

A autonomia da Separação de Direito

Leonora Roizen Albek Oliven¹

Resumo

O artigo parte da historicidade do divórcio na Brasil para considerar os institutos da separação e do divórcio, comparando os diferentes efeitos, e analisar se a separação jurídica, formal, é modalidade intermediária ou autônoma e se permanece ou não na normativa após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Ela instituiu o divórcio potestativo e retirou qualquer exigibilidade de causa, de culpa ou de lapso temporal para a dissolução insuperável e direta do vínculo matrimonial. O questionamento advém de uma visão utilitária da separação, capaz de conduzir à sua revogação, e de outro enfoque, que admite a sua autonomia em respeito à liberdade de escolha do casal em atribuir outras respostas ao término da sociedade conjugal.

Palavras-chave: Família; casamento; separação; divórcio; efeitos.

Abstract

This paper arts from the historicity of divorce in Brazil to consider the institutes of separation and divorce, comparing the different effects, and to analyze whether legal, formal separation is an intermediate or autonomous modality and whether or not it remains in the normative after the advent of the Constitucional Amendment. no. 66/2010. It instituted potestative divorce and withdrew any claim of cause, guilt or time lapse for the unsurpassed and direct dissolution of the marriage bond. The questioning comes from a utilitarian view of separation that can lead to its repeal, and from another approach, which admits its autonomy with respect to the freedom of choice of the couple to attribute other answers to the termination of marital society.

Keywords: Family; marriage; separation; divorce; effects.

¹ Leonora Roizen Albek Oliven é Doutora em Direito e Mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Docente da Universidade Veiga de Almeida e do IBMEC. leonora.oliven@gmail.com telefone (21) 981235297 e endereço para acessar o lattes <http://lattes.cnpq.br/1070351326253691>

Introdução

O tema separação como ponte ao divórcio e a suposta revogação do instituto depois da Emenda Constitucional nº 66/2010, que instituiu o divórcio potestativo, autorizado independentemente de tempo, causa ou requisito, não está superado e tem sido objeto de discussão no grupo de pesquisa Famílias Plurais. Na oportunidade, dá-se continuidade à discussão, considerando a relevância que ensejou repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao tema 1053. Ele trata da “Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº66/2010²”. A provocação ao STF adveio de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que decidira que, a partir da EC 66/2010, a manifestação da vontade de um dos cônjuges em romper o vínculo conjugal é suficiente ao divórcio, originando o extraordinário.

O tema é recorrente e já foi enfrentado a partir da ótica do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em 2017, através das Terceira Turma³ e Quarta Turma, decidiu que os cônjuges não são obrigados a dissolver o vínculo matrimonial, admitindo a possibilidade de coexistência entre o divórcio e a separação judicial ou extrajudicial. Retorna-se a ele, não apenas pela proximidade da resposta do STF, mas por considerar-se relevante o debate sobre a sua natureza principal ou acessória ao divórcio.

A pesquisa enfrentará pontos que por vezes parecem colidentes: a) se a separação de direito, seja ela judicial ou extrajudicial, é requisito para o divórcio; b) se a separação se mantém como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro. Para possibilitar o debate, buscase a construção de argumentos favoráveis ou desfavoráveis ao instituto, oportunizando a compreensão que permita estruturar o debate jurídico.

Os estatutos jurídicos da separação e do divórcio são diferentes e há anos são objeto de discussões. Se o primeiro rompe e esgarça o casamento, o segundo o dissolve e libera os cônjuges para novos compromissos

² O recurso extraordinário RE 1167478 RG/RJ – Rio de Janeiro, demandou a discussão acerca da repercussão geral. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 02 ago.

³ Decisão proferida no REsp 1.431.370-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 15/8/2017, DJe 22/8/2017.

conjugais. Aquele pode ser fático, judicial ou extrajudicial, este é formal. São singulares pelas peculiaridades que cada um deles revela exatamente por manter ou não a higidez do vínculo matrimonial, ainda que efetivamente separado o casal. E não poderia haver o divórcio sem que antes houvesse a regularização da separação. Essa é a grande mudança legislativa e social: o reconhecimento de que o tempo social demandava por mudanças no tempo do direito, eliminando esperas que não agregam às dinâmicas familiares.

Como método de pesquisa, considerando a proposta de historicidade e consequências jurídicas dos institutos analisados, a investigação se apoia nas codificações e leis especiais nacionais e considera os diferentes momentos histórico-sociais que afetam as famílias. Acredita-se que as respostas às indagações propostas demandam diálogo de ideias, de valores e de fontes, possibilitando a crítica, com pesquisa bibliográfica que tem como suporte a doutrina e o levantamento de dados de decisões dos Tribunais, ponderados de forma qualitativa.

Casamento e divórcio

Até o ano de 1890, o Brasil só admitia casamentos religiosos como forma única de instituição e de regularização das famílias, criando um mundo paralelo no qual as pessoas vivenciavam as suas escolhas e afetos sem que fosse possível atribuir os direitos típicos das famílias, como o nome, regime de bens, proteção assistencial e direitos sucessórios. O modelo canônico adotado e que sacralizou o casamento não admitia o seu rompimento pela manifestação da vontade, impedindo o desfazimento por ato entre vivos. Era necessária a invalidade ao contrato conjugal ou a morte de um dos cônjuges para que as pessoas pudessem seguir outros caminhos, ainda que não necessariamente as suas escolhas.

A proposta de laicização do Estado como estrutura política vai instituir o modelo civil como única forma de casamento e de reconhecimento da família, impedindo que a religiosidade se sobreponha aos fenômenos jurídicos, como na primeira Constituição republicana de 1891. O decreto 119-A, legitimando a separação entre as instituições, aliado ao fim do padroado que a República impunha, reduz o monopólio e o controle da Igreja sobre os registros de nascimentos, casamentos e os óbitos, e retira parte de suas fontes de rendimentos.

O casamento então se torna civil e é instituído o divórcio, permitindo a separação legal do casal, colocando fim ao regime de bens e aos deveres decorrentes do casamento, sem, no entanto, dissolver o vínculo conjugal. A primeira versão de divórcio admitida no Brasil mantinha o padrão canônico de indissolubilidade do casamento por decisão do casal. Seria possível regularizar a separação sem rompimento em definitivo ou autorizativo de novos casamentos ao casal divorciado. A solução encontrada não enfrenta na totalidade a demanda social, que desde então, ainda que contrariando dogmas religiosos, pretendia rescindir o vínculo matrimonial, houvesse ou não novos relacionamentos.

A resistência jurídico-social, conservadora o suficiente para configurar como família apenas a advinda do casamento civil e impedir a dissolução do vínculo pela manifestação a vontade, foi mantida na primeira codificação civil de 1916. Nela, a indissolubilidade matrimonial é acompanhada de mais direitos aos homens do que às mulheres, que se submetiam a um regime de redução da capacidade civil com o casamento. Ele implicava na necessidade de autorização para o trabalho extramuros da mulher, na limitação ao exercício das funções parentais, na sujeição à escolha do domicílio, nas restrições na administração patrimonial.

Ao revogar a norma de 1890, o legislador substituiu aquele divórcio, que tinha por finalidade permitir a separação de corpos, pelo desquite, revelando um estado de descompasso entre o casal e a sociedade pela escolha da não convivência conjugal. Ainda que colocasse fim a determinados direitos e deveres conjugais, mantinha o ex-casal atado pelo vínculo inquebrantável do casamento.

Impossibilitada de renovação dos vínculos conjugais, cresce uma população marginal, sem direitos das famílias a amparar o seu nome, estado civil, direitos conjugais e filiais. A parentalidade civil é balizada pelas presunções de paternidade dos maridos como pais dos filhos de suas mulheres, com reflexos na dignidade não apenas nos pais, mas a negação dela aos filhos, que sofriam com marcadores desabonadores e excludentes da bastardia. Os direitos pessoais, patrimoniais e sucessórios são impedidos ou limitados àqueles que não são casados e que não tem na certidão de nascimento a marca do matrimônio de seus pais. Essa filiação é a garantia do dever de fidelidade feminina e da legitimidade dos filhos, garantindo

que os bens dos pais permanecessem na família através da herança garantida aos seus filhos.

A vida familiar girava em torno de um modelo tipicamente patriarcal que não protegia ou dignificava exatamente a mulher e os filhos. Eles só serão reconhecidos se advierem das uniões formais, o que nem sempre era possível, considerando, dentre outras dificuldades, a indissolubilidade dos vínculos. A codificação manteve não apenas os privilégios masculinos, mas reforçou dogmas religiosos, como a legitimação da família e dos filhos apenas pelo casamento válido, como se ainda fosse um sacramento. O paradoxo entre a legalidade e a realidade se fazia presente ao manter as restrições às reconfigurações.

As uniões informais eram realidades rechaçadas pelo Direito, que as nominava de concubinato e alijava de direitos familiares. A regulamentação dessas famílias proposta em 1947 é rejeitada e a atuação da Igreja católica, que não admitia esses arranjos, é combatida pelos divorcistas. Nelson Carneiro sustenta exatamente a importância do divórcio como forma de reconhecer as novas famílias. Dependia da dissolução do casamento anterior a regularização das situações pendentes, o que de alguma forma fortaleceria a família religiosa. Os reajustes incentivariam a permanência em professar a fé católica, pois as Igrejas Presbiterianas e a Metodistas já acolhiam as pessoas desquitadas (CARNEIRO, 1977, p.229).

A reação ao modelo excludente e de dominação adveio das mulheres. A percepção de que o direito ao voto levaria a participação de mulheres ao poder legislativo ampliava a possibilidade de mudanças. Elas são tímidas no Estatuto da Mulher Casada, ainda que importantes, especialmente com a recomposição da capacidade civil das mulheres casadas e com certa flexibilização da autoridade marital. Ainda assim não havia igualdade jurídica entre homens e mulheres e era necessário encontrar instrumentos jurídicos que garantissem a emancipação.

A resistência em permitir a dissolução matrimonial pela manifestação da vontade dos cônjuges revelava uma moral religiosa que sacralizava o casamento e também uma resposta daqueles a quem aproveitava a perpetuação do casamento como forma de não partilhar o patrimônio conjugal. A Constituição vedava o divórcio e a primeira proposta de modificação foi apresentada por Nelson Carneiro em 1952, sendo

imediatamente rejeitada. O legislativo demorava a compreender que autorizar o divórcio reorganizaria as famílias e seria um alívio para as pessoas que bordejavam o direito das famílias.

A luta pelo divórcio como instituto capaz de dissolver em definitivo o vínculo matrimonial foi um movimento de longa duração, que só encontrou êxito com a Emenda Constitucional nº 9/1977 e a Lei do Divórcio. Pela primeira vez foi possível a dissolução da sociedade conjugal e do casamento. A primeira com uma abrangência de várias possibilidades, mas de menor alcance, incluindo a morte de um dos cônjuges, a invalidez do casamento, a separação judicial e o divórcio; a segunda referindo-se tão somente à morte e ao divórcio. É possível verificar que uma está contida na outra e que os efeitos são distintos: a dissolução do casamento permite novos casamentos, já a dissolução da sociedade conjugal coloca fim ao relacionamento familiar habitual, sem dissolver o matrimônio, admitindo a retomada do casamento com o exercício do direito de arrependimento. Não era fácil obter a liberdade relacional, a lei impunha condições e restrições ao divórcio.

Divórcio: requisitos e superações

A primeira versão da Lei do Divórcio tinha como requisito a separação judicial. Trata-se de figura jurídica que substituiu o desquite, revogado pela nova normativa, e com força suficiente a terminar com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens. Ela admitia como modalidades a separação litigiosa e a consensual. A litigiosa impunha que o casal deveria declinar as razões pelas quais não permaneceria mais com a vida em comum, exigindo causa ao fim da relação. A consensual adviria da vontade do casal em não prosseguir com a vida em comum sem que houvesse a necessidade de exposição da intimidade, mas desde que o casal fosse casado há mais de dois anos, como se não fosse possível identificar a impossibilidade na relação familiar antes desse prazo de infelicidades. O Código Civil de 2002 reduziu esse prazo para um ano, forçando a conservação do vínculo por determinado período. A manutenção do casamento em patamar de prevalência evidencia a preferência dessa forma de constituição de família e subjuga a autonomia ao modelo de sociedade conservadora.

A insuportabilidade na vida em comum e em manter o casamento adviria tão somente de causas desagradáveis e afrontosas ao ex-casal, que se via compelido a permanecer no mesmo lar por certo tempo para uma separação amigável. A lei compelia o ex-par ao litígio ao exigir a imputação de conduta desonrosa, incrementando as desavenças e até mesmo potencializando enfrentamentos.

Se provada a descontinuidade familiar há mais de cinco anos, seria possível o divórcio, prazo reduzido para um ano em 1992. A decorrência de doença mental grave também é causa suficiente à separação. O abandono e os dramas familiares eram razões justas, mas não o reconhecimento de que não havia amor em menos de dois anos, como se houvesse prazo para essa compreensão ou sentimento.

A fixação de culpa como causa para a separação influenciava na guarda dos filhos comuns, o que por vezes dificultava, e até mesmo impedia, que um dos cônjuges efetivamente encarasse o fim do casamento. A discussão e infração aos deveres do casamento, a culpa, exibia, como ainda o faz, a privacidade do casal. Não parece razoável que essa indiscrição possa se sobrepôr à impossibilidade de vida em comum. O fim de um relacionamento afetivo não acontece de forma súbita. Ela decorre de violências físicas e morais, de assédios e desgastes emocionais e sexuais que podem conduzir a necessidade de afastamento ou de insatisfação relacional, sendo inócuo e desnecessário ao Direito, no que se refere à separação e ao divórcio, bem como aos respectivos efeitos pessoais e patrimoniais, a discussão do elemento culpa. Ele incumbe ao Direito Penal ou às hipóteses de responsabilidade civil, se o caso, mas não como causa caracterizadora da liberdade relacional.

A culpa também interferia no uso do nome de família. À época, apenas a mulher usava o nome do marido, símbolo do poder patriarcal, e perderia esse direito se fosse vencida na ação de separação judicial ou se fosse sua a iniciativa pelo término do casamento. A medida é punitiva às mulheres e constituía uma forma de reduzir, ou até mesmo de evitar, que dessem início às ações. Trata-se de mais uma forma de subjugação, aliada à questão referente aos alimentos, que seriam devidos tão somente àquele que não desse causa. Para as mulheres, prover o auto-sustento nem sempre era possível, considerando que até 1962 era necessária a autorização marital ao

trabalho extramuros, instrumento a serviço da conservação da hierarquia de gêneros (LOPES, 2006, p. 417).

O período de publicação da lei do Divórcio é permeado pela busca das mulheres de novas posições no mercado de trabalho, sem que a inserção fosse ampla. Os direitos trabalhistas eram desiguais, assim como os salários pagos pelas mesmas atividades, tornando a emancipação ainda mais árdua. A diferença na participação no mercado revela desigualdade: no ano de 1977, “32% das mulheres de 10 anos ou mais e 39% das mulheres dos 16 aos 60 participavam do mercado de trabalho; as taxas equivalentes eram 73% e 88% para os homens” (SOARES e IZAKI, 2002, p. 4). As taxas de 2001 revelam aumento significativo, com 46% e 58% (idem), respectivamente, possivelmente podendo ser creditado à capacitação e estudos, pois no “período 1977-2001, o número médio de anos de estudo das mulheres aumentou de 3,9 para 5,7” (SOARES e IZAKI, 2002, p. 15). A ascensão das mulheres no mercado formal de trabalho especializado se vincula à capacitação técnica, encontrando outros espaços de realização das dignidades.

A Constituição Federal de 1988 traz novos olhares a velhas questões. No que se refere aos filhos, o reconhecimento da importância da implantação da proteção integral a criança e do adolescente, elaborada a partir de premissas e regras da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e da Convenção Americana de Direitos Humanos, impondo os cuidados prestados pela sua família, Estado e sociedade. Posteriormente, a Convenção sobre os Direitos da Criança reforça a mesma linha protetiva, fortalecendo a integridade no desenvolvimento infantil e do adolescente.

A perspectiva desloca a guarda dos filhos para o genitor que tem as melhores condições de dedicar tempo e atenção aos filhos. Reconhecer que a atuação se dá em favor dos filhos e não no interesse dos pais permitirá a construção da ideia da guarda compartilhada em responsabilidades e deveres parentais com atuação concomitante. Em 2008, o Brasil adotará como a guarda preferencial e a partir de 2014 será a guarda compartilhada a regra. Ela será aplicada quando ambos os genitores podem exercê-la sem riscos aos filhos, e a “denominação mais apropriada é convivência familiar” (RIZZARDO, 2019), com “encargos do poder familiar são inerentes a ambos os pais, e o regime legal de convivência impõe a guarda

compartilhada” (DIAS, 2016, p. 242). Ela possibilita, ao menos como ideal teórico, o exercício da parentalidade responsável, revelando a prioridade na formação do sujeito de direito, oportunizando a pretendida proteção.

Quanto ao uso do nome, o Código Civil indica que a culpa pela separação pode implicar na perda de direito ao uso do nome de casado, agora permitida a inclusão a mulheres e aos homens. Colocava-se em risco a integridade pessoal ao permitir que “o culpado pelo seu fim ficava sujeito a perder a própria identidade, pois o uso do nome dependia da benemerência do inocente” (DIAS, 2016, p.149).

Considerando o nome como um importante direito da personalidade, não pode estar dissociado do sujeito. Não há razão para permitir que ele seja retirado como se fora um presente que possa ser reservado ao ex-cônjuge, salvo se essa for a vontade da pessoa que o adotou. Ambos tornaram-se titulares do nome e não apenas aquele que originariamente o detinha. O nome foi incorporado à personalidade de quem o acolheu e pode ser mantido se essa é a sua vontade, garantindo a projeção da personalidade da pessoa.

Em relação aos alimentos, considerando o tripé necessidade-possibilidade-razoabilidade, eles devem ser prestados ao ex-cônjuge que dele necessita sem que seja necessária a discussão da culpa. Ela não deve interferir na quantificação dos alimentos, fixados a partir do binômio ensejador da responsabilidade assistencial. Dependendo das condições, podem inclusive ser prestados de forma temporária, pois não são indenizatórios, mas, se possível, transitórios até que a pessoa possa se reinserir no mercado de trabalho. Alimentos entre cônjuges e companheiros não advém de benefícios, mas do dever assistencial e de solidariedade familiar, constituindo dever alimentar.

O texto constitucional originário admitirá o divórcio direto se o casal estiver separado de fato há mais de dois anos, assim como a conversão após um ano da separação judicial em divórcio. Nota-se que nesse momento a separação de fato de alguma forma ganha relevo e enfraquece a judicial. O reconhecimento que o distanciamento físico e afetivo influencia na caracterização do término da sociedade conjugal poderia fortalecer a ideia de que também coloca desde logo fim aos deveres do casamento e do regime de bens, ainda que não haja sentença. É necessário que seja dessa forma, ou

seria um contra senso com a SUM 380 do Supremo Tribunal Federal, que, desde 1964, reconhecia a sociedade de fato pelos concubinos, inclusive originariamente casados, desde que desquitados ou separados. Além disso, a pessoa casada, desde que efetivamente, pode constituir união estável. Ela também interfere no regime sucessório, afastando o direito hereditário, reconhecendo-se a sua força desconstitutiva da sociedade conjugal. O que se vislumbra é a força e importância do fato jurídico separação como suficiente a terminar a sociedade conjugal e aos deveres dele decorrentes.

A codificação de 2002 parte da Constituição Federal, para desenhar o regime legal da separação e do divórcio e as consequências jurídicas. Esse dissolve o casamento e “sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas o próprio vínculo matrimonial” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018, p. 555). Acredita-se que o vínculo matrimonial inclui a sociedade conjugal, ainda que sem a mesma extensão. Para além de “um instituto jurídico menor, regendo, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes, ou de cada um deles” (CARVALHO, 2018, p. 316), a sociedade conjugal traduz o *status* conjugal de permanência e de solidariedade, “que importa no estabelecimento de uma comunhão de bens e de interesses” (PEREIRA, 2012, p. 63).

O início do século XXI manteve os mesmos prazos de separação judicial e de fato, impedindo que o divórcio seja uma decisão imediata do casal. Há prazo para que o casal requeira a separação consensual, exigindo a convivência ao menos por um ano, mas não há limites para a separação litigiosa, considerando a urgência em resolver os conflitos.

Para reduzir os desgastes do não-casamento e otimizar os ajustes, a lei nº 11441/2007 introduz a separação extrajudicial, cartorária. Assim como o divórcio, ela pode ser realizado diretamente em ofício de notas quando não há litígio entre o ex-casal, capaz e acorde sobre todos os temas familiares, e não havendo filhos menores. Trata-se de medida de desjudicialização das famílias e de emancipação, conferindo “maior e mais responsabilidade com a própria autonomia privada” (PEREIRA, 2010, p. 46.).

A partir desse momento a separação extrajudicial, administrativa, passa a coexistir com a judicial, havendo a chamada separação de direito ou jurídica, que a seu turno conviverá com a separação de fato.

Mesmo sem conflito manifesto, era devido observar os mesmos prazos para possibilitar a separação e o divórcio⁴. A separação consensual também advém de desordens familiares que talvez não tenham colocado em risco a integridade física da família, mas que ainda assim tornam insuportáveis a vida em comum. Impor às pessoas a continuidade em laços familiares e de vida em comum pode constituir causa de sofrimentos psíquicos, sendo injustificável a demora do direito em liberar o ex-casal para as novas vidas e liberdades.

A PEC do amor e a separação

O sistema binário separação judicial - divórcio era questionado pela sua demora e resistência na dissolução do vínculo conjugal. Se o fim relacional advém da impossibilidade de manutenção da vida em comum, a imposição de tempo para que o casal permaneça casado, ainda que separados de fato ou de direito, parece excessivo. É uma interferência desarrazoada na autonomia privada e nas liberdades de escolhas e de afetos, e que possivelmente não implicava em reconciliação, mas aumentava o mal-estar entre o casal, dificultando os diálogos e as futuras possibilidades de decisões ponderadas sobre a separação.

Reconhecer a importância das reconfigurações como exercício da felicidade e da alteridade viabiliza a proposta de emenda constitucional para o divórcio direto potestativo. A PEC do Amor (PEC 28/2009) suprimiu o requisito de prévia separação de direito por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos, não havendo mais a necessidade de requisito, causa ou tempo de espera, exceto a vontade de ao menos um dos cônjuges, para a dissolução do matrimônio.

Com isso, a liberdade se desvincula, ainda que paulatinamente, dos costumes de perpetuação dos casamentos como modelo de família idealizada. Sem a necessidade de justificar as razões ao fim da relação, reduz crises e constrangimentos, e enfrenta eventuais feridas narcísicas de um dos cônjuges, que permitiam o manuseio de ações judiciais como instrumento de vingança. O uso de medidas procrastinatórias pelo divórcio, como revanches da perda do objeto de desejo, possivelmente será reduzido, ainda que ocasionalmente manipulado em outras esferas.

⁴ A Resolução nº 35 de 24/04/2007 do Conselho nacional de Justiça dispõe sobre as escrituras públicas de separação e divórcio.

O divórcio potestativo conquista mais espaço para a realização das novas famílias e deixa de ser objeto de barganhas. Ele possivelmente permite a redução de ruídos e de desavenças familiares, não sendo mais imperativo manter junto um casal que não deseja essa convivência física ou jurídica. É libertador quando se compreende que as desordens familiares podem ser dissolvidas a partir da cooperação entre o casal, mas que também podem ser amplificadas se injustificadamente houver a imposição na manutenção dos vínculos, o que conduz à satisfação do direito.

Na mesma direção, não há sentido em discutir a culpa para o divórcio: a impossibilidade de viver uma vida em comum é causa suficiente para permitir a dissolução do vínculo sem que seja necessário expor a intimidade do ex-casal. Colocar à mostra as mágoas das quais advieram o fim da relação conjugal, exceto em casos de violências, nos quais é imprescindível a intervenção e atuação das autoridades públicas, abre espaço para a opinião de terceiros, por vezes agressivas, violando a dignidade individual e familiar. Esse pudor é capaz de proteger e acolher a intimidade, de cuidar das dores.

Ao reduzir a intervenção do Estado na vida privada, em especial nas relações familiares, atribui-se ao casal a autonomia necessária para o amadurecimento de todo o grupo familiar. A emenda constitucional 66/2010 contribui ao alterar o parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal e autorizar o divórcio sem que seja necessário causa ou tempo. Desperta um novo momento para as famílias, responsáveis pelas decisões e pelas próprias vidas, concentrando nelas mesmas as responsabilidades.

Para efetivamente implantar o projeto, não mais se exige a separação judicial ou extrajudicial, bastando que seja fática, real, e que concretize o término da sociedade conjugal. Ela também é uma modalidade jurídica, ainda que informal, e deve ser incluída como separação jurídica ou de direito, pois ele, o Direito, reconhece na separação de fato o término da sociedade conjugal. O fim da relação dual afetiva é forte o suficiente a colocar fim aos efeitos direitos-deveres do casamento, ainda que não o dissolva ou que não esteja formalmente indicado como suficiente aos fins pretendidos.

E é exatamente a partir desse elemento que o fato jurídico separação autoriza o divórcio independente de separação prévia, que é questionada

a revogação – ou não – do instituto da separação judicial e extrajudicial. Sob o argumento que se tornaram desnecessárias por obsoletas, já que seriam medidas preparatórias inafastáveis para o divórcio até a emenda, não encontrariam mais utilidade.

Considerando que o divórcio coloca fim ao casamento e à sociedade conjugal, “não há mais qualquer modalidade de separação de direito ou jurídica admitida no Direito de Família Brasileiro” (TARTUCE, 2018), ele “desapareceu de nosso sistema constitucional e, por consequência, toda a legislação (que o regulava) sucumbiria, sem eficácia, por conta de uma não recepção” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018). A emenda seria forma menos gravosa para o ex-casal, retirando os prazos e também extinguindo a separação formal, que arrasta o casamento e onera o ex-par nos aspectos financeiros e psicológicos.

A tese colide com a resposta da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), que em 2010 entendera pela necessidade em manter a separação de direito⁵. Em 2017, o STJ se posiciona pela manutenção dos institutos: a Emenda Constitucional n. 66/2010 não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que trata da separação judicial. Elas coexistem. As decisões da Quarta Turma e da Terceira Turma concretizam como resposta que a EC 66/2010 coloca fim tão somente a prazos e condições ao divórcio, e por isso é potestativo, mas não termina com o a separação jurídica.

O STF decidirá sobre a (in)constitucionalidade na manutenção de todos os institutos de forma concomitante. Para definir se a emenda (norma) constitucional revoga o Código Civil no que se refere à separação, percorrerá a historicidade do Direito e da separação para conhecer a resposta social. A técnica jurídica permitirá definir se ela é tão somente requisito prévio ao divórcio, agora inócuo, ou se a sua importância reside nos resultados diversos aos da dissolução.

Se efetivamente há revogação tácita da separação judicial e extrajudicial por inconstitucionalidade superveniente, considerando a supressão da separação do texto constitucional e a separação como mero requisito, “desaparecendo os requisitos, os dispositivos do Código que deles tratavam foram automaticamente revogados, permanecendo os que disciplinam o

⁵ Os debates ensejaram a edição do enunciado nº 514 “Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

divórcio direto e seus efeitos” (LÔBO, 2010), o instituto será extirpado. De outro lado, será possível considerar que o texto constitucional tão somente facilitou o acesso para a dissolução e retirou a exigibilidade de separação prévia, considerando a eficácia diversa e mantendo simultaneamente os institutos.

Considerações finais

A pesquisa amplia a discussão sobre os diferentes efeitos jurídicos da separação, que termina a sociedade conjugal, mas não a dissolve, e o divórcio, que em definitivo extingue o casamento, permitindo novos vínculos. Os argumentos apresentados demonstram quão diferentes são as respostas jurídicas da separação judicial, extrajudicial e de fato para o divórcio. A crítica proposta se dá em face do olhar utilitário conducente, ainda que em parte, ao entendimento que a EC 66/2010 teria revogado a separação de direito, tendo posição assessória e transitória. A sua extinção admitiria que a separação ingressasse no Direito em 1977 tão somente como elemento de ligação, agora vetusto e despidendo, ao divórcio. Nesse caso, ele seria intermediário e a partir da EC 66/2010 não há qualquer sentido na sua manutenção.

De outro lado, perceber a relevância do término da sociedade conjugal sem que se imponha o fim em definitivo do matrimônio, até pela possibilidade de retomada da sociedade conjugal, harmoniza com a liberdade de escolha do ex-casal. Esse caminho observa o direito subjetivo na conclusão da vida conjugal de acordo com a sua conveniência. É facultado ao casal decidir se pretende apenas o término da sociedade, e com ele os efeitos limitados da decisão, ou a expansão com a dissolução do vínculo matrimonial.

Não haver menção ao vocábulo separação na EC 66/2010 não altera por si só a possibilidade dela permanecer como uma alternativa familiar. A Constituição Federal no formato originário mencionava tempo mínimo para as separações e não a obrigatoriedade em formalizar a separação. Sempre foi facultativo e seria possível o divórcio por conversão após um ano de separação formal ou de dois anos pela separação informal. O casal escolhia se iria se separar de forma expressa ou não. A situação permanece. Apenas como não há mais exigibilidade de prazo mínimo, não se faz

necessária qualquer delimitação, simplificando o texto. Essa dinâmica autoriza abranger a separação na alteração normativa, admitindo que ela apenas afastasse a exigibilidade dos requisitos de causa e tempo para atingir o divórcio, que é direto.

A eficácia plena da norma constitucional revela a impossibilidade de impor a qualquer um dos cônjuges a manutenção do casamento. Caso um deles decida pelo divórcio, essa vontade subjuga o outro, que não tem como se opor à extinção do vínculo. Pode suscitar a invalidade do casamento, mas não pode converter o requerimento de divórcio em separação; a fase fica superada pela vontade em dissolver o vínculo. Não se discute culpa, não é preciso tempo mínimo ao casamento ou de separação, não se faz necessário declinar causa. É exatamente nesse sentido que o divórcio é potestativo e não exige requisitos ou lapsos temporais ao livre exercício da liberalidade.

Referências

- BRASIL **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil.
- BRASIL. **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
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.845 de 19 de agosto de 1966**.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.148 de 28 de março de 1968**.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao artigo nº 175 da Constituição Federal.
- BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Lei do Divórcio. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências
- BRASIL. **Constituição (1988) Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. De 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **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.
- BRASIL. **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.
- BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.
- BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
- BRASIL. **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.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 66/2010.

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>

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**, 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de.e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. Famílias. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil. Direito das famílias. A família em perspectiva constitucional**. 8 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. Jornal Folha de S. Paulo, **Opinião: Tendências e Debates**, publicação de 24-7-2010.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. cadernos pagu (26), janeiro-junho de 2006: pp.405-430.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **O direito à separação e a separação de direito**. Anais do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, Salvador, BA. Direito das Famílias e das Sucessões. p. 242-257, 2018. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/wn2plsse/pbVX8GDAbxMYo3fl.pdf>

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: Teoria e Prática**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Ana Gabriela da Silva Santos. **O casamento na implantação do Registro Civil brasileiro** (1874 – 1916). Disponível em https://www.seo.org.br/images/Ana_Gabriela_Santos.pdf

SOARES, Sergei e IZAKI Rejane Sayuri. **A participação feminina no mercado de trabalho**. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 923. IPEA, Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada: Rio de Janeiro, 2002.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: **Direito de Família**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

TEPEDINO, Gustavo. **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

Sites

www.stj.gov.br

www.stf.gov.br