

# Separação Judicial. Um Instituto Jurídico Derrogado?

**Lidia Caldeira Lustosa Cabral**

*Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professora de Direito Civil da UNISUAM*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do interesse despertado pela doutrina e pela jurisprudência acerca da vigência da separação judicial no ordenamento civil brasileiro após a Emenda 66 da Constituição Federal do Brasil, que eliminou a parte final do comando do parágrafo 6º do artigo 226, retirando os pressupostos temporais, seja a partir de um ano da separação judicial, seja pelo decurso de prazo de dois anos da separação de fato. A redação do art. 226 do texto magno passou a dispor: “O casamento civil **pode** ser dissolvido pelo divórcio”. *grifo nosso*.

A reflexão que propomos realizar tem por escopo estabelecer a defesa da permanência da separação judicial no ordenamento jurídico, enquanto nova lei não venha extingui-la, o que encerraria por definitivo a cisão doutrinária e jurisprudencial.

## 2. DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Durante a vigência do Código Civil de 1916 o casamento era a única forma de constituição de família.

A comunhão de vida deveria dar-se “até que a morte os separe.”

Amparado na doutrina cristã da Igreja Católica, vigia o sacramento do casamento, segundo o qual “o que Deus uniu, o homem não separe.”

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

As uniões extrapatrimoniais não tinham *status* jurídico de família, e se submetiam à vara cível, em caso de dissolução, não gerando os efeitos protetivos como, por exemplo, obrigações alimentícias após a dissolução

do vínculo. A jurisprudência e a doutrina aplicavam as regras da dissolução de sociedade de fato.

Em 1977, o caráter cultural inerente ao ordenamento jurídico, com fundamento “no fenômeno da Tridimensionalidade do Direito, introduzido em nossa doutrina pelo jurista Miguel Reale, ao entendimento de que a integração que se dá entre fato, valor e norma, consagra a eficácia, fundamento e vigência da norma jurídica” (Nader, 2008, p. 391), o conduziu à promulgação da Emenda Constitucional nº 9, que modificou a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição Federal precedente, e revogou os artigos 315 a 318, bem como o § 1º do artigo 1605 do Código Civil vigente, pelo surgimento da Lei 6.515/77, instituindo-se o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

A esse tempo, o ordenamento jurídico pátrio substituiu a palavra desquite pela expressão separação judicial.

Posteriormente, Constituição Federal vigente alterou o perfil contemporâneo de família, adotando os princípios do solidarismo, segundo o qual “embora presentes em muitas formas ordinárias, não dizem respeito à solidariedade constitucional, pela qual a participação das pessoas na gestão das formações sociais não deve dirigir-se ao eficientismo destas últimas, mas ao pleno desenvolvimento das pessoas” e o personalismo, “como o objetivo de construção dos membros que compõem a família, tendo em vista a formação de cada pessoa envolvida.” (Perlingiere, 1997, p. 35 e 36).

A adoção destes princípios estruturantes permitiu que o Constituinte recepcionasse a Lei do Divórcio, estabelecendo pressupostos temporais de um ano se houvesse separação judicial, ou dois anos, se comprovada a separação de fato entre os cônjuges.

Desde a promulgação da Lei 6.515/77, foram muitos os pressupostos para a decretação do divórcio e convolação de novas núpcias, no entanto, as alterações se estabeleceram, definitivamente, com a promulgação da atual Carta Magna que exigia, até 13 de julho de 2010, **a separação judicial com decurso de tempo de um ano, ou de fato por dois anos.**

As consequências do mundo contemporâneo globalizado, as transformações sociais, a urbanização, a globalização e a economia de mercado, transformaram a família clássica oriunda do casamento, para estabelecer o *status* familiar às mais diversas modalidades. A Constituição Federal consagrou as famílias formadas pela união estável e as monoparentais

(formadas por um dos pais e sua prole), mas novas formas de família, ligadas pelo laço afetivo e não sanguíneo, começam a tomar espaço nas decisões jurisprudenciais, como famílias socioafetivas.

A nova família é formada por pessoas, que tendem a realizar suas aspirações pessoais através da solidariedade dos seus membros.

A retirada da segunda-parte do artigo 226, § 6º da CF abre para os estudiosos do Direito a pergunta: Haverá sido derogada a separação judicial, se esta já não é exigida para a obtenção do divórcio?

### **3. DO SISTEMA DUAL DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO**

A doutrina que identifica o sistema dual de extinção do casamento em nossa codificação civil aponta duas formas de dissolução. As que derivam de causas dissolutivas e as de causas terminativas (Farias e Rosenvald, p. 280).

Vale dizer que todas as causas de extinção do casamento são dissolutivas, por encerrarem a sociedade conjugal, mas dentre estas, apenas duas são terminativas (a separação judicial e a anulação ou nulidade do casamento).

Entendem os doutrinadores que a separação judicial tem por consequência terminar apenas a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres recíprocos entre os cônjuges, e ao regime de bens.

Por manter-se o vínculo conjugal em suspenso, o mesmo poderá ser restabelecido com simples petição no processo de separação judicial.

A separação judicial, enquanto causa terminativa, não permite a convolação de novo casamento, por manter intacto o vínculo conjugal.

Em contrapartida, as causas dissolutivas, como o próprio nome indica, rompem o vínculo, dissociando os cônjuges do laço jurídico que os ligava. Rompido, portanto, o vínculo conjugal, sua restauração impõe-se impossível. Somente mediante novo processo de habilitação, os ex-cônjuges poderão contrair novas núpcias.

As causas dissolutivas (morte e divórcio) põem igualmente fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, de forma irremediável.

### **4. RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL PELA SISTEMÁTICA DA LEI 6.515/77**

A preservação do instituto da separação judicial tem o escopo de manter a liberdade entre os cônjuges para decidir acerca de sua relação

civil, haja vista que a proteção do Estado volta-se na nova ordem constitucional, para as pessoas, centro do ordenamento jurídico, e que seus direitos fundamentais devem, imperativamente, ser tutelados.

**1ª razão:**

O novo comando do artigo 226, § 6º da Constituição Federal, afastou o decurso de tempo como pressuposto para o divórcio no menor espaço de tempo – se separados judicialmente (um ano). Contudo, o tempo garantidor à melhor reflexão do passo a ser dado pelos cônjuges é de razão subjetiva, e *poderá* ser mantido agora sem tempo determinado.

O direito de contrair casamento, ou desfazê-lo, é de interesse particular das partes envolvidas, mantendo-se afastado o Estado, e acreditamos ter sido esta a razão do legislador ao eliminar a exigência da separação judicial prévia, ou de fato, por dois anos, para a obtenção do divórcio.

Neste sentido, caso seja de interesse dos cônjuges, a separação judicial poderá preceder o divórcio, resguardando-se a oportunidade de restaurar, a qualquer tempo, o casamento, sem contudo dissolver o vínculo matrimonial.

**2ª razão:**

O direito aos alimentos previstos no artigo 1704 do Código Civil decorrentes do dever de solidariedade entre os ex-cônjuges, e da necessidade do alimentando, visto não haver parentesco entre ambos, equaciona-se pela aferição de culpa eventual no caso da separação litigiosa.

Muito embora a admissão da culpa nas separações judiciais venha sendo a cada dia mais afastada pela jurisprudência, que admite ser direito dos cônjuges buscar o fim de um relacionamento civil que não mais comporta o afeto, pressuposto fundamental do matrimônio, esta ainda vige no parágrafo único do artigo 1704 CC para adequar o valor dos alimentos devidos ao cônjuge culpado ao mínimo necessário à sua existência digna.

Trata-se da ponderação devida pelo princípio do solidarismo, já tratado.

**3ª razão:**

Zelar pelo cônjuge acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, tornando impossível a vida em comum, *ex vi* do art. 1772 § 2º do Código Civil.

A doutrina a denomina de separação-remédio, e pode ser a medida adotada caso o cônjuge sadio e de boa-fé, pretenda continuar a zelar

pelo cônjuge enfermo, inclusive garantindo-lhe as consequências previdenciárias, e o pensionamento devido.

Neste caso, tanto socialmente, quanto juridicamente, uma eventual união estável com terceira pessoa, poderá ser reconhecida pelo ordenamento pátrio, sem que a ex-cônjuge esteja desamparada.

#### **4ª razão:**

A última ponderação diz respeito à derrogação da Lei 6.515/77, bem como dos artigos 1571, III e seguintes do Código Civil, que tratam da separação judicial.

A boa hermenêutica jurídica trazida pela Emenda 66 ao § 6º da CF há que ser aplicada de forma extensiva, haja vista que assim dispõe:

“O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Cabe, portanto, interpretar-se tal dispositivo constitucional como ampliativo do direito subjetivo dos cônjuges de decidirem acerca do fim do casamento quando suas vontades livres assim se manifestarem, independentemente da injunção do Estado quanto a termo.

O comando constitucional, por seus princípios ou normas, não vedou o instituto da separação judicial, nem sequer a Emenda 66 fez qualquer referência à sua vedação. Pelo contrário, apenas deixa de existir a imperatividade da prévia separação judicial, ou de fato, para que o divórcio possa ser decretado.

### **5. CONCLUSÃO:**

A se entender a perda da eficácia da separação judicial em nosso ordenamento jurídico, apenas apoiada na sua desnecessidade, significaria eliminar dos cônjuges o direito de adotar um tempo precioso que poderá ser necessário a novas experiências, e a tomada de uma decisão segura.

A reconciliação entre os envolvidos, enquanto instituto jurídico, estaria finda, eliminada a possibilidade em situação de dúvida, bem como nos casos de convicção religiosa, haja vista que alguns grupos excluiriam as pessoas que desfizessem o vínculo matrimonial, podendo optar pela singela forma da separação judicial a justificar o fim dos deveres conjugais (GAMA, palestra EMERJ, 20/06/2011).

Em não havendo vedação constitucional, ou derrogação expressa, há que se reconhecer a vigência formal do instituto, e que os operadores

do direito reconheçam, igualmente, a eficácia da separação judicial, posto que não há qualquer contrariedade à Carta Magna.

Em sentido contrário, doutrinadores há que tendem a superar o obstáculo justificando a opção pela separação de fato.

Muito embora a separação de fato seja instituto reconhecido pelo ordenamento pátrio, se é de fato, não é de direito, trazendo insegurança jurídica aos envolvidos, e exigindo produção de prova a favor de cônjuge oportunamente prejudicado.

Por todas as razões aqui expostas, optamos por apoiar os doutrinadores e julgadores que admitem a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio.

A controvérsia persiste no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, em recente palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, os doutos magistrados não apresentaram posição pacificada, deixando aos juízes de primeiro grau a decisão a tomar, caso a caso.

Resta a nós, estudiosos do direito, aguardarmos o caminhar do antigo instituto jurídico da separação judicial, que ora vocaciona-se a extinguir-se. ♦