

A Inserção do Termo “Separação Judicial” no Novo CPC e a Construção do Processo Constitucional em Direito de Família

André Felipe A. C. Tredinnick

Juiz de Direito do TJERJ, Titular da 1ª Vara de Família - Regional da Leopoldina, Membro da AJD, do IBDFAM e da LEAP.

1. ORIGEM DO INSTITUTO JURÍDICO DA “SEPARAÇÃO JUDICIAL”

Na tradição constitucional brasileira, após a independência política da metrópole portuguesa, o Estado brasileiro se constituiu como um Estado confessional¹, com uma religião oficial, sob a forma de padroado², como constava na Constituição do Império³.

Adotou-se assim a posição dogmática da Igreja Católica Romana, que, em decorrência do Concílio de Trento de 1563⁴, editou as teses da

¹ Aquele tipo de Estado que adota uma religião como oficial. Diverso do Estado Teocrático, guiado por normas religiosas, para além da mera adoção de uma religião como oficial.

² Segundo Bruneau, citado por Dermeval Saviani (*História das Ideias Pedagógicas no Brasil*, 2ª ed, Revisada e ampliada, Campinas, SP: Autores Associados, 2008, p. 178), “padroado é a outorga, pela Igreja de Roma, de um certo grau de controles sobre a Igreja local ou nacional, a um administrador civil, em apreço de seu zelo, dedicação e esforços par difundir a religião e como estímulo para futuras ‘boas obras’. (Bruneau, 1974, p. 31-32), regime que vigorou até o final do Império e foi renovado já em 1827, pela Bula *Praeclara Portugalliae*, de Leão XII, que concedeu a Dom Pedro I os poderes do padroado em si.”

³ “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.”

⁴ Como anota o IBDFAM, no Império o “Decreto de 03.11.1827 firmava a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, consolidando a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais.” (Fonte: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+no+Brasil%3A+A+consolida%C3%A7%C3%A3o+do+Estado+Democr%C3%A1tico+de+Direito>, acesso dia 01/08/2015, às 08h42.). Eis os termos integrais do citado Decreto: “*Declara em effectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio. Dom Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos*

“contrarreforma” e acolheu a doutrina agostiniana do caráter absoluto do casamento, segundo a qual se admitia a ruptura do vínculo só em determinados casos graves de adultério ou abandono injustificado do lar⁵.

O concílio tridentino era uma resposta à Reforma Protestante, e buscava reafirmar dogmas da Igreja, como a indissolubilidade do matrimônio⁶, em reação aos dogmas protestantes, como o casamento não ser um sacramento e apresentar uma reforma do seu sistema, como a supressão da venda das indulgências.

Com a proclamação da República, o novo regime, influenciado pelo positivismo⁷, proclamou a separação entre o Estado e a religião⁸.

subditos, que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte: Havendo a Assembléa Geral Legislativa resolvido, artigo unico, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capítulo 1º de Reformatione Matrimonii, e da Constituição do Arcebispo da Bahia, no livro 1º titulo 68 § 291, ficam em effectiva observancia em todos os Bispados, e freguezias do Imperio, porcedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lh'os requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um delles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimentos depois de feitas as denunciações canonicas, sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Parocho as diligencias precisas recommendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tendo eu sancionado esta resolução. A Mesa da consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 3 de Novembro de 1827, 6º da Independencia e do Imperio.”

5 **Enciclopédia Barsa Universal**, Editorial Planeta, 3ª ed., 2010, Espanha, v. 6, p. 1.971, verbete “Concílio de Trento”.

6 “**Doutrina sobre o sacramento do Matrimônio. 969.** O vínculo perpétuo e indissolúvel do matrimonio exprimiu-o o primeiro pai do gênero humano, quando disse por inspiração do Divino Espírito - *Isto é o osso dos meus ossos, a carne da minha carne. Pelo que deixará o homem a seu pai e a sua mãe e unir-se-á com sua mulher e serão os dois em uma só carne* (Gn 2. 23 s; cfr. Ef 5, 31). Mais claramente ensinou Cristo Nosso Senhor que por este vínculo só se unem e juntam dois, quando, referindo estas últimas palavras como proferidas por Deus, disse: *Portanto, já não são duas carnes, mas uma* (Mt 19, 6) e logo confirmou a estabilidade — Já muito antes declarada por Adão — do mesmo nexos com estas palavras: *Portanto, não separe o homem o que Deus uniu* (Mt 19, 6; Mc 10, 9). Quanto à graça que aperfeiçoa aquele amor natural, confirma a unidade indissolúvel e santifica os esposos; foi o próprio Cristo, instituidor e autor dos santos sacramentos, que no-la mereceu com sua Paixão. Assim o ensina o Apóstolo S. Paulo com estas palavras: *Homens, amai vossas mulheres como Cristo amou a Igreja e se entregou a si próprio por ela* (Ef 5, 25); e acrescenta logo: *Este sacramento é grande; digo-o, porém, em Cristo e na Igreja* (Ef 5, 32). 970. Visto que o matrimonio da Lei Evangélica excede pela graça de Cristo os antigos matrimônios, com razão ensinaram os nossos santos Padres, os Concílios e toda a Tradição da Igreja, que ele deve ser enumerado entre os sacramentos da Nova Lei. Contra esta doutrina se levantaram furiosos neste século certos homens ímpios, que não só tiveram opiniões erradas sobre este sacramento venerável, mas ainda, como costumam, introduziram a liberdade da carne sob pretexto de Evangelho, afirmando, por escrito e oralmente, muitas doutrinas alheias ao sentir da Igreja Católica, à Tradição, aprovada desde o tempo dos Apóstolos, e isto não sem grande dano dos fiéis de Cristo. Ora, querendo este santo e universal Concílio atalhar a sua temeridade, julgou se deviam pôr à luz as principais heresias e erros dos sobreditos cismáticos, para. que o seu pernicioso contágio não continue a infeccionar a outros, estabelecendo contra esses hereges e seus erros os seguintes anátemas: **Cânones sobre o sacramento do Matrimônio. 971. Cân.** I. Se alguém disser que o Matrimônio não é verdadeira e propriamente um dos sete sacramentos da Lei Evangélica, instituído por Nosso Senhor Jesus Cristo, e [disser] que foi inventado pelos homens na Igreja e que não confere graça — *seja excomungado* [cfr. n° 969]”.

7 Em decorrência da “questão católica” ocorrida no Império, anota Demerval Saviani (cit., p. 179 ss.), as ideias liberais e positivistas levaram à dissolução do regime do padroado na proclamação da República, banindo-se o ensino religioso nas escolas públicas e adotando-se o casamento civil.

8 “Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: (...) 2 º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;”

O casamento reconhecido seria apenas o civil⁹, deixando a indissolubilidade de ser norma constitucional, o que perdurou até a Constituição ditatorial de 1.934, que, em função do viés religioso¹⁰, tornou o casamento indissolúvel por determinação constitucional.

Passando assim por breves períodos democráticos, até nas cartas constitucionais outorgadas pela ditadura militar, a indissolubilidade do casamento foi mantida no texto constitucional¹¹.

Para contornar a dificuldade antropológica de se impedir a dissolução do casamento¹², o artifício engendrado pelo Código Civil de 1916 (art. 315) era prever o “desquite”, o fim da sociedade conjugal, pela dissolução das obrigações do casamento, sem a ruptura do vínculo matrimonial: as pessoas desquitadas dissolviam patrimônio, mas não poderiam se casar novamente.

Os que possuíam condições tentavam a complexa via do divórcio no estrangeiro¹³.

Em 1977, a ditadura militar, valendo-se do Ato Institucional n. 5/1968, diante da possibilidade de nova derrota nas eleições parlamentares, como a ocorrida em 1974, colocou o Congresso Nacional em recesso de quatorze dias, e editou a Emenda Constitucional n. 08/77, o “pacote de abril”, que reiterou a faceta autoritária do regime.

Entre as medidas impostas¹⁴, uma foi a redução do quórum qualificado de 2/3 para o de maioria absoluta dos congressistas para aprovação de emenda constitucional (artigo 48), para tornar mais fácil ao regime a alteração da Constituição Federal por ele outorgada.

9 “Artigo 72, § 4º. A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

10 **Divórcio e Separação**, de Yussef Said CAHALI. 10 ed. São Paulo: RT. 2002, p. 39.

11 E.C. n. 01/1969: Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel. (Idem, Constituição Federal de 1967, artigo 167, § 1º). Constituição Federal de 1946: Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937: Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934: Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

12 **Antropologia Cultural – Uma Perspectiva Contemporânea.**, Roger M. Keesing e Andrew J. Strathern, Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 267.

13 Antes da lei 6.515/77, o STF homologava as sentenças estrangeiras de divórcio apenas para fins patrimoniais e após a vigência dela, “o tribunal passou a revisar as ações que pleiteavam o reconhecimento da dissolução do casamento, homologandoas para todos os efeitos”. (in “A homologação de sentença estrangeira à luz do princípio da ordem pública no sistema jurídico brasileiro”, por Isaura Panzera Luviza, in **Justiça do Direito**, v. 22, n. 1, 2008 - p. 66-80).

14 A indicação de 1/3 dos senadores de forma indireta, os famosos “senadores biônicos”, aumentando o mandato do general ditador para 6 anos, e prevendo a eleição indireta para governadores e prefeitos.

Assim, louvando-se na modificação do quorum para aprovação de emenda constitucional, travou-se no Congresso novamente aberto um debate sobre o divórcio.

Nos registros da imprensa da época, a questão punha-se entre “divorcistas” e “antidivorcistas”¹⁵.

No debate parlamentar de 1977, cada grupo se filiava a uma ou outra corrente, na qual até ameaças de excomunhão foram feitas e os motivos religiosos eram utilizados a todo tempo, quer para um lado, quer para o outro.

Acabou por ser aprovada a Emenda Constitucional n. 9/1977¹⁶, que previu - sem utilizar a anátema “divórcio” - a dissolubilidade do matrimônio após prévia separação. A solução transitória da “separação”, como período prévio ao divórcio, foi produto da negociação do dogma até o fim.

A Lei 6.515/1977, aprovada em razão da EC 9/1977, enfim previu o instituto do divórcio, mas tal somente seria possível aos cônjuges casados há no mínimo dois anos após o prévio processo de separação judicial ou por separação de fato há mais de cinco anos. E de toda sorte, somente poderiam os cônjuges se divorciar uma única vez (art. 39).

Evidentemente, à época, toda a legislação infraconstitucional seguia o ordenamento jurídico anterior, e com a inovação na ordem constitucional, o intérprete devia reconhecer como revogadas as normas jurídicas anteriores e incompatíveis com a inovação constitucional da época.

Esse é o princípio da recepção das normas: a nova ordem constitucional impõe uma filtragem da legislação infraconstitucional anterior, segundo a qual a incompatibilidade da norma pretérita com a nova disposição constitucional impõe a não recepção da norma infraconstitucional, e, portanto, determina sua invalidade ante sua revogação pela norma constitucional.

A recepção pode ser formal, pela qual a lei pretérita passa à categoria legislativa estabelecida pela nova Constituição, ou material, se a matéria é tratada ou não na nova disposição constitucional.

Assim, a norma jurídica vigente que distoasse do texto constitucional seria considerada revogada, como já decidiu o Supremo Tribunal Fede-

15 Vale análise de periódico da época, disponível em http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_16jun1977.htm, acesso em 01 de agosto de 2015 às 23h43.

16 “O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 175. (...) § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”

ral (RTJ 143/355, RTJ 145/339), e norma que o contrariasse após a edição da Emenda Constitucional 09/1977 seria reputada inconstitucional.

Tal conclusão se impõe, de forma bem simples, com a mera análise kelseniana do princípio da hierarquia das normas, segundo a qual a Constituição Federal possui prevalência sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

No sentido da evolução que se nota em matéria de direito de família¹⁷, a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 não só reduziu o prazo para a separação judicial para um ano, como admitiu o divórcio direto após a separação de fato por dois anos, entre outras inovações importantes (art. 226 CF).

Com a nova modificação da ordem constitucional, seguiu-se a imediata repercussão na ordem infraconstitucional, e verificando-se que a norma do artigo 5º, § 1º, da Lei 6.515/77¹⁸ não foi recebida (ou seja, foi revogada), face a prevalência do novo texto constitucional. Mesmo antes de sua alteração em 1992¹⁹, não havia dúvidas sobre a instantânea eficácia das novas disposições constitucionais.

Assim foi aprovada, não sem anátemas e alegações de banalização do divórcio, a EC 66/2010, de iniciativa do IBDFAM²⁰, de modo a retirar do sistema jurídico brasileiro o instituto da “separação judicial”.

2. O LAICISMO NA FORMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL RECENTE

A inusitada argumentação²¹ de que a inovação constitucional trazida pela EC 66/2.010 confrontaria a Constituição Federal por violar um teórico direito fundamental à “liberdade na escolha na espécie dissolutó-

17 As Filipinas são o último país do mundo no qual o divórcio não é permitido. Disponível em <http://foreignpolicy.com/2015/01/19/the-last-country-in-the-world-where-divorce-is-illegal-philippines-catholic-church/>, acesso em 02/08/2.015 às 00h43.

18 “Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 1º - A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.”

19 “§ 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição. (Redação dada pela Lei nº 8.408, de 1992).”

20 Fernanda Aparecida Corrêa Otoni, in “Divórcio: fim da separação judicial?”, disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/EC%2066_2010%20Div%C3%B3rcio%203_12_2011.pdf, acesso em 12/08/2.015 às 08h30.

21 Regina Beatriz Flores da Silva, “EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial”, disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>, acesso em 14/08/2.015 às 23h43.

ria do casamento”²² não possui qualquer plausibilidade, em se tratando a República Federativa do Brasil de um Estado laico.

A importante premissa em discussão aqui é que, em um Estado Democrático e de Direito, não é válida qualquer norma jurídica que se destine a tutelar a vida privada das pessoas, sob a égide ou inspiração de um segmento religioso.

A liberdade assegurada aos seus cidadãos, de modo geral²³, e de crença, especificamente²⁴, exige a abstenção do Estado de tutelar a vida privada e lhe impõe o dever de respeitar as diferenças²⁵.

Mesmo com a clareza dos dispositivos dos artigos 5º, IV²⁶ e VI²⁷, e 19²⁸, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, permanece a discussão sobre o laicismo do Estado.

Como diz o economista e filósofo Amartya Sen, “em uma democracia pluralista, o laicismo é uma grande virtude política”²⁹.

“No sentido político”, escreve Amartya Sen, “o laicismo enquanto contraposto a uma imposição clerical, demanda a separação entre o Estado e todas as ordens religiosas e recusa atribuir a uma religião em particular uma posição privilegiada na atividade do Estado”.

Essa relação equilibrada deve assumir um duplo *standart*: diálogo e não privilegiamento.

O Estado Democrático e de Direito, laico por consequência, dialoga com as religiões³⁰, de forma equânime, e os não religiosos, com igualdade de tratamento e de oportunidades.

Porém, não se trata, ao falar das relações entre Estado e religião, da concretização da liberdade civil da tolerância, como anota a filósofa Catherine Kintzler³¹.

22 Idem, *ibidem*.

23 Preâmbulo, artigo 3º, I e artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

24 Artigo 5º, VI e VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

25 Preâmbulo (“...sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”).

26 “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

27 “Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

28 “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

29 **Laicismo Indiano**, Milão: ed. Feltrinelli, 1998.

30 Artigo 19, III, parte final, da CF: “(...) ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

31 Conferência proferida em 1997, in **Tolerância y laicismo**, 1ª ed., Buenos Aires: Del Signo, 2005, p. 14 ss.

Para ela, o laicismo é uma maneira original por meio do qual o pensamento francês contribuiu para o conceito político do povo, um modo original de pensar a reunião política, ou seja, o laicismo não é uma corrente de pensamento, mas possui um estatuto da reunião ou agrupamento político. Distinguem-se assim tolerância civil³², como um princípio antecedente (em John Locke), e o laicismo.

O laicismo permite a discussão no espaço público sem qualquer crença de referência (dogma) ou como ponto de partida (liberdade de crença e de não crença), posto que “é um princípio mais minimalista e é incompatível com a religião oficial”.

“Um sistema simples de tolerância”, continua a filósofa francesa, “é relativamente desarmado para enfrentar um dogmatismo integrista “duro” com pretensões hegemônicas (que não suporta qualquer coisa diferente de si mesmo). O secularismo é muito melhor equipado, por não conceder *a priori* nenhum reconhecimento político para as comunidades de crença, e funda a associação política em uma base que não requer nenhuma profissão de fé.”

Nos últimos anos, a concretização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição da República tem trazido à cena pública discussões que têm sido acimadas de violadoras da liberdade de crença, sem razão. Assegurar o laicismo não impede o exercício da crença, que deve ser garantido no espaço privado e no direito de amplo exercício no espaço público.

Assim foi o julgamento da ADPF n. 54/DF sobre interrupção da gestação do feto anencéfalo³³, a questão da possibilidade de pesquisa de cé-

32 A tolerância em matéria religiosa consiste em permitir a coexistência de diferentes crenças no marco do direito comum. Assegura-se a liberdade de crer e também a de não crer se se amplia suficientemente. Segue-se que três proposições asseguram o canon da tolerância pelos efeitos que essa deve produzir: primeira, de ninguém se espera que exerça uma religião em detrimento de outra, segunda, de ninguém se espera que exerça uma religião em vez de outra, em vez de nenhuma outra efetivamente. Terceira, de ninguém se espera que não tenha religião. Se se querem garantir essas três proposições, é necessário que o direito comum regulamente a coexistência dessas liberdades e é preferível, mais do que isso, é necessário, que as coisas relativas à crença se matenham privadas e que gozem das simples liberdades civis. Como exemplo, a filósofa diz que garantir a liberdade de expressão (liberdade civil) porque a lei não as regulamenta uma vez que são crenças. Daí resulta que a lei não tem o direito de forçar as consciências, “a lei não tem todos os direitos e não pode falar de tudo”. É por isso que a declaração de direitos em grande parte das proposições é negativa: dizem que a lei não tem o direito de fazer. Então, diante de um caso concreto, o magistrado não pode ordenar crer ou não crer mesmo que o Estado (e isso é um marco da tolerância simples) pratique uma religião oficial.

33 Na qual foi expressamente abordada a questão da laicidade: ADPF 54 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 12/04/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO. DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. Parte(s) REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS. ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO. INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Ementa: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitu-

lulas tronco embrionárias na ADI 3.510/DF e no julgamento conjunto da ADI n. 4.277-DF e da ADPF n. 132-RJ em 05/05/2.011, que entendeu como entidade familiar aquela formada por qualquer dos cônjuges e inclusive por pessoas do mesmo sexo.

Mas o laicismo não se confunde com o Estado antirreligioso³⁴.

Nesse passo, o governo brasileiro entendeu haver possibilidade de colaboração de interesse público (art. 19, I, CF), e editou na ordem interna o Acordo Brasil-Santa Sé³⁵, o qual é em parte objeto de questionamento de constitucionalidade pela ADI n. 4.439, em razão do teor do artigo 11, § 1º, que estabelece o ensino religioso e confessional, partindo do pressuposto de que a norma em questão violaria visões não religiosas ou de outras religiões “com menor poder na esfera sócio-política”³⁶.

A discussão ali é exatamente sobre a separação entre o Estado e qualquer religião³⁷. O que se busca com tal princípio é a neutralidade do Estado ante qualquer religião. Somente se pode assegurar a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, CF) se o espaço comum não consagrar nenhuma delas e cooperar com todas as possibilidades de manifestação nesse campo.

cional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.”

34 Que adota posição de neutralidade ante a religião. Diverso do Estado hiperlaico ou antirreligioso, que combate a religião ou prega a ausência de religião. Sobre o debate a respeito do “véu islâmico” nas escolas públicas francesas: “La laïcité face au communautarisme et à l’ultra-laïcisme”, Catherine Kintzler, disponível em <http://www.mezetulle.net/article-13078343.html> (acesso em 10/08/2015 às 23h43). Não é saudável em termos de República o uso do “véu” em um espaço público ‘escola’, local de divulgação do conhecimento e não do exercício religioso. A expressão máxima do laicismo é respeitar até mesmo o imaginário dos demais concidadãos e não os afrontar com manifestações privadas de crença. Mas os indivíduos podem ostentar seus símbolos religiosos como manifestação de sua liberdade civil do direito à livre manifestação do pensamento, ao livre exercício da crença e à intangibilidade corporal. Diferente será utilizar o espaço público para cultos, interromper as aulas com a mesma finalidade, *et cetera*.

35 Decreto 7.107/2010.

36 Fls. 03 da petição inicial da PGR, disponível em http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204439.pdf. Acesso em 04/08/2015 às 10h27.

37 A Primeira Emenda à Constituição norte-americana não só assegura o direito de todo cidadão de escolher livremente a sua religião, como impede que o Estado reconheça ou favoreça qualquer religião, exatamente como faz nossa Constituição no seu artigo 19, I. Thomas Jefferson falava da “muralha” da separação entre Estado e religião (janeiro de 1802, Discurso na Associação Batista de Danbury, Connecticut), a respeito da 1ª Emenda à Constituição Norte-americana, “Creyendo con ustedes que la religión es un asunto que ha de quedar exclusivamente entre le hombre y Dios, y que ele hombre no deve dar cuentas a ningún otro por su fe o culto, y que los poderes legislativos del gobierno alcanzan solo a las acciones y no a las opiniones, contemplo con soberana reverencia ese acto de todo el pueblo americano que declaró que su legislatura no debía ‘ny promulgar leyes con respecto al establecimiento de la religión ni prohibir el libre ejercicio de ella, construyendo así un muro de separación entre la Iglesia y el Estado.” (in **Antología Laica: 66 textos comentados para comprender el laicismo**, por Henri y Peña-Ruiz, César César Tejedor de la Iglesia, p. 225). Veja-se a esse respeito o caso, no voto do Supreme Court Justice *Harry A. Blackmun in the Lee v. Weisman ruling*, 1992: “When the government puts its imprimatur on a particular religion it conveys a message of exclusion to all those who do not adhere to the favored beliefs. A government cannot be premised on the belief that all persons are created equal when it asserts that God prefers some.”

Patriarca das guerras de independência das Américas, Simón Bolívar, influenciado pelas ideias liberais do século XIX, já na época estabeleceu a tônica da separação entre o Estado e a religião: “...toda lei sobre a religião a anula porque impõe a necessidade ao dever, e retira o mérito da fé, que é a base de toda religião...”³⁸.

3. A EFICÁCIA IMEDIATA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Diante da breve história precedente, as críticas que recebe o novo CPC, mesmo em sua *vacatio legis*, ainda que totalmente procedentes, não devem jamais esquecer que o pior ato legislativo produzido em uma democracia será infinitamente mais sã do que a mais coerente e tecnicamente perfeita lei de uma ditadura.

A crítica antes deve recair sobre a própria sociedade, que permite a produção de leis falhas, despidas de técnica, produto de grupos de pressão financeiros ou fundamentalistas.

É nesse sentido que se discutirá a inserção das expressões “separação judicial” e “separação” (ambas com o mesmo sentido, de “ruptura das sociedade matrimonial, não do seu vínculo”) na Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil.

Em termos mais atuais, a inovação constitucional infiltra todo o sistema infraconstitucional³⁹, levando a uma hermenêutica que admita a

38 “¡Legisladores! Haré mención de un artículo que, según mi conciencia, he debido omitir. En una constitución política no debe prescribirse una profesión religiosa; porque según las mejores doctrinas sobre las leyes fundamentales, éstas son las garantías de los derechos políticos y civiles; y como la religión no toca a ninguno de estos derechos, ella es de naturaleza indefinible en el orden social, y pertenece a la moral intelectual. La Religión gobierna al hombre en la casa, en el gabinete, dentro de sí mismo: sólo ella tiene derecho de examinar su conciencia íntima. Las leyes, por el contrario, miran la superficie de las cosas: no gobiernan sino fuera de la casa del ciudadano. Aplicando estas consideraciones ¿podrá un Estado regir la conciencia de los súbditos, velar sobre el cumplimiento de las leyes religiosas, y dar el premio o el castigo, cuando los tribunales están en el Cielo y cuando Dios es el juez? La inquisición solamente sería capaz de reemplazarlos en este mundo. ¿Volverá la inquisición con sus teas incendiarias?. La Religión es la ley de la conciencia. Toda ley sobre ella la anula porque imponiendo la necesidad al deber, quita el mérito a la fe, que es la base de la Religión. Los preceptos y los dogmas sagrados son útiles, luminosos y de evidencia metafísica; todos debemos profesarlos, mas este deber es moral, no político. Por otra parte, ¿cuáles son en este mundo los derechos del hombre hacia la Religión? Ellos están en el Cielo; allá el tribunal recompensa el mérito, y hace justicia según el código que ha dictado el Legislador. Siendo todo esto de jurisdicción divina, me parece a primera vista sacrílego y profano mezclar nuestras ordenanzas con los mandamientos del Señor. Prescribir, pues, la Religión, no toca al Legislador; porque éste debe señalar penas a las infracciones de las leyes, para que no sean meros consejos. No habiendo castigos temporales, ni jueces que los apliquen, la ley deja de ser ley. El desarrollo moral del hombre es la primera intención del Legislador: luego que este desarrollo llega a lograrse el hombre apoya su moral en las verdades reveladas, y profesa de hecho la Religión que es tanto más eficaz, cuanto que la ha adquirido por investigaciones propias. Además, los padres de familia no pueden descuidar el deber religioso hacia sus hijos. Los Pastores espirituales están obligados a enseñar la ciencia del Cielo: ejemplo de los verdaderos discípulos de Jesús, es el maestro más elocuente de su divina moral; pero la moral no se manda, ni el que manda es maestro, ni la fuerza debe emplearse en dar consejos. Dios y sus Ministros son las autoridades de la Religión que obra por medios y órganos exclusivamente espirituales; pero de ningún modo el Cuerpo Nacional, que dirige el poder público a objetos puramente temporales.” (“Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia, en Lima, 25/05/1826”, in “La Emancipación Latinoamericana”, in **Antología Laica: 66 textos comentados para comprender el laicismo**, por Henri y Peña-Ruiz, César César Tejedor de la Iglesia, p. 226 ss.).

39 STJ: AREsp 337607. Relator(a). Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data da Publicação 13/11/2013. Decisão AGRAVO

influência de uma sociedade aberta e democrática, abdicando de pontos de vista que não almejem a concertação, em prol da convivência pacífica e pluralista dos cidadãos da República.

Veja-se, contudo, que aqui não se trata de interpretação constitucional propriamente dita. A inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 66/2010⁴⁰ é inquestionável.

Não há mais no sistema a norma de inspiração religiosa, o instituto da separação judicial, prevendo o texto fundante da República Federativa apenas o divórcio como possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial.

Findada a exigência de prévia separação judicial por dois anos ou de separação de fato por três anos⁴¹, criou-se em nosso sistema, tardiamente, a figura jurídica do divórcio direto a qualquer momento: quem casar num dia pode requerer o divórcio no dia seguinte.

É assim um disparate a invocação do princípio do laicismo para justificar a permanência da separação judicial em nosso sistema, sob uma né-

EM RECURSO ESPECIAL nº 337607 - SP (2013/0135602-0) RELATOR : MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO. DECISÃO: “1. Cuida-se de agravo interposto por M D contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, por sua vez manejado em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado: ‘Apelação - Divórcio indireto - Conversão decretada – Inconformismo sob alegação de descumprimento do acordo formulado na separação judicial - Descabimento - Discussão a ser travada em ação própria ou em cumprimento de sentença - Exigência à época somente do requisito temporal para conversão - Emenda Constitucional 66 retirou inclusive esse requisito - Recurso desprovido (fl. 169).’ Nas razões do recurso especial, aponta a parte recorrente, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao disposto nos arts. 36 e 37 da Lei 6.515/77. Contrarrazões ao recurso especial às fls. 187-197. O parecer do Ministério Público Federal é pelo não provimento do agravo. É o relatório. Decido. 2. A irrisignação não prospera. Ao apreciar a apelação cível, o acórdão recorrido baseou-se também em fundamentos constitucionais, ao afirmar: Ainda que comprovado o descumprimento das cláusulas estabelecidas na separação judicial, descabida sua discussão nestes autos, que devem ser objeto de cumprimento de sentença, ou buscada a tutela em ação própria. À época da prolação da sentença, o art. 226 § 6º da CF exigia o requisito temporal de um ano, havendo separação judicial anterior, ou se de fato, a prova de dois anos da separação. (...) Descabe na conversão da separação judicial em divórcio discussão sobre partilha, alimentos atrasados, guarda, que deverão ser resolvidos em ações próprias. Conforme precedente desta Câmara, “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens do casal (art. 1.581 do Código Civil) e isso se aplica aos casos de conversão de separação judicial. O legislador não fez qualquer restrição quanto a isso. No entanto, o casamento do divorciado nessas condições será disciplinado pelo regime da separação dos bens, sem a comunhão dos aquestos (art. 1.641, cumulado com o art. 1.523, III, do mesmo diploma legal), mas isso não impede a concessão do divórcio, apenas impõe restrição quanto ao regime de bens a ser adotado em novas núpcias para que se evite confusão patrimonial, enquanto não se resolver acerca da partilha dos bens do ex-casal” (Ap. 560.380-4/2-00, rel. Salles Rossi). **Isso nada obstante, a Emenda Constitucional nº 66, de 13.7.2010, conferiu nova redação ao § 6º do artigo 226 da CF, suprimindo o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. A norma constitucional reveste-se de imediata aplicabilidade, enseja seu pronto atendimento, inclusive em oposição às regras da legislação ordinária que previam lapsos temporais à concessão definitiva do divórcio** (fls. 170-172). Caberia à recorrente interpor simultaneamente recurso extraordinário, o que não ocorreu na espécie. Incide, por conseguinte, o óbice da Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. 3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.” (grifei).

40 “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.”(NR). Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

41 Redação anterior do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal: “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.”

voa de inconstitucionalidade da EC 66/2010 e ao argumento de que é um direito da pessoa promover a ação de separação judicial, se assim o desejar.

Veja-se que a situação anterior era exatamente o reverso: cidadãos da República tinham de se submeter a uma legislação de inspiração religiosa fossem ou não católicos. De início, só havia o desquite, o término das obrigações matrimoniais, mas com a manutenção *ad aeternum* do vínculo matrimonial. Posteriormente passou a existir uma opção para dissolver o matrimônio pelo regime da Lei 6.515/77: separação judicial ou de fato antes do divórcio.

É de se notar que as pessoas que têm o dogma religioso da indissolubilidade do matrimônio não devem se atribular com a nova ordem constitucional. Optando pelo fim do vínculo matrimonial sem o recurso ao divórcio, ainda podem obter a dissolução do casamento religioso com efeitos civis⁴² anulando o casamento em um tribunal eclesiástico católico, pelo Código Canônico.

Segundo tal concepção, o casamento sempre é indissolúvel, mas pode ser que não tenha sido válido por inúmeros motivos⁴³, e aí sim é considerado nulo por um tribunal eclesiástico, e nesse caso as partes retornam ao estado de solteiros.

O Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, em 2.013, com base no artigo 12, § 1º do Decreto 7.107/2010 (o Acordo Brasil-Santa Sé ou Estatuto Jurídico da Igreja Católica Romana no Brasil), homologou como sentença estrangeira decisão do *Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica* de anulação de casamento religioso, e os requerentes passaram do *status* de casados para o de solteiros (e não divorciados)⁴⁵.

42 Previsto na Constituição Federal, no artigo 226, § 2º: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

43 Por motivos previstos no Código de Direito Canônico como erro quanto à pessoa, que pode ser interpretado como apresentar uma personalidade diferente, ou hábito não consagrado, infidelidade pretérita e persistente. São causas de anulação o vício no consentimento, ou o mero medo de algum parente ao casar, entre outras causas.

44 Os dados não foram publicados em razão do segredo de justiça. Não há razão para a não divulgação sequer do número do acórdão.

45 Entendeu o STJ que não havia ofensa à ordem jurídica brasileira. É importante observar que, em se tratando de sentenças de cortes religiosas, muitas vezes isso não será possível, como na hipótese do “repúdio” islâmico, no qual o casamento é dissolvido por ato unilateral da própria vontade do marido. (Sentença Estrangeira n. 2574-4, *in Rev. Inf. Legislativa* n. 77/ jan.-mar. 1.983). Em nosso século, quando ainda competente, o STF admitiu a homologação de sentença estrangeira nos seguintes termos: “Processo: SEC 5529 SR. Relator(a): Min. NELSON JOBIM. Julgamento:13/03/2002. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação:DJ 07-06-2002 PP-00084 EMENT VOL-02072-01 PP-00196 RTJ VOL-00181-03 PP-00990.). Ementa: “SENTENÇA ESTRANGEIRA. DIVÓRCIO. PROLATADA PELO TRIBUNAL DE ASSUNTOS RELIGIOSOS DE DAMASCO, REPÚBLICA ÁRABE SÍRIA. CITAÇÃO POR EDITAL CUMPRIDA. CARACTERÍSTICAS

Note-se que tal decisão é perfeitamente válida com o Estado laico: ele reconhece e coopera com as religiões, mas não as privilegia e não pode excluir manifestações nesse âmbito de qualquer natureza.

Logo, e como sempre, quem professe essa religião tem o estatuto do Tribunal Eclesiástico para se socorrer quando se tratar do fim do seu casamento. E quanto aos católicos que não desejem o uso de tal expediente ou todos os demais cidadãos que não professam essa fé ou fé alguma recorrerão aos tribunais republicanos do país para promover o divórcio.

Um dogma não pode tutelar as leis da República, sob pena de sua mais absoluta inconstitucionalidade, pela violação do princípio da separação entre Estado e religião⁴⁶.

Assim, e de forma clara, afirmamos que todas as disposições referentes ao instituto da “separação judicial” previstos no Código Civil de 2002 (anterior, portanto, à EC 66/2010) foram revogadas pela EC 66/2010, porque o instituto não faz mais parte do ordenamento jurídico vigente.

Afora raros precedentes⁴⁷ admitindo a subsistência em nosso sistema da separação logo após a EC 66/2010, a maioria das decisões dos Tribunais observa firmemente a supressão do instituto da separação judicial.

Logo, para obter-se em uma corte republicana o divórcio, não há exigência de consentimento do outro cônjuge⁴⁸, ou de prévia separação

ESPECÍFICAS DA LEI E COSTUMES DE PAÍS MUÇULMANO. SUBMISSÃO DA MULHER À VONTADE DO MARIDO QUANTO AO DIVÓRCIO NO PERÍODO DO UDDAH. ATENDIDOS OS REQUISITOS DO ART. 217 DO RISTF. SENTENÇA HOMOLOGADA.” (rectius: trata-se do instituto da Iddah, o “período de espera” da mulher muçulmana após a morte ou o divórcio, durante o qual não pode se casar). A restrição atual no RISTJ é “Art. 216-F. Não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública.”

46 Constituição Federal: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

47 TJRJ. A.C. n. 0049375-53.2011.8.19.0042 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. MARCOS ALCINO A TORRES - Julgamento: 13/08/2012 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL. “SEPARAÇÃO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66. REVOGAÇÃO DOS REQUISITOS DO DIVÓRCIO. COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL. Com a nova redação do artigo 226 da Constituição Federal promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, houve a supressão dos requisitos para o divórcio, que pode ser atingido sem qualquer condição ou requisito, sendo contudo, prematuro, em que pese as diversas opiniões em contrário, sem alteração dos dispositivos pertinentes do CC/02, afirmar que fora extinta separação de modo consensual, uma vez que pode não ser interesse do casal extinguir o vínculo, mas simplesmente estabelecer regras para um tempo de reflexão, cujo ápice pode ser o divórcio ou a reconciliação, decisão que lhes cabe no futuro tomar. Recurso a que se dá provimento, na forma do artigo 557, caput, do CPC.”

48 TJRJ, A.C. n. 0153771-73.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO. DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO - Julgamento: 12/08/2013 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. “Y ajuizou ação de divórcio contra X. A ré ofereceu contestação e reconvenção, alegando que existe um automóvel a ser partilhado e que deseja manter o nome de casada (fls.

judicial ou de fato⁴⁹, não existe mais conversão da separação em divórcio⁵⁰, nem a exigência de qualquer prazo⁵¹, nem se discute culpa no processo⁵², bastando tão somente provar o casamento mediante a respectiva

18/24 e 36/44). A sentença julgou procedente o pedido de divórcio e, em relação à reconvenção, parcialmente procedente o pedido para garantir ao cônjuge virago a manutenção do nome de casada. Quanto ao suposto bem comum, determinou que a partilha seja realizada pela via própria (fls. 65/67). Recurso da autora com preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, argumenta que não houve o interstício mínimo exigido pelo Código Civil entre a separação e o divórcio (fls. 73/84). Contrarrazões em prestígio do julgado (fls. 86/97). É o relatório. Embora a advogada que subscreveu a peça inicial não constasse da procuração outorgada pelo autor, os demais atos processuais foram praticados por procuradores constituídos, o que, nos termos do art. 37, parágrafo único, do CPC, ratifica todos os atos anteriores. Não houve cerceamento de defesa. O divórcio pode ser concedido sem prévia partilha dos bens (Súmula nº 197 do STJ). A apelante, como consignado na sentença, deverá buscar a divisão do patrimônio comum pela via adequada. No mérito, 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. Desse modo, se um dos cônjuges manifestou vontade em dissolver o vínculo conjugal, o consorte nada pode fazer para impedir o divórcio. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso, monocraticamente, com aplicação do artigo 557, caput, do CPC.”

49 TJRJ, AC n. 0287759-64.2010.8.19.0001 – rel. DES. BENEDICTO ABICAIR - Julgamento: 04/12/2013 - SEXTA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. 1.Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, não existe mais no ordenamento jurídico pátrio o instituto da separação judicial, sendo irrelevante a declaração de culpa quanto ao fim do matrimônio. 2. No tocante à possibilidade de o curador pedir o divórcio pelo curatelado, é sabido que àquele cabe a representação deste para todos os atos da vida civil. Inteligência do parágrafo único do artigo 1.576 e parágrafo único do artigo 1.582, ambos do Código Civil. 3.O uso do nome é um direito personalíssimo e indisponível. Assim, cabe ao cônjuge optar pela manutenção do nome de casado. 4. Negativa de seguimento a ambos os recursos, nos termos do art. 557, caput, do CPC.” Data de Julgamento: 04/12/2013. Data de Julgamento: 19/03/2014.

50 TJRJ A.C. n. 0045292-86.2012.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª Ementa. DES. TERESA ANDRADE - Julgamento: 24/04/2013 - SEXTA CÂMARA CÍVEL. “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. EC Nº 66/2010. POSSIBILIDADE DE DIVÓRCIO DIRETO. NÃO RECEPÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 35, DA LEI Nº 6.515/77. PROCEDIMENTO SUBMETIDO À LIVRE DISTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO. O advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que dá nova redação ao §6º, do art. 226, da Constituição da República, trouxe a possibilidade da deflagração do divórcio direto, tornando inócuo o procedimento da separação judicial, bem como da conversão da separação em divórcio. Nesse diapasão, igualmente não subsiste a prevenção determinada pelo parágrafo único do art. 35, da Lei nº 6.515/77, que não fora recepcionado pela Carta Social. Procedimento que deve ser submetido à livre substituição. Precedentes do TJ/RJ e STJ. Procedência do Conflito para declarar a competência do Juízo Suscitado para processamento e julgamento da ação.” Data de Julgamento: 24/04/2013.

51 TJRJ, A.C. n. 0006371-34.2012.8.19.0008 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. ANDRE RIBEIRO - Julgamento: 26/11/2013 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA CONSTAR QUE NÃO EXISTEM BENS A SEREM PARTILHADOS. INCONFORMISMO DA AUTORA QUE MERECE PROSPERAR. Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CR, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. Controvérsia quanto a existência ou não de bens a partilhar. Autora sustentando que o casal ergueu uma construção de 2 pavimentos, além de possuírem o direito e ação em outro lote de terreno, o que foi contestado pelo réu, alegando que exerce a posse do imóvel de moradia do casal antes do casamento e que o outro terreno é de propriedade de sua genitora. Divórcio que pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Aplicação do art. 1.581, do CC e da Súmula 197 do STJ. Eventuais pendências relativas à partilha de bens que poderão ser pleiteadas por via própria. Entendimento jurisprudencial deste Tribunal. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE. PROVIMENTO DO RECURSO, NA FORMA DO § 1º-A DO ART. 557 DO CPC.”

52 TJRJ, A.C. n. 0070561-90.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 05/11/2013 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. DIREITO CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO - EXTINÇÃO DO VÍNCULO DO CASAMENTO DECRETADA POR SENTENÇA - EXERCÍCIO DE DIREITO POTESTATIVO - IRRESIGNAÇÃO DA RÉ - INSISTÊNCIA NA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA ORAL PARA COMPROVAÇÃO DA CULPA

certidão⁵³ e a vontade de um dos cônjuges de se divorciar⁵⁴, sendo irrelevante a objeção do outro cônjuge a tal pedido.

Nem mesmo se pode obstaculizar o divórcio sob a alegação de falta da partilha de bens⁵⁵, ausência de estipulação de alimentos entre os côn-

PELO DIVÓRCIO - PRETENSÃO DE EMBASAMENTO JURÍDICO PARA ULTERIOR PLEITO ALIMENTAR - IMPOSSIBILIDADE - DE ACORDO COM O ATUAL REGRAMENTO CIVIL CONSTITUCIONAL O ÚNICO REQUISITO PARA A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO É A VONTADE DE UMA DAS PARTES - EX VI LEGIS, O ART. 226, § 6º DA CRFB/88, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - DESNECESSIDADE DE SE DISCUTIR CULPA DAS PARTES DA PRESENTE DEMANDA REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA AO AUTOR/APELADO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA, NOS AUTOS, A DESCONSTITUIR A PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA - RÉ/APELANTE QUE NÃO IMPUGNOU GRATUIDADE DE JUSTIÇA NA FORMA PRECONIZADA PELA LEI 1060/50 - SENTENÇA QUE SE MANTÉM. 1. Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação de divórcio. 2. Apelação da ré, insurgindo-se contra a gratuidade de justiça deferida ao autor/apelado em sua contestação. Via inadequada. Incidente de impugnação à gratuidade de justiça não foi devidamente formulado pela ré/apelante. Ausência de prova nos autos a desconstituir a presunção de hipossuficiência do autor. 3. A renda do beneficiário da JG, por si só, não se revela apta a não concessão ou revogação do benefício da gratuidade de justiça, sendo relevante, in casu, se a parte tem condições de arcar com os custos do processo, sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. 4. Pretensão da ré em anular a sentença, insistindo na realização de prova oral, tencionando comprovar a culpa do autor pela decretação do divórcio. Situação totalmente despropositada para o caso em testilha. Ulterior ação de alimentos entre os ex-cônjuges em que se deverá perquirir se subsiste o dever de solidariedade entre as partes. 5. A atual ordem constitucional, após a EC nº 66/2010, preceitua como único requisito para a concessão do divórcio a vontade de uma das partes. Desnecessário, pois, se perquirir a culpa na presente demanda. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

53 A princípio: “**Art. 1.543.** O Casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.”

54 TJRJ, A.C. n. 0170787-31.2012.8.19.0004 - APELACAO 1ª Ementa DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 18/12/2013 - NONA CÂMARA CÍVEL. “SEPARAÇÃO JUDICIAL. CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA PARTILHA DOS BENS DO CASAL E CONSENSO QUANTO AOS ALIMENTOS. ART.1581 DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA 197 DO EG.STJ. O divórcio é o ato judicial que tem como finalidade a dissolução da sociedade conjugal. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, suprimiu-se o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. A redução do texto constitucional tem o condão de possibilitar que o casamento civil se dissolva imediatamente após a sua celebração se assim desejarem os contraentes, facilitando sobremaneira a concretização, no mundo jurídico, da vontade dos cônjuges em deixar de sê-lo. O único requisito para o divórcio se restringe à iniciativa de uma das partes em dissolver a sociedade conjugal. O divórcio é um direito potestativo, não mais existindo qualquer requisito objetivo ou subjetivo para a sua concessão, salvo o estado civil de casado e a vontade de um dos cônjuges de se separar. In casu, ressalte-se que, conquanto não mais se exija o lapso temporal, este efetivamente ocorreu porquanto as partes estão separadas judicialmente desde 2005. Infere-se que as razões recursais aludem ao inconformismo da autora sobre a partilha de bens do casal e o pensionamento de um dos filhos, argumentos que não merecem prosperar. A partilha não constitui óbice à decretação do divórcio ante a expressa disposição do art. 1581 do Código Civil. A Súmula 197 do Eg. STJ é de idêntico teor. Ressalte-se que, a partilha posterior ao divórcio há que ser intentada em via própria consoante disposto no art. 1121, § 1º do Código de Processo Civil. Demais, é certo que o fim da relação conjugal não altera os direitos e deveres dos pais em relação à sua prole e, na hipótese, o direito de alimentos à filha está resguardado, devendo ser objeto de ação própria. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. ART.557 DO CPC.”

55 TJRJ, A.C. n. 0009816-51.2010.8.19.0066 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 11/04/2013 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL COM PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO LITIGIOSO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. INCONFORMISMO DO VARÃO. Aplicação do § 3º, do artigo 515 do CPC. Pelos documentos e manifestações juntadas nos autos verifica-se o consenso entre o ex-casal no sentido do rompimento do vínculo matrimonial. Pedido expresso do autor/apelante pela decretação do divórcio. Aplicação do § 6º, do artigo 226, da Constituição Federal. Incidência imediata da Emenda Constitucional 66/2010. Questão patrimonial que, na inexistência de acordo, deverá ser solucionada em via própria, na forma dos artigos 1581 do Código Civil e 1121, § 1º, do CPC. Recurso provido na forma do artigo 557, § 1º-A, do CPC, para decretar o divórcio do ex-casal, devendo o cônjuge varão voltar a usar seu nome de solteira como requerido. Precedentes.”

juzes⁵⁶ ou de cláusulas sobre a guarda e visitação e alimentos dos filhos⁵⁷.

Incabível, igualmente, a exigência de prévia audiência de ratificação⁵⁸, e tampouco há necessidade de dilação probatória, já que se funda a ação de divórcio direto apenas na vontade de um dos cônjuges⁵⁹.

56 TJRJ, A.C. n. 0015611-88.2010.8.19.0211 – APELAÇÃO. 1ª Ementa DES. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 18/11/2013 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL DECRETADA POR SENTENÇA PROFERIDA EM AIJ. POSSIBILIDADE. MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO. ARTIGO 330, I, DO CPC. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO NÃO COMPARECIMENTO DA RÉ À AUDIÊNCIA, PORQUANTO DEVIDAMENTE REPRESENTADA PELO SEU ADVOGADO. CITAÇÃO VÁLIDA DA RÉ POR OFICIAL DE JUSTIÇA. COMPARECIMENTO AOS AUTOS COM A CONSTITUIÇÃO DE PATRONO E O OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 214, §1º, DO CPC. INCONTROVERSA A SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL, QUE TERIA OCORRIDO HÁ MAIS DE 45 ANOS, SEGUNDO AFIRMAÇÃO DO VARÃO NÃO IMPUGNADA PELA VIRAGO. ART. 226, § 6º, DA CRFB, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, PELA QUAL FOI SUPRIMIDO O REQUISITO DA COMPROVAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE DOIS ANOS. EXERCÍCIO DE DIREITO POTESTATIVO. ALEGAÇÃO ACERCA DA INCAPACIDADE ABSOLUTA DO AUTOR QUE NÃO SE MOSTRA VEROSSÍMIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DE ALIMENTOS E EXISTÊNCIA DE BENS A PARTILHAR. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE TAIS PLEITOS EM DEMANDA PRÓPRIA. ARTIGO 1.581 DO CC. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EX VI DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.”

57 TJRJ, A.C. n. 0002248-05.2011.8.19.0080 - APELAÇÃO 1ª Ementa. DES. FLAVIA ROMANO DE REZENDE - Julgamento: 23/10/2013 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. “DIVÓRCIO LITIGIOSO. REVELIA. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO PARA DECRETAR O DIVÓRCIO DO EX-CASAL, DETERMINANDO QUE O CÔNJUGE MULHER VOLTE A USAR O NOME DE SOLTEIRA. RECURSO MANEJADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, SUSTENTANDO A AUSÊNCIA DE ACORDO QUANTO À GUARDA, VISITAÇÃO E ALIMENTO DA FILHA MENOR. PRESCINDIBILIDADE. QUESTÕES QUE PODERÃO SER VENTILADAS EM VIA PRÓPRIA. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. - Após a Emenda Constitucional nº 66/2010, o único requisito indispensável ao rompimento do vínculo matrimonial é a manifestação de vontade das partes. Tratando-se de ação de divórcio, não há como imputar aos litigantes que entabulem prévio acordo para regulamentar a guarda, visitação e alimento dos filhos menores, podendo referidas questões serem apreciadas em via própria, a posteriori. Nos termos do artigo 1632 do Código Civil, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram a relação já consolidada entre pais e filhos durante o convívio familiar. NEGA-SE SEGUIMENTO AO RECURSO, COM FULCRO NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC.”

58 O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.483.841 - RS (2014/0058351-0), em que foi Relator o Ministro Moura Ribeiro, estabelece que, diante da EC 66.2.010, não mais há necessidade de discussão de prazo ou de audiência de ratificação, posto que **“Trata-se, em verdade, de nova interpretação sistemática, em que não podem prevalecer normas infraconstitucionais do Código Civil ou de outro diploma, que regulamentavam, o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente, como no presente caso.”** Assim foi ementada a decisão: “PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO. AUDIÊNCIA PARA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIVÓRCIO HOMOLOGADO DE PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela EC 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. 3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo. 4. Ainda que a CF/88, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/88, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e lembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto. 5. Não cabe, in casu, falar em inobservância do Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas sim apenas e somente interpretação sistemática dos dispositivos legais versados acerca da matéria. 6. Recurso especial a que se nega provimento.”. Em idêntico sentido: STJ: AREsp 273978..

59” TJSC, Apelação Cível AC 20090037028 SC 2009.003702-8 (Acórdão). Data de publicação: 26/09/2012. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C GUARDA DEFINITIVA E APREENSÃO DE MENOR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2011 QUE SUPRIMIU O REQUISITO DA PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MAIS DE UM ANO OU DA COMPROVADA SEPARAÇÃO DE FATO

Quando muito, a discussão poderá se restringir ao direito do cônjuge de continuar utilizando o nome de casado, mas não ao divórcio em si, por força da revogação da parte final do artigo 1.572, § 2º do Código Civil.

Por fim, não necessita a Emenda Constitucional n. 66/2010 da elaboração de qualquer norma para sua eficácia⁶⁰.

Esse é o resultado da marcha do processo constitucional em direito de família, que deve buscar a concretização dos direitos fundamentais e o direito de todos à felicidade⁶¹.

4. INSERÇÃO DO TERMO “SEPARAÇÃO JUDICIAL” NO NOVO CPC

E com relação ao novo Código de Processo Civil, a Lei 13.105/2015?

A inserção das expressões “separação judicial” e “separação” se deu de modo deliberado, ou seja, já na égide da Emenda Constitucional n. 66/2010, ao argumento de poder possibilitar ao indivíduo a propositura, ao seu interesse, da ação de separação judicial e da conversão da separação em divórcio.

Como dito, imaginado como “direito fundamental da parte” a escolha do processo de separação judicial, o argumento utilizado pelo Dep. Arnaldo Faria de Sá, autor das Emendas Modificativas n. 09/2011 a 14/2011, é muito frágil.

POR DOIS ANOS PARA QUE SEJA DECRETADO O DIVÓRCIO DO CASAL. INUTILIDADE NA REABERTURA DA INSTRUÇÃO PARA QUE SEJA PRODUZIDA UMA PROVA QUE ATUALMENTE É DISPENSÁVEL. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE RECURSO DAS PARTES INTERESSADAS. DIREITO DE GUARDA E VISITA DOS FILHOS MENORES QUE PODE SER REVISTO A QUALQUER TEMPO, DÊS QUE PROVADA A MUDANÇA NA SITUAÇÃO FÁTICA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.”

60 TJRJ, A.C. n. nº 0001983-31.2010.8.19.0082, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Dickstein “CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, NA FORMA DO ART. 267, VI, DO CPC. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 226, DA CARTA MAGNA. SUPRESSÃO DO PRAZO COMO REQUISITO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA, DE APLICABILIDADE IMEDIATA, RESTANDO DESNECESSÁRIA A EDIÇÃO OU OBSERVÂNCIA A QUALQUER OUTRA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO CONHECIDO, ANULANDO-SE A SENTENÇA PARA DETERMINAR O SEU PROSSEGUIMENTO, EM SEUS ULTERIORES TERMOS.”

61 Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte: ‘Direito de Família. Divórcio direto consensual. Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito fundamentando na ausência do requisito temporal para decretação. Reforma da sentença. Emenda Constitucional nº 66/2010. Fim do requisito temporal para decretação do divórcio. Provimento do apelo.’ “Felizmente este verdadeiro calvário chega ao fim. A mudança provoca uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim.” (DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já! Editora Magister - Porto Alegre. Data de inserção: 09/07/2010. Disponível em: www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=769). Provimento do recurso para homologar o acordo de divórcio. (Apelação nº 0078505-85.2009.8.19.0001, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi”).

Argumenta sua Excelência, inicialmente, que como estaria previsto o instituto no Código Civil de 2002, deveria corresponder o respectivo instrumento processual no novo CPC.⁶²

Na mesma exposição de motivos, há alusão aos motivos religiosos de forma expressa⁶³. E aqui, como vimos, novamente um duplo equívoco: ninguém é obrigado a se divorciar, nem tampouco a recorrer para isso, contra sua vontade, aos tribunais da República. Pode, como vimos, observar o dogma e não se divorciar, nem se separar, ou recorrer a um tribunal religioso e obter a homologação da sentença eclesiástica no Superior Tribunal de Justiça.

As inserções fazem parte das incontáveis alterações formuladas no anteprojeto original pelos mais diversos grupos de pressão⁶⁴, resultando em dúvida sobre o sistema adotado, sua ideologia como um corpo codificado, e contradições como ora dispor sobre “ações de estado” (art. 247, I e 388, parágrafo único), ora descrevendo determinados procedimentos quando regula o procedimento das ações de família (art. 693⁶⁵, cfr. com 53, I⁶⁶ e 189, II⁶⁷).

62 **Verbis:** “Ainda, se considerado que a EC 66/2010 suprimiu a separação judicial, estaria, igual e absurdamente, suprimida a separação de fato, que igualmente era mencionada na anterior redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988. Já que as espécies dissolutórias são reguladas no Código Civil e dentre essas espécies está mantida a separação judicial, é descabida sua eliminação do Ordenamento Processual. A um instituto de direito material, como a separação judicial, deve corresponder o respectivo instrumento processual, sob pena de descompasso entre esses dois ramos do Direito – Direito Civil e Direito Processual Civil – e conseqüente criação de caos processual pelas diversas interpretações que a falta dessa correspondência pode acarretar.” (in http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=920356&filename=EMC+9/2011+PL804610+%3D%3E+PL+8046/2010, acesso em 3 de agosto de 2.015 às 21h17).

63 Nos seus termos: “(...) exatamente por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assim como é preservado a todos, inclusive em razão de suas crenças, o exercício de direitos, como estabelece o artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal. Em razão desses direitos fundamentais, a liberdade religiosa e de exercícios de direitos a todos os religiosos deve sempre ser preservada. Os religiosos que não admitem a dissolução do vínculo conjugal e somente admitem a separação, se esta fosse suprimida de nosso ordenamento legal, em caso de impossibilidade da manutenção da vida conjugal, teriam de optar pelo divórcio, em renúncia ao seu credo, ou permanecer na situação irregular de casados e sem convivência conjugal, para manter a sua crença, o que importaria, em ambos os casos, em violação àqueles direitos fundamentais da liberdade religiosa e ao exercício de direitos. Por outras palavras, a supressão da separação, como forma de mudança do estado civil, violaria o direito de regularização do estado civil daqueles que têm crença que não admite o divórcio. Portanto, a supressão da separação no art. 53 e nos demais artigos em que são propostas emendas ao Projeto de Lei 8.046/2007 é inconstitucional, por violar o direito fundamental à liberdade e à liberdade de exercícios de direitos em razão de crença, estabelecidos no art. 5º, caput e inciso VIII da Constituição da República Federativa do Brasil. Esclareça-se que, em caso de pedidos contrapostos, inclusive pela via reconvenção, de separação e divórcio ou vice-versa, a resposta é só uma: o Juiz deverá decretar o divórcio, caso em que o cônjuge religioso não estaria, nessas circunstâncias, praticando violação aos seus ditames religiosos, porque não pediu a dissolução do vínculo conjugal.” (idem, ibidem).

64 Exatas novecentas emendas: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490267&subst=0.

65 “Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.”

66 “Art. 53, I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável.”

67 “Art. 189, II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;”. Aqui só há ações de estado, mesmo aquelas de caráter patrimonial,

Seja como for, e como um produto de uma sociedade aberta e democrática, o novo CPC deve ser saudado por não ser o fruto de um Estado autoritário, e como nascituro se sujeitará, quando do seu nascimento no mundo jurídico, às interpretações das cortes republicanas deste país e ao merecido controle da constitucionalidade das leis.

Assim é um Estado Democrático e de Direito.

Nesse passo, as expressões “separação” e “separação judicial”, previstas nos artigos 23, III, 53, I, 189, II e seu § 2º e artigo 693, *caput*, 731, 732, 733 da Lei 13.105/2015 (o novo CPC), são inteiramente inconstitucionais, por preverem a reinserção no sistema de instituto abolido pela EC 66/2010, podendo ser declaradas como tais incidentalmente ou por controle concentrado.

5. QUESTÕES PRÁTICAS TRAZIDAS PELA EC 66/2010 E ANTE O NOVO CPC

Em termos práticos, a partir da vigência do novo CPC, caso promova a parte ação de separação judicial, deverá ser determinada a emenda à inicial⁶⁸, nos termos do novel art. 303, § 6º.

Entendemos que não existe mais a possibilidade de conversão da separação em divórcio, mesmo que anterior à EC. 66/2010⁶⁹.

porque fundadas no estado das pessoas, grosso modo. Veja-se que nesse aspecto a melhor técnica é deixar a disciplina a cargo da organização judiciária, que sabidamente não inclui entre as ações de família as alimentares decorrentes de ato ilícito, *e.g.*, mas mantém reunidas matérias de “Direito de Família”, patrimoniais ou de estado. Veja-se, a propósito da controvérsia da natureza jurídica da ação de alimentos, **Direito de família**: doutrina e jurisprudência: coletânea de julgados, pareceres, artigos de doutrina, legislação etc, Volume 1, de José Luiz V. de A. Franceschini e Antônio de Salles Oliveira, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

68 TJRJ. A.C. 0006113-93.2013.8.19.0006 - APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 23/09/2014 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. INÉPCIA DA INICIAL. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, foi abolido do ordenamento jurídico nacional o instituto da separação judicial, conforme leciona majoritária doutrina pátria e têm decidido os Tribunais. 2. Nesse caminhar, o artigo 295, inciso I, do Código de Processo Civil, determina o indeferimento da petição inicial quando ela for inepta, sendo certo que as causas de inépcia estão arroladas no parágrafo único do citado artigo, prevendo o inciso III a impossibilidade jurídica do pedido. 3. Frise-se que o magistrado de 1º grau, em respeito aos princípios consagrados na Constituição da República, mormente o do devido processo legal, determinou emenda na petição inicial por duas vezes, sendo que o demandante se manteve inerte, preferindo utilizar o agravo de instrumento em um primeiro momento e, posteriormente, mantendo-se firme no posicionamento da manutenção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Assim, a extinção do processo sem análise de mérito, com base no artigo 267, inciso I c/c artigo 284, parágrafo único c/c artigo 295, inciso I e seu parágrafo único, inciso III, todos do Código de Processo Civil, é medida que se impõe, por ser o pedido pretendido juridicamente impossível. 5. Recurso que não segue.

69 TJRJ. A.C. n. 0032821-38.2012.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª Ementa. DES. MARIO GUIMARÃES NETO - Julgamento: 06/11/2012 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. EMENTA - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO - DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA FUNDADO NO ENTENDIMENTO DE QUE SE TRATA DE AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO - MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO PEDIDO - IMPOSSIBILIDADE - EX-CÔNJUGE QUE AJUIZOU AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO COM BASE NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10 - ENTENDIMENTO PREDOMINANTE NESTA CORTE ESTADUAL DE QUE O ARTIGO 35 DA LEI Nº 6.515/77 NÃO FOI RECEPCIONADO PELO § 6º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL

Nesse caso, não é necessário o desarquivamento dos autos da separação judicial e prova do decurso do seu prazo. A nova ação, sujeita à livre distribuição⁷⁰, necessita apenas da prova do casamento e do pedido de divórcio. Pelo teor da matéria discutida, o pedido, reitera-se, deve ser apenas o de divórcio direto.

Referências à culpa, doença, e os motivos do fim do casamento, *et cetera*, não possuem qualquer relevância, e também se sujeitam à decisão de emenda à inicial, posto que no divórcio direto exige-se apenas a prova do casamento e o desejo de pôr fim a ele.

A instrução da inicial com cópias da separação judicial prévia possui fim meramente ilustrativo e é totalmente despicienda.

Como proceder em caso de ausência de emenda à inicial?

Na nova sistemática do CPC, com a abolição da condição da ação da impossibilidade jurídica do pedido (artigo 485, VI), não haveria a extinção do processo sem resolução de mérito.

Nem mesmo por se invocar a falta de interesse da ação, na ampliação defendida por E. T. LIEBMAN para abrigar a possibilidade jurídica do pedido ali, a solução que se seguiria seria a da extinção do processo sem análise do mérito.

Tal tese inclusive já foi apreciada pelo TJRJ, que considerou no julgamento da Apelação Cível citada na nota que se segue, presente o interesse processual na conversão da separação em divórcio, dado que ocorrida aquela antes da EC 66/2010 e estando averbada na certidão de casamento a separação judicial⁷¹.

Nº 66/10 INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO COM A ANTERIOR AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, PROCESSADA E JULGADA PELO JUÍZO SUSCITANTE - ACOLHIMENTO DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA - JULGAMENTO DE PLANO, NA FORMA DO ARTIGO 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.”

⁷⁰ Na marcha do processo constitucional, já havia o entendimento de que a necessidade de apensamento do processo de separação ao pedido de conversão da separação em divórcio não havia sido recepcionado pela Constituição Federal: TJRJ. A.C. n. 0045292-86.2012.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª Ementa. DES. TERESA ANDRADE - Julgamento: 24/04/2013 - SEXTA CAMARA CIVEL. “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. EC Nº 66/2010. POSSIBILIDADE DE DIVÓRCIO DIRETO. NÃO RECEPÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 35, DA LEI Nº 6.515/77. PROCEDIMENTO SUBMETIDO À LIVRE DISTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO. O advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que dá nova redação ao §6º, do art. 226, da Constituição da República, trouxe a possibilidade da deflagração do divórcio direto, tornando inócuo o procedimento da separação judicial, bem como da conversão da separação em divórcio. Nesse diapasão, igualmente não subsiste a prevenção determinada pelo parágrafo único do art. 35, da Lei nº 6.515/77, que não fora recepcionado pela Carta Social. Procedimento que deve ser submetido à livre substituição. Precedentes do TJ/RJ e STJ. Procedência do Conflito para declarar a competência do Juízo Suscitado para processamento e julgamento da ação.”

⁷¹ TJRJ. A.C. n. 0001472-90.2012.8.19.0202 – APELAÇÃO. 1ª Ementa DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 16/04/2013 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INTERESSE PROCESSUAL EVIDENCIADO. SENTENÇA CASSADA. Recurso interposto contra decisão que, nos autos da ação de conversão da separação judicial em divórcio, julgou extinto o feito

A solução diante da derrogação da condição da ação da possibilidade jurídica do pedido vem, conforme leciona FREDIE DIDIER JR.⁷², que já não considerava a possibilidade jurídica do pedido propriamente uma condição da ação⁷³, mas uma matéria puramente de mérito da causa.

Assim, diante da ausência de emenda à inicial, o pedido de separação judicial será declarado *incidenter tantum* inconstitucional, e julgado improcedente, com resolução do mérito.

Tal é perfeitamente harmônico com o princípio da primazia do julgamento de mérito consagrado no novo CPC ⁷⁴.

Portanto, a sentença de improcedência gerará coisa julgada material, com a ampliação dos seus limites objetivos prevista no novo CPC.

Logo, a repetição da nova ação de separação judicial julgada improcedente, encontrará seu fim prematuro em função do pressuposto processual negativo do art. 485, V, do novo CPC.

Com a previsão da fase obrigatória da sessão de autocomposição prevista nos artigos 165, 139, V no novo procedimento das ações de família (art. 695 do NCPC), *quid inde?*

Pelo teor do artigo 694 do novo CPC⁷⁵, o que se buscará é justamente a autocomposição das partes, e a possibilidade de que, mesmo diante da manifestação da vontade de apenas um dos cônjuges para a ruptura do vínculo matrimonial, sempre é a melhor forma de chegar a termo um litígio pela mediação ou conciliação do que por um julgamento. Além da possibilidade de serem resolvidas questões periféricas não propriamente tratadas na ação de divórcio direto, como a guarda compartilhada, alimentos, *et cetera*.

sem resolução do mérito por reputar ausente o interesse processual. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, que estava submetido ao requisito temporal antes do advento da Emenda Constitucional nº 66, qual seja, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Averbação na certidão de casamento da separação judicial. Interesse processual reconhecido. Sentença que merece ser cassada. RECURSO PROVIDO.”

72 Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>. Acesso em 04 de agosto de 2.015, às 00h36.

73 Como aliás o próprio Liebman, que a eliminou como tal desde a terceira edição de seu **Manuale di diritto processuale civile. Principi**. Por Enrico Tullio Liebman, Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Settima ed., Giuffrè editore, 2007, p. 174.

74 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

75 “Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.”

Em qualquer caso, há de se analisar a conveniência do julgamento antecipado da lide.

Como dito, não há necessidade de dilação probatória, podendo ser proferida sentença tão logo aperfeiçoada a relação processual (artigo 355, I, novo CPC), ainda que em julgamento antecipado parcial de mérito (artigo 356, I ou II, do novo CPC), quando o pedido for cumulado com outros consentâneos (artigo 327 do novo CPC).

Nessa hipótese, o juiz poderá desde logo proferir a sentença de divórcio, independente da análise dos demais pedidos em discussão, permitindo o averbamento do divórcio e a mudança do estado civil.

Portanto, os tribunais corrigirão a indevida inserção dos termos “separação judicial” e “separação” no novo CPC, em razão da alteração promovida pela EC 66.2010. ❖