

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

ILTON GARCIA DA COSTA

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-653-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

A bela cidade de Salvador – BA, em uma aconchegante tarde de inverno ensolarada, sediou o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, ocasião em que foram apresentados ótimos trabalhos científicos de vários temas inéditos, o que demonstra a realização de uma investigação científica sólida na seara jurídica.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes aos processos de adoção e tráfico infantil; crime de abandono; reprodução humana assistida; direitos da personalidade do idoso; abandono afetivo; guarda compartilhada; uniões poliafetivas; direitos do nascituro; multiparentalidade e outros temas de suma relevância não só para a comunidade científica, mas também para toda a sociedade de um modo geral.

Assim, a obra foi dividida em 27 capítulos, os quais buscarão proporcionar ao leitor uma visão mais moderna e humanizada acerca do direito de família, demonstrando as diversas transformações e modificações de comportamentos sofridos ao longo dos anos, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, pois além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas a nível de pós-graduação, de pôsteres que demonstram também o que tem sido realizado a nível de investigação científica nas academias, possibilitando assim uma intensa troca de experiências.

Deseja-se uma excelente leitura, e que o aproveitamento seja máximo das ideias propostas pelos diversos escritores deste livro, os quais buscam, na diversidade temática, subsídios para a construção da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – PUC/Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UEM / UNICESUMAR

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A SEPARAÇÃO DE DIREITO E O DIREITO À SEPARAÇÃO SEPARATION OF LAW AND THE RIGHT TO SEPARATION

Leonora Roizen Albek Oliven ¹

Resumo

O trabalho discute a dimensão de fenômenos jurídicos separação e divórcio e os seus diferentes efeitos jurídicos a justificar a manutenção e ambos no ordenamento, considerando o modo como afetam as novas famílias. Aborda as divergências sobre a possibilidade de revogação da separação de direito travada pós emenda constitucional 66/2010 nos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Família, Casamento, Separação, Divórcio, Efeitos

Abstract/Resumen/Résumé

These paper discusses the dimension of legal separation and divorce phenomena and their different legal effects to justify the maintenance and both in the planning, considering how they affect the new families. It addresses the divergences on the possibility of repeal of the separation of right held after constitutional amendment 66/2010 in the Brazilian court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family, Marriage, Separation, Divorce, Effects

¹ Doutora em Direito, mestre em psicanálise, saúde e sociedade, Coordenadora e professora de direito civil da universidade Veiga de Almeida, Tijuca, Rio de Janeiro, advogada.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por finalidade discutir a dimensão de fenômenos jurídicos que afetam a família brasileira contemporânea em caso de reconfiguração familiar no que se refere especificamente aos diferentes efeitos jurídicos entre a separação e direito e o divórcio para que se possa perquirir se a emenda constitucional 66/2010 revogou ou não o instituto da separação.

Para tanto, se traça um percurso histórico-jurídico relacionando a sociedade e o grau de interação da norma com esse grupo. O sistema jurídico tem um contexto histórico-social e atua em atividade dinâmica, cuja resposta demanda diálogo de ideias, de valores e de fontes.

Para a compreensão da força que gravita em torno da família, foi escolhida a decisão proferida pela Quarta Turma do STJ¹ em março de 2017 e pela Terceira Turma em agosto de 2017. Ambas consolidam o entendimento que a Emenda Constitucional nº 66/2010, ao extinguir o lapso temporal ou eventual condição para o divórcio, não eliminou do ordenamento o instituto da separação de direito e admite a coexistência de ambos os institutos.

A Min. Isabel Galloti, relatora do recurso especial, concluiu que “O texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial”. Ao admitir a coexistência de ambos os institutos, o Tribunal tomou um rumo diferente de grande parte da doutrina e até mesmo dos tribunais: o da extinção do instituto da separação.

A problemática gira em torno das peculiaridades conceituais e dos diferentes estatutos jurídicos da separação e do divórcio. Tendo por objetivo apresentar as suas diferenças históricas e sociais, acredita-se que se possa mediar sobre a sua permanência ou extinção. No percurso, se faz necessário identificar as pluralidades de separação, fática e de direito. A organização e distinções das ideias permitirá a apreciação da decisão sob uma nova perspectiva, que ensejou a reconstrução da jurisprudência do STJ no que se refere agora à permanência da separação.

Buscando estabelecer um paralelo entre os efeitos dos institutos como resposta jurídica, a análise se propõe crítica, razão pela qual a metodologia escolhida para nesse percurso é o da pesquisa documental, bibliográfica e legislativa, permeada pela historicidade

¹ O processo corre em segredo de justiça. As informações advêm do site do STJ, disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges Acesso em 07 abr. 2018.

do direito e tendo por fio condutor os institutos em diferentes momentos históricos e normativos. O método dedutivo permitirá a análise comparativa dos institutos.

1. Duelo de Titãs pelo divórcio.

Até o ano de 1977, o casamento no Brasil era indissolúvel por ato intervivos, implicando na perpetuação das relações conjugais ainda que não houvesse qualquer vínculo de afeto. O casamento instituía um vínculo permanente e absolutamente heteronormativo. Garantidor do nome, da propriedade, dos direitos dos homens e dos deveres das mulheres, ele tutelava as relações sexuais entre o casal, a submissão filial, o controle do *pater* e ainda assim muitas vezes se dava em nome da razão.

Até então, o que era possível ao arremate jurídico da relação conjugal era o desquite. Único instituto aplicado pela codificação civil, o desquite² permitia o término da sociedade conjugal³ sem que efetivamente colocasse fim ao casamento, pois o vínculo jurídico permanecia. O instituto refletia um certo menosprezo social àqueles que se encontravam nessa posição jurídica: não eram um casal e tampouco poderiam casar com outras pessoas, já que permaneciam no estado civil de casados, refletindo impedimento a novas núpcias. O vocábulo continha a pecha de inadimplemento, significando que o casal não estava satisfazendo a sociedade conjugal. Ele era suficiente apenas à separação de corpos, servindo como substituto ao divórcio de que tratara o decreto nº 181 de 1890. Precursor do desquite e da separação judicial, permitia o afastamento de corpos do casal, mantendo, no entanto, o vínculo jurídico do casamento.

Ambos afastavam o casal, mas não rompiam o vínculo conjugal, o que só seria possível com a morte de um dos cônjuges. O casamento era indissolúvel pela manifestação da vontade, refletindo o sacramento trentino exigente da castidade e garantidor da monogamia. Às mulheres que dessem causa ao desquite, impunham-se sanções que cristalizavam a culpa, como a perda do direito ao uso do nome⁴ em decorrência de violação aos deveres conjugais.

A honra do homem seria afiançada pelo casamento, que atribuía mais direitos aos homens dos que às mulheres, já que submetia ao poder decisório, econômico e financeiro do marido. No domínio das relações familiares, subordinava a gestão familiar à dependência da

² Consensual ou litigioso, esse decorrente de culpa, de violação aos deveres do casamento.

³ Art. 315 da Lei 3071/1916.

⁴ Lei nº 3071/1916, Art. 324.

mulher. A tensão conjugal agindo como elemento disfuncional da família se cristalizava nos casamentos eternos.

Ao Estado, formado por homens, não interessava regularizar ou renovar as relações familiares. Implicaria no rompimento da lógica patriarcal garantidora da posição jurídica de vantagem masculina. A tradição colonial de transferência da mulher da família do pai para a do marido continuava e o divórcio colocava em risco essa tradição. Apoiado pela Igreja⁵, rechaçava a ideia de permitir que as pessoas pudessem refazer as suas famílias. Tanto o é que em 1928 o governo brasileiro denunciou os artigos da Convenção de Havana⁶ que previam o divórcio; recepcioná-los⁷ implicaria em alterar a legislação brasileira, contrariando os interesses de então de suposta estabilidade familiar.

Sem a dissolução do casamento não era possível a regularização das reconfigurações. Em nome de uma moral nitidamente religiosa, deveriam permanecer casadas uma única vez ou marginais, afastadas dos direitos civis típicos e próprios das famílias. Vagando em busca da realização de seus afetos, foi possível juntar a dignidade para lutar e refazer as suas vidas como resposta à falta de perspectiva existente.

A reação se apresenta com a luta divorcista, especialmente pelas mulheres que conviviam em uniões informais, chamadas de concubinato, configurando sociedade de fato, excludente de direitos tipicamente familiares. Em 1947 é proposta a regulamentação dos direitos das companheiras, que não segue adiante; romperia com os dogmas. Nelson Carneiro reage à intervenção sob o argumento da necessidade em acolher essas famílias sob o risco de perdê-las para as demais religiões. A Presbiteriana e a Metodista, que contavam com desquitados na comunidade (CARNEIRO, 1977, p.229), estavam em posição diferenciada. Permitir o divórcio humanizaria a religião, daria conforto aos homens e permitiria a reorganização social com os novos casamentos.

Em 1952 Nelson Carneiro propõe emenda constitucional para admitir o divórcio, a qual é rejeitada. Uma forma alternativa seria permitir o registro civil de famílias recompostas desde que por conviventes há mais de cinco anos. O projeto⁸, recusado, foi reapresentado⁹ e novamente vetado. Era forte a oposição de Plínio Corrêa de Oliveira¹⁰ para impedir as novas famílias. Sob os argumentos de que a dissolução do vínculo conjugal quebraria a família brasileira, o Estado resiste aos vívidos contrastes sociais. A família já se tornara plural.

⁵ Liderada pelo deputado federal Monsenhor Arruda Câmara.

⁶ 20/02/1929.

⁷ Decreto-Lei nº 18.871, de 13/08/1929.

⁸ Projeto de Lei nº 3.845 de 19 de agosto de 1966.

⁹ Projeto de Lei nº 1.148 de 28 de março de 1968.

¹⁰ Líder do movimento de extremadireita TFP – Tradição, Família e Propriedade.

1.1.A lei do divórcio

Não havia mais como resistir a ele. Se a família seria formada tão somente pelo casamento como indicado na Constituição Federal, era preciso criar as condições para que as famílias pudessem se reorganizar. A regulamentação do fato social se impunha para tornar possível a inserção das pessoas na ordem jurídica e amparar as relações jurídicas.

A emenda constitucional nº 9/1977 alterou a Constituição Federal para admitir a dissolução do casamento. Trata-se do divórcio ao vínculo, expressão que não aparece no texto legal. Se na versão original do art. 175 do texto constitucional há orientações de que o casamento é indissolúvel, a alteração insere a dissolução dependente de requisitos. Impunham a prévia separação judicial por mais de três anos¹¹ e admitem a separação de fato¹². O lapso temporal é significativo, possivelmente para que as pessoas pudessem refletir se efetivamente pretendiam colocar fim ao casamento. Ainda era considerado como uma ameaça às famílias.

A Lei nº 6515 de 26 de dezembro de 1977, que regula a dissolução do casamento, no texto original exigirá, além do prazo de três anos da separação judicial, que as obrigações assumidas pelo requerente na separação estejam cumpridas. A obtenção do divórcio estava subordinada às exigências legais, instituídos como forma de dificultar a obtenção do divórcio ou como medidas efetivamente protetivas do *status quo* vigente.

Colocando fim ao casamento e aos seus efeitos civis, ele poderia ser convertido sem que se mencionassem as razões de sua ocorrência. Elas poderiam ser discutidas em sede de separação judicial. Na redação original, a mulher perderia o direito ao uso do nome de casada, pertencente ao marido. Em 1992¹³, é autorizada a manutenção do nome de casada desde que seja necessário para a sua identificação pessoal como mãe ou que haja algum tipo de risco no retorno ao nome de solteira. Trata-se de proteção originária ao nome da família do marido, que poderia ser usado pela mulher caso não tenha culpa pelo fim da relação ou perigos em deixar de usá-lo. Discutir o privado em público permite a exposição do sofrimento do casal.

¹¹ Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao artigo nº 175 da Constituição Federal.

Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"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".

¹² Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

¹³ Lei nº 8408/1992.

A lei trabalha fortemente com o elemento culpa a caracterizar o fim da estabilidade familiar, como se ela fosse efetivamente importante pelo rompimento da harmonia doméstica. Atribui-se culpa àqueles que quebram as tradições. As mágoas dos relacionamentos não são recompostas pelas probabilidades de perda de uso do nome ou de pagamento de verba alimentar, que permanece àquele que deu causa ao divórcio.

Com a finalidade de evitar a confusão patrimonial e a interferência de terceiros no tema, não seria possível a dissolução do casamento antes de efetivada a partilha. Como se uma sanção às escolhas pessoais, a lei tem um caráter punitivo e parcimonioso, criando muitos requisitos e admitindo apenas um divórcio. São as duas únicas chances de felicidade.

Parece haver um paradoxo nessa restrição e um único divórcio. Caso uma pessoa divorciada se casasse com uma pessoa solteira, não seria possível a dissolução desse casamento. Mesmo sendo o primeiro divórcio para um dos cônjuges, seria o segundo para o outro, o que implicaria no retorno ao ponto de partida: a indissolubilidade do casamento. Em 1992 o artigo de lei será revogado, não mais havendo restrições a número de divórcios por pessoa.

No que se refere aos filhos, é explicitada a separação ente parentalidade e conjugalidade, mantendo os pais divorciados em relação aos filhos os mesmos deveres existentes na constância da sociedade conjugal. Os filhos não podem – e não devem – serem elementos de barganha ou submetidos às feridas narcísicas parentais. Sujeitos de direito, devem receber proteção especial para o desenvolvimento pessoal e afetivo e elas transcendem aos direitos conjugais de forma responsavelmente autônoma.

É uma lei que enfrenta as diversas questões decorrentes do casamento pois ele era a única forma reconhecida a constituir a época nomeada de família legítima. Os cuidados estão para além do casal.

1.2. O divórcio constitucional

As alterações legislativas de 1992 foram necessárias para acompanhar a Constituição Federal de 1988. Focada na repersonalização do direito e atribuindo valor específico aos princípios da dignidade da pessoa humana e liberdade de escolhas, dentre eles o de constituir a sua família da forma como aprouver ao casal, a Constituição desloca a proteção do casamento para as configurações familiares (TEPEDINO, 2006).

Nesse caminho se faz necessário criar instrumentos de realização e de satisfação efetiva às novas famílias. Não haveria sentido em reconhecer as novas entidades, como as famílias

advindas da união estável, as monoparentais e as reconfiguradas, sem oferecer instrumentos de concretização.

São reduzidos os prazos do divórcio. Ele poderá ser direto a partir da separação de fato por pelo menos dois anos, fortalecendo o conceito de separação de fato, ou por conversão, a partir de um ano da separação judicial. Ainda há requisitos a serem observados, mas o reconhecimento da separação de fato como termo hábil a colocar fim na sociedade conjugal será acolhido também pela jurisprudência para aplicar em incomunicabilidade de bens havidos após a separação fática¹⁴, em especial a de longo tempo, ou ainda para evitar a culpa pós-separação.

A Constituição reduz os prazos liberatórios para o divórcio, que opera em um sistema binário: separação judicial-divórcio. Considerando os diferentes efeitos dos institutos, impunha que para se chegara à dissolução do vínculo conjugal era necessário o término da sociedade pela separação judicial ou fática. Seria um período de esgarçamento relacional suficiente a colocar fim aos direitos e deveres do casamento e ao regime de bens sem atuar especificamente no rompimento em definitivo. O casal poderia retomar a sociedade conjugal através de petição ao juiz via direito de arrependimento. De outro lado, o divórcio colocaria um fim em definitivo ao casamento e aos efeitos dele decorrentes.

A intervenção significativa do Estado nas relações privadas, como na exigência de lapso temporal entre a separação e o divórcio, ou ainda de requisitos prévios, impunha ao ex-casal um ônus excessivo, mantendo o casamento indissolúvel por mais tempo do que o desejado pelo casal. Ao dificultar o divórcio exigindo prazos, como se lamentasse o fim do casamento, havia a contradição entre a liberalidade e a retentiva. Se não há mais o interesse ou o objetivo na manutenção da entidade conjugal, qual seria o sentido em exigir prazos para a obtenção do divórcio?

1.3. A PEC do Amor

A compreensão de que o que efetivamente coloca término ao casamento é a impossibilidade de manutenção de uma vida afetiva em comum, aumentava a pressão para tornar possível a liberação do vínculo sem que fosse necessário aguardar por tanto tempo. Ele

¹⁴ 'Não viola o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento a negativa de meação de bens havidos na constância do matrimônio por um dos cônjuges, mas quando já caracterizado o rompimento fático do vínculo pela prolongada separação e impossibilidade de reconciliação' (RJ 114/102).

trazia riscos aos diálogos. Ao invés de possibilitar a reconciliação, ampliava o hiato entre o casal, que se via impossibilitado em seguir adiante e consolidar as suas novas escolhas.

Essa perspectiva abriu espaço para a PEC 28/2009¹⁵: a PEC do Amor, projeto de emenda constitucional propondo a extinção dos prazos ou de requisitos para a concessão de divórcio. A supressão de tempo fortalece a ideia de que o divórcio é um direito potestativo, tornando possível a satisfação desse direito e impondo ao outro cônjuge a submissão. Ela propunha o fim das exigências e chantagens emocionais, responsabilizando o casal pela decisão em divorciar.

Outro ponto de inflexão está na perda de eventual sentido ou relevância na investigação do elemento culpa para separação ou divórcio. Não havendo qualquer requisito formal ao divórcio, exceto o casamento válido, não há razões para a investigação da culpa ao divórcio, tampouco à separação.

A menor intervenção do Estado nas relações familiares parece tratar de um amadurecimento social. A emenda permitirá a aceleração da dissolução do vínculo conjugal. Para além de desburocratizar o instituto, viabiliza as reconfigurações em escopo protetivo.

A partir da alteração do texto constitucional que permite o divórcio sem que seja necessária a separação de direito ou até mesmo lapso temporal para a de fato, surgem indagações referentes à revogação ou permanência do instituto da separação no direito civil brasileiro.

Questiona-se se a revogação tácita adviria da desnecessidade de sua existência, pois a separação adviria da obrigatoriedade em seu enfrentamento para tornar possível o divórcio e dessa forma não há sentido em sua manutenção. Tartuce (2017, p. 209-210) cita a análise de Canotilho no que tange os princípios constitucionais da máxima efetividade ou da eficiência operando em face da atualidade das normas programáticas e que a manutenção do modelo bifásico seria ineficaz e burocrático; o Princípio da força normativa da Constituição, que retira a exigência de separação prévia, e o Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, inexistindo sentido prático na manutenção da separação.

A redução da intervenção estatal no casamento – ou no divórcio? – é outra linha de argumentação para supor que a separação teria sido extirpada do ordenamento infraconstitucional. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso...*, 2017))

Identifica-se assim que parte da doutrina, bem como da jurisprudência, assumiu que a emenda constitucional revogou a norma anterior no que se referente ao divórcio na totalidade,

¹⁵ Permite a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio independentemente de prévia separação judicial ou de anterior separação de fato.

revogando o instituto da separação, incompatível com a nova regra constitucional (LÔBO, 2015, p. 164).

Acredita-se que para o debate do tema, deve-se compreender que os efeitos jurídicos dos institutos são distintos: o divórcio coloca fim e dissolve o casamento, permitindo aos ex-cônjuges um novo casamento.

2. A separação

Para o direito civil brasileiro, a separação jurídica surge com a Lei do Divórcio em 1977¹⁶. Ela revogou o instituto do desquite e introduziu a modalidade separação judicial, que não dista do anterior: é uma organização jurídica hábil a colocar término à sociedade conjugal e tem por efeitos colocar fim ao regime de bens e aos deveres advindos do casamento.

Consensual ou litigiosa, a separação judicial fora construída pela Lei do Divórcio e pelas codificações através de estruturas rígidas e organizadas para permitir a separação e atribuir a cada caso as suas excepcionalidades e possibilidades. Ao final com o mesmo efeito do desquite: o de colocar termo jurídico ao casamento.

Pela separação judicial consensual, o casal não precisaria discutir a relação em juízo. O distrato amigável do casamento seria realizado por mútuo consentimento dos cônjuges, desde que casados há mais de um ano. Havia um prazo de carência para que o casal pudesse de livre acordo colocar fim aos seus afetos. A intervenção estatal na hipótese reflete o pensamento antidivorcista: com causa (culpa!) o casal poderia se separar a qualquer momento, desde que na via litigiosa; de forma harmônica, só após um ano, prazo suficiente para acirrar os ânimos e tornar litigioso o que era consensual.

A via litigiosa é gravosa. Implica em discutir em público as relações privadas. Como se pretendendo que o estado-juiz aja como um interventor nas relações de afeto, o casal expõe as suas mazelas na busca de razões ao fim da relação. Seria um espaço que permitiria sanção às graves violações aos deveres do casamento.

A insuportabilidade da vida em comum parece advir não apenas dessas violações, mas também da falência relacional demonstrada pela ruptura da vida em comum, no caso provada a sua ocorrência há mais de um ano. Novamente o prazo de um ano como requisito à percepção de que o casamento é disfuncional resistindo ao término da sociedade conjugal.

¹⁶ Lei nº 6.515/1977.

A exceção atribuída aos casos de manifestação de doença mental grave após o casamento tornando impossível a vida em comum, conhecida como separação remédio, autoriza a separação desde que após 2 anos da doença houvesse o reconhecimento de cura improvável; de outro lado, impunha uma sanção pecuniária para o cônjuge requerente da separação.

Esse excesso de demandas judiciais era discutido não apenas pelos casais, mas pelos demais personagens envolvidos nos processos. As ações judiciais tinham por serventia manter os vínculos e o divórcio o de dissolver vínculos. O oxímoro se apresentava e era preciso buscar novas soluções.

A desjudicialização possivelmente contribui para o termino menos gravoso da relação conjugal. Ao evitar o desgaste judicial, acredita-se crível o diálogo franco e direto entre o ex-casal que mesmo separados talvez ainda integre o mesmo grupo familiar, com filhos e netos, sendo pais e avós em comum. O convívio da grande família talvez possa ser preservado a partir de atitudes não contenciosas ou beligerantes.

Nessa linha de compreensão é editada a lei nº 11.441/2007. Ela permitirá o divórcio, a separação e as partilhas extrajudiciais. Há requisitos a serem observados para evitar quaisquer prejuízos a incapazes ou em caso efetivo de litígios, quando se impõem a atividade jurisdicional.

A expressão separação de direito será então utilizada em sentido amplo, acoplando a separação judicial quanto a separação extrajudicial, celebrada a última por escritura pública. A separação de direito ocupará o lugar da expressão judicial nos textos legais anteriores à lei de 2007, razão pela qual utilizam o vocábulo judicial. Talvez a lei pudesse ter realizado a correção, mas não o fez, deixando ao intérprete o alcance da estrutura.

2.1.A separação como fato jurídico

Para que uma separação ocorra há questões de fundo que não são necessariamente jurídicas. Elas podem ser contadas em histórias de ressentimentos, ciúmes e ódio encontrados em narrativas familiares. Ou ainda as suas ambiguidades e a percepção de que aquela vida em comum não é a desejada. O discurso jurídico por vezes atribui primazia ao significado, deixando de prestar atenção ao significante. Ele remete toda significação a outra significação, sendo possível identificar sintomas nessa fala. E ela está fora das decisões judiciais, mas na angústia humana em perder algo palpável, conhecido, mensurável. Entra no espectro do amor ou do par de oposto, o ódio, sentimento tão contraditórios.

A separação é um fato da vida e possivelmente tem início antes de qualquer verbalização ou ação humana. A partir da tomada de uma decisão, ela irá se constituir em um fato jurídico, com repercussões no direito, criando e extinguindo de forma plural direitos e obrigações familiares-conjugais.

O direito civil não prestigiou desde sempre a separação de fato, como ainda não o faz. Em diversas oportunidades instituiu lapsos temporais que tem como termo dois anos da separação de fato, como no direito das sucessões. No Código de 1916 apenas a autorização judicial para a separação de corpos teria força terminativa aos deveres decorrentes do casamento (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 427), em decisão constitutiva modificativa parcialmente negativa.

A previsão e autorização para a separação de corpos desde então encontra-se no sistema civil, inclusive o ora vigente. Trata-se de medida excepcional, de forma que é necessária a comprovação de sua necessidade e a indicação do justo receio envolvido. Também pode ser utilizada para delimitar o termo a quo da separação de fato, ou ainda para requerer a saída não espontânea de um dos cônjuges do lar conjugal. Não é imprescindível a medida para fazer cessar o dever de coabitação, se é que ele obrigatório. Para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 243), o domicílio único ao casal só é exigível quando desejável por eles; se optarem pela pluralidade de domicílios, ambos serão assim configurados.

A separação de fato vai se impondo aos poucos como fato suficiente a ensejar o fim dos deveres e do regime de bens decorrentes do casamento. Com ou sem a decisão judicial de separação de corpos, ela vai se impondo. Não haveria sentido em permitir que a separação de corpos judicial atribuísse força jurídica e o fato separação ficasse alheio aos efeitos dela decorrentes. A comunhão de vidas seria suficiente a atribuir comunicabilidade patrimonial¹⁷ via reconhecimento de sociedade de fato entre conviventes; da mesma forma, a não comunhão de vidas entre pessoa casadas deveria implicar na incomunicabilidade de bens.

A identidade familiar se dá pelo afeto, que deve ser encarado à luz da responsabilidade e do companheirismo. Se o casal não mais pretende prosseguir na relação conjugal, seja ela decorrente do casamento ou da união estável, a separação de fato deve ser suficiente a colocar fim aos deveres do casamento. Ela é liberatória para a constituição de união estável para pessoas casadas, desde que não haja o casamento-fato de forma concomitante, e constituinte

¹⁷ SUM 380 STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Data de publicação do enunciado: DJ de 12.5.1964.

de outro regime de bens, não há qualquer razão para afastar a sua força terminativa da sociedade conjugal.

Assim como a separação de direito, a fática coloca fim ao regime de bens e aos direitos e deveres advindos da sociedade conjugal sem que haja o rompimento daquela. No caso, será possível aos cônjuges, caso mudem de ideia, o restabelecimento da sociedade conjugal através de requerimento formulado em juízo.

Surge ainda uma outra questão: senso a separação e fato suficiente a colocar fim à sociedade conjugal, também ela deve estar inserida na configuração separação de direito, pois atribui direitos e deveres e modifica outros àqueles que a elegem como meio adequado ao término da relação conjugal.

3. As decisões dos Tribunais

Houve oportunidades nas quais os Tribunais acolhem a tese de que a partir da vigência da emenda constitucional nº 66/2010 não mais seria possível a coexistência entre a separação de direito e o divórcio. A separação seria mera preparação para a consolidação do divórcio. Dessa forma, se não há prazo ou requisito ao divórcio, sendo ele meramente potestativo¹⁸, não há razão para a manutenção da separação.

Entendendo que “ com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, não existe mais no ordenamento jurídico pátrio o instituto da separação judicial¹⁹”, os Tribunais inovam e entendem que a separação teria sido revogada pela EC 66/2010. Por vezes determinam a emenda da inicial, em outras o extinguem a ação por impossibilidade jurídica do pedido e separação²⁰.

Esse pensamento fez com que ações distribuídas originariamente como separação fossem renomeadas pelos juízes como de divórcio sem qualquer consulta às partes. Ao entenderem que a separação seria um caminho de percurso desnecessário, decidiram pela dissolução do vínculo conjugal para pessoas que tão somente pleiteavam a regularização do término da sociedade conjugal. Ou ainda o indeferimento de conversão de determinadas separações em divórcio sob o argumento de que a emenda teria revogado o art. 35 da lei 6515/1977, logo seria uma ação autônoma, de livre distribuição²¹. Muitas dessas decisões foram mantidas pelos tribunais de justiça dos respectivos estados. A Resolução nº 35 do

¹⁸ AC 0004640-97.2012.8.19.0203, TJRJ.

¹⁹ Processo Nº: 0287759-64.2010.8.19.0001, TJRJ, Julgado em 19/03/2014

²⁰ AC nº 2011.020562-8, São Bento do Sul, SC, Julgado em 18/08/2011.

²¹ AI 0048391-64.2012.8.19. 0000. TJRJ. Julgado em 06/11/2012.

Conselho de Justiça Nacional admite a possibilidade da conversão da separação em divórcio se concretizar na via extrajudicial, não sendo no caso necessária a intervenção da autoridade judiciária.

Em 2015, o STJ acolhera o tema e decidira que a emenda constitucional, mesmo sem revogar expressamente a separação, a lei do divórcio deveria ser interpretada de forma a considerar apenas a possibilidade de divórcio direto, pois a interpretação sistemática conduziria a essa conclusão²².

De outro lado, defendida a tese que os efeitos jurídicos da separação e do divórcio são distintos: naquele, há o término da sociedade conjugal mas não em definitivo pois as partes podem a qualquer momento recompor o casamento. Dessa forma, seria *extra petita* a conversão do pedido de separação em divórcio. Não se trata da possibilidade das partes converterem a separação litigiosa em consensual ou da conversão de separação em divórcio ainda no curso do processo, o que seria uma ampliação da extensão da norma, mas de um julgamento com decisão fora do que se pedira originariamente na ação.

Em outras oportunidades, houve a determinação judicial de aditamento da inicial de separação em divórcio, por vezes insurgindo-se as partes²³. A não obrigatoriedade do divórcio para extinguir a sociedade conjugal afasta a sua obrigatoriedade²⁴.

Em favor da separação, argumenta-se ainda que desde 2010, com a V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), foram consolidados enunciados²⁵ que apoiam a manutenção da separação, como explicitado no enunciado nº 514 “Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”, contribuindo para o entendimento da manutenção da separação como instituto vigente. Além delas, o Código de Processo Civil de 2015 precisamente disciplina e orienta sobre a separação judicial.

Não parecem ser esses os únicos ou principais argumentos para a tese acolhida em 2017 pelo STJ. O tribunal decidiu em favor da manutenção da separação como instituto orgânico. As decisões advieram da 3ª Turma²⁶ e também da 4ª Turma²⁷ para consolidar o entendimento de que há coexistência entre os institutos do divórcio e da separação judicial.

²² REsp 2014/0058351-0, RS, Terceira Turma, julgado em 17/03/2015.

²³ AC 70044299790 TJRS, julgado em 14/12/2011.

²⁴ AC 70042442541 TJRS, julgado em 19/10/2011.

²⁵ Enunciados n.s 514, 515, 516 e 517, V Jornada de Direitp Civil, CJF.

²⁶ Informativo 0604 do STJ de 21 de junho de 2017. REsp 1.247.098-MS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, por maioria, julgado em 14/3/2017, DJe 16/5/2017.

²⁷ Informativo 0610 do STJ de 27 de setembro de 2017, REsp 1.431.370-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 15/8/2017, DJe 22/8/2017.

A decisão consolida o entendimento que a Emenda Constitucional n. 66/2010 não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que trata da separação judicial. Eles são efetivamente institutos distintos e que deve-se respeitar o princípio da autonomia da vontade dos nubentes em decidir o alcance do término da sociedade conjugal: se a suspensão de seus efeitos através da separação ou se a dissolução e rompimento em definitivo do vínculo matrimonial.

A linha de argumentação foi tecida à luz das regras sobre revogação de normas de que tratam a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A EC 66/2010 tem vigência permanente e altera tão somente a norma anterior para retirar o lapso temporal antes requisito ao divórcio. A partir de sua vigência, não persiste o requisito temporal ou causal. A supressão do sistema bifásico serve como facilitador da dissolução do vínculo e não como extintivo da separação, que permanece no ordenamento, pois não foi objeto de qualquer alteração legislativa direta (revogação expressa) ou indireta (revogação tácita). Não há na emenda nenhuma contradição com a manutenção da separação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os diferentes efeitos da separação e do divórcio, é possível compreender como cabível a permanência da separação de direito no ordenamento jurídico. Se de um lado a separação é temporária, pois pode ser convertida em divórcio ou retomada a sociedade conjugal, o divórcio direto ou por conversão é definitivo, coloca fim ao vínculo conjugal.

O divórcio altera o estado civil. Aos divorciados, há um sistema jurídico típico e próprio, diferente do regime das pessoas separadas. Aos divorciados é permitido novo casamento mas talvez se submetam às causas suspensivas, caso não tenham efetivado a partilha de bens ou para as mulheres que possam estar grávidas. No caso, se submetem ao regime da separação obrigatória, sem que seja possível, salvo se demonstrarem a inexistência ou ausência de risco, a livre escolha de regime de bens.

Na separação, não há permissivo a novo casamento. O princípio da monogamia, infraconstitucional, garante que pessoas casadas não possam remaridar sem antes dissolver o vínculo anterior. É uma fase intermediária de livre escolha das pessoas. Ela tem força suficiente para fazer cessar o regime de bens e os deveres decorrentes do direito matrimonial, como o de fidelidade e de coabitação, mas mantém o casamento válido.

A escolha é pessoal do ex-casal e deve ser respeitada. Garantir o livre exercício do direito subjetivo à separação ou ao divórcio advém da garantia á atribuição dos diferentes

efeitos jurídicos entre os institutos: a dissolução do vínculo ou tão somente o término da sociedade conjugal.

As decisões são coerentes com princípios garantidores da livre escolha do casal e realizam a boa técnica legislativa. Não há conflito entre divórcio e separação, não houve revogação tácita. A costura desses elementos permitem compreender que as decisões da Terceira e da Quarta Turma do STJ são convergentes e garantem que a matéria foi pacificada e uniformizada a jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Azeredo, Fábio André Moraes. **Poder e signifiante: Foucault e Lacan**. Disponível em http://teses.ufrj.br/IP_M/FabioAndreMoraesAzeredo.pdf

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Ramiro M. Costa Editores, 1896.

_____. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. Produzido em convênio com as Faculdades Integradas Estácio de Sá.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**. Rio de Janeiro: Livraria São José. 1977.

CARNEIRO, NELSON. Comissão da Família, da Educação, Cultura, Esportes, Ciência e Tecnologia e da Comunicação. **Reunião em 1º de junho de 1987**. Diário da Assembleia nacional Constituinte (Suplemento), de 8 de julho de 1987. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup90anc08jul1987.pdf#page=207> Acessado em 30 mar. 2018

DIAS, M. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de.e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. Famílias.7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil. Direito das famílias. A família em perspectiva constitucional**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, P. **Direito-dever à convivência familiar**. Direito das Famílias / Maria Berenice Dias Organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial**. Tomo VII. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

_____. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial**. Tomo VIII. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

_____. **Dirieto Civil. Famílias**. São Paulo : Saraiva, 2016.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. Vol. IV. Direitos Reais 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, nº04, 2003.

_____. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. In: Buscalegis, 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf> Acesso em: 07. Abr. 2018

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.

_____. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 – Estatuto da mulher casada. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, Brasília, DF

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula no 380

_____. Projeto de Lei nº 3.845 de 19 de agosto de 1966.

_____. Projeto de Lei nº 1.148 de 28 de março de 1968.

_____. Líder do movimento de extremadireita TFP – Tradição, Família e Propriedade.

_____. Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao artigo nº 175 da Constituição Federal.

_____. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio.

_____. Constituição (1988) Constituição Federal da República Federativa do Brasil. De 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

_____. Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992. Dá nova redação aos dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

_____. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

_____. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

_____. Emenda Constitucional nº 66/2010.