O RETORNO DA SEPARAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

THE RETURN OF SEPARATION TO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Gabriel Mac-Lins Soares Maia [1]

Ihgor Jean Rego[2]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo geral analisar, na perspectiva jurídica contemporânea, o retorno da separação judicial ao ordenamento legal brasileiro após sua derrogação pela EC66/2010. Empregar-se-ão o método dedutivo e a análise de dados técnicos, bem como a legislação, de forma a observar, assim, como se deu a reafirmação do instituto dissolutivo pela doutrina, jurisprudência e a legislação. Por fim, o foco deste trabalho é a definição do porquê de ser inapropriada a defesa do retorno da separação jurídica, consequentemente explicando a inconstitucionalidade dos dispositivos do Código Processual, que rememoram instituto já revogado por força constitucional.

Palavras-chaves: Divórcio, Sistema Dual, Abolição, Repristinação, Inconstitucional.

ABSTRACT: This article aims to analyze, in the perspective of the contemporary law, the return of the legal separation to the Brazilian legislation, after its derogation by EC66/2010, as an institute of dissolution of the conjugal society, and pre-requisite of the divorce process.Using the deductive method, such as data analysis andobserving the law, in order to understand the reaffirmation of the dissolution institute by Brazilian doctrines, jurisprudence and the BrazilianCode of Civil Procedure of 2015.Finally, the general goal of this article is to define why it is inappropriate to defend the return of legal separation, consequently explaining the unconstitutionality of the provisions of the Procedural Code, which brings to light an institute already revoked by constitutional effect.

Keywords: Divorce, Dual System, Abolition, Repristination, Unconstitutional.

---

1 Gabriel Mac-Lins Soares Maia (autor), graduando de bacharelado em direito pelo Centro Universitário São Lucas. E-mail: gabrielmlsmaia@gmail.com.

2 Ihgor Jean Rego (orientador), Advogado, professor universitário, especialista em direito e processo do trabalho, mestre em direitos da personalidade e Coordenador Estadual do PROCON/RO. E-mail: ihgorj@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Entrando em vigor no dia 13 de julho 2010, a Emenda Constitucional 66 modificou o art. 266 da Constituição Federal da República de 1988, promovendo alterações significativas no âmbito do direito familiar. Estas, devido ao seu conteúdo e repercussão, desde o início da tramitação em 2005, foram ensejadoras de polêmicas acerca da alcunhada PEC do divórcio.

Proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), e evidenciada por Sérgio Barradas Carneiro, à época deputado Federal, a Emenda então aprovada tinha como objetivo principal a eliminação dos requisitos temporais e da discussão da culpa pelo fim matrimonial. Dessa forma, se instituiria o divórcio direto, que pela ótica do legislador, viria a eliminar a burocracia relativa à matéria.

As polêmicas envolviam, de um lado, os argumentos de que o amadurecimento societário fazia mister a aprovação da PEC, enquanto opostamente alegava-se que o avanço do Projeto traria a derrocada da estrutura familiar. A legitimação logo veio, e as dissidências até então construídas apenas tomaram forma distinta, mudando o foco das discussões.

Surgia então a cisão doutrinária e jurisprudencial que perduraria durante anos. Uma gama doutrinária passou a sustentar a revogação dos artigos regentes da separação judicial, devido a instituição do divórcio direto. Em contrapartida, outra parcela concebeu que, mesmo aprovada, a Emenda não teria revogado expressamente nenhum dos dispositivos do Código Civil de 2002 relativos ao tópico, fato que não sustentaria a abolição do instituto dissolutivo.

Sabendo das dissensões e da necessidade de esclarecimento, é imprescindível a abordagem atinente não só ao contexto histórico da separação de direito, como também de suas argumentações, favoráveis e desfavoráveis. Primeiramente, a historicidade do mecanismo dissolutivo permitirá entender suas evoluções legais, e como foi moldado esse progresso.

1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

As histórias do divórcio e da separação jurídica confundem-se no tempo, pois, conceitualmente falando, ambos inverteram seus significados e aplicações desde que o casamento surgiu em nosso ordenamento. O casamento civil apareceu pela primeira vez em 1890, por meio do Decreto n. 181, e por sua vez, previa o divórcio canônico como hipótese para separação de corpos, sem romper qualquer vínculo conjugal. (GONÇALVES, 2020, p. 199)

Com a publicação do Código Civil de 1916, foi anuído o desquite, que seria basicamente uma possibilidade de separação de corpos. Dessa forma, era dissolvida a sociedade conjugal, mas mantido o casamento. Surgiu como forma primitiva da separação judicial – até porque guardava características semelhantes, como a impossibilidade de novos casamentos e as modalidades amigáveis e litigiosas – que viriam a existir futuramente. Outra observação interessante seria a não progressão do método dissolutivo, mesmo após 26 anos de seu advento, fato que se deve a forte influência dos setores religiosos, que moralmente falando apenas permitiam o desquite.

Após várias décadas, a promulgação da Lei n. 6.515 e da Emenda Constitucional n. 9 finalmente trouxe o divórcio como possibilidade real para o fim do casamento. O que anteriormente era chamado de desquite, com as novas legislações, passou a ser denominado separação judicial, mantendo as características de seu antecessor. Surge também nessa época o vínculo entre os dois institutos de dissolução (sistema bifásico ou dual), onde a separação se tornava pré-requisito para o divórcio, pois o último só seria cabível após três anos de separação.

Chegando à contemporaneidade, a CF/88 também manteve a vinculação entre os elementos jurídicos, reduzindo seu tempo de admissibilidade para dois anos e possibilitando a conversão de separação judicial em divórcio, contado um ano. Por mais que tenha evoluído em poucos aspectos, viu-se a necessidade de abolir as controvérsias doutrinárias geradas pelo sistema dualista, que criava certa insegurança jurídica para os cônjuges descontentes com o matrimônio.

Assim, em 2005 deu-se início à tramitação da PEC do divórcio, que mais tarde, em 2010, viria a ser aprovada e publicada como a Emenda Constitucional nº 66, que tinha como principal objetivo instituir o divórcio direto e, consequentemente, findar os infortúnios que a burocracia gerava para a vida de casais insatisfeitos. Ao menos, era a vontade do legislador.

2 RAZÕES DOUTRINÁRIAS DA NÃO DERROGAÇÃO

Como dito anteriormente, a EC 66/2010 trouxe mudanças relevantes ao instituto da separação judicial. Apesar dos objetivos por trás do conteúdo da reformadora, uma parcela da doutrina e do Poder Judiciário passaram a defender a não derrogação da separação de direito e suas modalidades.

Para o âmbito doutrinário defensor de que não houve abolição, entender que a Emenda supracitada havia suprimido a existência da separação de direito possui amplitude exacerbada. Segundo Donizetti (2020, p. 901),

implantou-se uma nova ordem constitucional, que exige filtração da leitura do ordenamento infraconstitucional.

Indo além, apresenta duas opções aos cônjuges que tenham seu elo afetivo abalado, pela via administrativa, ou pela via judicial. Em um primeiro momento discorrendo sobre a administrativa:

> A via administrativa da separação judicial foi introduzida no ordenamento brasileiro pelo art. 1.124-A, inserido no antigo Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 11.441/2007. Segundo o CPC em vigor, tal via se abre para os cônjuges não havendo nascituro nem filhos incapazes (art. 733 do CPC/2015). A separação extrajudicial opera-se por escritura pública, e não dispensa a assistência dos cônjuges por advogado. A lei não exige, para a eficácia da escritura, a homologação judicial. (DONIZETTI, 2020, p. 901)

Dá continuidade abordando a possibilidade de judicialização:

> Já a separação pela via judicial se encontra prevista no art. 1.572 do Código Civil, o qual deve ser lido com cuidado no atual estágio do ordenamento jurídico. É que, segundo a redação do dispositivo, o cônjuge que ajuizar a ação de separação imputará ao outro fato que tornou insuportável a vida em comum, o qual, até recentemente, consistia em requisito de procedência do pedido de separação. No entanto, em razão da nova orientação do Direito de Família, consideram-se incompatíveis com a ordem constitucional vigente tanto a segunda parte do art. 1.572 quanto o art. 1.573, o qual elencava os fatos que, segundo a lei, poderiam tornar insuportável a vida em comum. Em suma, não importam as razões que ensejaram a ruptura da vida em comum. (DONIZETTI, 2020, p. 902)

A compreensão de Donizetti acerca da amplitude exagerada de enxergar a extinção do instituto passa por aspectos relacionados ao próprio texto da EC/66 de 2010. Esta, ao atribuir a redação vigente ao § 6º do artigo 266 da Constituição, suscitou as opiniões e apontamentos com relação à falta de expressividade legal do texto reformador (no sentido de abolir o instituto), como será visto posteriormente.

Nader defende ponto de vista mais aprofundado, quando comparado ao de Donizetti. Dividindo sua interpretação nos planos de lei a ser criada e lei vigente, aponta perspectivas distintas para as duas:

> A abordagem da matéria comporta os planos *de lege ferenda e de lege lata*[3]. Sob o primeiro enfoque, da lei

3 Leia-se, respectivamente: Lei a ser criada *(lege ferenda)* ou em processo de elaboração, e lei criada e integrada ao ordenamento jurídico *(lege data)*, em plena vigência e produzindo seus efeitos.

> ideal, é possível a pluralidade de entendimentos quanto à conveniência ou não de o instituto da separação oficial permanecer integrando a ordem jurídica, à vista da facilidade de formalização do divórcio. Neste plano, há quem veja importante função social na separação, ao permitir o recuo do casal em seu desejo de promover o fim do casamento, bastando-lhe requerimento ao juiz do feito, para que a sociedade conjugal se restabeleça. (NADER, 2016, p. 225)

Ainda no panorama da lei em criação, o simples reconhecimento da possibilidade de recuo aos casais separados, na sua tentativa de findar o casamento, não reflete toda a relevância social do instituto. Nesse sentido, é crucial ponderar sobre as convicções religiosas de certos indivíduos, e sobre a relevância da culpa em nosso ordenamento, para procedimentos diversos.

Destarte, preceitua Nader:

> Por convicção religiosa, muitos casais admitem apenas a separação. (...). A permanência em vigor deste instituto permite o questionamento de culpa, indagação inexistente no divórcio. A definição da culpa na separação é relevante para determinados efeitos jurídicos, como na fixação do valor dos alimentos, à vista dos arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil, e da permanência do direito ao uso do nome de casado (art. 1.571, § 2º, e art. 1.578, ambos do Código Civil). (NADER, 2016, p. 225)

Em outras palavras, o autor intervém que, no cenário da lei em elaboração, alguns fundamentam suas opiniões na facilitação do divórcio e consequente inutilidade do instituto dissolutivo, ao passo que outros enxergam certo valor social na separação, tanto pela ampliação das possibilidades de dissolução e a função da culpa em nosso ordenamento, quanto pela convicção religiosa de muitos casais brasileiros.

Nos aspectos concernentes à lei em plena vigência, Nader segue sua narrativa fazendo suas acepções acerca da Emenda, em conformidade com o ordenamento jurídico na qual ela se encontra:

> A Emenda Constitucional, sem qualquer menção às regras do Código Civil, pertinentes à separação, limitou-se a modificar o § 6º do art. 226 da Lei Maior e tão somente para excluir a exigência de prévia separação judicial ou de fato para a obtenção do divórcio. Se a pretensão de quem propôs a Emenda e a dos signatários do projeto foi a extinção do instituto da separação, tal como constou na exposição de motivos e em pareceres, este efeito deveria vir expresso no ato ou constar em lei regulamentar. Não ocorreu nenhuma destas hipóteses. (NADER, 2016, p. 226)

Uma vez abordada a limitação interpretativa do texto literal, resta

discorrer sobre a terminalidade do instituto de dissolução da sociedade conjugal. As aplicações díspares existentes entre divórcio e separação de direito concedem à última efeitos jurídicos específicos, e consequentemente, uma autonomização que impediria sua eliminação pela reformadora.

Assim, fica estabelecido por Nader:

> O desaparecimento da separação em nosso ordenamento seria automático, como alguns estão pretendendo, caso não fosse um instituto autônomo, mas apenas uma fase do processo de divórcio. Não é o que ocorre, pois a separação possui terminalidade; não foi instituída em função do divórcio. (NADER, 2016, p. 226)

Condensando as informações até aqui expostas, pode-se chegar a um ponto argumentativo comum. A defesa fundamentadora se baseia tanto na falta de menção expressa de abolição da separação de direito, como na relevância social de se possibilitar aos interessados, sejam estes religiosos ou não, um leque mais amplo de possibilidades dissolutivas do matrimônio.

Desse modo, não havendo declaração expressa de revogação, e a separação judicial possuindo finalidades diferentes das atribuídas ao divórcio, apenas foi eliminada a culpa e os requisitos temporais, em nada afetando a permanência da separação de direito. Porém, mais à frente tratar-se-á da discordância a este entendimento.

3 A CORROBORAÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA

Em concordância com as opiniões doutrinárias anteriormente citadas, tanto o âmbito legislativo quanto o jurisprudencial tomaram seus posicionamentos. O Código de Processo Civil de 2015, assim como a súmula nº 39 do TJ/RS e as decisões colegiadas do STJ, respaldou as alegações doutrinárias, fortalecendo o argumento de não exclusão da separação de direito.

Conforme informado, o CPC de 2015, em diversos dispositivos (art. 23, art. 53, art. 189, II e §2º, art. 693, art. 731 e art. 733) retoma o tema da separação. Esta, por vezes, quando não citada sem especificidade alguma, aparece no cognome de separação convencional, e no artigo 189, remetendo-se à separação de corpos. Fica explícito que, para o legislador da pasta, a hipótese de derrogação da separação não se configura como realidade.

Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a súmula nº 39 declara que a EC 66/2010, ao eliminar a culpa e os requisitos temporais, não segou a separação judicial.

> A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual).(RIO GRANDE DO SUL, 2012)

Importa também discorrer sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores. Um casal, na tentativa de separar-se, viu o juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça concordarem no entendimento de que a EC 66 havia abolido o instituto. Sendo assim, não lhes sobrou opção a não ser interpor recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, visando à resolução de todo o mistifório.

No STJ, o entendimento majoritário da Quarta Turma foi favorável ao casal, optando a relatora do recurso pela reforma do acórdão. Para Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2017a), é imperioso que se diferencie as modalidades de dissolução, e seus efeitos. Observando funções diferentes para os institutos, defendeu que a atualização constitucional apenas eliminou o requisito temporal e o sistema bifásico.

Contudo, em virtude do voto discordante do Ministro Luis Felipe Salomão, o fim das divergências apenas veio a ocorrer com o posicionamento da Terceira Turma do STJ (BRASIL, 2017b). Por decisão unânime, nesta oportunidade, foi reafirmada a separação de direito no ordenamento jurídico brasileiro.

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. 1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos. 2. A Emenda à Constituição nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. 3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015). 4. A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação. 5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a

> autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado. 6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato. 7. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2017b)

O que se compreende após avaliar as intenções do legislador responsável pelo Código Processual, e as decisões do TJ/RS e STJ, é que a jurisprudência brasileira analisa a questão sob a mesma ótica da minoria doutrinária previamente citada. Por meio das decisões proferidas, toma força a premissa defendida acerca da extinção apenas dos requisitos temporais da separação, permanecendo esta como opção viável a quem se interesse.

Por fim, cumpre informar que a matéria em questão também passará por decisão do Supremo Tribunal Federal. Consoante ao portal de notícias do STF (2019, n.p.), em razão do Recurso Extraordinário 1167478, o Plenário Virtual da Corte decidiu pela existência de repercussão geral da discussão acerca da permanência da separação de direito como instituto do nosso ordenamento jurídico.

4 A CONTRARIEDADE AO RETORNO

Não obstante as convicções doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas aludidas previamente, acredita-se que ainda é possível existir discordância fundamentada quanto ao assunto. Isto posto, a partir desse momento se tratará da contrariedade ao retorno.

Enquanto a defesa da reafirmação do tema passa pelos aspectos já abordados, quem entende o contrário faz outras abordagens pertinentes. Lôbo, ao levantar o tema de dissolução da sociedade conjugal e casamento, trata sobre o que defende ser a **total desconsideração** do instituto.

> A inserção constitucional do divórcio evoluiu da consideração como requisito prévio ao divórcio até sua total desconsideração. Em outras palavras, a Constituição, após a EC n. 66, de 2010, deixou de tutelar a separação judicial. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a nova redação do § 6o do art. 226 da Constituição. Não é dado ao legislador infraconstitucional, tampouco, reintroduzir qualquer modalidade de separação judicial ou extrajudicial que tenha por finalidade a dissolução da sociedade conjugal, permanecendo o vínculo do casamento, porque configura fraude à Constituição, que apenas prevê a dissolução do casamento pelo divórcio.(LÔBO, 2017, p. 140 e 141)

Convém ressaltar que, a defesa da não exclusãoda separação judicial relega os princípios hermenêuticos. Interpretar unicamente a literalidade do texto legal, em detrimento da historicidade, sistematicidade e teleologia, seria desprezar o ato analítico. Sendo assim, uma análise legal competente, preferivelmente passa por todos os sentidos.

Assim, afirma Lôbo:

> É possível argumentar-se 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. Mas esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. (LÔBO, 2010, n.p.)

Consubstanciando estas ideias, a defesa da não abolição desconsidera a constante redução pela qual o mecanismo vem passando, até sua revogação tácita. Desde 1916, como desquite, até os dias hodiernos, a separação de direito tem perdido gradativamente sua relevância aplicacional, não mais fazendo sentido sua permanência enquanto instituto judicial e extrajudicial do ordenamento brasileiro.

Quando passamos ao espectro metódico, é presunçoso afirmar que separação judicial realmente possuía finalidade própria, tendo assim, terminalidade. Por mais que ambas tivessem efeitos jurídicos distintos, a instituição de um sistema dualístico tornou a dissolução do vínculo conjugal dependente da dissolução da sociedade. Uma vez derrubada a culpa e os critérios temporais, mesmo que não abolida a separação de direito, o divórcio direto seguiria possuindo caráter finalístico mais adequado para a resolução destas questões.

Refletindo quanto às perspectivas expostas acima, depreende-se que a interpretação legal das consequências jurídicas da EC66/2010, feita em consonância com a integralidade dos princípios hermenêuticos, favorece a interpretação derrogatória da separação de direito e suas modalidades.

Prosseguindo com as alegações, quem também contribui para esta visão é o renomado jurista Lenio Luiz Streck, trazendo ideias interessantes ao debate do que chama ser a **repristinação da separação judicial**.

Introdutoriamente, alega o seguinte:

> não pode haver dúvida que, com a alteração do texto constitucional, desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuidado,

> não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente. (...) Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado a um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF/1988, art. 5.º, VI). (STRECK, 2017, n.p.)

Resumidamente, Streck analisa que as tentativas de reafirmação do instituto entram em confronto com a **laicidade e secularização**[4] do Estado. A afirmação de eliminação da culpa e dos critérios temporais da separação, e apenas isso, desconsidera a forte influência religiosa existente nas origens do instituto, fato que mancha a reputação laica e secular do país. Por mais que os dois conceitos em epígrafe não signifiquem a extinção da religião, não se pode ignorar que ambos são procedurais e gradativos, e manutenções de institutos de cunho e influência claramente eclesiásticas só atrasam esse processo.

No tocante aos dispositivos do CPC de 2015 que remetem ao mecanismo dissolutivo, e à própria motivação de elaboração da Emenda, Streck avalia sua queda gradual de significância.

> (...)E já adianto a questão central: fazendo uma leitura do Projeto do novo CPC, deparei-me com uma espécie de repristinação da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos. (...) Aqui, é suficiente a leitura da exposição dos motivos da EC 66/2010: "Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal." (STRECK, 2017, n.p.)

É importante refletir sobre a disruptura constitucional feita pelo CPC de 2015, e comentada por Lenio em suas reflexões. Ao dispor em seu texto inúmeras referências ao que seria a separação de direito, refere-se a instituto não mais pertencente a nossa ordem jurídica, por motivos de força constitucional. Ignora a clara revogação tácita, acabando por introduzir no texto processual uma letra morta, na tentativa de uma repristinação inglória.

Streck finaliza sua linha de pensamento abordando os aspectos de

4 Enquanto a laicidade refere-se a exclusão de influências religiosas no campo político estatal, a secularização faz referência ao processo gradativo de desprendimento religioso de diversos setores da esfera social, promovendo uma divisão funcional de forças e relevância.

responsabilidade política de quem legisla e o respeito ao constitucionalismo:

> O legislador do novo CPC tem responsabilidade política (no sentido de que falo em Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica). Para tanto, deve contribuir e aceitar, também nesse particular, a evolução dos tempos eliminando do texto todas as expressões que dão a entender a permanência entre nós desse instituto cuja serventia já se foi e não mais voltará. Não fosse por nada – e peço desculpas pela ironia da palavra 'nada' –, devemos deixar a separação de fora do novo CPC em nome da Constituição. E isso por dois motivos: a um, por ela mesma, porque sacramenta a secularização do direito, impedindo o Estado de 'moralizar' as relações conjugais; a dois, pelo fato de o legislador constituinte derivado já ter resolvido esse assunto. Para o tema voltar ao 'mundo jurídico', só por alteração da Constituição. E, ainda assim, seria de duvidosa constitucionalidade. Mas aí eu argumentaria de outro modo. Portanto, sem chance de o novo CPC repristinar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada à Constituição.(STRECK, 2017, n.p.)

Partindo para o desfecho analítico, interessa tratar sobre um último assunto, mas não menos importante: a culpa. Levando em conta a própria mitigação sofrida pelo Código Civil de 2002, fica explicita a abstenção da culpa enquanto parte da evolução social. Levando em conta essa intenção pacificadora do legislador, a EC66/2010, ao eliminar a separação judicial tacitamente, também exclui qualquer resquício de sua essência retrógrada (MADALENO, 2015, n.p.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Promovendo análise holística dos fatos até então apresentados, infere-se que embora existam afirmações direcionadas à falta de revogação expressa do instituto, estas focam todos os seus esforços na interpretação restritiva e literal da lei, em prejuízo de outras nuances de apreciação. Expandindo os olhares acerca do significado do conteúdo legal, em conformidade com a própria hermenêutica, assimila-se a ocorrência de revogação tácita da separação de direito.

No que diz respeito à relevância social da oferta de mais possibilidades de mecanismos dissolutivos aos interessados, vale enfatizar que aqui nada se fala sobre a separação de corpos e de fato, que devem permanecer vivas em nosso ordenamento, produzindo seus efeitos específicos. A primeira serve como medida cabível para ameaças e agressões de todas as espécies

(a quaisquer dos integrantes familiares), e como legitimação de afastamento próprio. Já a separação de fato, após deixar de ser requisito para o processo de divórcio, mantém sua utilidade no campo da cessação de deveres conjugais, e interrupção do regime matrimonial de bens (LÔBO, 2015, n.p.). Termina sendo a separação de fato, aos interessados em segundas chances, uma opção vantajosa.

Por fim, a resolução da questão deve esperar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF, que já decidiu pela repercussão geral do tema. Espera-se que a decisão proferida venha a pacificar o entendimento acerca da inexistência da separação judicial, respeitando a laicidade e secularização do Estado, o constitucionalismo e a hierarquia legal vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1431370/SP**. Recurso Especial. Direito Civil. Direito De Família. Emenda Constitucional Nº 66/2010. Divórcio Direto. Requisito Temporal. Extinção. Separação Judicial Ou Extrajudicial. Coexistência. Institutos Distintos. Princípio Da Autonomia Da Vontade. Preservação. Legislação Infraconstitucional. Observância. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 15 de agosto de 2017. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492349864/recurso-especial-resp-1431370-sp-2014-0014169-5/inteiro-teor-492349874?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 mai. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1247098/MS**. Recuso Especial. Direito Civil. Família. Emenda Constitucional nº 66/10. Divórcio Direto. Separação Judicial. Subsistência. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 14 de março de 2017. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739324/recurso-especial-resp-1247098-ms-2011-0074787-0/inteiro-teor-465739334?ref=serp. Acesso em: 10 mai. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Civil**, 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias, 7ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Consequências jurídicas atuais da separação conjugal de fato e de corpos**, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/

processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>. Acesso em: 26 mai. 2020.

MADALENO, Rolf. **O Fantasma processual da separação**, 2015. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2015/08/06/o-fantasma-processual-da-separacao/. Acesso em: 01 jun. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família, 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Súmula nº 39**. A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual). Porto Alegre, RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/. Acesso em: 10 mai. 2020.

STF decidirá sobre status jurídico da separação judicial após emenda constitucional de 2010. **Imprensa Oficial do STF**, Brasília – DF, 10 de junho de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413604&caixaBusca=N. Acesso em: 09 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional repristinar a separação judicial no Brasil**, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>. Acesso em: 09 mai. 2020.