

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

KARLA CORTEZ DE SOUZA

A EMENDA CONSTITUCIONAL N.66/2010 E SEUS REFLEXOS NA  
SEPARAÇÃO JUDICIAL

São Paulo

2014

KARLA CORTEZ DE SOUZA

**A EMENDA CONSTITUCIONAL N.66/2010 E SEUS REFLEXOS  
NA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado á faculdade de Direito  
da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie como requisito parcial  
à obtenção do título de Bacharel  
em Direito

Orientador: Professor Doutor Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

São Paulo

2014

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
-----------------	---

### **CAPÍTULO I DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO**

1. DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	9
1.1 CONCEITO .....	9
1.2 NATUREZA JURÍDICA.....	10
2. DO CASAMENTO .....	10
2.1 CONCEITO .....	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	11

### **CAPÍTULO II DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO DIVÓRCIO**

3. O SISTEMA BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
4. DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL .....	15
4.1 SEPARAÇÃO CONSENSUAL .....	16
4.2 SEPARAÇÃO LITIGIOSA .....	16
4.2.1 SANÇÃO .....	16
4.2.2 REMÉDIO.....	17
4.2.3 FALÊNCIA .....	17
4.3 DIVÓRCIO DIRETO .....	18
4.4 DIVÓRCIO INDIRETO OU CONVERSÃO .....	18

### **CAPÍTULO III DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**

5. DAS PROPOSTAS DE EMENDA CONTITUCIONAL .....	19
6. DO DEBATE: É O FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL?.....	21

6.1 DA MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	21
6.2 DO FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL .....	27
7. DO DIREITO INTEMPORAL.....	32
7.1 PROCESSOS EM CURSO.....	34
7.2 SEPARAÇÕES JUDICIAIS NÃO CONVERTIDAS EM DIVÓRCIO .....	36
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	37
9. REFERÊNCIAS.....	40

ANEXO A - JUSTIFICATIVA SOBRE A PEC 33/2007

ANEXO B - PARECER SOBRE PEC 28/2009 APROVADO PELA COMISSÃO

ANEXO C - VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR LUIS CARLOS  
FREYESLEBEN NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.052992-0

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo constatar os reflexos que a Emenda Constitucional 66/2010 trouxe para a até então intocada separação judicial, sejam esses a extinção ou mera supressão de prazos para concessão. O método utilizado foi o bibliográfico diante da recente aprovação da emenda (2010) e entraves doutrinários persistentes. O primeiro capítulo visa conceituar a família e o casamento e retirar a partir daí sua natureza jurídica; o segundo capítulo narra a evolução histórica da indissolubilidade à solubilidade plena do casamento, suas etapas e intempéries históricas obstadoras ou impulsionadoras do momento atual vivido e faz uma explanação acerca dos tipos de separação e divórcio ainda presentes no atual Código Civil. O terceiro capítulo visa de fato explicitar os debates doutrinários feitos acerca do real significado da emenda em foco, bem como seus reflexos na separação judicial.

Palavras-chave: Separação judicial. Divórcio. Emenda 66/2010.

**ABSTRACT**

This work aims to realize the consequences that Constitutional Amendment 66/2010 has brought to the hitherto untouched legal separation, these are mere suppression or extinction of deadlines for grant. The method used was the literature on the recent approval of the amendment (2010) and persistent doctrinal barriers. The first chapter is to conceptualize the family and marriage and withdraw from there its legal nature, the second chapter narrates the historical evolution of the solubility full indissolubility of marriage, its stages and historical weather blocking or driving the present moment is lived and an explanation about types of separation and divorce still present in the current Civil Code. The third chapter is in fact made explicit the doctrinal debates about the real meaning of the amendment in focus as well as its effects on judicial separation.

Keywords: Legal separation. Divorce. Amendment 66/ 2010.

## INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 66, promulgada em 13 de julho de 2010, contendo um único artigo, promoveu uma interessante alteração no artigo 226 da Constituição Federal, extinguindo qualquer pré - requisito temporal ou fático para a concessão do divórcio, possibilitando, portanto que um casal contraia matrimônio em um dia e se divorcie no dia seguinte.

A separação judicial promove a dissolução da sociedade conjugal, enquanto o divórcio põe fim ao vínculo conjugal, permitindo aos cônjuges contrair novo matrimônio. Até a promulgação da referida emenda, o divórcio poderia ser decretado como conversão da separação judicial decretada há mais de 1 (um) ano, ou após 2 (dois) anos da separação de fato do casal, mediante pleito de divórcio direto.

A separação judicial como fase intermediária vinha sido mantida por ser o Brasil um país tradicionalmente fiel às concepções da Igreja Católica, no qual muitos de seus fieis mostravam-se contra a dissolução do casamento sacramentado, motivo pelo qual a lei dificultava o divórcio imediato, na expectativa de que o casal, repensando seu casamento nesse período, decidisse por reatar a sociedade conjugal.

De outra banda, a desburocratização do divórcio traz um reflexo econômico significativo, já que não mais precisarão as partes arcar com custas processuais, cartorárias, nem honorários advocatícios por duas vezes.

Sobre o assunto, Ophir Cavalcante, presidente da OAB, foi enfático ao destacar que:

Não há sentido algum que o cidadão tenha que despender custos com a separação judicial e depois gastos adicionais com o divórcio em si. É como se o Estado cartorializasse uma relação que já poderia ter sido encerrada em um primeiro momento. A economia também é moral, pois o divórcio imediato evitará dor e sofrimento para as partes e para os filhos, os maiores prejudicados com a situação. (CAVALCANTE, Ophir. Jornada de Direito de Família. Disponível em [http://www.ambitouridico.com.br/site/index.php/..%5C..%5CWINDOWS%5CApplication%20Data%5CQualcomm%5CEudora%5CL7210.htm?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12752&revista\\_caderno=14](http://www.ambitouridico.com.br/site/index.php/..%5C..%5CWINDOWS%5CApplication%20Data%5CQualcomm%5CEudora%5CL7210.htm?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12752&revista_caderno=14). Acesso em 11/05/2013 às 15h34)

Com a aprovação da Emenda Constitucional em questão, o pedido de divórcio passou a ser um direito potestativo do cônjuge, independentemente de benefícios ou desvantagens à facilitação do divórcio.

Entretanto, uma dúvida persiste e a doutrina se pergunta: Com a promulgação da Emenda a separação judicial ainda existe no ordenamento brasileiro, ou não, uma vez que a lei silencia-se quanto ao referido instituto?

É isso que passaremos a investigar a seguir.



## CAPÍTULO I DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO

### 1. DO DIREITO DE FAMÍLIA

#### 1.1 CONCEITO

Leciona Arnaldo Rizzardo acerca do conceito atual de família que:

(...) a família tem um significado restrito constituído pelos pais e filhos e apresentado certa unidade de relações jurídicas, com mesmo nome, domicílio e residência, preponderando identidades de interesses materiais e morais, sem expressar, evidentemente uma pessoa jurídica. No sentido amplo, amiúde empregado, diz respeito aos membros unidos pelo laço sanguíneo, constituída pelos pais e filhos nestes incluídos os ilegítimos ou naturais, e os adotados.<sup>1</sup>

Carlos Roberto Gonçalves<sup>2</sup> traz família de uma forma abrangente como “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção”. E também de uma forma mais específica como, “parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau”.

Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias<sup>3</sup> enfatizam a atual realidade em que se vive, em que família constitui um “mosaico composto de forma harmoniosa, a retratar a complexidade da realidade atual. Não mais se concebe a família como estrutura única, engessado pelos sagrados laços do matrimônio.”

Por fim, de acordo com Clóvis Beviláqua:

Os fatos da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor que se aproxima os dois sexos. Em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais

---

<sup>1</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4ª Ed. 2006.p.11

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 6.2007. p. 1

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice; PEREIRA; Rodrigo da Cunha . Direito de Família e o novo código civil 3ed., 2 tir., ver. Atual. E ampl. 2003

duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem, todas, a consolidar a associação familiar.<sup>4</sup>

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA

Acerca da natureza jurídica do direito de família entende, Caio Mário da Silva Pereira<sup>5</sup> que o direito de família conserva a caracterização disciplinar do direito privado, e não desgarra da preceituação do direito civil ainda que reconheçamos a constante presença de preceitos de ordem pública.

Em outros termos, não há nada mais privado do que a família, portanto, reconhecê-la como integrante do direito público seria admitir total ingerência por parte do Estado no que se tem de mais privado na vida do ser humano.

## 2. DO CASAMENTO

### 2.1 CONCEITO

No ordenamento de Justiniano (em meados de 533 d.C ) entendia-se por casamento:

§1º - Núpcias ou matrimônio é a união do homem e da mulher, com um costume indivisível de vida.

As Institutas de Justiniano aduziam ainda que:

Contraem núpcias, entre si, os cidadãos romanos, que se unem segundo os preceitos legais, homens púberes com mulheres núbeis, quer sejam pais de família ou filhos de família, mas, se forem filhos de família, precisam de consentimento dos pais sob cujo pátrio poder se acham [...]<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BEVILÁQUA, Clovis. Direito de Família. 1993, p. 17.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. V. p 19

<sup>6</sup> JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução J.Cretella jr. e Agnes Cretella – 2 ed. ampl. e rev. 2005. p. 37.

Para o ordenamento jurídico atual a conceituação de casamento revela-se de certa forma semelhante, englobando elementos e efeitos antes olvidados. A doutrina clássica, como a de Lafayette Rodrigues Pereira proclama: “O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.<sup>7</sup>

Segundo Silvio Rodrigues:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comem e se prestarem mútua assistência.<sup>8</sup>

Ainda, cabe referência ao conceito de Washington Monteiro de Barros, segundo o qual casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”<sup>9</sup>.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

O tema sobre a natureza jurídica do casamento é controvertido, a corrente que surgiu no começo do séc. XVIII e inspirou o legislador francês, defendia que o casamento seria um mero contrato, cuja validade e eficácia decorriam da exclusiva vontade das partes, sendo uma reação à ideia de casamento sacramento.

Essa corrente, porém, encontrava um obstáculo, pois se fosse contrato, seria simplesmente dissolvido por destrato, dependente do mútuo consentimento. Ainda como reação à ideia de casamento sacramento, outra corrente defendia ser o casamento uma Instituição formada por um conjunto de regras impostas pelo Estado, ao quais as partes poderiam apenas aderir. O obstáculo nesse caso era quanto ao fato de que a vontade dos nubentes pode ser manifestada em qualquer momento, como no caso da escolha do regime de bens.

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Direitos de família. 4. Ed. 1945.p 34

<sup>8</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil . Direito de Família, vol 6.. p. 19.

<sup>9</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Vol2. p.12.

A saída, para Silvio Rodrigues, então, é reconhecer-lhe a natureza contratual de caráter especial, pertencente ao direito de família, com normas cogentes.

## CAPÍTULO II DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO DIVÓRCIO

### 3. O SISTEMA BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A maior parte dos povos reconhecia a dissolubilidade das relações conjugais. O velho testamento do povo Hebreu e o Código de Hamurabi facultavam o divórcio ao homem e à mulher.<sup>10</sup> No Código de Manu e na Grécia antiga a esterilidade se mostrou justa causa para o divórcio do homem perante a mulher.

O casamento (*matrimonium*) em Roma não exigia formalidades, rituais ou qualquer exigência formal para consumar-se. Era, pois apenas fruto da convergência de vontades dos cônjuges.

A simples introdução da mulher na casa do marido (*dedutio in domum mariti*) indicava que o matrimônio se constituía, e a respectiva relação jurídica mantinha-se enquanto persistisse a vontade que levou o casal ao enlace, dando-se a essa intenção o nome de *affectio maritalis*. Se viesse a faltar essa intenção (...) o matrimônio se extinguiu.”<sup>11</sup>

A dissolução nos primórdios de Roma era admitida e se dava de várias formas seja ela unilateral ou pela vontade de ambos os cônjuges, com ou sem causa. Na Idade Média, porém com a influencia do cristianismo e expansão do Direito Canônico, a dissolução do vínculo advinha de uma severa interpretação dos textos bíblicos, do casamento como vínculo sagrado que nenhuma força humana poderia romper, espalhando a Indissolubilidade pelos países católicos como regra matriz.

Nas Ordenações Filipinas (livro 5, Título, XIX, princ.) o adultério era claramente punido com a morte, explicitando o caráter religioso e sacramental do casamento.

Durante a vigência do CC/1916 o casamento era a única forma de constituição de família. Relata Clóvis Bevilacqua que, na discussão do anterior Código Civil, na Câmara dos Deputados, em 1901, foi debatida a preferência entre o desquite e o

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.* p. 281

<sup>11</sup> VELOSO, Zeno. O novo divórcio no Brasil. 2010. p.19

divórcio, radicalizada a posição dos parlamentares. E prevaleceu a orientação ditada pela nossa tradição cristã.<sup>12</sup>

A comunhão de vida deveria dar-se “até que a morte os separe.” Amparado na doutrina cristã da Igreja Católica, vigia o sacramento do casamento, segundo o qual “o que Deus uniu, o homem não separa”.

Contudo, sendo certo que os deveres do casamento eram, por vezes, descumpridos, o instituto da separação judicial se impunha, com a denominação de desquite.

Nesse sentido explicita Orlando Gomes:

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1.890, que instituiu o casamento civil. A despeito de rechaçada, continuou a exercer, indiretamente, grande influência. A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiais se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, de regra, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências.<sup>13</sup>

As uniões extramatrimoniais não tinham *status* jurídico de família, e se submetiam à vara cível, em caso de dissolução, não gerando os efeitos protetivos como, por exemplo, obrigações alimentícias após a dissolução do vínculo. A jurisprudência e a doutrina aplicavam as regras da dissolução de sociedade de fato.

Denota-se que a “repulsa” à dissolução advinha de um instrumento protetivo ao que se considerava família. O Estado-Cristão partia do pressuposto de que a família “vigente” (em analogia com a vigência de normas, uma família apta a produzir efeitos) era a que se dava com o Casamento, não se reconhecendo a União estável ou qualquer outro tipo de constituição familiar como supratranscrito. Compreensíveis, portanto, os meios de impedir a dissolubilidade do Casamento a qualquer custo.

---

<sup>12</sup> CAHALI, Yussef Said, *Separações Conjugais e Divórcio*. p.57

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1998, p. 9.

No Brasil após uma árdua batalha legislativa de quase três décadas, protagonizada pelo Senador Nelson Carneiro desafiando os rígidos preceitos da Igreja Católica a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977 deu nova redação ao parágrafo primeiro do artigo 175 da CF/1969 suprimindo a indissolubilidade e condicionando-a ao prazo constitucional de 3 (três) anos de separação judicial e estabelecendo regulamentação da dissolução pela lei ordinária nº 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano que passou a ser conhecida como Lei do Divórcio.

Art. 175 [...]

§1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Essa norma não se convolou em uma chuva de divórcios e nem ocasionou a desgraça familiar, pois ainda sim um casamento se faz com amor e afeto, em outras palavras trata-se do princípio da *affectio maritalis* que ainda une pessoas e mantém um casamento vivo.

Com a CF/1988, sua ideologia e princípios, os prazos para o divórcio foram achatados para divórcio-conversão passou a exigir um ano de separação judicial e para o divórcio direto, dois anos de separação de fato e “ilações eram extraídas daquele novo sistema dentre elas a que o divórcio conversão deixava de ser a regra, como também não mais se qualificava o divórcio direto com sendo extraordinário”.<sup>14</sup>

#### **4. DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL**

Leciona Carlos Roberto Gonçalves que:

O casamento estabelece concomitantemente a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao status de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômicos, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes. O art. 1571, caput, do Código Civil, elenca as causas terminativas da sociedade conjugal. O casamento válido, ou seja, o vínculo matrimonial, porém, somente é dissolvido pelo divórcio e pela morte de um dos cônjuges [...]. A separação judicial, embora colocasse termo à sociedade

---

<sup>14</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. Cit.* p. 79

conjugal, mantinha intacto o vínculo matrimonial, impedindo os cônjuges de contrair novas núpcias [...].<sup>15</sup>

Como trataremos adiante, com o advento da Emenda 66/2010 a doutrina e a jurisprudência divergem acerca de sua abrangência e reflexos em uma das mais vultosas formas, até então, de extinção da sociedade conjugal, a saber, a separação judicial, necessário, portanto, se faz o conhecimento no tocante às causas e formas de término da sociedade e/ou vínculo conjugal presentes efetivamente até a edição da ainda recente Emenda.

#### **4.1 SEPARAÇÃO CONSENSUAL**

A separação consensual ou amigável é um típico procedimento de jurisdição voluntária, em que o juiz administra interesses privados. As partes buscam apenas a homologação do acordado por parte do juiz. Sem conflito, sem litígio.<sup>16</sup>

#### **4.2 SEPARAÇÃO LITIGIOSA**

Prevê o art. 1572 do Código Civil a separação judicial requerida por um dos cônjuges, mediante um processo contencioso, presentes as hipóteses legais que denotam a insuportabilidade da vida conjunta. Recomenda-se “uma apreciação objetiva dos fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” (Enunciado n.100 do Conselho Federal de Justiça, aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002).<sup>17</sup>

##### **4.2.1 SANÇÃO<sup>18</sup>**

---

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. Cit.* p. 202

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. Cit.* p. 228.

<sup>17</sup> CFJ. Enunciado n.100, *apud*, DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro.5 volume: Direito de família - 23ªed., rev., e, atual. De acordo com o novo código civil (lei 10.406 de 10.01.2002) e Projeto de Lei 6.960/02. P.293.

<sup>18</sup> Classificação da separação judicial em sanção, remédio e falência dada por Yussef Said Cahali.



A separação sanção, prevista nos artigos 1572 e 1573, I a VI, CC/02 importa na imputação e comprovação por um dos cônjuges ou ambos, de qualquer ato que designe grave violação dos deveres do casamento, arrolados no artigo 1556 do Código Civil, tornando insuportável a vida em comum.

A apreciação dessa causa de separação judicial litigiosa reveste-se de certa subjetividade em razão de inúmeros fatores que podem influenciar a mente do órgão julgante quanto ao que venha ser uma conduta desonrosa. ( grifo nosso).<sup>19</sup>

Entendiam os tribunais brasileiros que desonroso é todo comportamento do cônjuge que implique menosprezo no ambiente familiar ou no meio social em que vive o casal.

#### **4.2.2 REMÉDIO**

A separação remédio é uma espécie de separação judicial litigiosa e é cabível quando um dos cônjuges 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 (art. 1.572, § 2º, CC).

Segundo Washington de Barros Monteiro, descaridoso é esse dispositivo legal, indicando egoísmo e hedonismo, esquecendo-se a lei que o casamento é para os bons e maus momentos. E mais, ao autorizar, a lei, tal possibilidade, olvidava-se dos deveres do casamento entre eles o de mútua assistência<sup>20</sup>.

#### **4.2.3 FALÊNCIA**

É fundada numa causa objetiva, no princípio da ruptura da vida em comum, essa hipótese não é necessário que o cônjuge exponha a razão pela qual está requerendo a

---

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. *op. Cit.* p.257-258

<sup>20</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. p. 205; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Reparação civil na separação e no divórcio.* 1999. p.99.

separação, bastando demonstrar o fracasso do casamento e a impossibilidade de sua reconstituição, sendo assim exige-se a mera constatação de uma causa objetiva.

A falência do casamento demonstra-se pela separação de fato entre os cônjuges, podendo ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano, sendo desnecessário provar a culpa.

#### **4.3 DIVÓRCIO DIRETO**

O divórcio direto resulta de uma situação fática, viabilizada por uma separação de fato por mais de 2(dois) anos, comprovada em divórcio, sem que haja necessariamente partilha de bens (art.1.581, CC) ou prévia separação judicial, em virtude do que preconiza a norma constitucional (Art.226,§6, CF/1988 regulamentado pela Lei nº 6515/1977, art 40 e parágrafos, alterado pela Lei nº 7.841/1989, arts. 2º e 30; CC, art.1580,§2º).

#### **4.4 DIVÓRCIO INDIRETO OU CONVERSÃO**

Essa modalidade de divórcio é admitida por grande parte das legislações como, por exemplo, da Alemanha, Espanha, Holanda, Uruguai, Estado de Nova York e da Argentina, embora variando o período de prova da separação.

O divórcio conversão apresentou-se como uma modulação ou flexibilização da até então indissolubilidade do matrimônio pregada no Brasil pela força Cristã. Desde modo representou claramente uma necessária fase de transição entre um extremo e outro (da indissolubilidade à solubilidade plena e potestativa).

A CF/1988 havia reduzido o prazo para conversão da separação em divórcio de 3(três) para 1(um) ano e como norma de aplicação imediata, atingia, como direito superveniente, os processos então em curso.<sup>21</sup>

Após a promulgação da Emenda 66/2010, suprimido foi o divórcio na modalidade conversão, em decorrência da supressão dos prazos preestabelecidos.

---

<sup>21</sup> TJSP, 7ª Câmara, Ap 105.723-1,21.06.1989; 2ª Câmara, Ap 107.618-1,21.02.1989

**CAPÍTULO III**  
**DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**

**5. DAS PROPOSTAS DE EMENDA CONTITUCIONAL**

A Emenda 66/2010 publicada em 14 de julho foi resultado da fusão de propostas de Emenda Constitucional distintas: a PEC 22/1999, PEC 413/2005, PEC 28/2009 e PEC 33/2007.

A PEC 22/1999 propunha a igualdade de prazos para convalidação em divórcio das separações de “fato” e de “direito” possuindo a seguinte redação:

Art 226. (...)

§6º - o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após comprovação de separação de fato ou de direito por mais de 1(um) ano.<sup>22</sup>

Já a PEC 413/2005 trazia que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”, tendo por alguns meses, inclusive, apensada a si a PEC 33/2007 cuja justificativa de Sérgio Barradas Carneiro segue anexa ([http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/PEC%2033\\_2007%20Div%C3%B3rcio.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Div%C3%B3rcio.pdf)), que foi desapensada em maio de 2009 após arquivamento da primeira proposta, retirando-se a expressão “na forma da lei”. (Há interpretações no sentido de que essa retirada significaria “fim da culpa” no divórcio, o que para alguns doutrinadores parece ser uma interpretação um pouco excêntrica<sup>23</sup>).

Finalmente em fase final, a PEC 33/2007 atrelada ainda à PEC 28/2009 de Antônio Carlos Biscaia, extraiu-se todas as demais expressões e a Emenda 66/2010, de uma simplicidade cortante, modificou o §6º do art. 226 da Constituição federal. Onde se lia

---

<sup>22</sup> <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=41509&tp=1>. Acesso em 29/01/2014 às 15h48.

<sup>23</sup> JUNIOR, Torquato Castro. O Novo divórcio no Brasil. Cap. V – A Emenda Constitucional nº 66/2010 e sua repercussão na dissolução extrajudicial do casamento. p. 159.

§6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Agora, lê-se apenas

§6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

Interessante salientar, que o Projeto de iniciativa do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), atendeu a um pedido do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) diante de uma pesquisa do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), com dados registrados de 2008, que mais de 153 mil casais se divorciavam por ano e que com a eliminação dos prazos, o “desenlace se tornaria mais econômico e prático tanto às partes, quanto ao Judiciário.

Dados da revista Conjur em 2010 indicam que "Os casos de divórcio em São Paulo aumentaram em 149% desde julho deste ano, quando foi aprovada a Emenda Constitucional 66, que instituiu no país o divórcio rápido e que atua em conjunto com a Lei 11.441/2007. Os dados foram divulgados nesta sexta-feira (15/10), pelo Colégio Notarial do Brasil, representante dos tabeliães do Brasil”

Antes das novas regras, em 2009, entre julho e agosto, foram feitos no estado 816 divórcios, contra 2.031 no mesmo período deste ano. O presidente da CNB-SP, Ubiratan Guimarães, explicou que o aumento pode ser creditado à facilitação do processo e à diminuição das custas. "Há muita gente que está separada, mas que, devido à morosidade da Justiça e aos altos custos com honorários advocatícios, não formaliza o divórcio. Hoje, a escritura custa 252 reais e, embora ainda seja necessária a presença de um advogado, sai muito mais barato", diz Guimarães. A Emenda Constitucional contempla também os casais que já tenham processo judicial em andamento. Eles podem desistir dessa via e formalizar a separação por meio de escritura pública. Para que seja possível, é necessário que a separação seja consensual e que o casal não tenha nem filhos menores de 18 anos ou incapazes. É na própria escritura que ficam definidos detalhes como a partilha dos bens, pagamento ou dispensa de pensão alimentícia e o uso ou não do sobrenome de outro cônjuge. O clima tem sido de absoluta civilidade. Mesmo porque, se houver alguma animosidade, o tabelião não pode emitir a certidão”, conta Guimarães. Já para José Fernando Simão,

doutor em Direito Civil, os divórcios aumentaram porque os brasileiros “descobriram um direito que não sabiam ter”.<sup>24</sup>

## 6. DO DEBATE: É O FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL?

Como explanado, a emenda promulgada em julho de 2010, modificando o §6º do art.226 da CF, eliminou de uma vez por todas os requisitos e pressupostos temporais da separação judicial para obtenção do divórcio, denotando a predileção pelo menor intervencionismo estatal no casamento, facilitando sua dissolução em prol da autonomia da vontade dos cônjuges.

A questão hermenêutica relativa à EC 66/2010 revela-se conflitante, pois a redação não diz nada além da garantia de que o legislador não poderá coibir o Divórcio. Portanto, o objeto de discussão não é o texto constitucional aparente e sim os antecedentes históricos, sociais e morais que deram supedâneo à *mens legis*.

### 6.1 DA MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Entrementes, proposta a emenda constitucional esdruxulamente nominada “PC do Amor”, foi ela aprovada sob n.66, em 13/07/2010, [...] oportunidade na qual uma plêiade de notáveis juristas, altamente especializados em direito de família, passaram a difundir sob a forma de um autêntico *bordão jurídico*, a afirmação de que “a separação judicial acabou” com argumentos assim sintetizados: 1º) a partir do anteprojeto e no curso de sua tramitação, a *mens legislatoris* da reforma foi orientada no sentido da extinção da separação judicial; 2º) a interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma constitucional induz o reconhecimento de que a dissolução da sociedade conjugal só seria possível pelo divórcio. Não obstante, a expressividade daqueles argumentos, estamos convencidos de que a referida Emenda, seja pela sua impropriedade técnica, seja pela sua inadequação formal, não tem a extensão que lhe pretendeu arbitrariamente imprimir. ( CAHALI, 2011)

A V Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2011, no Conselho da Justiça Federal pela Comissão de Direito de Família e Sucessões, em plenário e com

---

<sup>24</sup> REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Número de divórcios aumenta em quase 150% em SP. Publicado em 15/10/2010. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2010-out-15/numero-divorcios-aumenta-150-sao-paulo-depois-ec-66>>. Acesso em 16/02/2014 às 22h29.

*quórum* qualificado, aprovou o seguinte Enunciado: “A **EC 66/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial**”. A justificativa apresentada foi que a Emenda Constitucional 66/2010 alterou o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal e facilitou o divórcio ao eliminar seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar os institutos da separação e da conversão da separação em divórcio.<sup>25</sup>

Essa norma da CF é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies.<sup>26</sup>

A predileção pela extinção da separação judicial do texto constitucional iria de encontro ao artigo 5º, VI e VIII da Constituição Federal que preconiza que o Brasil é um estado laico quando impedisse aqueles que inadmitem o divórcio de romperem com a sociedade conjugal apenas, através da separação judicial e não tão somente pela separação de fato e sua insegura opção.

Através da tão aclamada análise histórica para a simples dissolução da sociedade conjugal, antes pelo desquite nunca se fez necessária previsão constitucional “não há, portanto, como se pretender extrair de uma suposta omissão do constituinte um instituto que não lhe competiu disciplinar nesta sede”.<sup>27</sup>

Quando falamos em direitos subjetivos dos cônjuges, a correta hermenêutica em relação à alteração do texto constitucional se revelaria se aplicada de forma extensiva e viesse apenas a reduzir mais ainda a intervenção do Estado na vida familiar e nas decisões pessoais de cada cidadão.

O comando constitucional, por seus princípios ou normas, não vedou o instituto da separação judicial, nem sequer a Emenda 66 fez qualquer referência à sua vedação. Pelo contrário, apenas deixa de

---

<sup>25</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>>. Acesso em 17/03/2014 às 19h13.

<sup>26</sup> IDEM

<sup>27</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. Cit.* p. 73.

existir imperatividade da prévia separação judicial, ou de fato, para que o divórcio possa ser decretado.<sup>28</sup>

Ainda na busca pelo real alcance da referida emenda Glauco Salomão Leite e George Salomão Leite acreditam que “ocorreu, então o fenômeno da *desconstitucionalização* da separação e desse modo, a EC n. 66/10 não teria a força a extinguir o instituto da separação do sistema jurídico, (...) subsistindo na legislação infraconstitucional”.<sup>29</sup>

Sustentam ainda os autores que a prévia separação judicial dentro da conjectura difundida por Carl Schmitt<sup>30</sup> era uma norma apenas formalmente constitucional, ou seja, foi elevada a tal patamar apenas pelo fato de estar presente da Constituição, não porque seu conteúdo trazia matéria constitucional referente à organização do Estado, dos poderes e/ou direitos e garantias fundamentais. Desta forma, a retirada de uma norma apenas formalmente formal da Constituição não impede que seu conteúdo seja exclusivamente tratado em lei ordinária até que nova lei ordinária revogadora retire do código civil tais disposições. Mesmo porque o novo texto constitucional apenas revoga disposições com ela incompatíveis, logo, revogados tacitamente restariam, apenas e tão somente, os artigos do código que impõe prazos e condições para concessão do divórcio.

---

<sup>28</sup>CABRAL, Lidia Caldeira Lustosa. Separação Judicial. Um Instituto Jurídico Derrogado? Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista56/revista56\\_119.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_119.pdf). Acesso em 17/03/2014

<sup>29</sup> SALOMÃO, Glauco; SALOMÃO, George. O Instituto da Separação ainda existe no Direito civil Brasileiro? *In*: O Novo Divórcio no Brasil. JusPodivm. 2011. p. 201

<sup>30</sup> Para Carl Schmitt, Norma Material seria o ele chama de CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O que importa é o conteúdo da norma, sendo irrelevante a maneira pela qual ela foi introduzida no ordenamento jurídico. A crítica que se faz é que seria possível encontrar normas constitucionais fora do texto constitucional. O que é relevante para o critério material é a matéria, pouco importando a sua forma. Já, Norma Formal seria a lei constitucional, não mais sendo a matéria que importa e sim a forma como a norma foi introduzida no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as normas constitucionais são aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e mais solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento. A crítica que se faz é que qualquer norma pode ser introduzida na CONSTITUIÇÃO FEDERAL por meio de um procedimento mais dificultoso, mesmo sem ter relevância jurídica para tanto. (Ex: Art. 242, § 2º, da CF/88, que estabelece que o Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal).

O Brasil vem apresentando uma forte tendência em adotar um critério misto em razão do art. 5º, § 3º, que admite que tratados internacionais de direitos humanos (matéria) sejam incorporados como emendas, desde que obedeça a uma forma, qual seja, a um processo diferenciado de incorporação. Contudo, vale lembrar, que o Brasil adotou, em um primeiro momento, o sentido formal, ou seja, só é constitucional o que estiver dentro da Constituição Federal. <<http://www.eficaciafederal.com.br/site/areadoalunopadraoerespostas>>.

Na prática, defende Yussef Cahali que “durante mais de três décadas os institutos conviveram tranquilamente, à disposição dos cônjuges em função dos respectivos pressupostos e consequências (...), embora na linguagem vulgar se pretenda (...) ‘romper o casamento’ ”.<sup>31</sup>

E mais, “não se contesta que, agora, o divórcio é infinitamente mais vantajoso que a separação judicial, seja do prisma jurídico, sob o viés psicológico e até sob a órbita econômica”.<sup>32</sup> Entretanto, não se pode negar aos cônjuges a opção por um instituto diferentemente tutelado e com repercussão diversa do Divórcio. A liberdade no que tange um assunto com pontuais interessados é o caminho mais plausível. Liberdade essa que abarca tanto a facilitação do divórcio, com eliminação de prazos, quanto a não diminuição das opções (de efeitos legais distintos) que são ofertadas ao casal, quando nas palavras de Yussef Cahali “o amor conjugal que era doce se acabou”.

Quanto aos efeitos morais e históricos que justificam a manutenção do instituto, Regina Beatriz Tavares indaga:

Se um homem, que é provedor da casa e é traído pela esposa, que tem relacionamento extraconjugal; pensemos, então, nesse homem sendo forçado a pagar pensão alimentícia plena para a adúltera, em benefício também do seu amante, se houver o rompimento do casamento? A resposta só pode ser uma. Nessas circunstâncias, dentre tantas que ocorrem na dissolução das relações conjugais deve receber as sanções previstas no CC, como a perda do direito à pensão e de utilização do sobrenome conjugal, independentemente da facilitação do divórcio decorrente da EC 66/2010. (...) Se eliminada fosse a dissolução culposa, que, em razão da natureza anteriormente concessiva do divórcio, consoante a redação anterior do art. 226, §6º, somente existiria na separação judicial, estaria criado um vazio legislativo, além de violados os princípios de proteção à dignidade da pessoa (art.1º,III), as normas constitucionais de tutela dos direitos fundamentais (art. 5º) e de proteção especial à família (art. 226, *caput*), inclusive aquela que assegura a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares ( art. 226, §8º).<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> CAHALI, Yussef Said. Op. Cit. p.73.

<sup>32</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio. disponível em JUS NAVIGANDI <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio>. Acesso em 15/02/2014 às 15h34.

<sup>33</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A emenda constitucional do divórcio e o Código Civil. p. 8.



Na jurisprudência, encontram-se acórdãos sobre a aplicação da Emenda Constitucional do Divórcio, que entenderam pela eliminação única e exclusiva dos prazos para concessão do divórcio, com a conseqüente manutenção da separação, citando-se, dentre outros: TJ-SP - Apelação 990.10.534475-5, Quinta Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador J. L. Mônaco da Silva, j. 15/12/2010; TJSP, Apelação 0299011-09.2009.8.26.0000 e Apelação 9189928-36.2008.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silvério Ribeiro, j. 9/2/2011; TJSP, Agravo de instrumento 990.10.510843-1, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Roberto Solimene, j. 28/4/2011; TJSP, Agravo de Instrumento 0315932-09.2010.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Octávio Helene, j. 14/6/2011; TJMG - Apelação Cível 1.0701.09.260001-7/003(1), Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Maurício Barros, j. 7/12/2010; TJMG, Apelação Cível 1.0024.06.149011-6/003, 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes, j. 4/11/2010; TJMG, Apelação Cível 1.0011.10.000370-3/001, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Wander Marotta, j. 9/11/2010; TJMG, Apelação Cível 1.0702.04.133570-5/003, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Edgard Penna Amorim, j. 20/1/2011); TJMG, Apelação cível 1.0028.10.001401-9/001, Relator Desembargador Roney Oliveira, 2ª Câmara Cível, j. 22/3/2011; TJMG, Apelação Cível 1.0024.09.513692-5/002 (1), 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Alberto Vilas Boas, j. 29/3/2011); TJMG, Apelação cível 1.0024.11.006738-6/001, 4ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Heloisa Combat, j. 7/4/2011; TJMG, Apelação cível 1.0105.10.004302-2/001, 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador Roney de Oliveira, j. 28/6/2011.

Nesse sentido ainda seguem os julgados colacionados respectivamente do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - cujo voto do relator Luis Carlos Freyesleben segue no Anexo C (<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20547007/apelacao-civel-ac-529920-sc-2011052992-0>) - *in verbis*:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO. EC 66, DE 2010. DISPOSIÇÕES ACERCA DA GUARDA, VISITAÇÃO E ALIMENTOS DEVIDOS AOS FILHOS. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. DECISÃO PROLATADA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. 1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da

Resolução STJ n.º 9/2005: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devidaciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; **(v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública. 2. A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 daCF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio.** 3. Afronta a homologabilidade da sentença estrangeira de dissolução de casamento a ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6º d aResolução n.º 9, de 2005, ante a existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira a respeito das mesmas questões tratadas na sentença homologanda. 4. A exclusividade de jurisdição relativamente a imóveis situados no Brasil, prevista no art. 89, I, do CPC, afasta a homologação de sentença estrangeira na parte em que incluiu bem dessa natureza como ativo conjugal sujeito à partilha. 5. Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferida, tão somente para os efeitos de dissolução do casamento e da partilha de bens do casal, com exclusão do imóvel situado no Brasil. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/05/2011, CE - CORTE ESPECIAL)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. AUTOR INTIMADO PARA MANIFESTAR-SE SOBRE A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. DISCORDÂNCIA. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELO DO AUTOR VISANDO À ANULAÇÃO DA SENTENÇA. CONVERSÃO. MERA FACULDADE. SOBREVIVÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARA QUE A AÇÃO TENHA SEGUIMENTO NA ORIGEM. A nova disposição constitucional (EC 66/2010) não extinguiu a possibilidade da separação, mas apenas suprimiu o requisito temporal para o divórcio, nova modalidade de extinção da sociedade conjugal (CC/2002, art. 1571). Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, em seu art. 2º, § 1º, que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Além de a Emenda Constitucional não ter revogado, expressamente, a separação judicial, não há incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê o instituto da separação.

(TJ-SC - AC: 529920 SC 2011.052992-0, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 05/10/2011, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Forquilha)

Por fim, suscita Ives Gandra da Silva Martins Filho:

(...) a "PEC do divórcio-relâmpago", a meu ver, fragiliza ainda mais a família, alicerce da sociedade, nos termos do artigo 226 'caput' da Constituição Federal.

Na medida em que os mais fúteis motivos puderem ser utilizados para que a dissolução conjugal chegue a termo, sem qualquer entrave burocrático, possivelmente, não possibilitando nem o aconselhamento de magistrados e nem o de terceiros para a tentativa de salvar o casamento, o divórcio realmente será relâmpago.

(...)

Por isto, sou favorável à maior prudência, como determinou o constituinte de 88, no parágrafo 6º do artigo 226 da Lei Maior. Tenho para mim, inclusive, que o capítulo da Família na Carta Magna de 88, por ser a família a espinha dorsal da sociedade, deveria ser considerado cláusula pétrea.<sup>34</sup>

## 6.2 DO FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

A Lei 6.515/1977 para grande parte da doutrina incitou a diferença entre “terminar” e “dissolver” o casamento para que com este “jogo” de palavras, a separação judicial derivada da visão canônica mitigada da indissolubilidade tivesse coerência. Entretanto, na vida prática ambas as expressões possuem um mesmo significado: O casamento acabou. E essa ideia coaduna-se com o pensamento de Maria Berenice Dias:

(...) 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 (...). Portanto, de todo o 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".

Havia sim, pois outras pequenas questões e diferenças, como por exemplo, a nomenclatura dada ao estado civil em caso de morte de um dos ex-cônjuges, a saber,

---

<sup>34</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O divórcio relâmpago gera insegurança à família. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jul-08/divorcio-relampago-gera-inseguranca-fragiliza-ainda-familia>. Acesso em 15/08/2013 às 11h 11.

viúvo em caso de separação judicial e não alteração do estado de divorciado ao ex-cônjuge sobrevivente. Ainda, pela Lei nº 6.515/77 o divórcio deveria necessariamente ser sucedido pela partilha dos bens, porém esta sistemática equivocada fora corrigida pelo artigo 1.581 do Código Civil de 2002. Por fim, se os divorciados pretendessem reatar o casamento, teriam que habilitar-se novamente, convolvendo novas núpcias, enquanto os separados judicialmente poderiam reatar a sociedade conjugal por meio de uma simples petição ao juiz, conforme dispunha o artigo 1.577 do CC/2002.

O sistema dual de rompimento do vínculo matrimonial, como já se explicitou, tem suas raízes e justificativas decorrentes de uma moral cristã -religiosa. Em um Estado laico, contudo, não se justifica a manutenção desta duplicidade de tratamento legal. Um traço evolutivo dos ordenamentos jurídicos ocidentais consiste na menor intervenção possível do Estado na vida privada e íntima dos cidadãos. E mais, se não há intervenção do Estado na forma e no modo como as pessoas se casam, prevendo apenas regras gerais e burocráticas de habilitação, por que interferir tanto quando o assunto é o término?

A ideia condutora por de trás desse arcaico sistema, seria a proteção da família. Acredita-se que colocando empecilhos ao término do matrimônio, os cônjuges poderão repensar acerca da vida em comum e separação judicial justamente teria esse condão psicológico de um casal em crise acreditar estar distante juridicamente do outro cônjuge mas com possibilidade de reconciliação jurídica simplificada. Mas na realidade as famílias não se desestruturam com isso, e a quantidade de separações judiciais efetivamente convoladas em divórcio eram quase absolutas. Em outras palavras poucos eram os casais que efetivamente se reconciliavam após a separação. Ora, o verdadeiro sustentáculo das relações conjugais não são jurídicos e sim pessoais.

Salienta Rodrigo Cunha Pereira que:

É preciso separar o "joio do trigo", para usar uma linguagem bíblica, isto é, se separarmos as razões jurídicas das razões e motivações religiosas, veremos claramente que não faz sentido a manutenção do instituto de separação judicial em nosso ordenamento jurídico. Ele significa mais gastos financeiros, mais desgastes emocionais e contribui para o emperramento do Judiciário, na medida em que significa mais processos desnecessários.

Ainda de acordo com o autor em seu artigo, o alagoano Paulo Lôbo, mesmo antes da aprovação da referida Emenda Constitucional, já era enfático quanto à insustentabilidade dessa duplicidade de tratamento legal:

(...) A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.<sup>35</sup>

Teria sido este o intuito ou a *mens legis* que o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, apresentou Proposta de Emenda Constitucional – PEC e seu parecer posteriormente aprovado conforme o anexo B deste trabalho (<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/60761.pdf>), através do seu sócio, o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), para dar nova redação ao parágrafo § 6º do artigo 226, que em Julho de 2010 se transformou na Emenda Constitucional 66.

Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição ratifica aquilo que a melhor doutrina e a mais consistente jurisprudência já vinha reafirmando há muitos anos sendo necessário àqueles ainda resistentes realizar uma interpretação sistemática, teleológica e histórica da questão. Portanto, a alteração não apenas retirou os prazos, mas extirpou o divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela era apenas uma fase intermediária coercitivamente imposta, até então, que culminaria no divórcio e não pode ser ela mais ‘convertida’ em divórcio e a outra razão que embasaria sua existência que seria a possibilidade de reatar a sociedade conjugal é faticamente substituída na sociedade pela separação de corpos?

Não haveria, pois, nenhum motivo prático e lógico para a sua manutenção. Paulo Lôbo, em seu texto para a Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, não deixa dúvidas sobre a extinção do instituto e das normas infraconstitucionais que a regulavam:

---

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil – Famílias. p. 127

(...) a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal, que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.<sup>36</sup>

O Direito Civil Constitucional viria então, ao encontro desse entendimento, uma vez que a legislação infraconstitucional não poderia ter um poder normativo superior ao da carta constitucional, não se justificando, portanto, a regulamentação de algo que a própria Constituição retirou de seu corpo de forma a ser tida como uma norma de eficácia plena pela classificação de José Afonso da Silva acerca da eficácia das normas constitucionais.

À derradeira, o conflito restaria inserido no campo da não recepção do instituto pela nova disposição constitucional e toda interpretação daí decorrente deve ser compatível com esse novo comando. Essa seria de antemão, a posição do STF, em julgamento de 2007, que traduz exatamente essa assertiva: "O conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção".<sup>37</sup>

Nesse seguimento, ainda seguiu o parecer da Câmara Especial quanto ao assunto<sup>38</sup>:

Vê-se, portanto, mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto da separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional permite que os cônjuges

---

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. "A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas". In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, vol. 11, pp. 05-17, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 8, ago./set. 2009.

<sup>37</sup> STF, RE 387.271, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 08.08.2007, DJE 01.02.2008. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727629/recurso-extraordinario-re-387271-sp>. Acesso em 14/02/2014

<sup>38</sup> Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/2005 e 33/2007 ministrado na Câmara dos Deputados, Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 29.11.2007. Acesso em: 22/02/2014 às 23h50

atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem. Ademais, em uma interpretação sistemática não se pode estender o que o comando constitucional restringiu. Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional. Assim, estão automaticamente revogados os artigos 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578 do Código Civil. Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, os artigos da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e da Lei nº 10.406/2002 (Divórcio por Escritura Pública), bem como os artigos adiante mencionados deverão ser lidos desconsiderando-se a expressão "separação judicial", à exceção daqueles que já detinham este estado civil anteriormente a EC nº 66/2010, mantendo seus efeitos para os demais aspectos: 10, I, 25, 27, I, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.683, 1.775 e 1.831.

Como se não bastassem todos os princípios jurídicos e argumentativos da extinção da anacrônica separação judicial, é necessário considerar a pretensão do legislador e o "espírito das leis", como dizia Montesquieu. Isso pode ser constatado na exposição de motivos da referida Emenda Constitucional, que se vê abaixo, *ipsis literis*, que contextualiza e traduz o real e verdadeiro sentido do novo comando constitucional.

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

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

Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido.

Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distintos apenas redundava em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se vêem a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação - penoso, inclusive, para toda a família, principalmente para os filhos.

Não menos importante é a constatação prática de que apenas uma parcela realmente ínfima das separações reverte para a reconciliação do casal. (...)

Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar que o instituto da separação judicial deve ser suprimido do direito brasileiro.

No que subjaz em ultima análise, a possibilidade de indenização por parte de um dos cônjuges aduz Maria Berenice Dias:

A dissolução do casamento é a causa mais recorrente na busca de pretensão indenizatória. Porém, com a extinção do instituto da separação, foram banidos questionamentos sobre as causas da dissolução do vínculo matrimonial. No entanto o fim da culpa para cancelar a extinção do casamento não exclui a possibilidade de ser perquirida para finalidade outra, como, por exemplo, nas demandas de natureza indenizatórias, promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.<sup>39</sup>

## 7. DO DIREITO INTEMPORAL

A Constituição da República assegura em seu artigo 5º, inciso XXXVI a preservação do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada em relação às alterações legislativas que criem entraves em relação à aplicação de uma norma ou outra intertemporalmente. Nesta lógica garantista-constitucional, portanto, as novas disposições sobre o divórcio têm sua força e eficácia a partir da entrada em vigor do novo texto constitucional, e mais dos princípios constitucionais emanados sobre o divórcio no Brasil.

Por se tratar de uma nova redação que eliminou expressamente prazos para o divórcio e exarou novas concepções sobre a temática, necessário se faz a análise de algumas situações específicas e transitórias, justamente em nome da segurança das relações jurídicas preconizadas no texto constitucional. Afinal, não se pode obrigar alguém a se submeter a novas regras e princípios se já tinha uma situação jurídica consolidada pelas leis vigentes à época. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça em situação análoga, analisando as doutrinas brasileira e estrangeira, sobre aplicação de regras do Código Civil de 1916 e de 2002 a respeito do regime de bens, assim também se posicionou:

A doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta negócios jurídicos findos; a

---

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p.53



retroatividade média, que alcança direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei nova conseqüências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior. (In: Curso de Direito Civil Brasileiro, 5ª ed., vol. I, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 82).

Ainda, com base no Direito Comparado, esclarecedoras as palavras, respectivamente, dos mestres franceses Marcel Planiol e Paul Roubier, bem citados pelo presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira em seu artigo sobre a Emenda Constitucional nº 66<sup>40</sup>, in verbis:

(...) la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier lês 'conditions de légalité d'un acte', soit pour modifier ou supprimer lês leffets d'un droit déjà réalisés'. Hors de là il n'y a pás de rétroactivité, et la loi peut modifier lês 'effets futurs' de faits ou d'actes Memes antérieurs, sans êtres rétroactive. <sup>41</sup> (Traité Élémentaire de Droit Civil, vol. I, 4ª ed., nº 243, Paris: Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, p. 95)

Si la loi prétend s'appliquer à des faits accomplis ('facta praeterita'), elle est rétroactive; si elle prétend s'appliquer à des situations em cours ('facta pendentia'), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à separala date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et lês partis postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet imédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir ('facta futura'), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive. <sup>42</sup>(Le Droit Transitoire - Conflits des Lois dans le Temps, 2ª ed., nº 38, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177)

---

<sup>40</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. Disponível em <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2010/07/artigo-de-rodrigo-da-cunha-pereira.html> . Acesso em 15/02/2014 às 14h56.

<sup>41</sup> "(...) a lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as 'condições de legalidade de um ato', seja para modificar ou suprimir os 'efeitos de um direito já realizado'. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os 'efeitos futuros' de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa"

<sup>42</sup> Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados ('facta praeterita'), é ela retroativa, se pretende aplicar-se a situações em curso ('facta pendentia'), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores a data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá senão efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer ('facta futura'), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa.

O STF, ainda, citando Vicente Rao, que em seu livro de 1952 - O Direito e a vida dos direitos - abordou o direito intertemporal sob o seguinte enfoque:

O autor primeiramente distinguiu os direitos pessoais puros, dos direitos pessoais relativos ou patrimoniais. Segundo ele, quanto aos primeiros, por envolverem normas de direito público, têm aplicação imediata (v.g. relações pessoais entre cônjuges, normas sobre pátrio poder, alimentos tutela, curatela). No que concerne à segunda categoria (Direitos pessoais relativos ou patrimoniais), mas vinculados ao direito de família ou dele decorrentes, biparte sua qualidade: uns, cuja constituição deixava ao livre arbítrio das partes, por predominarem os interesses individuais; outros, são direitos em que prepondera o interesse social. Aí apresenta a solução: "Os primeiros continuam submetidos à lei sob o qual nasceram, ao passo que os últimos são atingidos, em seus efeitos, pela lei nova, desde o momento em que esta entre em vigor. (STF. RE. Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.11.88).

Em que pese a supressão do texto constitucional em relação aos prazos para a concessão do divórcio ser incontestável, algumas situações transitórias devem ser consideradas em relação à situação daqueles que já estavam separados judicialmente na data da entrada em vigor da Emenda Constitucional e daqueles casais com processos judiciais de separação em curso, no que tange à perda ou não do objeto da ação, pautados de antemão numa interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico.

## 7.1 PROCESSOS EM CURSO

Evidente resta que a solução que cada doutrinador propõe para a questão deriva de sua posição acerca da coexistência ou não dos dois institutos (separação judicial e divórcio) e diante deste entrave, o magistrado encontrará respaldo em ambas as posições.

O festejado doutrinador Pablo Stolze propugna pela seguinte solução:

E o que dizer dos processos judiciais de separação em curso, ainda sem prolação de sentença? Neste caso, a solução, em nosso sentir, é simples. Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio. Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do CPC, segundo o qual, "feita a citação, é defeso ao autor

modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo ". Isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, em desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperatividade, que impedem seja uma das partes colhida de surpresa ao longo da demanda. De modo algum. O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional. Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido *in albis*, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC). [11] Se, entretanto, dentro no prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal, com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda.<sup>43</sup>

Rodrigo Cunha Pereira e Alvaro Villaça Azevedo, respectivamente, em suma preveem solução semelhante à questão aduzindo que “os processos judiciais em andamento sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento” ou em outras palavras que “ouvidos ambos os cônjuges, e se favoráveis a manterem o pedido de separação judicial, este deve ser extinto pelo Judiciário, já que não é mais admitida a separação judicial coma edição da Emenda 66/2010”<sup>44</sup>.

Maria Helena Diniz<sup>45</sup> entende que o procedimento de separação era utilizado apenas por exigência legal, e que, na verdade, a intenção dos cônjuges que o requeriam era, desde o início, pôr fim ao casamento, sendo assim, no momento em que deixa de existir o processo de separação, o juiz deve transformá-lo em ação de divórcio, dando apenas ciência às partes da conversão. A única hipótese, portanto, de extinção do processo sem resolução de mérito, aos adeptos dessa tese, seria em caso de expressa

---

<sup>43</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. Cit.*

<sup>44</sup> AZEVEDO, Alvaro Villaça de. O novo divórcio no Brasil, parte III, o Novo divórcio: judicial e extrajudicial. Pag 99.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p.130

manifestação de uma das partes contrária à conversão, pois até mesmo o silêncio importaria em aceitação tácita.

Por fim, segundo José Moacyr Doretto Nascimento e Gustavo Gonçalves Cardozo<sup>46</sup> adeptos da teoria sobre a sobrevivência da separação judicial no ordenamento, as partes litigantes poderiam optar pela continuidade da demanda de separação.

## 7.2 SEPARAÇÕES JUDICIAIS NÃO CONVERTIDAS EM DIVÓRCIO

Não seria jurídica ou praticamente possível transformar o estado civil de todos aqueles que são separados judicialmente em divorciados de ofício. Portanto, o estado civil de “separado judicialmente, em que pese o comando constitucional ter suprimido essa expressão do texto, sobrevive a título de nomenclatura civil (para aqueles que acreditam na extinção da separação judicial do ordenamento). Neste mesmo raciocínio poderão ainda usar a faculdade que lhes oferecia o artigo 1.577 do Código civil e reestabelecerem a sociedade conjugal.

Nesse seguimento estão as explicações de Pablo Stolze :

A alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de se gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica. Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo. Respeita-se, com isso, o próprio ato jurídico perfeito.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> NASCIMENTO, José Moacyr Doretto e CARDOZO, Gustavo Gonçalves. A emenda do divórcio: singelas reflexões. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>. Acesso em 22.jul.2010.

<sup>47</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. p.140

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo resta que esse tema possui uma intensa carga histórica e teológica, não que o Direito como um todo não possua, mas o assunto em especial desafia a percepção humana sobre a importância e a razão de ser da família. Entretanto, os hábitos familiares são sempre cambiantes e o direito tende a observar esse dinamismo e adequar-se aos anseios sociais de cada época.

Em sua origem histórica, o Brasil tornou-se um Estado laico com o Decreto nº 119-A/1890 idealizado por Ruy Barbosa e até o advento do Decreto, a religião Católica Romana era tida como oficial, havendo liberdade de crença, mas os cultos de religiões diferentes, só podiam ser realizados no âmbito dos lares. Decorre dessa realidade, que independentemente de sermos um Estado laico, aonde o mundo civil não se vincula às confissões religiosas, nenhuma estrutura já existente se rompe bruscamente de uma hora para outra, toda mudança deixa vestígios que podem ou não serem apagados com o tempo ou mesmo serem mantidos intactos por determinados grupos. Em relação à solubilidade do vínculo matrimonial não poderia ser diferente, denotando tradições ainda regidas pelos ditames e ensinamentos da Igreja Católica decorrentes de resquícios da não laicidade do Estado, grande número de fieis e lenta adaptação dos preceitos cristãos à nova realidade que se traduz em uniões cada vez mais efêmeras.

O Direito como explicitado no decorrer de todo o trabalho, vem tentando adequar-se a tudo isso, pouco a pouco, através de diversas alterações legislativas que retiram cada vez mais a interferência do Estado na vida e nas escolhas pessoais dos cidadãos, sem, contudo perder a noção de que o direito de família possui normas de interesse público que visam proteger e dar suporte à existência da célula base de toda e qualquer sociedade.

Desta forma, a família, coluna vertebral da sociedade como afirmou Ives Gandra merece especial atenção, proteção e zelo, mas será que isso decorre da blindagem casamento (como solenidade) a qualquer custo? Fato é, que a discussão acerca de subsistir ou não a separação judicial dentro do ordenamento jurídico só se faz necessária porque as pessoas entendem que família é sinônimo de casamento “de papel passado”. E

isso se protraí em uma mentalidade inquietante por parte dos juristas quanto ao real significado da Emenda 66/2010, pois o fim do casamento seria sinônimo de fim da família. Entretanto, na prática o fim da família se dá, efetivamente, no processo de convivência de um casal que em muito antecede o Divórcio.

Aos que prezam por sua manutenção, em analogia ao Direito Penal, o divórcio seria a consumação do fim de uma família e a simples existência da separação judicial ainda que não condicionante após a emenda, se prestaria como uma circunstância alheia a vontade do agente que poderia evitar a consumação. E mais, antes da alteração do texto constitucional, esperava-se que separação judicial funcionasse como o “arrependimento eficaz” do Direito de Família.

Quanto à técnica legislativa, convenhamos que não foi o primor do mundo jurídico, mas fato é que qualquer alteração Constitucional se revogadora tácita, a será em relação ao que lhe for realmente incompatível. Ou seja, os únicos incompatíveis, portanto, seriam os dispositivos infraconstitucionais que condicionassem o divórcio de qualquer maneira, não permitindo aos cônjuges fazer uso de seu direito potestativo de dissolução do vínculo conjugal.

Dessa forma, se um cônjuge que obtivesse prova de séria violação de um dos deveres do casamento poderia utilizar-se livremente da separação judicial com culpa (dispositivo não obstador, portanto, em tese ainda vigente) para coibir a prestação de alimentos ao outro cônjuge e utilização do nome de casado.

Entretanto, há uma situação nebulosa a ser pensada: Sendo o divórcio agora um direito potestativo como já mencionado, caso um dos cônjuges faça uso da separação judicial com culpa, arguindo quebra de um dos deveres do casamento, pleiteando abster-se do pagamento de alimentos e outras implicações, bastaria o cônjuge- réu, ao invés de contestar tal ação, valer-se de uma Ação de Divórcio (que não induziria litispendência haja vista terem causas de pedir e pedidos diversos), e obter a dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, fazendo com que a ação de separação perdesse o objeto central, sendo extinta sem resolução de mérito por falta de interesse de agir.

Parece simples a questão, mas não é, tanto que os magistrados decidem de formas diversas quando se deparam com uma ação de separação judicial nova ou em curso após a promulgação da emenda. E isto é o que não pode ocorrer, pois não estamos falando de divergência fático - probatória que confere ou não a uma parte a procedência de seu pedido a partir da análise da subsunção. Estamos entrando no campo da garantia constitucional que é o direito de Ação (art. 5º, XXXV, CF/88), pois como uma parte pode entrar com uma ação em uma vara (cujo juiz entenda que a ação de separação judicial subsista) e em outra não? Essa questão pede uma rápida uniformização, ainda que venha a ser discutido e mudado o entendimento posteriormente. O que não se pode conceber é mitigação do direito de ação, preocupando-se os juristas mais doutrinar, criando teses e explanações sobre o que seria melhor para a família de acordo com suas convicções pessoais – por mais que de suma importância seja a calorosa discussão – deixando de lado as próprias famílias da vida real em razão de uma técnica legislativa incompleta e dúbia.

## 9. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Alvaro Villaça de. **O novo divórcio no Brasil, parte III** in o Novo divórcio: judicial e extrajudicial. JusPODIVM..2011

BEVILÁQUA, Clovis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro, 1993, p. 17.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição de 1988** . Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/05/2011, CE - CORTE ESPECIAL. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21117188/sentenca-estrangeira-contestada-sec-5302-ex-2010-0069865-9-stj>>. Acesso em 17/03/2014 às 23h34.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Civil 2011.052992-0, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 05/10/2011. Segunda Câmara de Direito Civil. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20547007/apelacao-civel-ac-529920-sc-2011052992-0>. Acesso em 17/03/2014 às 23h40.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Civil 105.723-1,21.06.1989; 2ª Câmara. Disponível em (<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1057231/apelacao-civel-ac>) Acesso em 21/10/2013 às 14h33 .

CABRAL, Lidia Caldeira Lustosa. **Separação Judicial. Um Instituto Jurídico Derrogado?** Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista56/revista56\\_119.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_119.pdf). Acesso em 17/03/2014



CAHALI, Yussef Said. **Separações Conjugais e Divórcio**. 12ª Edição. Revista dos Tribunais. 2011.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **Jornada de Direito de Família**. Disponível em [http://www.ambitouridico.com.br/site/index.php/..%5C..%5CWINDOWS%5CAplicati on%20Data%5CQualcomm%5CEudora%5CL7210.htm?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura &artigo\\_id=12752&revista\\_caderno=14](http://www.ambitouridico.com.br/site/index.php/..%5C..%5CWINDOWS%5CAplicati on%20Data%5CQualcomm%5CEudora%5CL7210.htm?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=12752&revista_caderno=14). Acesso em 11/05/2013 às 15h34.

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

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo código civil**. 3ed. ver Atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º volume. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova emenda do divórcio**. disponível em jus navigandi <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio>. Acesso em 15/02/2014 às 15h34.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Torquato Castro. **O Novo divórcio no Brasil. Cap. V – A Emenda Constitucional nº 66/2010 e sua repercussão na dissolução extrajudicial do casamento**. Jus Podvm. 2011.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**. Tradução J.Creella jr. E Agnes Cretella – 2 ed. ampl. e rev. Da tradução – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005. Título Original: Justiniani Institutiones.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=629>>. Acesso em: 13/052013 às 14h54.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O divórcio relâmpago gera insegurança à família.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jul-08/divorcio-relampago-gera-inseguranca-fragiliza-ainda-familia>. Acesso em 15/08/2013 às 11h11.

MELLO, Marco Aurélio. STF, R 38 7271, j. em 08.08.2007, DJE 01.02.2008 . Disponível em <<http://stt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727629/recurso-extraordinario-re-387271-sp>>. Acesso em 14/02/2014

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** v.2: direito de família. 37ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Reparação civil na separação e no divórcio.** São Paulo, Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto e CARDOZO, Gustavo Gonçalves. **A emenda do divórcio: singelas reflexões.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>. Acesso em: 22/11/2013 às 23h33.

PARECER DA COMISSÃO ESPECIAL. **Análise da PEC 413/2005 e 33/2007.** Câmara dos Deputados, Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 29.11.2007. Disponível em: < Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/2005 e 33/2007 ministrado na Câmara dos Deputados, Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 29.11.2007.> Acesso em: 22/02/2014 às 23h50.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** vol. V, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1945.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional n° 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 13/01/2014 às 18h57.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Número de divórcios aumenta em quase 150% em SP.** Publicado em 15/10/2010. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-out-15/numero-divorcios-aumenta-150-sao-paulo-depois-ec-66>>. Acesso em 16/02/2014 às 22h29

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei 10.406, de 10.01.2002.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família.** vol 6, 28ª ed. São Paulo. Saraiva, 2004

SALOMÃO, Glauco; SALOMÃO, George. **O Instituto da Separação ainda existe no Direito civil Brasileiro? In: O Novo Divórcio no Brasil.** JusPodivm. 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Emenda Constitucional do divórcio e o Código Civil, Tribuna do Direito,** 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Emenda Constitucional do Divórcio.** Saraiva, 2011

VELOSO, Zeno. **O novo divórcio no Brasil.** 2010. Editora Jus PODIVM.

**ANEXO A – JUSTIFICATIVA SOBRE A PEC 33/2007**

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2007**

**( Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro)**

Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial.

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos da art.

60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 226 .....

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.” (NR)

.....

**Art. 2º** Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

**JUSTIFICATIVA**

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia ( Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. 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.

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?

O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.

Sala das Sessões, 10 de abril de 2007.

**Deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO**  
**PT/BA**

**ANEXO B – PARECER SOBRE PEC 28/2009 APROVADO NA COMISSÃO**

SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador DEMÓSTENES TORRES

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E

CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 28, de 2009 (nº 413, de 2005, na origem), que 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.

RELATOR: Senador DEMÓSTENES TORRES

**I – RELATÓRIO**

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 28, de 2009, originária da Câmara dos Deputados, onde foi registrada sob o nº 413, de 2005, direciona-se ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, do qual pretende suprimir os requisitos relativos ao lapso temporal de um ano, contado da separação judicial, e de dois anos, contados da data da separação de fato, para a obtenção do divórcio.

A proposta é lastreada por exposição das condições sociais que culminaram, em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9, que admitiu o divórcio no Brasil.

Não foram apresentadas emendas.

**II – ANÁLISE**

A análise da PEC não revela impropriedade de natureza constitucional, jurídica, regimental ou de técnica legislativa, o que comporta a sua admissibilidade e remete ao exame de mérito.

A data que serve de base para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação de divórcio – denominada dies a quo – é a do trânsito em julgado da separação judicial. No caso da separação de fato, por abandono unilateral ou recíproco, o prazo é de dois anos.

Por construção jurisprudencial, mais tarde assimilada pela lei, a data a partir da qual se conta o prazo para requerer o divórcio pode retroagir à da separação cautelar de corpos, medida que, geralmente, precede a ação principal de separação judicial.

Como se vê, a regra não é rígida, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros.

Além disso, o interesse no fim da união matrimonial assume características variadas, sujeitas ao teor dos conflitos – ou a sua inexistência –, à extensão patrimonial, às questões ligadas à prole, em especial a fixação de alimentos, o que não se resolve pela simples dilatação do prazo compreendido entre a separação formal ou informal e o divórcio.

Observa-se também que, passados mais de trinta anos da edição da Emenda Constitucional nº 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.

A sociedade conjugal, fruto da iniciativa dos cônjuges, pode por eles ser desfeita, formal ou informalmente, ao seu arbítrio, mas o vínculo conjugal, para ser desfeito pelo divórcio, depende de nova interferência do Estado.

Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás,

e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado estão, hoje, todos dissipados, inclusive o de que, “no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento”.

O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá. Acrescente-se que a exigência de prazo e a imposição de condição para a realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus impróprio ou desnecessário. Ora, o prazo para a concessão do divórcio não é peremptório, tanto que pode retroagir à data da separação cautelar de corpos, e a condição não é essencial, porquanto a sociedade conjugal pode ser desfeita pelo casal, indiferente ao Estado. Logo, as duas variáveis, sem nenhum prejuízo para o disciplinamento do tema, podem ser retiradas da norma, conforme preconiza a proposta de emenda.

### III – VOTO

Diante das considerações expendidas, o voto é pela aprovação da PEC n° 28, de 2009.

Sala da Comissão, 24 de junho de 2009.

Senador JAYME CAMPOS, Presidente em exercício

Senador DEMÓSTENES TORRES, Relator

**ANEXO C – VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR LUIS CARLOS  
FREYESLEBEN NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.052992-0**

**VOTO**

Trata-se de recurso de apelação interposto por V. C. M. contra sentença da doutora Juíza de Direito da Vara Única da comarca de Forquilha que, em ação de separação litigiosa, movida contra E. dos S. L. M., extinguiu o processo sem resolução do mérito.

A discussão sob exame origina-se da edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, dando nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal. O dispositivo legal, consoante redação atual, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 ano ou de prova da separação de fato por mais de 2 anos.

Na espécie, o autor aforou ação de separação judicial contra a esposa sob a antiga vigência do artigo 226 da Constituição Federal. Entretanto, defronte da edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, a doutora Juíza de Direito intimou o autor para manifestar-se sobre a conversão da separação em divórcio (fl. 20), havendo ele discordado da medida, tendo requerido o prosseguimento da ação de separação judicial (fl. 21). Com isto, a eminente Magistrada extinguiu o processo sem resolução de seu mérito, sob o entendimento de que o instituto da separação judicial foi extirpado do ordenamento jurídico brasileiro.

Não é como penso, nem como pensa a Câmara, pois entendemos que a separação judicial não foi suprimida do ordenamento, tanto que, sistematicamente, esta e outras Câmaras deste Tribunal têm enfrentado a matéria e dito que subsiste ainda a separação judicial.

Exemplo disso são os seguintes julgados: Ap. Cív. n. , de Joinville, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 8-9-2011; AI n. , de Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 1-9-2011; AI n. , de Rio do Sul, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 5-4-2011; AI n. , de Urubici, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 17-2-2011; Ap. Cív. n. , de Concórdia, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 18-5-2011, entre outros.

Na verdade, a conversão da ação de separação judicial em divórcio é mera faculdade das partes, que, se preferirem, podem manter o curso da ação de separação judicial, mormente se pretendem discutir a culpa pela desfazimento da sociedade conjugal, com

reflexos patrimoniais, tal como nesta hipótese. Em casos que tais, em não comportando a ação de divórcio a mesma abrangência do processo de separação judicial, pois não permite discussão sobre as culpas dos cônjuges, indispensável é permitir o prosseguimento da ação de separação judicial, em cujo contexto as partes poderão provar os fatos constitutivos (CPC, art. 333, I), modificativos, impeditivos ou extintivos (CPC, art. 333, II) de seus direitos.

Penso, portanto, que a nova disposição constitucional não suprimiu do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação; apenas extinguiu o requisito temporal com vistas ao divórcio, que é modalidade de extinção do casamento (CC/2002, art. 1571). Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, em seu art. 2º, § 1º: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Todavia, a aludida Emenda Constitucional não só não revogou expressamente o instituto da separação judicial, como também não criou incompatibilidade entre ambos os institutos.

José Moacyr Doretto Nascimento e Gustavo Gonçalves Cardozo (2010) ensinam que "É de se indagar se a separação judicial foi, deveras, extirpada do ordenamento jurídico pela superveniência constitucional. A novel norma constitucional preceitua que o casamento será extinto pelo divórcio, silenciando-se quanto à separação; nada diz, nada prescreve. [...] Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redargüir que serão esses casos poucos ou mesmo raros, porque o direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade de minorias".

Para o Juiz de Direito e doutrinador Nemércio Rodrigues Marques, "A Emenda nº 66 não excluiu a possibilidade de separação judicial (litigiosa ou consensual); apenas - e isso resta claro da redação de sua epígrafe [06] - disciplinou de forma diversa o instituto do divórcio.

E não poderia ser diferente, visto que se trata de dois institutos diversos, sendo um equívoco, data venia, tratar a separação judicial como um minus em relação ao divórcio. Tanto é assim que os referidos institutos sempre foram independentes um do outro - admitindo-se, outrora, haver separação judicial sem divórcio e divórcio sem a prévia separação judicial.



Com isso, não se pode dizer que a abolição dos requisitos temporais do divórcio, de modo a facilitá-lo, tenha posto fim à separação judicial.

Ademais, prescreve a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 2º, § 1º: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Ora, além de não haver revogação expressa da separação judicial pela citada Emenda Constitucional, não há qualquer incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê aquele instituto. Vale insistir, o fato de a Constituição, a partir da Emenda, não mais exigir os requisitos temporais do divórcio em nada interfere na previsão infraconstitucional da separação (consensual ou litigiosa), nem tampouco é com ela incompatível" ( A Emenda Constitucional n. 66 e a separação judicial ).

À vista de tudo quanto foi exposto, concluo que a extinção sumária do processo não era a medida mais adequada, sendo mais coerente cassar a sentença para ordenar o prosseguimento da ação de separação judicial na origem. Por isso, conheço do apelo de V. C. M., ao qual provejo para cassar a sentença increpada.

Este é o voto.