

# **XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

**DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE**

**FRANCIELLE BENINI AGNE TYBUSCH**

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN**

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

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Civil na Contemporaneidade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Francielle Benini Agne Tybusch; Valéria Silva Galdino Cardin

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-577-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Civil. 3. Contemporaneidade. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

## **DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE**

---

### **Apresentação**

Esta obra, que faz parte do Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo”, é fruto de mais um evento organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que congrega as temáticas e trabalhos desenvolvidos pelos pesquisadores da área do Direito das mais diversas localidades nacionais, e neste evento, internacionais da área.

Os artigos são fruto do XI Encontro Internacional do CONPEDI, com o tema central: Inovação, Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina, realizado nos dias 13 a 15 de outubro de 2022, em Santiago do Chile.

Convida-se a todos para uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida dos textos que passamos a apresentar a seguir:

O artigo intitulado “A CLÁUSULA DE ARBITRAGEM NO PACTO ANTENUPCIAL: LIMITES, POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS” de autoria de Nathália Dalbianco Novaes Pereira, Patricia Ayub da Costa , Tania Lobo Muniz investiga as possibilidades e as limitações da inserção de cláusula arbitral nos contratos antenupciais.

Os autores Christian Sahb Batista Lopes, Marina Leal Galvão Maia no artigo “A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE TEMPORÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO” analisam a impossibilidade temporária no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, quais as suas consequências e quando ela é convertida em impossibilidade definitiva.

O artigo intitulado “A MONETIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: O ABANDONO AFETIVO NA MULTIPARENTALIDADE” de autoria de Felipe Gontijo Soares Lopes, Tereza Cristina Monteiro Mafra busca analisar as demandas tidas como argentárias no Direito de Família, especificamente quanto à possibilidade de se pleitear reparação civil por abandono afetivo na multiparentalidade.

A autora Luíza Souto Nogueira, no artigo “A POSSIBILIDADE DE RETOMADA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COMO FIGURA AUTÔNOMA: UMA ANÁLISE DO TEMA

1053 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF” identificar qual deve ser a melhor decisão a ser tomada pelo STF no Tema 1053 da repercussão geral quanto à subsistência, ou não, da separação judicial como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo “EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À FORMAÇÃO DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS” de autoria de Rodrigo Rodrigues Correia tem como objetivo conhecer como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas colaborou para o julgamento paradigmático que reconheceu as uniões homoafetivas, em 2011.

O artigo “RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADOÇÃO EM CASO DE DESISTÊNCIA DO ADOTANTE” de autoria de Giovana Ramos Martins, Lauren Lautenschlager Scalco, é realizada uma análise sobre a incidência de responsabilidade civil em caso de desistência da adoção nas diferentes fases do processo.

O autor Ariolino Neres Sousa Junior no artigo intitulado “RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL E SEU DEVER DE INDENIZAÇÃO” busca analisar a responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial no âmbito familiar e seu dever indenização em decorrência do descumprimento do dever de cuidado e amparo material e afetivo necessário dentro de um determinado contexto familiar”.

No artigo “TESTAMENTO VITAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA” de autoria de Claudia Aparecida Costa Lopes , Andréa Carla de Moraes Pereira Lago , Valéria Silva Galdino Cardin abordam a forma pela qual o testamento vital efetivaria a autonomia de vontade do paciente, assim como traria maior segurança jurídica na relação médico paciente.

As autoras Francielle Benini Agne Tybusch, Liége Alendes De Souza, Bruna Bordin Campagnolo no artigo intitulado “SUPEREXPOSIÇÃO INFANTIL NA INTERNET: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO CONTEMPORÂNEO “SHARENTING” E A AFRONTA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES” objetivam estudar sobre a superexposição infantil na internet, a partir da exibição precoce das crianças e adolescentes na rede mundial de computadores, dando ensejo ao fenômeno contemporâneo denominado sharenting e suas implicações, observando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, bem como a possível violação aos direitos personalíssimos destes, questionando sobre os limites necessários para o exercício da autoridade parental na vida dos seus filhos.

No artigo “USUCAPIÃO COMO FRAUDE ÀS REGRAS URBANÍSTICAS” de autoria de USUCAPIÃO COMO FRAUDE ÀS REGRAS URBANÍSTICAS de autoria de Rodrigo Rodrigues Correia tem como objetivo verificar se o reconhecimento extrajudicial da usucapião é capaz e conciliar a demanda de titulação dominial e de readequação urbanística, evitando que o processo se converta em meio vantajoso de fraudar leis urbanísticas.

Os autores Claudia Aparecida Costa Lopes , Oscar Ivan Prux , Patrick Costa Meneghetti no artigo intitulado “VONTADE HUMANA: O PRINCIPAL CRITÉRIO DETERMINANTE DA PARENTALIDADE CAPAZ DE GARANTIR A EFETIVIDADE DE DIREITOS PERSONALÍSSIMOS” tem como objetivo analisar os critérios adotados pelo sistema jurídico nacional brasileiro para determinar o nascimento do vínculo de parentalidade existente entre pais e filhos. Cabe perquirir se o critério biológico, estabelecido em lei e comumente adotado pelos tribunais brasileiros, se mostra suficiente para determinar a parentalidade e para assegurar a efetividade de princípios constitucionais e dos direitos personalíssimos da criança.

Recomendamos fortemente a leitura,

Francielle Benini Agne Tybusch (Universidade Franciscana)

Gastón Salinas Ugarte (USACH – Chile)

Valéria Silva Galdino Cardin (Universidade Estadual de Maringá e Centro Universitário Cesumar)

**A POSSIBILIDADE DE RETOMADA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COMO FIGURA AUTÔNOMA: UMA ANÁLISE DO TEMA 1053 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF**

**THE POSSIBILITY OF RESUMING JUDICIAL SEPARATION AS AN AUTONOMOUS FIGURE: AN ANALYSIS OF THEME 1053 OF THE GENERAL REPERCUSSION OF THE STF**

**Luíza Souto Nogueira <sup>1</sup>**

**Resumo**

O objetivo do presente trabalho é, a partir de revisão bibliográfica somada à análise dos argumentos apresentados pelos amicus curiae admitidos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, identificar qual deve ser a melhor decisão a ser tomada pelo STF no Tema 1053 da repercussão geral quanto à subsistência, ou não, da separação judicial como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foram analisados o que é discutido no Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, as diferenças conceituais e práticas entre separação judicial e divórcio, o que significa a discussão da culpa e quais as sanções por tal conduta no âmbito da ação de separação. Por meio da análise individualizada dos argumentos apontados pelos amicus curiae foi possível defender que não há motivo que justifique a pacificação de entendimento no sentido de ainda subsistir a separação judicial como figura autônoma, pois, além de na busca por um culpado implicar exposição da vida íntima do casal perante o Judiciário e aqueles que atuarem no processo, é inócua para atingir o fim do relacionamento conjugal.

**Palavras-chave:** Separação judicial, Divórcio, Culpa, Autonomia, Subsistência

**Abstract/Resumen/Résumé**

The objective of this paper is, from a bibliographic review added to the analysis of the arguments presented by the amicus curiae admitted in the judgment of the Extraordinary Appeal nº 1.167, identify what should be the best decision to be taken by the STF in the Theme 1053 of the general repercussion regarding the subsistence, or not, of the judicial separation as an autonomous figure in the Brazilian legal system. For that, it was analyzed what is discussed in the Extraordinary Appeal nº 1.167.478/RJ, the conceptual and practical differences between legal separation and divorce, what the discussion of guilt means and what are the sanctions for such conduct within the scope of the separation action. Through the individual analysis of the arguments raised by the amicus curiae, it was possible to defend that there is no reason that justifies the pacification of understanding in the sense that judicial

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Civil pela USP. Mestre e bacharel em Direito pela PUC/SP. Professora de Direito Civil na Universidade Anhembi Morumbi.

separation still subsists as an autonomous figure, since, in addition to the search for a culprit, it implies exposure of intimate life of the couple before the Judiciary and those who act in the process, is innocuous to reach the end of the marital relationship.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial separation, Divorce, Guilt, Autonomy, Subsistence

## **Introdução**

Este trabalho tem como tema o Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ que reavivou a discussão sobre a subsistência do instituto da separação judicial como figura autônoma no direito brasileiro e, como objeto, o estudo das diferenças conceituais e práticas entre separação judicial e divórcio e do que significa a discussão da culpa nas ações de separação nela embasadas.

O problema de pesquisa que embasou o presente artigo fundamentou-se nas seguintes questões, a saber: a separação judicial deve subsistir como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro? Qual é a melhor decisão a ser tomada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ?

O Código Civil (CC) de 1916 foi editado sob forte influência do Direito Canônico, que não admitia a dissolução do casamento e, em razão disso, estabelecia como causas de encerramento da sociedade conjugal a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento e o desquite, e como causa de rompimento do casamento válido somente a morte. A única hipótese, portanto, de ruptura definitiva do vínculo matrimonial era o falecimento de um dos cônjuges.

O desquite, antecessor da separação judicial, tinha por consequência somente a dissolução da sociedade conjugal, ou seja, punha fim ao regime de bens e autorizava a separação dos cônjuges, mas mantinha o vínculo matrimonial, impedindo que as pessoas desquitadas contraíssem novas núpcias. Podia ser pleiteado por mútuo consentimento dos cônjuges casados por mais de dois anos. Porém, nos casos em que não houvesse consenso somente era autorizado para algumas situações específicas, uma vez que o artigo 317 do referido Código dispunha, de forma expressa, que a ação de desquite somente poderia se fundamentar em adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos consecutivos. Não estando presente uma dessas situações, as pessoas casadas assim permaneciam até o momento do falecimento de um dos cônjuges.

Tal situação somente se alterou em 1977 com a entrada em vigor da Lei nº 6.515, a chamada Lei do Divórcio, que substituiu o desquite pela separação judicial e acrescentou o divórcio como uma das hipóteses de dissolução do casamento válido. Entretanto, para que as pessoas casadas pudessem pôr fim ao matrimônio era preciso primeiro se separar judicialmente e depois solicitar a conversão deste em divórcio.

Quando entrou em vigor, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no parágrafo 6º do artigo 226 que “O casamento civil 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”. A separação judicial, nesse momento, deixou de ser o único pré-requisito para o divórcio, mas este permaneceu sendo uma segunda etapa no trajeto de dissolução do casamento válido, pois passou a depender ou da separação judicial ou da separação fática comprovada por período superior a dois anos.

Essa lógica foi encampada pelo Código Civil de 2002, que trouxe extensa regulamentação sobre a separação judicial e as sanções aplicáveis ao cônjuge declarado culpado nessa ação.

Somente em 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, que alterou a redação do art. 226, §6º, da Constituição, é que o divórcio passou a ser direto, podendo ser pleiteado pelas pessoas casadas que o desejassem sem a necessidade de preencher nenhum requisito prévio. Ocorre que a alteração se limitou à seara constitucional, nada tendo sido feito pelo legislador no âmbito infraconstitucional e, mais especificamente, no que tange à regulamentação trazida pelo Código Civil. Com isso, passou-se a questionar a respeito da sobrevivência da figura da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso se deu pelo fato de o ordenamento jurídico pátrio ser um sistema, sistema esse que, acima de tudo, deve se coadunar à regulamentação constitucional. Como para a Carta Magna a separação deixou de ser um requisito para o divórcio, muitos juristas passaram a defender que ela perdeu eficácia como figura autônoma, pois se presta somente à ruptura do vínculo conjugal, mas não do laço matrimonial, de modo que, embora judicialmente separadas, as pessoas continuam casadas e dependentes do divórcio para, de fato, encerrar definitivamente a relação. Outros, entretanto, passaram a defender que a emenda apenas alterou a regulamentação do divórcio, excluindo seus prazos, mas manteve o instituto da separação judicial, cuja utilidade não é (ou era) apenas a conversão em divórcio, uma vez que somente no bojo dessa ação é possível a discussão sobre a culpa pelo fim do relacionamento e a aplicação de sanções ao cônjuge culpado.

Essa questão, embora tenha se iniciado em 2010 com a Emenda Constitucional nº 66, ainda não teve uma solução definitiva. Coexistem, atualmente, posicionamentos em ambos os sentidos – pela perda da eficácia prática da separação judicial e pela sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro como figura autônoma – o que acabou tendo por consequência

a admissão do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ como tema de repercussão geral para analisar se a separação judicial ainda pode subsistir ou não como instituto autônomo e de livre escolha daqueles que pretendem pôr fim ao vínculo conjugal mas não ao laço matrimonial.

É esse o objeto de estudo no presente trabalho, que tem por objetivo específico analisar os argumentos levados ao Supremo Tribunal Federal pelos *amicus curiae* admitidos no feito, bem como as consequências práticas da manutenção da figura da separação judicial como autônoma e opcional às pessoas casadas.

Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, realizou-se pesquisa de natureza bibliográfica, com revisão sistemática da doutrina acerca das temáticas da separação judicial, do divórcio e da discussão da culpa nas ações de separação, com o objetivo de sintetizar seus resultados e conclusões. E com o uso do método indutivo, por meio da abordagem dos argumentos apontados pelos *amicus curiae* admitidos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, buscou-se entender os motivos apontados por um deles para defender o fim da separação judicial, e pelo outro para advogar pela sua subsistência no ordenamento jurídico e, mediante uma análise crítica, apontar qual é a melhor solução que se entende que deve ser dada ao caso.

## **1 O Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ**

O Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ tem origem nos autos de número 0153771-73.2012.8.19.0001, que tramitaram perante a 1ª Vara da Família da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

Trata-se, originalmente, de ação de divórcio ajuizada em 16/04/2012 pelo cônjuge varão sob a alegação de que as partes estavam separadas de fato, na qual, em sede de reconvenção, a cônjuge virago pleiteou separação de corpos, separação judicial e declaração de culpa do autor sob a alegação de que ele abandonou o lar conjugal para viver com outra mulher, mas com a manutenção do sobrenome do marido.

A sentença julgou procedente a ação e parcialmente procedente a reconvenção, apenas para deferir o pedido formulado pela ré de manter seu nome de casada, sob o fundamento de que:

Diante da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que deu nova redação ao §6º do art. 226 do Constituição Federal, é possível que o casamento seja dissolvido pelo divórcio, sem necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos. A ré/reconvinte, que se insurge contra o divórcio, não se opôs a dissolução do vínculo matrimonial, mas apenas prefere a separação com decretação de culpa para fins de concessão de alimentos. Sendo assim, tendo em vista que os alimentos já foram estabelecidos pela 6ª Vara de Família nos autos do processo nº

0257699-40.2012.8.19 e que nenhuma das partes pretende a continuação do casamento, não há motivos para manutenção da sociedade conjugal. Com isso, a imediata dissolução do casamento é a medida mais razoável, pois não há necessidade de prolongar o desgastante processo de separação. Questões relativas à partilha de bens deverão, eventualmente, ser decididas em oportuno inventário, porque não há comprovação sobre a titularidade do único bem apontado nos autos. A ré manterá o nome de casada, sem qualquer oposição do autor (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2014).

O recurso de apelação interposto contra a sentença foi conhecido, mas desprovido por unanimidade, tendo consignado o relator Desembargador Agostinho Teixeira de Almeida Filho que “com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não mais se exige prévia separação de fato ou judicial para o pedido de divórcio” (*in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Em face do acórdão foi interposto Recurso Extraordinário alegando que houve violação ao artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, pois embora referido artigo, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, estabeleça o divórcio sem necessidade de prazo, não houve alteração da norma infraconstitucional, de modo que, por previsto no Código Civil, o instituto da separação judicial deve ser respeitado.

Em 07 de junho de 2019 o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, qual seja a controvérsia quanto à derrogação da exigência de prévia separação de fato ou judicial para o pedido de divórcio, tendo em vista a alteração da redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 66/2010, em decisão assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CIVIL. DIVÓRCIO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ARTIGO 1.580 DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 226, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Em 18/06/2019 foi admitido o ingresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) no feito, na qualidade de *amicus curiae*, e em 07/08/2019 foi admitida a participação, na mesma qualidade, da Associação de Direito da Família e das Sucessões (ADFAS).

E, embora tenha sido o feito incluído em pauta com julgamento previsto para o dia 15/06/2022, em 09/06/2022 o processo foi excluído do calendário de julgamento, não tendo, até a conclusão do presente trabalho, tido nova movimentação.

Assim, não há, ainda, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema 1053 da Repercussão Geral, que examina se a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela

subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, dada a relevância da temática discutida, revela-se importante, desde já, quais serão as consequências da decisão a depender do rumo que esse julgamento venha a tomar, bem como apontar qual é o entendimento que parece ser mais acertado para ser adotado nesse julgamento.

## **2 Separação judicial e divórcio: diferenças conceituais e práticas**

O instituto da separação surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), amparada pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Foi incluída em substituição à figura do desquite, ou seja, como forma de dissolução da sociedade conjugal.

A regulação da separação, portanto, surgiu por meio da Lei do Divórcio, mas não representou grandes mudanças em relação ao instituto do desquite por ela revogado. Enquanto instituto de mediação, período que interpõe o casamento e o divórcio, a separação judicial foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro no inciso III do artigo 1.571, do CC de 2002, tão somente, para a dissolução da sociedade conjugal, não tendo o condão de pôr fim ao casamento pela dissolução do vínculo.

Duas são as formas previstas na lei pelas quais se pode obter a separação judicial: (i) pela separação consensual; (ii) pela separação litigiosa, que pode, ou não, ter fundamento na culpa de um dos cônjuges. A separação consensual, prevista no artigo 1.574, do CC de 2002, ocorre quando houver mútuo consentimento dos cônjuges, exigindo, apenas, que eles sejam casados pelo tempo mínimo de um ano e que manifestem sua intenção perante o juiz. Por sua vez, a separação litigiosa se divide em duas modalidades: (i) com causa culposa, que é aquela pedida em razão da prática pelo cônjuge de algum ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (CC, art. 1.572, *caput*); e (ii) sem causa culposa, que é a que ocorre quando for provada a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição (CC, art. 1.572, § 1º), ou quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável (CC, art. 1.572, §2º).

O artigo 1.573 do CC elenca em seus incisos as causas que atraem a possibilidade de ajuizamento de uma ação de separação judicial fundada na culpa do cônjuge, e estabelece, em seu parágrafo único, a possibilidade de alegação ainda de outras situações que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum:

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

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

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

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

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

Tem-se, portanto, que na separação judicial fundada na culpa de um dos cônjuges não basta que esteja caracterizada a insuportabilidade da vida em comum, também é necessário que esteja presente pelo menos uma das causas acima elencadas, ou seja, que tenha sido praticado um ato que importe grave violação aos deveres do casamento

A separação judicial, entretanto, em suas diferentes modalidades, não implica na extinção do vínculo matrimonial, pois, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, “põe termo às relações de casamento, mas mantém intacto o vínculo, o que impede os cônjuges de contrair novas núpcias” (2005, p. 249). Importa, tão somente, a separação de corpos, a partilha de bens em razão do fim do regime de bens adotado, e o fim dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (CC, art. 1.575 e 1.576). Sobre isso, acertadamente explicam Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

Separção judicial significa um limbo, um purgatório pelo qual os casados devem passar antes do divórcio. Não são nem casados e nem divorciados. Podem viver em união estável, mas não podem casar. E precisariam se submeter a um duplo processo, que é sempre desgastante. Ou seja, é um nada, inútil e desnecessário (2022).

O divórcio, por sua vez, subsequente e vinculado à separação, em decorrência da entrada em vigor da referida lei, surgiu como efetiva possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, passando a figurar, ao lado da morte de um dos cônjuges, como forma de encerramento do casamento válido, liberando o indivíduo para, se assim o desejar, casar novamente. Entretanto, para que este pudesse ocorrer era necessária, inicialmente, a prévia separação judicial por um período mínimo de três anos, como explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Com efeito, nesse diapasão, a Lei n. 6.515/77, em apertada síntese, estabeleceu que a separação judicial (o novo nome do antigo “desquite”) passava a ser requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação de um prazo de três anos, em consonância com o § 1º do artigo 175 da Constituição Federal vigente à época, segundo redação conferida pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977 (2021, p. 194).

O estabelecimento do lapso temporal em que os cônjuges deveriam viver sob regime de separação judicial tinha como finalidade - e justificativa - a criação de condições para que os separados pudessem vir a considerar a possibilidade da reconciliação antes que o vínculo matrimonial se rompesse de vez. Esta prática perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a prever, no § 6º do seu artigo 226, que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º. O casamento civil 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.

Esse artigo constitucional trouxe a primeira previsão no sentido de ser possível o divórcio direto, isso porque, nos casos em que os cônjuges comprovassem já estarem separados por mais de dois anos, dispensava-se a prévia separação judicial para o encerramento definitivo da relação. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam que a sua implementação representou um avanço no tratamento jurídico conferido às relações matrimoniais, “pois permitiu que os integrantes dos núcleos matrimoniais desfeitos pudessem mais rapidamente realizar os seus novos projetos pessoais, junto a outros companheiros de vida” (2021, p. 207).

Em 14 de julho de 2010 foi publicada a Emenda Constitucional 66/2010 com a seguinte redação: “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”. Substituiu-se o texto legal do referido artigo constitucional que, em sua redação anterior, previa a dissolução do casamento civil por meio do divórcio somente após prévia separação judicial por mais de um ano, ou após mais de dois anos de separação de fato.

A proposta de emenda constitucional resultou de iniciativa dos juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) tendo sido abraçada, inicialmente, pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005) e, posteriormente, representada pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007).

A partir de sua leitura, verifica-se que a emenda constitucional em questão trouxe duas grandes modificações para o sistema jurídico da dissolução do vínculo matrimonial: (i) deixou de mencionar a separação judicial; e (ii) acabou com o prazo mínimo exigido para a dissolução do casamento. Nesse momento é que o divórcio passou a ser, efetivamente, direto. Isso porque deixou de existir a necessidade de cumprimento de qualquer requisito prévio para que os cônjuges pudessem a ele recorrer.

O deputado Sérgio Barradas Carneiro, na justificativa da PEC 33/2007, aduziu:

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.

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” (BRASIL, 2007).

A medida pareceu ter chegado não apenas para facilitar a dissolução da união conjugal, em resposta às demandas dos brasileiros, mas também pareceu buscar produzir modificações na amplitude do controle exercido pelo Estado em relação às relações matrimoniais. A mudança, apoiada no princípio da dignidade humana, ademais, busca respeitar os princípios da liberdade e da autonomia da vontade, possibilitando que os cônjuges, de forma mais célere, alcancem o resultado prático desejado: o fim do relacionamento matrimonial.

De maneira nenhuma o instituto do divórcio direto se contrapõe à ideia de família; pelo contrário, este instituto, incluído no momento social e histórico atual, pretende corresponder à conjuntura plural e diversa de nosso tempo e criar possibilidade para que as pessoas constituam vínculos conjugais e familiares dentro das realidades e das possibilidades existentes, sem a necessidade de colocarem à prova suas vontades, apontarem culpados ou delimitarem causas justificativas para suas decisões (aspectos comuns nos processos judiciais).

Entretanto, a alteração trazida pela “emenda do divórcio” não encerrou as discussões em torno da figura da separação judicial. Isso porque alterou-se a previsão constitucional (artigo

226, § 6º), mas nada foi feito no plano infraconstitucional. O Código Civil contém, até hoje, a regulamentação da separação judicial.

Diante desse cenário surgiram posicionamentos divergentes entre os doutrinadores e juristas brasileiros: um grupo se posicionou no sentido de que, com a edição da EC 66/2010, a separação judicial deixou de existir automaticamente; outro grupo entendeu que a emenda apenas alterou a regulamentação do divórcio, excluindo seus prazos, mas manteve o instituto da separação judicial, cuja utilidade não é (ou era) apenas a conversão em divórcio. A grande problemática que se criou após a aprovação da “emenda do divórcio” consiste na seguinte dúvida: subsiste o instituto da separação judicial no Brasil? Tal questão não foi abarcada pelo texto da emenda, que apenas se limitou a alterar o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal.

Embora a discussão tenha tido início em 2010 até o presente momento a questão continuou não encontrando solução unânime nem na doutrina nem na jurisprudência (PEREIRA, 2022, p. 300) e, como não houve uniformização sobre o entendimento jurisprudencial e doutrinário, nem alteração no texto legal, os constantes questionamentos deram azo ao recebimento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ sob o regime de repercussão geral para decisão do STF sobre o melhor entendimento sobre o tema.

Ocorre que a possibilidade desse recurso ser julgado de forma a que o tema 1053 da repercussão geral do STF gere tese no sentido de subsistência da separação judicial como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº 66/2010 tem gerado preocupação, uma vez que não parece ser a melhor interpretação a ser dada a essa questão. É justamente esse o objeto central deste trabalho: verificar quais serão as consequências práticas da manutenção da separação judicial como instituto autônomo no sistema jurídico pátrio e apontar os motivos pelos quais tal decisão não parece ser a mais acertada a ser tomada.

### **3 A culpa na separação judicial: para entender**

A partir da leitura sobre as diferenças entre os institutos da separação judicial e do divórcio é possível perceber que, para aqueles que desejam pôr fim ao vínculo do casamento o único caminho possível é escolher a via do divórcio. Isso porque por meio da separação judicial, como já explicado, rompe-se apenas a sociedade conjugal. Ou seja, se os cônjuges se separam judicialmente e depois querem contrair novas núpcias com terceiros, precisarão, inevitavelmente, se divorciar. Por essa ótica, parece não haver sentido na manutenção da separação judicial como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro já que, se houver

dúvida quanto à vontade de terminar definitivamente e de forma plena o casamento, basta se optar pela separação de fato.

Isso porque, assim como ocorre na judicial, na separação de fato também há na separação de fato o rompimento da sociedade conjugal. Nesse sentido destacam Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

É pacífico em sede doutrinária e jurisprudencial que a separação de fato produz efeitos jurídicos. Faz cessar os deveres conjugais do casamento e a comunicação de bens. Tanto que não há impedimento para os cônjuges constituírem união estável (CC, artigo 1.723, §1º). Assim, de todo descabido assegurar direito sucessório, durante o prazo de dois anos após o fim da convivência (CC, artigo 1.830). Até porque, o falecido poderia estar vivendo em união estável. Deste modo, a declaração do divórcio é ato meramente certificatória do desenlace do casamento e não desconstitutivo da união (2022).

Ocorre que nas ações de divórcio não há a discussão sobre a culpa pelo fim do relacionamento conjugal. Essa busca pelo culpado, pelo responsável pelo fim do relacionamento, somente tem espaço no âmbito da separação judicial, cuja previsão legal, como já visto, traz as hipóteses de violação aos deveres do casamento. E é isso que se quer quando se advoga pela possibilidade de reconhecimento da autonomia da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro: possibilitar que aqueles que desejarem discutir a culpa pelo término da relação na seara judicial possam fazê-lo.

Para saber se essa é ou não a melhor opção é preciso, então, entender exatamente o que se discute quando se fala em culpa e quais são as consequências jurídicas que advém do reconhecimento da sua presença na conduta de um dos cônjuges.

A separação judicial pautada na culpa exige que haja grave descumprimento dos deveres do casamento, sendo que tal inadimplemento, justamente em decorrência da gravidade da conduta praticada, leva à insuportabilidade da vida em comum (RIZZARDO, 2018, p. 282). Deve estar presente uma situação de grave descumprimento dos deveres estabelecidos no artigo 1.566 do CC (fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos), de alguma das situações elencadas no artigo 1.573 do CC (adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo, condenação por crime infamante ou conduta desonrosa), ou de qualquer outra situação que implique evidente impossibilidade de continuidade da convivência (CC, art. 1.573, parágrafo único).

Mas o que acontece com aquele que for declarado culpado na ação de separação judicial?

De acordo com o artigo 1.578 do CC, o culpado perde o direito de usar o sobrenome do outro. Para que isso ocorra, entretanto, é preciso que haja pedido expresso nesse sentido formulado pelo cônjuge inocente e que essa alteração não acarrete, em relação ao culpado, “I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial”.

Embora a lei faça menção ao vocábulo cônjuge no masculino, indicando que a previsão legal se aplica tanto para homens quanto para mulheres, a realidade brasileira, ainda pautada na sociedade patriarcal, revela que quem tem maior probabilidade de sofrer tal punição é a mulher. Isso porque, até a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) era obrigatória a adoção do patronímico do marido pela mulher quando do casamento. Somente com a alteração promovida por referida lei no CC de 1916 é que esse acréscimo do sobrenome marital passou a ser opção. A possibilidade de o marido adotar o de sua esposa, por sua vez, somente passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor do CC de 2002 (NOGUEIRA, 2019, p. 73-74). Percebe-se, então, que embora seja possível que o pedido de retirada do sobrenome acrescido em razão do casamento possa ser formulado tanto em relação ao cônjuge varão quanto em relação à cônjuge virago, provavelmente quem terá procedido ao acréscimo será a mulher.

Além desse problema, tem-se que a perquirição da culpa com vistas à retirada do sobrenome acaba, dessa forma, tendo um caráter de vingança atrelado à ideia de que aquela pessoa, em razão da culpa pelo fim do relacionamento, não é mais digna da manutenção do sobrenome do outro.

Ocorre que o nome é direito da personalidade e, como tal, recebe proteção especial. Justamente por isso é que a própria norma que estabelece a punição ressalva as situações nas quais ela deixará de ser aplicada. E se estiver presente alguma das hipóteses estabelecidas no artigo 1.578 do CC, o longo processo de separação buscando a declaração de um culpado acabará por ser inócuo, tendo em vista que o sobrenome adotado em decorrência do casamento será mantido por aquele que a sentença tiver declarado culpado.

Para além dessa punição ao culpado, também há a previsão contida no artigo 1.704 do CC no sentido de que se o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial vier a necessitar de alimentos, o outro não terá a obrigação de prestá-los. Mas o próprio artigo em seu

parágrafo único ressalva que, caso o culpado não tenha parentes em condições de prestar os alimentos, o cônjuge inocente deverá assegurá-los em valor indispensáveis à sobrevivência.

Vê-se que o que a lei estabelece é que, a princípio perde-se o direito a alimentos, mas caso não tenha quem possa prestá-los, o cônjuge culpado poderá sim pleiteá-los do inocente. Garante-se ao culpado, portanto, os alimentos naturais, ou seja, os necessários para a sobrevivência humana, que, como destaca Yussef Said Cahali, compreendem “a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*” (2013, p. 1.538). Não há, portanto, uma total e completa exoneração do cônjuge inocente da obrigação alimentar, pois ainda poderá ser chamado a arcar com o pagamento dos alimentos necessários. Embora em valor menor, subsiste a obrigação.

O que se questiona é: há sentido prático em permitir a existência autônoma da separação judicial mesmo sabendo que as consequências do reconhecimento da culpa são inexpressivas? Há razão para conquistar uma sentença que declare que um dos dois é o culpado quando esta sentença não tem o poder de pôr fim ao vínculo matrimonial? Entende-se que a melhor resposta a ambos os questionamentos é a negativa, e, para justificar esse entendimento defendido neste trabalho, serão analisados os argumentos levados ao STF pelas instituições que estão atuando como *amicus curiae* no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ.

#### **4 Os argumentos trazidos pelos *amicus curiae***

##### **4.1 Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS)**

A ADFAS, admitida como *amicus curiae* no processo em 07/08/2019, defende a permanência da separação como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro. Para explicar os motivos pelos quais a Associação se posiciona nesse sentido, a presidente Regina Beatriz Tavares da Silva gravou uma série de seis vídeos que foram publicados nas redes sociais da Associação (ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES, 2022).

No primeiro vídeo, que na publicação foi intitulado como “O instituto da separação deve ser mantido no Direito Brasileiro em respeito aos direitos fundamentais dos religiosos”, explica Regina Beatriz que, por ser o Brasil um estado laico, devem ser garantidos os direitos fundamentais, dentre os quais está o direito fundamental ao exercício de direitos em razão da crença, e, aqui, mais especificamente, o exercício do direito à separação para a regularização do estado civil daquelas pessoas que, por questões religiosas, não aceitam o divórcio.

Tal fundamento se pauta na ideia de que, por existirem pessoas que em razão da religião são contrárias ao divórcio, seria a separação judicial uma possibilidade de evitar que

precisassem permanecer convivendo. Ocorre que, como já se mencionou neste trabalho, a separação de fato possui os mesmos efeitos de fim dos deveres conjugais e do regime de bens, mesma consequência prática obtida via separação judicial. Não parece razoável que, tão somente em razão de motivos religiosos seja autorizado o ajuizamento de ação na qual é possível a discussão da culpa, com exposição dos motivos da ruptura perante o Judiciário. Concorde-se com o entendimento de Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira no sentido de que: “Aqueles que têm convicções religiosas sobre a indissolubilidade do casamento, basta não se divorciarem e viverem se penitenciando diante de um casamento falido. Ou simplesmente se separem de fato, promovam a separação e corpos, judicial ou extrajudicial”

No vídeo “O direito fundamental à liberdade fundamentada a manutenção da separação no Direito Brasileiro”, defende-se a manutenção da separação como garantia do direito de escolher entre a dissolução da sociedade conjugal e o divórcio, o que, segundo Regina Beatriz, implica a garantia do direito à liberdade em sentido amplo.

Questiona-se que direito de escolha é esse? É da lógica do ordenamento jurídico brasileiro que toda vez que um instituto é revogado ele deixa de ser passível de utilização. Não há direito de escolha de seguir utilizando algo que não existe mais, como o desquite, por exemplo. Por que deveria haver direito de escolha tão somente em razão da não alteração do Código Civil após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010? Ainda mais quando a escolha será por um procedimento que não se presta a terminar o casamento, mas somente para conseguir uma declaração de culpa pelo fim do relacionamento afetivo?

O terceiro vídeo, chamado de “As sanções pelo descumprimento de dever conjugal devem ser mantidas no Direito Brasileiro em respeito à dignidade da pessoa humana”, se dedica a explicar que, segundo o entendimento da ADFAS, a separação tutela os direitos à integridade física, à integridade psíquica e à honra das pessoas casadas quando há descumprimento dos deveres matrimoniais, pois as sanções pelo descumprimento destes deveres somente estão previstas no Código Civil dentro desse instituto. Defende-se que, se não for mantida a separação, os deveres conjugais se tornariam meras recomendações e que as sanções existentes (perda do direito à pensão alimentícia plena e perda do direito ao uso do sobrenome conjugal) são importantes para garantir o respeito à dignidade do cônjuge que sofre a violação do dever conjugal.

Dignidade da pessoa humana, é, de acordo com Ingo Sarlet,

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (2012, p. 73).

Os processos nos quais se busca o reconhecimento da culpa pelo fim do relacionamento são longos e desgastantes, além de, em muitos casos, vexatórios para ambos os cônjuges. Isso porque é preciso, para aquele que alega que o outro descumpriu dever conjugal, fazer prova de tal alegação. Para isso lança-se mão de todos os meios de prova em direito admitidos, tais como fotografias, conversas trocadas por e-mail, *WhatsApp* e redes sociais, filmagens, depoimentos testemunhais etc., todos com o objetivo de comprovar que houve, por exemplo, uma traição.

A exposição da realidade por trás do fim do afeto conjugal, especialmente quando feita por meio de meios de prova que tragam situações vexatórias, acaba por colocar ambos os cônjuges – inocente e culpado – em posição contrária à dignidade humana. Isso porque enquanto um deles tem a realidade de sua conduta exposta no processo, que pode ser sua conduta adúltera, a título exemplificativo, podendo chegar, até mesmo, à inclusão de imagens de momentos íntimos na seara processual, o outro tem a falência do seu relacionamento conjugal aberta para advogados, magistrados, servidores do judiciário e outros que vierem a atuar no caso.

Perquirir a culpa não preza pela dignidade humana do culpado, embora esta continue devendo ser respeitada, mas também não garante a efetivação da dignidade do inocente. Pelo contrário, o expõe dentro de um processo e não lhe garante a possibilidade de seguir em frente, visto que não termina o matrimônio, mas apenas a sociedade conjugal.

No quarto vídeo, intitulado “Quem quer a supressão do instituto da separação pretende eliminar as sanções pelo descumprimento dos deveres conjugais”, Regina Beatriz defende que a corrente que se posiciona contrariamente à manutenção da separação tem como objetivo transformar os deveres conjugais em meras recomendações, uma vez que dever sem sanção é uma mera faculdade.

No que concerne a esse argumento, entende-se que o problema está em se afirmar que os deveres conjugais somente podem ser tidos como obrigações enquanto houver a possibilidade de aplicação de alguma sanção em razão do seu descumprimento. Ocorre que, como visto alhures, as sanções previstas em lei para o caso de inadimplemento de tais comandos não são

muitas, nem mesmo possuem aplicação plena e garantida. Além disso, questiona-se até que ponto a possibilidade de obrigação de retirada do prenome adotado em decorrência do matrimônio atua como fator inibidor de eventual descumprimento de dever conjugal? O mesmo se diga quanto à questão dos alimentos, uma vez que, se necessários e na ausência de outro parente que possa prestá-los, o cônjuge tido como inocente pelo fim da relação ainda assim terá a obrigação de arcar com esse valor? Não parece ser o melhor caminho entender que essas sanções sejam a melhor forma de garantir o atendimento aos deveres conjugais.

Além disso, entende-se que a natureza jurídica do casamento é de negócio jurídico, razão pela qual há espaço para, por meio do exercício da autonomia privada, os cônjuges estabelecerem, de comum acordo, quais são os deveres a serem cumpridos, ou seja, para que negociem as cláusulas aplicáveis ao casamento (NOGUEIRA, 2015). Os deveres impostos pela lei, nessa visão, são passíveis de negociação, de modo que nem sempre a conduta de um dos cônjuges implicará, necessariamente, violação do que foi pactuado pelo casal.

O vídeo intitulado “Se o instituto da separação for eliminado, mulheres que sofrem violência doméstica terão que pagar pensão alimentícia ao agressor” explica que, na visão da ADFAS, se não houver sanção pelo descumprimento do dever conjugal, o agressor poderá pleitear pensão alimentícia plena a ser paga pela mulher que foi vítima de violência doméstica.

Nas situações em que há prática de violência doméstica o fim do relacionamento decorre da prática de um ilícito penal e não simplesmente do descumprimento de um dever do casamento. Não se nega que há sim, descumprimento do dever de respeito e consideração, mas, acima de tudo, há a subsunção da conduta a uma situação penalmente tipificada pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Ocorre que pela simples manutenção da separação judicial como figura autônoma não há garantia de que a mulher vítima de violência doméstica não poderá vir a pagar alimentos ao ex-cônjuge agressor. Isso porque, se há possibilidade de o culpado na separação pleitear os alimentos necessários à subsistência, pode haver a possibilidade de a vítima da violência doméstica vir a arcar com tal pagamento.

O que impede que isso ocorra não é a separação judicial – que, repete-se, não vai garantir à mulher vítima de violência o fim do casamento, mas somente o fim da sociedade conjugal – mas sim a aplicação da previsão do art. 1.708, parágrafo único, do CC, no sentido de que “com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”. Ora, a violência doméstica é, para além de conduta criminosa, a prática

de ato indigno em relação à mulher. Se condutas indignas fazem cessar o direito a alimentos, com base nesse artigo é possível impedir que haja eventual condenação de vítima de violência doméstica ao pagamento de pensão alimentícia.

Há, ainda, em trâmite, no Senado Federal o Projeto de Lei nº 4.467/2020, que pretende alterar “a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para impedir a prestação de alimentos ou a partilha de bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável, em favor do cônjuge ou companheiro agressor” (SENADO FEDERAL, 2020). Caso tal projeto seja aprovado da forma como proposto, o artigo 1.708 passará a contar com a seguinte redação:

Art. 1.708. ....

§ 1º Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

§ 2º Entre os procedimentos indignos de que trata o § 1º inclui-se a condenação, ainda que sem trânsito em julgado, por crime praticado com violência doméstica e familiar contra o cônjuge ou o companheiro.

§ 3º Sobrevindo absolvição, cessam os efeitos da indignidade de que trata o § 2º deste artigo

Vê-se então que já há, atualmente, previsão legal a impedir que vítimas de violência doméstica paguem pensão alimentícia a seus agressores e que há, em trâmite, projeto de lei com o objetivo de tornar ainda mais clara tal possibilidade. Não é a manutenção das sanções previstas dentro do instituto da separação judicial que vai garantir isso.

E no sexto vídeo, intitulado “O Direito estrangeiro mantém o instituto da separação”, Regina Beatriz explica que países como França, Itália, Português e Espanhol preveem o instituto da separação e a figura da culpa pelo descumprimento de deveres conjugais, e que o Brasil não é uma ilha, não podendo deixar de olhar para essas regulamentações.

Quanto a este último argumento, vê-se que, embora o ordenamento jurídico brasileiro possa se pautar em legislação estrangeira no momento de decidir como vai regulamentar determinada matéria, esse olhar deve ser crítico e atendo à realidade interna. Nem sempre porque outros países contêm determinada previsão ela é a mais adequada para o Brasil. Não parece esse argumento ser suficiente para se defender a retomada das longas disputas de separação judicial na realidade brasileira.

#### **4.2 Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**

O IBDFAM, admitido como *amicus curiae* no processo em 18/06/2019, disponibilizou em seu site a petição que protocolou junto ao STF na qual pleiteou sua admissão no processo nessa qualidade, requereu a possibilidade de sustentação oral no julgamento do Recurso

Extraordinário nº 1.167.478/RJ, e pediu que conste na tese da repercussão geral a declaração de inconstitucionalidade do instituto da separação judicial.

Ao longo de sua petição, o Instituto manifesta sua oposição à manutenção da separação judicial como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro, o que faz trazendo elementos sobre a evolução histórica da figura do divórcio no país, defendendo a necessidade de interpretação do ordenamento jurídico em conformidade com a Constituição Federal após a Emenda Constitucional nº 66/2010, e abordando decisões judiciais sobre o tema da separação judicial proferidas tanto pelos Tribunais superiores, como por Tribunais de Justiça Estaduais.

Ao final da peça, o IBDFAM conclui seu posicionamento nos seguintes termos:

O instituto da separação judicial/administrativa, ainda que se admita sua sobrevivência apenas como uma opção, tende a se tornar “peça de museu”. Afinal, qual o sentido de se chegar ao objetivo de se pôr fim ao casamento passando antes por uma separação judicial/administrativa? Se o motivo é a convicção religiosa, ou mesmo dificuldade de ordem emocional e psíquica, basta que se faça uma separação de corpos. O mais grave, o que parece ser tão inofensivo na verdade vem travestindo a possibilidade da discussão da culpa. Essa busca de um ‘culpado’ ajuda a instigar e a sustentar os longos litígios conjugais, na medida em que se analisa o responsável pelo fim do casamento. Brigas e desentendimentos de casal sempre existiram e continuarão existindo. Amor e ódio andam juntos, sustentados pelo desejo. Mas não é necessário que as versões de cada parte sobre o fim do casamento sejam levadas ao judiciário, transformando a história amorosa do ex-casal em histórias de degradação, abarrotando ainda mais o Poder Judiciário (IBDFAM, 2019).

Concorda-se com a posição do IBDFAM. Como já se deixou claro nas críticas feitas ao posicionamento exarado pela ADFAS, não há razão que justifique a manutenção da figura da separação judicial como opção às pessoas casadas. Isso porque, se não há pela separação o rompimento do vínculo matrimonial, mas tão somente da sociedade conjugal, a sua manutenção como possibilidade terá como consequência lógica que lancem mão de tal medida judicial aqueles que desejarem discutir a culpa pelo fim do relacionamento. Isso porque, se o objetivo for terminar o matrimônio, encerrar as obrigações pessoais e patrimoniais dele decorrentes e dar seguimento à vida, o divórcio aparece como a melhor opção: por meio de uma medida que independe de requisitos e da produção probatória sobre os motivos que levaram ao fim do relacionamento afetivo obtém-se o resultado pretendido.

Primeiro se separar judicialmente, discutindo a culpa, para, *a posteriori*, promover o divórcio, implicará em um longo período de litígio em razão do fim do afeto. Todos os detalhes do relacionamento conjugal, bem como dos atos praticados por um ou ambos os cônjuges durante o período da união serão escancarados e esmiuçados em um processo em busca da obtenção de uma declaração de culpa. Declaração de culpa esta que, como visto, nem sempre implicará a plena aplicação das sanções previstas em lei – retirada do sobrenome e perda do

direito a alimentos – e com certeza não trará o fim do casamento, mas tão somente o fim dos deveres pessoais e patrimoniais. A separação de fato já alcança este objetivo, já permite que os cônjuges reflitam sobre o fim definitivo ou não da relação, já acaba com o regime de bens, com os deveres, e possibilita, inclusive, a constituição de união estável válida com terceira pessoa. Não há sentido em insistir na manutenção de um instituto antigo, fruto da lenta evolução do tratamento dado ao casamento na história brasileira que, por muito tempo, negou o direito ao divórcio e, somente a partir de 2010 passou a aceitar que este se dê sem a necessidade de cumprimento de requisito temporal prévio.

## **5 Conclusão**

A separação judicial foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em substituição à figura do desquite e como caminho para se chegar ao divórcio. Trata-se de modo de rompimento da sociedade conjugal, ou seja, de encerramento das relações pessoais e patrimoniais decorrentes do matrimônio, mas com a manutenção do vínculo. Somente com o divórcio é que acaba definitivamente o casamento.

Em 2010 a Constituição Federal foi alterada pela Emenda Constitucional nº 66 que trouxe a previsão do divórcio direto, ou seja, sem a necessidade de prévia separação judicial ou de fato para poder ser pleiteado. A alteração foi positiva e condizente com a realidade social do país, mas não implicou em alteração na seara infraconstitucional, de modo que o Código Civil continuou contendo toda a regulamentação acerca da separação judicial.

Desde então tem-se discutido se a separação judicial subsiste ou não no ordenamento jurídico brasileiro, o que levou à afetação pelo STF, em 07/06/2019 do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, para, por meio desse julgamento, definir se esse instituto permanece como figura autônoma à qual as pessoas casadas podem recorrer se quiserem, ou se deixou de fazer parte do sistema jurídico pátrio.

Ocorre que a possibilidade de a decisão do Supremo ser no sentido da subsistência da separação judicial como figura autônoma causa preocupação, uma vez que tal instituto, como já dito, não põe fim ao casamento e, por meio dele, é possível a discussão da culpa pelo fim do relacionamento conjugal com a busca pela aplicação das sanções previstas em lei por essa conduta culposa. Essa busca pelo reconhecimento de um culpado não é salutar, nem pelas consequências que traz às partes durante o litígio, nem pelos resultados práticos que por meio dela são alcançados, uma vez que as pessoas continuam casadas e precisando se divorciar e nem sempre as sanções terão aplicação plena e efetiva.

Entende-se que a melhor decisão a ser tomada pelo STF é no sentido de que não há mais eficácia do instituto da separação judicial no Brasil. Isso porque não há justificativa para que se continue litigando em busca do reconhecimento de um culpado, já que não interessa ao Judiciário saber os motivos que levaram ao fim do relacionamento. E não é necessário se separar judicialmente para interromper os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento enquanto se reflete se o divórcio é ou não desejado, uma vez que a separação de fato possui a mesma eficácia prática, tanto que autoriza, até mesmo, a constituição de união estável válida com terceira pessoa.

## 6 Referências

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. **Fundamentos da ADFAS, como ‘amicus curiae’, perante o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário em que se debate sobre a separação como instituto autônomo** [2022]. Disponível em: <[https://www.linkedin.com/posts/adfasbrasil\\_o-instituto-da-separa%C3%A7%C3%A3o-deve-ser-mantido-activity-6906598021002268672-MiHM?utm\\_source=share&utm\\_medium=member\\_desktop](https://www.linkedin.com/posts/adfasbrasil_o-instituto-da-separa%C3%A7%C3%A3o-deve-ser-mantido-activity-6906598021002268672-MiHM?utm_source=share&utm_medium=member_desktop)>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº, de 2007 (Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro). Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/\\_img/artigos/PEC%2033\\_2007%20Div%20c3%b3rcio.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Div%20c3%b3rcio.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 1.167.478/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21/06/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750141619>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0153771-73.2012.8.19.0001, 13ª Câmara Cível, Rel. Agostinho Teixeira de Almeida Filho, Julgado em 29/01/2014. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublica#porNumero>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Instituto da separação: para que serve? A quem serve? **IBDFAM**, 13 jun. 2022. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/artigos/1832/Instituto+da+separa%C3%A7%C3%A3o%3A+para+que+serve%3F+A+quem+serve%3F#:~:text=Faz%20cessar%20os%20deveres%20conjugais,\(CC%20artigo%201.830\)](https://ibdfam.org.br/artigos/1832/Instituto+da+separa%C3%A7%C3%A3o%3A+para+que+serve%3F+A+quem+serve%3F#:~:text=Faz%20cessar%20os%20deveres%20conjugais,(CC%20artigo%201.830))>. Acesso em: 01 set. 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo Mário Veiga P. **Novo Curso de Direito Civil 6 - Direito de Família**. Editora Saraiva, 2021. E-book. 9786555592511. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655592511/>>. Acesso em: 01 set. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Petição do IBDFAM na qual pediu para ser admitido como *amicus curiae*** [2019]. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Excelent%c3%adssimo%20Senhor%20Ministro%20Luiz%20Fux%20do%20Egr%c3%a9gio%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20-%20Assinado.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

NOGUEIRA, Luíza Souto. A desigualdade de gênero e seus reflexos no direito de família brasileiro. In **Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS)**, Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 66-86.

NOGUEIRA, Luíza Souto. O casamento como negócio jurídico e a aplicação dos princípios da autonomia privada, boa-fé e igualdade. In **Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS)**, Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jul./set. 2015, v. 2, p. 143-166.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Grupo GEN, 2022. E-book. 9786559643417. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>>. Acesso em: 02 set. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª edição. Grupo GEN, 2018. E-book. 9788530983062. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>>. Acesso em: 02 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.