleia Constituinte de 1987.

Para isso, buscar-se-á, ao longo deste trabalho, trazer e selecionar a bibliografia mais extensa e consentânea com o tema que abranja desde os primórdios do divórcio no Brasil até o panorama contemporâneo bem como as controvérsias a seu respeito. A autora trará ainda jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores e estaduais, em especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de averiguar o posicionamento a respeito do tema.

A pesquisa, portanto, tem viés qualitativo, e ampara-se em bibliografia de direito de família, especialmente acerca do divórcio, sem descuidar da abordagem clássica e pioneira de autores mais contemporâneos, além de pesquisa jurisprudencial e legislativa com o fito de embasar as posições trazidas e defendidas pela autora do presente artigo científico, além de breve menção a aspectos históricos e culturais.

## 1. REMANESCÊNCIA DA SEPARAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÓS EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010.

Em que pese a emenda à Constituição de n. 66 ter estabelecido a dissolução civil do casamento pelo divórcio e extinto o lapso consubstanciado pela separação de fato ou judicial como condição para o divórcio, ainda resta a dúvida acerca da manutenção do instituto da separação judicial e da conversão em divórcio no Código Civil de 2002, no qual os dispositivos permanecem em vigor.

O artigo 1.571 do CC02 dispõe, no inciso III, que a sociedade conjugal termina pela separação judicial. O artigo 1.580, por sua vez, ainda fez remanescer a distinção entre separação de fato e a separação judicial e a necessidade de lapso para a conversão em divórcio. A Constituição Federal de 1988, porém, desde a edição da mencionada Emenda, não mais menciona a separação, seja ela judicial ou de fato.

A redação do artigo 226, §6º da Constituição Federal da República, antes da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 dispunha que a dissolução do casamento estava condicionada ao requisito temporal estabelecido pela separação judicial por mais de um ano ou separação de fato comprovada por mais de dois anos.

A redação do mesmo dispositivo restou assim emendada: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio<sup>1</sup>.

A ausência de unanimidade sobre o tema já fora trazida pela doutrina em outras ocasiões.<sup>2</sup> A desembargadora Maria Berenice Dias, à época da edição da Emenda 66, chegou a cunhar a expressão “Novo Divórcio” como denominação para uma atividade legislativa pioneira, no sentido de extinguir o decurso do prazo como estágio intermediário.<sup>3</sup> O nome também restou cunhado na obra de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.<sup>4</sup> Caio Mário chega a afirmar que a medida veio com o fim de acabar com a interferência do estado na intimidade conjugal.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em : 1º de Agosto de 2016.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 293.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.10.

<sup>5</sup> PEREIRA. op. cit. p. 294.

No mesmo sentido, Paulo Lôbo defende o princípio da força normativa da Constituição e a necessária interpretação sistemática do Código Civil com a Constituição Federal de 1988, que excluiu o instituto da separação e que “o resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir”.<sup>6</sup> Do mesmo modo pensa Tânia da Silva Pereira, atualizadora do professor Caio Mário, que acrescenta, por sua vez, que a emenda constitucional suprimiu, ainda, qualquer prazo para propositura do divórcio, incluindo o divórcio extrajudicial, introduzido pela lei 11.445/07<sup>7</sup>.

No entanto, nem mesmo a jurisprudência tem defendido a possibilidade de reflexão, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual o relator de um acórdão defendeu que, como o instituto da separação judicial não foi recepcionado, há aplicação imediata da emenda em questão, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico.<sup>8</sup> Outras decisões, a exemplo do Tribunal paranaense, defendem a impossibilidade jurídica do pedido de separação judicial,<sup>9</sup> e, no mesmo sentido, Flávio Tartuce, que aponta que as separações judiciais em curso devem ser extintas sem julgamento do mérito, pelo mesmo fundamento, salvo se já houver sentença prolatada.<sup>10</sup>

Em sentido contrário, Gisckow defende que a Constituição não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio e que, como tal, apenas foi afastada como requisito ao divórcio, mas permaneceria no sistema brasileiro enquanto não revogado o Código Civil. Acrescenta, por sua vez, ser esta uma alternativa viável para aqueles enlaces matrimoniais de cônjuges cuja religião não admite o divórcio<sup>11</sup>. No mesmo sentido, está a posição de Álvaro Villaça Azevedo, para quem, aliás, existindo, nesse caso, excepcionalmente, a separação de fato, ambos devem se manifestar nesse sentido, pois um, pretendendo o divórcio, não pode ser obstado pelo outro.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo. “PEC do divórcio”: Consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias*, São Paulo, ano XI, n.11, p. 5-17, ago-set. 2009.

<sup>7</sup> PEREIRA, op. cit., p. 296.

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI n. 990.10.357391-3. Relator: Desembargador Caetano Lagrasta. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=4D44D98B48A02CB7B852BA860BA87744.cpo10?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=990103573013>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2.ed. São Paulo: Método, 2016, p.390.

<sup>10</sup> Ibid., p. 395.

<sup>11</sup> GISCHKOW, apud PEREIRA, op. cit., p. 296.

<sup>12</sup> AZEVEDO, apud TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p.387.

À época da emenda, outros estudiosos igualmente se insurgiram e, como argumento, defendiam que enquanto não abolida totalmente pelo legislador, pode a separação ser utilizada por aqueles que não têm certeza quanto à separação, que nutrem a esperança de voltar a conviver com o outro.<sup>13</sup> O desembargador Luiz Felipe Brasil Santos defendeu que a eliminação constitucional de requisitos para obtenção do divórcio apenas “abriu uma porta” para a modificação da legislação infraconstitucional, porém, enquanto previsto em lei ordinária, da qual não se reputou, por ora, a inconstitucionalidade, o instituto da separação judicial, remanesceria como possível.<sup>14</sup>

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o entendimento dominante é que a Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010 extinguiu o instituto da separação judicial e, com ele, o necessário decurso do tempo para a conversão em divórcio, possibilitando o divórcio direto. Em uma das primeiras decisões sobre o tema, decidiu-se pela inexistência de tais requisitos.<sup>15</sup> No mesmo sentido, outra decisão do mencionado Tribunal, julgada em 2012, afirma ser antieconômica a posição acerca da manutenção da separação judicial<sup>16</sup>, indo de encontro ao espírito da Emenda, razão pela qual, inclusive, defende que, iniciado o processo de separação judicial, a intimação das partes para verificar o interesse do prosseguimento no feito ser desnecessária, confrontando as posições de Maria Berenice Dias<sup>17</sup> e Caio Mário da Silva Pereira<sup>18</sup>.

Maria Berenice Dias, em defesa da automática revogação da legislação infraconstitucional no que tange à separação de fato e de direito, traz, em sua obra, decisão em ação direta de inconstitucionalidade de n. 02, julgada em 1997, a confirmação de que a Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, ao contrário, revoga-as, pelo fato de ser ela a norma superior.<sup>19</sup> Em sentido semelhante, Tepedino defende a incompatibilidade dos prazos do artigo 1.580 do Código Civil de 2002 com a

<sup>13</sup> SCHÄFER, Gilberto. *A separação ainda pode ser utilizada*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separação-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar?pagina=2>> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

<sup>14</sup> SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Lei do divórcio precisa acabar com entraves legais*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-jul-25/lei-divorcio-acabar-entraves-legais-exercicio-liberdade>> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0040623-23.2008. 8.19. 0002. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038308FA5841A82B902FEE4F5531E2D59C7DC40249422D>>. Acesso em: 15 ago.2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0004051-55.2005.8.19. 0008. Relator: Desembargador Jorge Luiz Habib. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003188E438A370FA4B33C251287781F56139DC4031F3C13>> Acesso em: 15 ago.2016.

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

<sup>18</sup> PEREIRA, op. cit., p. 299.

<sup>19</sup> DIAS, op.cit., 2010, p.30.

Emenda Constitucional de 2010, contudo, defende a manutenção da separação de direito no ordenamento jurídico<sup>20</sup>.

Em resposta aos opositores da extinção do instituto, Dias afirma que a alusão feita à dissolução da sociedade conjugal diz respeito à extinção de vínculo conjugal, abrangendo o divórcio, morte do cônjuge e invalidade.<sup>21</sup> Mesmo antes da Emenda, defendia que as limitações impostas ao divórcio feriam o postulado da dignidade da pessoa humana e, por isso, inconstitucionais eram os dispositivos que deste modo procediam<sup>22</sup>.

Vale destacar, ainda, a Resolução n. 120 de 30.09.2010 do CNJ<sup>23</sup> que dispensou o prazo para possibilitar o divórcio extrajudicial, chancelando a referida emenda.<sup>24</sup> Por sua vez, Caio Mário ressalva que, em processo de conversão de separação em divórcio, já iniciados, o juiz, de ofício, pode proceder a imediata decretação do divórcio, sem indagar sobre o decurso do tempo transcorrido.<sup>25</sup>

A indissolubilidade do matrimônio, portanto, nas palavras de Gagliano, permaneceu apenas no Direito Canônico, no cânone 1.056.<sup>26</sup> Gagliano e Pamplona Filho acrescentam ainda que, mesmo em alguns setores da Igreja Católica, o argumento da permanência da separação judicial e do decurso de prazo para o divórcio não se sustentam, visto que, nas palavras de Dom Geraldo, a indissolubilidade tem relação com a crença de cada um, não se estendendo ao âmbito jurídico.<sup>27</sup>

## 2. O “NOVO” DIVÓRCIO E O CPC DE 2015 EM CONFRONTO COM O CPC DE 1973. UM ESTUDO COMPARATIVO.

A Lei 5.869/73, mesmo após a publicação da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, permaneceu íntegra no tocante ao termo “separação”. No Livro IV, referente aos Procedimentos Especiais, no Título II, que tratava de Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária, no capítulo III, ainda era possível encontrar a referência a expressão “separação”.

---

<sup>20</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 154.

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204-205.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>23</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 120 de 30 de Setembro de 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_120\\_30092010\\_11102012191438.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_120_30092010_11102012191438.pdf)> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

<sup>24</sup> DIAS, op. cit., 2015, p. 207.

<sup>25</sup> PEREIRA, op. cit., p. 299.

<sup>26</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.34.

<sup>27</sup> ROCHA, apud GAGLIANO. *O novo divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.54.



Tanto assim o é que o Capítulo III está intitulado como “Da separação consensual” (artigos 1.120 a 1.124-A). No mesmo sentido, a Lei 6.515/77<sup>28</sup>, denominada “Lei do Divórcio”, ainda não fora revogada e dispõe sobre a separação judicial e sua possibilidade de conversão em divórcio. Aliás, ainda há remissão ao Código de Processo Civil de 1973, bem como ao instituto da culpa, o qual, para Dias<sup>29</sup>, demonstra-se superado. Por tal razão, como já se tratou no capítulo anterior, permanece o debate acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento jurídico.

A Lei 13.105/15, do mesmo modo, não revogou a separação. A separação consensual, inclusive, foi mantida nos artigos 731 a 733. Quanto aos limites da jurisdição nacional, a exclusividade da autoridade judiciária brasileira está estabelecida no artigo 23, inciso III e, novamente, se faz referência à separação judicial. O novo Código de Processo Civil, ainda, no tocante à competência, dispõe, no artigo 53, inciso I, sobre a ação de separação. O novel diploma legal faz referência também à separação de corpos e a separação no artigo 189, inciso III e §2º, assim como o capítulo das ações de família, no artigo 693, ainda trata da separação litigiosa<sup>30</sup>.

Flávio Tartuce faz um alerta para a permanência do instituto da separação na Lei 13.105/15, o qual nascera como um instituto “morto”. Aponta o autor que, quando da elaboração do parecer final pelo Senado Federal, várias emendas foram apresentadas no sentido de retirar do texto legal o referido instituto, as quais foram rejeitadas pelo Senador Vital do Rego.<sup>31</sup> O autor entende ser viável a defesa de que o artigo 1.124-A, §3º, do antigo Código de Processo Civil permanece em vigor, mesmo tendo sido expressamente revogada a antiga norma processual, conforme a redação do artigo 1.046 do NCPC. Ensina que o dispositivo foi introduzido por uma lei especial, qual seja a Lei 11.441/07, sendo certo que o §2º do artigo 1.046 do NCPC dispõe que: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”<sup>32</sup>.

Desse modo, teria prioridade, segundo aquela tese, a Lei 11.441/07 sobre o Código de Processo Civil de 2015, o qual será aplicado supletivamente, por se tratar este de lei geral e aquela de lei especial. Apesar disso, sustenta o autor, o artigo 1.124-A do CPC/73 sofreu revogação tácita por incompatibilidade constitucional superveniente, assim como os

<sup>28</sup> BRASIL. Lei 6.515 de 26 de Dezembro de 1977. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 06 de Set de 2016.

<sup>29</sup> Por todos, DIAS, op.cit., 2015, p. 207.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 06 de Set de 2016.

<sup>31</sup> TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 379-384.

<sup>32</sup> Ibid., p. 382.

dispositivos da lei 13.105/15 que tratam sobre a separação judicial e a extrajudicial, diante da nova Emenda<sup>33</sup>.

Tartuce critica, ainda, a posição dos juristas nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), que, ao contrário do pensamento dominante, deduziram pela manutenção da separação de direito. Afirma, ainda, que a VI Jornada de Direito Civil chegou a ter proposta em sentido contrário, mas sequer entrou em pauta para discussão<sup>34</sup> e que a V Jornada de Direito Civil, no Enunciado 514, deixou explícito que a Emenda Constitucional 66 não extinguiu a separação judicial, mantendo apenas a extinção de prazos do art. 1.580<sup>35</sup>. Aliás, as Jornadas de Direito Civil posteriores<sup>36</sup>, inclusive, não traz enunciados em sentido contrário, nem tampouco ratificando o pensamento anterior, o que faz crer que a defesa é no sentido da permanência do instituto “morto”.

Vale destacar, ainda, a Resolução n. 120 de 30.09.2010 do CNJ que dispensou o prazo para possibilitar o divórcio extrajudicial, chancelando a referida emenda<sup>37</sup>.

No mesmo sentido, o professor Lênio Streck defende que a extinção da separação judicial e da separação de fato do ordenamento jurídico pós Emenda Constitucional é a verdadeira expressão do que se entende por Estado Laico e secularizado, sendo, portanto, responsabilidade política do legislador do Novo CPC a eliminação do texto legal de todas as expressões que tratem do referido instituto. Invoca dois motivos para tanto: um, a não interferência do Estado nas relações conjugais, como expressão máxima do divórcio entre a Igreja e o Estado, consagrada pela Constituição de 1988 e dois, a necessária mudança da Constituição de 1988, no que tange à extinção da separação judicial e da separação de fato, o que seria de duvidosa constitucionalidade. Portanto, afirma, a repristinação da separação judicial pelo novo Código de Processo Civil é inconstitucional<sup>38</sup>.

Ademais, certo é que, o entendimento dos referidos autores vai ao encontro do espírito do novo Código de Processo Civil e da Constituição de 1988, tendo aquele, como orientação máxima, o princípio da cooperação entre as partes e o compromisso de obter, em tempo

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 390-391.

<sup>34</sup> Ibid., p. 395.

<sup>35</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados pela V Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em: 7 Set 2016.

<sup>36</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados pela V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf/view>> Acesso em: 7 Set. 2016.

<sup>37</sup> DIAS, op. cit., p. 207.

<sup>38</sup> STRECK, Lênio. *Por que é inconstitucional "repristinar" a separação judicial no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>. Acesso em: 7 set 2016.

razoável uma decisão justa e efetiva, conforme o artigo 6º, da lei 13.105/15. No mesmo sentido, o artigo 8º do mesmo diploma legal, que dispõe que, em suas decisões, deve o juiz se nortear pelos fins sociais e exigências do bem comum, promovendo a dignidade da pessoa humana.

Os fins sociais e as exigências do bem comum, reveladas pelo novo diploma legal, se consubstanciam no extermínio do próprio instituto da separação, uma vez que determina uma maior agilidade do processo e um menor sofrimento pessoal, em decorrência da necessidade de se permanecer em uma situação que não mais se deseja estar, à exceção daqueles que, por motivos religiosos, não prescindem da separação.

Por outro lado, Villela considera que a manutenção do instituto da separação no Código Civil fez nascer para o legislador um juízo de conveniência acerca do tema. Isso significa que se quiser pode adotá-las ou não, pode não adotá-las em um momento e voltar a dotá-los em futuro próximo. Apesar disso, afirma, essas exigências para o divórcio no Código Civil e no Código de Processo Civil conseguem conviver de forma pacífica.<sup>39</sup> Neste aspecto, o que se tem, portanto, é a insegurança jurídica, vez que a posição do autor revela que ficaria o cônjuge à mercê da conveniência do legislador que, inclusive, poderia atribuir ao autor da ação um direito adquirido aos ditames da legislação infraconstitucional pré-emenda, baseado em seu direito de reflexão.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, em momento pós Emenda 66 e na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já sustentavam a permanência da separação de fato, como um estado continuativo, com a cessação de deveres conjugais, tais como a coabitação, o dever de fidelidade, sendo uma opção substitutiva à extinta separação, pois são idênticos os seus efeitos jurídicos. O mesmo se aplica, segundo os autores, à separação de corpos, que se presta a “regularizar a cessação da convivência, sem a convicção necessária para o divórcio”.<sup>40</sup>

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM), que defende a manutenção da separação de fato e a extinção da separação judicial, nos enunciados 1 e 2 propostos no X Congresso Brasileiro de Direito das Famílias, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, sendo certo que o enunciado 2 ensina que a

---

<sup>39</sup> VILLELA, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.295.

<sup>40</sup> DE FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015, p. 357-365.

separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre os cônjuges e entre companheiros<sup>41</sup>.

Da mesma forma, Paulo Lôbo defende que as menções constantes do Novo CPC dizem respeito à separação de fato ou a separação de corpos e não à separação de direito, sendo certo que as duas primeiras modalidades de separação, segundo o autor, permanecem após o início da vigência da EC 66/2010. Ensina o autor que a separação de fato permaneceu regulada no §1º do artigo 1.723 do Código Civil como pressuposto de constituição da união estável, além de cessar os deveres conjugais, bem como interromper o regime matrimonial de bens. Já a separação de corpos se presta aos casos de violência física ou psicológica contra um dos cônjuges, ou contra os filhos, ou para evitar o inadimplemento do requisito do artigo 1.566, do Código Civil que trata da vida em comum.

Desse modo, conclui Paulo Lôbo que o CPC de 2015 não restaurou a separação judicial, e que as normas do Código Civil de 2002, referentes ao mesmo instituto, permanecem revogadas. Acrescenta, ainda, que a expressão “separação” na lei não deve ser entendida em outro sentido que não o de separação de fato.<sup>42</sup>

## CONCLUSÃO

O divórcio, como se conhece, sofreu profundas transformações legislativas desde o século XIX. Se outrora representava um mecanismo de rara aplicação, previsto no Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, anterior à Constituição de 1891 e com ela incompatível, e com uma série de requisitos, atualmente, representa um fenômeno de libertação para aqueles que pretendem iniciar uma nova vida.

Com a entrada em vigor da Lei 6.515/77, de autoria de Nelson Carneiro, eliminou-se o desquite e se introduziu o divórcio. Em troca, aceitou-se a introdução do requisito temporal referente à separação judicial e à separação de fato, concessão necessária à aprovação da lei. Trata-se de mais uma vitória dos movimentos de emancipação feminina, reconhecida no Congresso Nacional.

Com a Constituição de 1988, intitulada “Constituição cidadã”, o divórcio ganha novos contornos e assume importante lugar no tocante ao instituto da família. A indissolubilidade

---

<sup>41</sup> IBDFAM aprova Enunciados. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/> IBDFAM+aprova+Enunciados+++>. Acesso em: 7 set 2016.

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo. *Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>. Acesso em: 7 set 2016.

permanece apenas no casamento religioso e se inaugura a possibilidade de formação de novas famílias. Na mesma linha, elimina-se a distinção do filho ilegítimo do filho legítimo, aquele nascido de relações extraconjugais, com direitos distintos. Tudo é família. Destacou-se, ainda, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem distinção de raça, cor, credo, sexo, religião e quaisquer outras formas de discriminação.

O Código Civil de 2002, porém, na contramão do espírito da Assembleia Constituinte de 1987 e da Lei do divórcio, insere dispositivos relativos à separação judicial e à separação de fato e estabelece os requisitos necessários à conversão em divórcio ou ao divórcio direto. Trata ainda da separação de corpos, como medida cautelar à dissolução da união estável e da separação judicial, comprovada a necessidade. Permanecia, portanto, o requisito temporal que dificultava o divórcio.

A doutrina civil-constitucional, à essa época, apontou para a necessidade de se adequar a legislação civil infraconstitucional à Constituição Federal de 1988. De fato, o requisito temporal, que remanesceu no ordenamento jurídico, já não se coadunava com os princípios constitucionais, em especial, o da razoabilidade. O artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que assegura a todos em âmbito judicial a razoável duração do processo se demonstrava despido de eficácia, frente à exigência legal do requisito para a conversão em divórcio. Aliás, se ainda se tratasse de divórcio litigioso, levava-se anos para concluir um processo na Vara de Família, sem que o real “bem de todos”, prometido pelo Poder Constituinte fosse de fato alcançado.

A Emenda Constitucional de 2010 inaugurou uma nova era. Extinguiu-se o requisito temporal de separação judicial e de separação de fato para a conversão de separação para o divórcio ou para o divórcio direto, e eliminou-se a culpa, cujo conceito se demonstrava indeterminado e especialmente atrelado à doutrina cristã. É a maior representação do rompimento do Estado com a Igreja Católica, iniciado na Constituição de 1891 e chancelado pela doutrina moderna, em acolhida às transformações sociais.

Em sentido oposto, porém, caminhou a Lei 13.105 de 2015, que introduziu o Novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual pareceu ter ressuscitado o instituto. Contudo, como já se observou, essa tese não ganhou acolhida na doutrina moderna, nem tampouco na jurisprudência, que fizeram prevalecer o texto constitucional estabelecido pela Emenda Constitucional n. 66 de 2010.

De uma maneira geral, aliás, os julgados dos Tribunais Estaduais têm decidido pela intimação do casal em litígio para manifestar-se a respeito do processo, permanecendo ou não o desejo de se dissolver o enlace conjugal. Afinal, é possível a reconciliação e, portanto, a reconstrução do vínculo pela via da união estável ou mesmo de novo casamento. Mais romântico, como aliás, já apontara a desembargadora Maria Berenice Dias.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).> Acesso em: 1º Ago.2016.

\_\_\_\_\_. Lei 6.515 de 26 de Dezembro de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 6 de Set de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 06 de Set de 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI n. 990.10.357391-3. Relator: Desembargador Caetano Lagrasta. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=4D44D98B48A02CB7B852BA860BA87744.cpo10?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=990103573013>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0040623-23.2008.8.19. 0002. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038308FA5841A82B902FEE4F5531E2D59C7DC40249422D>>. Acesso em: 15 ago.2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0004051-55.2005.8.19. 0008. Relator: Desembargador Jorge Luiz Habib. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003188E438A370FA4B33C251287781F56139DC4031F3C13>> Acesso em: 15 ago.2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados pela V Jornada de Direito Civil. Disponível em: < [http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas\\_cej/vjornadadireitocivil\\_2012.pdf/view](http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas_cej/vjornadadireitocivil_2012.pdf/view)> Acesso em: 7 Set 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 120 de 30 de Setembro de 2010. Disponível em: < [http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_120\\_30092010\\_111020121\\_91438.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_120_30092010_111020121_91438.pdf)> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

DE FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66*, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *O novo divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 7 set 2016.

LÔBO, Paulo. *Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>> Acesso em: 7 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Lei do divórcio precisa acabar com entraves legais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-25/lei-divorcio-acabar-entraves-legais-exercicio-liberdade>> Acesso em: 1º Ago.2016.

SCHÄFER, Gilberto. *A separação ainda pode ser utilizada*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar?pagina=2>> Acesso em: 1º Ago. 2016.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2.ed. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V.4. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.