

DIVÓRCIO E OS MODELOS DE SEPARAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Paulo Lôbo

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Emérito da UFAL.
Diretor Nacional do IBDFAM. Ex-Conselheiro do CNJ.

Sumário: 1. A extinção da separação conjugal judicial no direito brasileiro, após a Emenda Constitucional n. 66/2010. 2. Argumentos contra a permanência da separação judicial. 3. A orientação consagrada na doutrina e em nossos tribunais. 4. As alusões no Código de Processo Civil de 2015 à separação. 5. Consequências jurídicas da separação de corpos e da separação de fato. 6. A tentativa de repriminção e a impossibilidade jurídica. 7. Interpretação em conformidade com a Constituição das novas normas processuais.

1 A EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO CONJUGAL JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Em 2010, com a Emenda Constitucional n. 66, foram removidos os últimos obstáculos para realização direta do divórcio judicial ou extrajudicial, no Brasil: as exigências de prévia separação judicial ou prévia separação de fato mínima de dois anos. Essa interpretação, que se tornou dominante, deve orientar a aplicação do CPC de 2015, quando alude à separação.

A mudança constitucional teve por finalidade a extinção definitiva da separação judicial, que se tornara anacrônica, como substituta do desquite ou do anterior divórcio canônico, pois apenas compreensível no modelo de indissolubilidade do matrimônio.

Parte minoritária da doutrina especializada, contudo, passou a sustentar que:

1. A separação judicial permanecera como requisito prévio, porque a Emenda Constitucional n. 66 não revogara expressamente os artigos do Código Civil que a previam (corrente *hard*); ou

2. A separação judicial (ou extrajudicial) permanecera na legislação civil, como opção aos cônjuges, ainda que reconhecendo que não poderia servir de prévio requisito para o divórcio (corrente *lighth*).

Tanto uma quanto outra corrente são insustentáveis, pois contradizem a legalidade constitucional. A primeira nega qualquer efeito jurídico à emenda constitucional, pois o Código Civil prevaleceria sobre ela. Chegou-se a afirmar que a Constituição de 1988 apresenta normas que são apenas formalmente constitucionais e nada mudou sem que antes se fizesse alteração na lei ordinária. A segunda reduz o alcance da norma constitucional, além de sua inutilidade prática.

Aparentemente, a segunda corrente influenciou o legislador do novo CPC, como se lê no parecer do último relator, no Senado Federal, quando o projeto da lei retornou da Câmara dos Deputados. Contudo, como demonstraremos, não altera a orientação que se tornou dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais, da revogação da separação conjugal pela emenda constitucional, excluindo-se a culpa e outras causas, não podendo a lei ordinária sobrepor-se à Constituição. Tampouco pode afastar a diretriz hermenêutica de que as motivações ou convicções do legislador (*mens legislatoris*) não prevalecem sobre o sentido que se extrai da própria lei, em conformidade com o todo do sistema jurídico (*mens legis*).

2 ARGUMENTOS CONTRA A PERMANÊNCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

O argumento de que a separação judicial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição não a teria excluído expressamente, somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma.

Historicamente, 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. As circunstâncias mudaram, profundamente, e a sociedade passou a aceitar o divórcio como solução normal para o desaparecimento da afetividade no casal, não mais repercutindo a demonização manejada pelos que o rejeitavam. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resultava em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. O divórcio direto, amigável ou judicial, dispensando causas, contempla melhor a dignidade das pessoas no delicado momento de suas separações, sem

interferências estatais constrangedoras e constitui a opção preferencial delas, na atualidade.

No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.

No Direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescrevem. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.

No plano da interpretação teleológica, indaga-se sobre quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.

Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a eventual

compensação econômica, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns.

Anote-se, ainda, no plano da inutilidade da preservação da separação judicial, que esta não pode mais ser convertida em divórcio. Não existe mais o divórcio por conversão. Assim, tudo o que fosse objeto de eventual separação convencional teria de ser repetido no pedido do divórcio judicial ou no divórcio extrajudicial. A situação de incompatibilidade agrava-se na hipótese de divórcio judicial litigioso, pois, se neste não há acordo quanto aos itens necessários (modo de exercício da guarda compartilhada, ou do *quantum* dos alimentos, partilha dos bens, sobrenome), que terão de ser decididos pelo juiz, independentemente da existência de separação convencional anterior.

A nova redação da norma constitucional teve a virtude de pôr cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento, sobretudo, da formação dos filhos comuns. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propiciava.

Quando o Poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresentava como abandonado e ofendido pelo outro, investigava a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressava na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. A Constituição (art. 5º, X) estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretecidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não poderia a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza.

3 A ORIENTAÇÃO CONSAGRADA NA DOCTRINA E EM NOSSOS TRIBUNAIS

A imensa maioria dos especialistas adotou desde o advento da Emenda Constitucional n. 66, ou progressivamente, a interpretação de sua força revocatória em face das normas legais do Código Civil, que disciplinavam a separação judicial.

Assim é que, reunidos no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 2013, aprovaram o Enunciado Programático de n. 1, de seguinte teor: “A Emenda Constitucional n. 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na dissolução do casamento e na quantificação dos alimentos”.

Os tribunais de justiça estaduais consagraram fortemente a interpretação da revogação (e extinção) da separação judicial, em virtude de incompatibilidade com a norma constitucional de 2010, rejeitando a fundamentação do divórcio na culpa ou em qualquer outra causa subjetiva ou objetiva.

Exemplifique-se com o TJPR, em decisão de 2015 (Processo n. 1218369-4): “A Emenda Constitucional n. 66, de 14 de julho de 2010 (Emenda Constitucional n. 66/2010), que conferiu nova redação ao § 6º, do art. 226, da CF, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a permissão para que qualquer dos cônjuges ingresse com o pedido de divórcio, independentemente da existência de separação de fato ou de prévia separação judicial, suprimindo qualquer discussão acerca da culpa pela ruptura do vínculo matrimonial e, portanto, sendo descabida a pretensão de que um dos consortes seja considerado o causador da ruptura”.

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 2014 (REsp 1483841) que: “1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação”. Neste caso, o Tribunal afastou a exigência de audiência de conciliação ou ratificação, em divórcio consensual, como defendemos doutrinariamente. Em outro julgado, mais incisivo, decidiu também em 2014 o STJ (REsp 236619) que “após a Emenda Constitucional n. 66/10 não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja o direito à ruptura do vínculo conjugal”. Nesse julgado, o Tribunal confirmou a orientação já adotada pelos tribunais estaduais de conversão de ofício da separação judicial em ação de divórcio.

Estava, assim, cada vez mais pacificada a orientação no sentido da extinção da separação judicial, tanto como requisito prévio quanto como alternativa ao divórcio, quando adveio a Lei n. 13.105/2015).

4 AS ALUSÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 À SEPARAÇÃO

Não se pode extrair do CPC de 2015, quando alude à “separação”, um conjunto sistemático de normas que autorize afirmar que remete às normas revogadas do Código Civil relativas à separação judicial. O projeto original aprovado no Senado Federal não aludia à separação conjugal, concentrando-se no divórcio. Durante a tramitação na Câmara dos Deputados do projeto do CPC, houve a inserção do termo “separação”, ao lado do divórcio, na tentativa de restaurá-la. Assim ficou, na redação final pelo Senado Federal, cuja tumultuada e confusa sessão correspondente revelou o desconhecimento da matéria pelos senadores votantes, que se convenceram do argumento da autonomia dos cônjuges, ficando a separação como uma opção, que não descaracterizaria o divórcio, afastando as emendas supressivas.

A técnica legislativa é criticável e fomentadora de equívocos, além de ter sido fruto do oportunismo de correntes tradicionalistas, que nunca se conformaram com o modelo irrestrito de divórcio e com a extinção da separação judicial. Como a lei processual não poderia tratar de direito material, optou-se pela inserção do termo “separação”, ao lado das alusões ao divórcio, na expectativa de, assim, intentar-se, de forma inadequada, a restauração da separação judicial.

Destaquemos as referências encontradas no novo CPC à separação:

O primeiro artigo (art. 23), em que há alusão expressa à “separação judicial”, é norma de direito internacional privado, ou de conflito de leis, cuidando da competência da autoridade judiciária brasileira, para proceder à partilha dos bens situados no Brasil de estrangeiros ou domiciliados fora do Brasil.

Há quatro alusões à “separação”, sem qualificação:

1. No art. 53, I, que trata de competência do foro;
2. No art. 189, II, relativo ao segredo de justiça;
3. No art. 189, § 2º, que permite certidão do dispositivo da sentença em processo com segredo de justiça;
4. No art. 693, que define as ações de família, incluindo a separação.

Há duas alusões à “separação convencional”:

1. No art. 731, que regula a homologação do divórcio ou da separação convencionais;
2. No art. 733, que faculta o divórcio ou a separação consensual mediante escritura pública, não havendo nascituro ou filho incapaz.

E, finalmente, uma única alusão à “separação de corpos”, no art. 189, II, incluindo-a no segredo de justiça.

É oportuno, para a apreensão do estado da arte do Direito brasileiro nessa matéria, um esboço sobre a normativa da separação de fato e a separação de corpos, resultante da mudança constitucional sobre o direito ao divórcio.

5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA SEPARAÇÃO DE CORPOS E DA SEPARAÇÃO DE FATO

Antes da ação de divórcio, o cônjuge, comprovando a necessidade, poderá requerer a separação de corpos, “que será concedida pelo juiz com a possível brevidade” (art. 1.562 do Código Civil). A medida também pode ser autorizada pelo juiz na pendência da ação principal, para o fim do afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

A separação de corpos é providência inevitável quando há ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um dos cônjuges contra o outro, ou contra os filhos, devendo o ofendido ter a preferência para permanecer na residência familiar, estabelecendo o juiz o modo de exercício da autoridade parental, especialmente a guarda e o sustento da família.

Contudo, o pedido de separação de corpos também pode ser feito por quem deseja legitimar sua própria saída, para que não se caracterize o inadimplemento do dever conjugal de “vida em comum, no domicílio conjugal” (art. 1.566 do Código Civil), ainda que este não tenha qualquer efeito ou consequência para o divórcio, pois o abandono voluntário do lar conjugal era uma das causas subjetivas da separação judicial, antes da extinção desta pela Emenda Constitucional n. 66/2010. A separação de corpos dá ensejo ao cônjuge necessitado a pretender alimentos contra o outro que tenha condições de fazê-lo.

A separação de corpos tem sido concedida pelos tribunais em situações específicas, como no caso em que o marido vinha

perturbando a vida do casal, com graves reflexos sobre a formação do caráter dos filhos (saída do marido); ou em caso de descoberta pelo marido de fotos e mensagens da mulher em meio eletrônico, de caráter pornográfico e ofensivas ao cônjuge, tendo sido justificada a medida cautelar pelo potencial de violência física e psíquica que poderia eclodir entre os cônjuges (saída da mulher).

Há divergência entre os doutrinadores acerca da caducidade da medida cautelar, se a ação principal não for promovida até trinta dias de sua efetivação. Todavia, essa norma geral não pode ser aplicada às separações de corpos, dadas as peculiaridades do direito de família, e os fins sociais da norma do art. 1.562 do Código Civil, que não prevê tal restrição.

A separação de fato perdeu sua função de requisito alternativo para o divórcio. Todavia, remanescem outros efeitos que o direito atribui a essa situação de fato. A separação de fato do cônjuge é contemplada no § 1º do art. 1.723 do Código Civil como pressuposto de constituição de união estável, que não depende de prévio divórcio do novo companheiro.

Separando-se de fato de seu cônjuge pode o companheiro iniciar imediatamente, sem impedimento legal, união estável com outra pessoa, passando a incidir o regime legal de comunhão parcial de bens adquiridos por ele a partir daí.

Assim, a separação de fato gera dois efeitos jurídicos no Direito brasileiro: cessação dos deveres conjugais e interrupção do regime matrimonial de bens. Nesse sentido, o IX Congresso Brasileiro de Direito de Família aprovou o Enunciado n. 2, de seguinte teor: “A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre os cônjuges e entre os companheiros”.

Se tiver sido casado sob o regime legal de comunhão parcial, os bens que foram adquiridos na constância do casamento permanecem, são comuns dos cônjuges até a separação de fato. Se os cônjuges permanecerem separados, sem constituírem união estável com outras pessoas, os bens que cada um adquirir são considerados particulares. Se qualquer deles constituir união estável com outra pessoa, os bens adquiridos a partir daí são comuns dos companheiros.

Essas consequências jurídicas específicas e distintas estão contempladas de modo claro no Projeto de Lei do Senado n. 470/2013, que institui o “Estatuto das Famílias”. Esse PLS explicita que a separação de fato se configura quando “cessa a relação conjugal, ainda que residindo sob o mesmo teto” (art. 59) [providência indispensável ante a dificuldade eventual e temporária de acesso a outro imóvel], podendo

ser formalizada consensualmente por escritura pública ou documento particular, ou decretada judicialmente.

6 A TENTATIVA DE REPRISTINAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA

A norma constitucional é norma jurídica hierarquicamente superior. Tem força normativa própria, não dependendo de interposição do legislador ordinário para que possa produzir sua eficácia jurídica. Esse é o estágio em que se encontra o Direito brasileiro.

A norma constitucional, nomeadamente a advinda com a Emenda Constitucional n. 66/2010, revogou, por incompatibilidade, todas as normas do Código Civil que regulamentavam a antiga redação do § 6º do art. 226 da Constituição, relativa ao requisito prévio de separação judicial. Houve revogação na modalidade tácita, não sendo necessário que a Emenda Constitucional o fizesse expressamente. Todas as normas que desta tratavam foram revogadas e desapareceram do ordenamento jurídico brasileiro.

Se a norma jurídica desaparece não pode ressurgir, quando a norma revogadora é revogada, ou quando a norma nova remete à norma antiga revogada. Costuma-se denominar tal diretriz de vedação de repristinação. Há norma geral expressa nesse sentido. Segundo o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Assim, para que a norma anteriormente abolida se restaure é necessário que a norma nova expressamente regule a matéria. Não foi o que aconteceu com o CPC de 2015. A inclusão do termo “separação”, ao lado da normativa do divórcio, teve o propósito de provocar efeito repristinador. Contudo, se a matéria relativa à separação judicial fora revogada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, ela não poderia ser restaurada pela simples menção à separação na lei processual, pois remete ao que já não existia.

Dois caminhos se apresentam ao intérprete, relativamente às alusões feitas no CPC de 2015 à “separação”:

1. Entender que são inconstitucionais e, portanto, inválidas tais alusões, por contrariedade à Constituição.
2. Promover a interpretação em conformidade com a Constituição, de modo a lhe conferir sentido válido. Adotamos este caminho.

7 INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DAS NOVAS NORMAS PROCESSUAIS

No Direito brasileiro é possível superar a lógica do tudo ou nada, em se tratando de controle de constitucionalidade, evitando-se declarar a inconstitucionalidade da norma legal, sempre que a esta possa ser atribuído sentido em conformidade com a Constituição, sem redução do texto.

Sendo assim, qual o sentido que se deve conferir ao termo “separação”, que aparece sem qualificação nos quatro preceitos acima referidos do CPC de 2015? Não pode ser outro senão à separação de fato ou à separação de corpos, as quais, como vimos, permanecem com efeitos próprios após o início de vigência da Emenda Constitucional n. 66/2010. Não é à separação judicial, substituta do desquite, porque não mais existe no ordenamento jurídico, nem como requisito prévio nem como alternativa ao divórcio.

Vejamos, agora, como interpretar a expressão “separação convencional”, que comparece em dois preceitos, também referidos acima. Por não mais existir a separação prévia, que apenas dissolvia a sociedade conjugal sem dissolver o casamento, a expressão “separação convencional”, na lei processual, deve ser entendida como relativa à separação de fato. A separação de fato não necessita de acordo para que produza seus efeitos jurídicos, mas os cônjuges poderão dele se utilizar relativamente aos itens que, em sua falta, dependerão de decisão judicial: guarda e proteção dos filhos, eventual pensão alimentícia ao outro cônjuge, partilha de bens. Trata-se, portanto, de separação de fato convencional, não se confundindo com o instituto jurídico anterior da separação judicial. Esse acordo poderá ser objeto de homologação judicial ou de escritura pública.

Contudo, essa convenção sobre a separação de fato não é necessária para o divórcio, nem produz os efeitos da antiga separação judicial. É inevitável o questionamento: para que serve?

Se os cônjuges, separados de fato ou não, podem requerer a homologação judicial do divórcio convencional, sem necessidade de justificação ou causa ou prévio acordo, ou promover a escritura pública do divórcio convencional, permitindo-lhes dissolver o casamento, estando de pleno acordo com os itens previsto em lei, qual a necessidade de realizar tal “separação convencional”?

Dados estatísticos recentes indicam que a escolha de separação convencional, por falta de conhecimento ou convencimento de seu desaparecimento, após a Emenda Constitucional n. 66/2010 caiu exponencialmente, com tendência a total desaparecimento.

Estabelece o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige. Quais são os fins sociais dessa “separação convencional”, criada pelo CPC de 2015, na vã tentativa de ressuscitar a desaparecida homóloga do Código Civil? Perdida sua razão histórica fundada na indissolubilidade matrimonial e de obstáculo à obtenção do divórcio direto, sua permanência vai de encontro e não ao encontro dos valores contemporâneos que se projetaram na Constituição e no ordenamento jurídico brasileiros de autonomia e liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal. Os fins sociais do divórcio direto e irrestrito, adotado pela Constituição, são, portanto, incompatíveis com qualquer dificuldade ou obstáculo que a ele se anteponha, ainda que sob o sedutor argumento de autonomia dos sujeitos.

Em conclusão, o CPC de 2015 não recriou ou restaurou a separação judicial, nem prévia nem autônoma. As alusões que faz a “separação” e “separação convencional” devem ser entendidas como referentes à separação de fato.

Em uma de suas peças mais hilariantes, cujo título é “Muito barulho por nada”, Shakespeare desenvolve uma trama em torno do casal de apaixonados, vítimas de armação de um malvado que beija outra mulher para confundir o namorado, induzindo-a a acreditar que era sua namorada. No final, tudo se esclarece e os namorados se casam. Lembra-mo-nos dessa peça quando assistimos a votação final e lemos o texto do novo CPC, aprovado pelo Senado Federal. Muito barulho por nada.

