

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.370 / SÃO PAULO (2014/0014169-5)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: J. H. DE C.

ADVOGADO: ESTELA ROBERTA BELTRAMIN ENRIQUE E OUTRO(S) – SP194709

RECORRIDO: M. A. C. DE C.

ADVOGADO: DANIEL MASTRANGELO – SP261586

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017. (Data do Julgamento)

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.370 / SP (2014/0014169-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por J. H. de C. (e-STJ fls. 148-169), com fulcro nas alíneas *a* e *c* do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Agravo de Instrumento – Interposição contra decisão que indeferiu pleito de conversão do rito de separação judicial em divórcio – Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da Carta Magna, não retira a vigência da legislação infraconstitucional – Recurso improvido. (e-STJ fl. 131 – grifou-se.)

Noticiam os autos que a juíza de primeira instância, com base na Emenda Constitucional nº 66/2010, concedeu a oportunidade de as partes se manifestarem acerca da possibilidade de conversão da ação de separação em divórcio. O ora recorrente concordou com a conversão do rito, enquanto a ora recorrida, após ter sido intimada em duas ocasiões, teria se manifestado contrariamente.

Todavia, diante da discordância da parte requerida, o processo prosseguiu sob o rito da separação judicial, tendo o juízo de primeira instância determinado à requerida as providências necessárias ao pagamento dos honorários periciais (decisão – fl. 16 – e-STJ).

Diante da supracitada decisão, o agravante, em suas razões, na inicial do agravo de instrumento, pugna pelo reconhecimento da preclusão consumativa, consoante dispõem os artigos 186 e 245 do Código de Processo Civil de 1973, e pela extinção do instituto da separação judicial, à luz da mencionada emenda constitucional.

O Tribunal de origem, ao não prover o agravo de instrumento, manteve incólume a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos da já citada ementa e da seguinte fundamentação:

(...) A Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou o texto do §6º do art. 226 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Na redação anterior, lia-se:

§6º – 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.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 2º, parágrafos 1º e 2º) estabelece que a lei posterior somente revoga a anterior quando expressamente assim o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior, o que não ocorreu com a mudança legislativa operada pela Emenda nº 66/2010.

Restou alterado, assim, o texto constitucional anterior, que, ao prever a possibilidade de dissolução do casamento civil pelo divórcio, exigia prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Por óbvio que a intenção do legislador, ao suprimir do texto constitucional o prazo como pré-requisito para o divórcio, era simplificar os interesses dos demandantes que buscavam a dissolução definitiva do vínculo conjugal.

No entanto, a supressão do prazo não elimina do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, que continua sendo instrumento hábil para pôr fim ao matrimônio.

Antes considerado meio para a obtenção do divórcio, a separação judicial passa agora a ser uma forma autônoma de dissolução de sociedade conjugal, guardando sua característica de reversibilidade prevista no art. 1.577 do Código Civil.

Destarte, observa-se que não houve revogação pela Emenda Constitucional nº 66/2010 dos artigos do Código Civil que trata da separação judicial.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. (e-STJ fls. 135-142 – grifou-se.)

O recorrente J. H. de C. aduz no presente recurso (e-STJ fls. 148-169 e-STJ), além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 183 e 245 do Código de Processo Civil de 1973, porque as decisões que negaram a conversão da separação em divórcio teriam sido motivadas por manifestação intempestiva da recorrida.

No que tange ao dissídio jurisprudencial, aponta como acórdãos paradigmáticos recursos dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e do Paraná que retratam o seguinte entendimento: “a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, em 17.04.2010, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, extinguiu o instituto da separação, o prazo para a concessão do divórcio e, outrossim, a averiguação da culpa pelo fim do casamento” (e-STJ fl. 166).

Houve interposição de recurso extraordinário (e-STJ fls. 188-204).

Sem as contrarrazões (e-STJ fl. 210), e admitido o recurso especial na origem (e-STJ fls. 215-217), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, por meio do seu representante, o Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo não provimento do recurso nos termos da seguinte fundamentação:

(...) Há pelo menos três teorias a respeito das consequências da EC 66/2010:

a) não mais existe a separação judicial, apenas o divórcio, não se cogitando de prazo para sua realização; b) a separação coexiste com o divórcio, mas este não mais pressupõe a existência daquela, ou prazo de separação de fato; e c) a Constituição não mais impõe requisitos ao divórcio, deixando a tarefa ao legislador ordinário, prevalecendo o que a respeito dispõe a legislação infraconstitucional.

No nosso sentir, o efeito da indigitada Emenda foi, sem dúvida, o de desconstitucionalizar os requisitos que a Constituição julgara necessários para a decretação do divórcio, porque o legislador constituinte chamara para si a responsabilidade, diante da euforia que se poderia estabelecer com a introdução do divórcio no Brasil, de impor prazo suficiente para a melhor adaptação, entre nós, do novel instituto, diante da anterior consagração, por tanto tempo, da indissolubilidade do vínculo do casamento.

Teve-se, pois, o cuidado de concedê-lo em termos constitucionais, observado lapso temporal suficiente para que a ideia amadurecesse junto às partes envolvidas. A lei menor, evidentemente, seguiu a determinação traçada pela Lei Maior.

Quanto ao divórcio, razoável entender que se a Emenda Constitucional aboliu os prazos a que antes se referia a Carta Política emendada, não há mais a mesma exigência de prazo, não mais prevalecendo aqueles previstos na legislação subconstitucional.

Todavia, também razoável entender que a consequência acima anotada não fere de morte a separação judicial.

Com efeito, a separação judicial não foi criada pela Constituição, nem foi por ela extinta. Portanto, ela subsiste, em princípio, coexistindo com o divórcio, de acordo com a legislação infraconstitucional em vigor, até que esta seja efetivamente revogada ou caia em desuso. Permite-se, assim, aos cônjuges, a opção que sempre lhes reservou a lei nacional.

Destarte, não convindo ambas as partes, como no caso, na conversão da separação contenciosa em divórcio direto – a recorrida a isto se opôs expressamente – correta a sentença que dá prosseguimento ao processo de separação, no qual há, inclusive, reconvenção, não merecendo reparo o aresto que a mantém.

3. Diante do exposto, o parecer é pelo desprovimento do recurso especial. (e-STJ fls. 230-231 – grifou-se.)

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.370 / SP (2014/0014169-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia recursal a analisar se o instituto da separação judicial foi ab-rogado após o advento da Emenda à Constituição nº 66/2010.

(i) da preclusão e da falta de prequestionamento

Verifica-se que as matérias versadas nos arts. 186 e 245 do Código de Processo Civil de 1973 não foram objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e não foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de sanar vício porventura existente.

Assim, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

(ii) do dissídio jurisprudencial: a separação judicial à luz da Emenda Constitucional nº 66/2010

A separação judicial ou extrajudicial (Lei nº 11.441/2007) é medida temporária escolhida previamente por pessoas casadas que desejam optar por uma nova vida pessoal e familiar. A escolha importa na extinção do regime de bens, do dever de fidelidade e do dever de mútua assistência (art. 1.576 do Código Civil de 2002). A despeito de colocar fim à sociedade conjugal (art. 1.571, III, do CC/2002), a separação

permite que, a qualquer tempo, aquela relação seja restabelecida (art. 1.577 do CC/2002). Porém, se assim não desejarem as partes, converte-se definitivamente a separação em divórcio, dissolvendo o casamento, nos termos dos arts. 1.577 e 1.580 do referido diploma legal.

O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do casamento que extingue o próprio vínculo (art. 1.571, §1º, do CC/2002), com reflexos sobre o estado civil da pessoa, pois autoriza que os ex-cônjuges celebrem, desde logo, um novo matrimônio, o que não ocorre com a separação.

Assim, a dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio por versarem institutos completamente distintos. O constituinte reformador não se imiscuiu no tema da separação, matéria infraconstitucional e inconfundível, obviamente, com o divórcio.

O texto constitucional originário condicionava como requisito para o divórcio a prévia separação judicial ou de fato, como se afere de sua antiga redação:

Art. 226 (...) parágrafo 6º – 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.

Por sua vez, a EC nº 66/2010 promulgada em 13 de julho de 2010 conferiu nova redação ao §6º do art. 206 da Constituição Federal de 1988, a saber: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A alteração constitucional não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que regula o procedimento da separação, consoante exegese do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Como se afere da sua redação, a Emenda apenas facultou às partes dissolver *direta e definitivamente* o casamento civil, por meio do divórcio, objeto de nova disciplina, tendo em vista a supressão do requisito temporal até então existente.

A supressão dos requisitos para o divórcio pela Emenda Constitucional não afasta categoricamente a existência de um procedimento judicial ou extrajudicial de separação conjugal, que passou a ser opcional a partir da sua promulgação.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao §6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio” (SEC nº 5.302/EX, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 12/5/2011, DJe 7/6/2011). No mesmo sentido: SEC nº 4.445/EX, de relatoria do Ministro Raul Araújo, julgado em 6/5/2015, DJe 17/6/2015.

A possibilidade de discussões laterais e subjacentes ao rompimento das partes em um procedimento autônomo de separação remanesce incólume no ordenamento pátrio. Ao se permitir eventual arrependimento durante o período de separação,

preserva-se, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes. É dizer, se o casal divorciado pretender restabelecer a vida em comum poderá fazê-lo sem contrair novo casamento, sendo suficiente informar tal intenção ao juízo (art. 1.577 do CC/2002).

Constitui, como salientado por Arnaldo Rizzardo, “direito dos cônjuges não querer a extinção do vínculo conjugal, ou não aceitar o divórcio, e sim unicamente a separação da sociedade conjugal, com a faculdade futura de reconciliação e refazimento da sociedade” (*Direito de Família*. 8ª edição. Editora Forense, p.213).

Ademais, quem pode o mais (divórcio), pode o menos (separação). A Emenda Constitucional apenas facilitou a obtenção do divórcio, mudança realmente louvável, mas não excludente de outros institutos do Direito de Família.

No mesmo sentido, concluiu a Quarta Turma desta Corte:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA.

1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1.571, IV e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos.

2. A *Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.*

3. Recurso especial provido. (REsp nº 1.247.098/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 16/05/2017 – grifou-se.)

Veja-se excerto do voto condutor:

(...) analisando a literalidade do artigo previsto na Constituição, a única alteração ocorrida foi a supressão do requisito temporal, bem como do sistema bifásico, para que o casamento seja dissolvido pelo divórcio.

Ocorreu, portanto, facilitação ao divórcio, constituindo verdadeiro direito potestativo dos cônjuges.

Ainda, o texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial. Ademais,

sendo o divórcio permitido sem qualquer restrição, forçoso concluir pela possibilidade da separação ainda subsistente no Código Civil, pois quem pode o mais, pode o menos também.

Entender que tal alteração suprimiu a existência da separação extrajudicial ou judicial levaria à interpretação de que qualquer assunto que não fosse mais tratado no texto constitucional por desconstitucionalização estaria extinto, a exemplo também do que ocorreu com a separação de fato, cuja existência não é objeto de dúvida. (...)

Dessa forma, não me parece correto o entendimento de que a separação de fato é fenômeno ao qual atribuídas consequências jurídicas, mas aqueles cônjuges que querem formalizar a separação, a fim de resguardar legalmente seus direitos patrimoniais e da personalidade, inclusive para um futuro entendimento entre o casal, estariam impedidos de fazê-lo. (...)

Imperioso concluir, portanto, que *não ocorreu a revogação tácita da legislação infraconstitucional que versa sobre a separação, dado que a EC nº 66 não tratou em momento algum sobre a separação, bem como não dispôs sobre matéria com ela incompatível.*

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de julgar, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, o Recurso Extraordinário nº 227.114/SP, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que trazia a discussão sobre o foro competente para o ajuizamento da ação de separação, reforçando a permanência do instituto no direito brasileiro.

Percebe-se, assim, que os critérios cronológico e hierárquico são insuficientes para sanar a antinomia aparente suscitada e dirimir da melhor forma a questão, devendo a especialidade orientar a interpretação dos operadores do direito para solução do caso, tendo em vista a mencionada distinção entre os institutos do divórcio e da separação, com suas respectivas repercussões jurídicas nas esferas privadas e pessoais dos cônjuges.

O que foi feito, repise-se, foi a supressão de qualquer requisito referente à separação prévia para requerer o divórcio, e não a supressão do instituto em si. *Não há conflito, portanto, entre o disposto na Constituição Federal e o prescrito na legislação infraconstitucional.*

O intuito da referida Emenda Constitucional foi, justamente, diminuir a interferência estatal na família de maneira a possibilitar a efetivação do princípio da liberdade familiar, possibilitando aos cônjuges o exercício pleno de sua autonomia privada.

Por fim, anoto que o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, em vigor no dia 18 de março do corrente ano, manteve em diversos dispositivos referências ao instituto da separação judicial, inclusive regulando-o no capítulo que trata das ações de família, artigo 693 e seguintes, e constando no próprio título da seção IV do capítulo XV, que trata dos procedimentos de jurisdição voluntária (artigo 731 e seguintes), demonstrando, novamente e de forma indiscutível, a mens legis em manter a figura da separação no ordenamento jurídico pátrio. É o que se verifica da simples leitura dos artigos 23, III, 53, I, 189, II e §2º, 693, 732 e 733, do mencionado diploma processual. (Grifou-se.)

Assim, nada obsta a que o casal, pelas mais variadas razões, ainda que religiosas, opte espontaneamente pelo rito da separação e não pelo divórcio direto, como se afere dos artigos 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, com as alterações conferidas pela Lei nº 11.441/2007.

Válido registrar, ainda, que o Estado é laico e justamente por esse motivo deve respeito à liberdade de expressão religiosa e às opções de vida pessoal de seus administrados.

Consigne-se, ademais, que nem mesmo o tabelião pode se furtar a lavrar escrituras de separação extrajudicial, após a dispensa do requisito temporal para sua conversão em divórcio, como se afere da interpretação conferida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) à EC nº 66/2010, a pedido do IBDFAM:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 35 DO CNJ EM RAZÃO DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES “SEPARAÇÃO CONSENSUAL” E “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL”. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. – A Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, para suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos. – Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. – Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração

da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida. – Pedido julgado parcialmente procedente para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, nos seguintes termos: a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e; b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: “Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.” (Pedido De Providências Nº 0005060-32.2010.2.00.0000. Relator: Conselheiro Jefferson Kravchychyn. Requerente: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Requerido: Conselho Nacional de Justiça – grifou-se.)

A V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), ocorrida em 2010, aprovou, dentre outros, os Enunciados nos 514, 515, 516 e 517, que elucidam bem a questão em voga:

514 – Art. 1.571: *A Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.*

515 – Art. 1.574, *caput*: *Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional nº 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.*

516 – Art. 1.574, parágrafo único: *Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.*

517 – Art. 1.580: *A Emenda Constitucional nº 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão. (Grifou-se.)*

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), posterior à Emenda, manteve, em diversos dispositivos, referências ao instituto da separação judicial (Capítulo X – Das Ações de Família – art. 693 e Capítulo XV – Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária – arts. 731, 732 e 733), o que retrata indiscutivelmente a vontade tanto do constituinte derivado reformador como do legislador ordinário de manter incólume a separação no ordenamento jurídico.

A existência de dois sistemas diferentes de divórcio é extraída do direito comparado. O primeiro deles é conhecido como o sistema “dual obrigatório”, o qual exige a prévia separação antes do divórcio. Já um segundo sistema, denominado “dual opcional”, faculta a escolha pelo divórcio direto ou pela mera separação das partes envolvidas.

O atual sistema brasileiro se amolda, como se percebe do teor da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao mencionado sistema “dualista opcional”, deixando de condicionar o divórcio à prévia separação judicial ou de fato, o que facilita, de plano, a dissolução do matrimônio.

A título de exemplo, destaca-se a experiência portuguesa, em que tanto o divórcio como a separação judicial constituem procedimentos autônomos, de livre escolha dos interessados (art. 1.795º do Código Civil português). Aliás, o sistema lusitano admite a conversão da separação em divórcio, enaltecendo a possibilidade de reconciliação. A separação judicial, fruto do sistema dualista, foi, inclusive, mantida após a edição Lei nº 61, de 31.10.2008, que alterou dispositivos do Código Civil português referentes ao divórcio, que restou facilitado, a despeito da maioria católica da população.

A separação judicial também é prevista na legislação francesa, que não a exige como pré-requisito para o divórcio, previsto no país desde 1792 (<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/ditadura-separacao-ditadura-divorcio-lidar-instituicao>). Tal sistema prima pelo livre exercício da vontade privada, sem submeter os cônjuges, necessariamente, a requisitos temporais.

Da mesma forma, a Itália, país que introduziu o divórcio em 1970, por meio da Lei nº 898, acabou ampliando as hipóteses de separação judicial pela reforma do Código Civil (Lei nº 51, de 1975). Naquela oportunidade, discutiu-se a respeito da manutenção conjunta dos institutos da separação e do divórcio, prevalecendo, ao final, a concomitância de ambos, conforme assinalado por Finocchiaro, citado por Yussef Cahali:

(...) Concepire la separazione esclusivamente in funzione del divorzio contrasta con la típica essenza dei due istituti, volti a realizzare interessi logicamente e cronologicamente distinti. La separazione non è considerata nella logica del legislatore come un divorzio a termine, ma è innanzitutto uno stato che può durare indefinitamente e che non deve sfociare necessariamente nel divorzio, ma che può concludersi anche nella ricostituzione dell'unità della famiglia. Ed è proprio in questa sua particolarità che vanno ricercati i motivi che giustificano la diversa disciplina. (Separações Conjugais e Divórcio. 12ª edição revista. Editora RT, p.74.)

(...) Conceber a separação exclusivamente em função do divórcio contrasta com a típica essência das duas instituições, que visam alcançar interesses lógicos e cronologicamente distintos. A separação não é considerada na lógica do legislador como um

divórcio “a prazo”, mas é, antes de tudo, um estado que pode durar indefinidamente e que não conduz necessariamente ao divórcio, mas que também pode ser concluído na reconstituição da unidade familiar. E é precisamente essa particularidade que se busca identificar os motivos que justificam uma disciplina diversa a ambos. (tradução livre)

Yussef Cahali afirma representar um erro deslocar a discussão para o âmbito de uma hipotética inconstitucionalidade virtual ou posterior (não recepção), posta “como pano de fundo para despistar uma questão que é elementar e óbvia: divórcio e separação judicial são institutos autônomos e distintos: o primeiro com disciplina (a partir de 1934) necessariamente de natureza constitucional; o segundo, desde a Lei do Matrimônio Civil, com sua disciplina exaurida em sede infraconstitucional” (*Separações Conjugais e Divórcio*. 12ª edição revista. Editora RT, p.76).

Pode-se, então, concluir que a ruptura do casamento pode ser pelas vias judicial ou extrajudicial (neste caso, desde que inexistam filhos menores e seja consensual) nos seguintes termos: (a) dissolução simultânea do vínculo matrimonial e da sociedade conjugal pelo divórcio e (b) dissolução restrita à sociedade conjugal pela separação legal.

A propósito, válido transcrever abalizada doutrina a respeito do tema:

(...) Sobre a manutenção da separação em nosso ordenamento jurídico, retoma-se o teor da ementa da EC nº 66/2010, segundo a qual somente foram suprimidos os requisitos temporais de um ano de separação judicial ou de dois anos de separação de fato. *Não ocorreu a supressão do instituto da separação. Se pudesse ter ocorrido a eliminação da separação, chegar-se-ia à absurda conclusão que também a separação de fato estaria excluída de nosso sistema jurídico.*

Além de a separação possibilitar o restabelecimento da sociedade conjugal por meio de mera petição juntada aos autos do respectivo processo (Cód. Civil, art. 1.577), de modo que os cônjuges podem preferir essa forma dissolutória, em vez de romperem definitivamente o vínculo conjugal por meio do divórcio, a manutenção da separação é necessária em respeito ao direito fundamental da liberdade, previsto no art. 5º, VIII, como se verá a seguir.

Como direito fundamental à liberdade, consta do inciso VIII do art. 5º que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”. A eliminação da separação judicial importaria em violação a esse direito fundamental, já que há religiosos que não admitem o divórcio e somente podem

regularizar seu estado civil pela separação que não dissolve o vínculo conjugal. Isso ocorre com os Evangélicos e também com os Católicos Ortodoxos Romanos, que ficariam privados do direito à regularização de seu estado civil. No que se refere aos Católicos, o Direito Canônico admite a separação com permanência do vínculo conjugal, mas não admite o divórcio. Vide Código Canônico, Título VII – Do matrimônio, Capítulo IX – Da separação dos cônjuges, art. 2º – Separação com permanência do vínculo. Assim, eliminar a separação judicial equivaleria a retirar dos que professam a religião Católica Ortodoxa Romana o direito de regularizarem seu estado civil por meio da separação judicial, obrigando-os a permanecer como separados de fato.

Se suprimido o instituto da separação, uma de duas hipóteses obrigatoriamente ocorreria. Numa, o cônjuge que professa religião que não admite o divórcio se divorciaria e ficaria irregular perante sua crença, privado, assim, do livre exercício religioso. Noutra, o cônjuge que professa essa religião manter-se-ia sempre em separação meramente de fato e estaria irregular perante o Estado, vivendo em situação híbrida, que nunca é recomendável.

Em suma, se viesse a ser eliminada a separação, seriam desrespeitados os direitos fundamentais à regularização do estado civil em razão de crença.

Portanto, a manutenção da espécie dissolutória culposa e da separação em nosso ordenamento jurídico não está atrelada a mero debate entre divorcistas e antidivorcistas, ou entre católicos e não católicos, mas, sim, à preservação dos direitos fundamentais.

Exatamente por ser o Brasil um Estado laico, deve-se assegurar aos religiosos o exercício de seus direitos fundamentais. (...) (MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil, Direito de Família*, nº 2. 43ª edição. 2016, Editora Saraiva, p.349-350 – grifou-se.)

Portanto, até que surja uma nova normatização, não se pode dizer que o instituto da separação foi revogado pela Emenda nº 66/2010.

Não se olvida, por outro lado, que ações de separação tramitam perante o Poder Judiciário, não havendo como tais processos serem interrompidos abruptamente, sem uma legislação prévia prevendo a extinção dos feitos ou ainda uma razoável *vacatio* para tanto.

Com efeito, o entendimento proferido pelas instâncias ordinárias merece ser confirmado.

Por fim, oportuno citar a conclusão do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, no mesmo sentido:

(...) No nosso sentir, o efeito da indigitada Emenda foi, sem dúvida, o de desconstitucionalizar os requisitos que a Constituição julgara necessários para a decretação do divórcio, porque o legislador constituinte chamara para si a responsabilidade, diante da euforia que se poderia estabelecer com a introdução do divórcio no Brasil, de impor prazo suficiente para a melhor adaptação, entre nós, do novel instituto, diante da anterior consagração, por tanto tempo, da indissolubilidade do vínculo do casamento.

Teve-se, pois, o cuidado de concedê-lo em termos constitucionais, observado lapso temporal suficiente para que a ideia amadurecesse junto às partes envolvidas. A lei menor, evidentemente, seguiu a determinação traçada pela Lei Maior.

Quanto ao divórcio, razoável entender que se a Emenda Constitucional aboliu os prazos a que antes se referia a Carta Política emendada, não há mais a mesma exigência de prazo, não mais prevalecendo aqueles previstos na legislação subconstitucional.

Todavia, também razoável entender que a consequência acima anotada não fere de morte a separação judicial.

Com efeito, a separação judicial não foi criada pela Constituição, nem foi por ela extinta. Portanto, ela subsiste, em princípio, coexistindo com o divórcio, de acordo com a legislação infraconstitucional em vigor, até que esta seja efetivamente revogada ou caia em desuso. Permite-se, assim, aos cônjuges, a opção que sempre lhes reservou a lei nacional.

Destarte, não convindo ambas as partes, como no caso, na conversão da separação contenciosa em divórcio direto – a recorrida a isto se opôs expressamente – correta a sentença que dá prosseguimento ao processo de separação, no qual há, inclusive, reconvenção, não merecendo reparo o aresto que a mantém.

3. Diante do exposto, o parecer é pelo desprovimento do recurso especial. (e-STJ fls. 230-231 – grifou-se.)

(iii) do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0014169-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp Nº 1.431.370 / SP

Números Origem: 01596016220118260000 1596016220118260000

PAUTA: 15/08/2017

JULGADO: 15/08/2017

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: J. H. DE C.

ADVOGADO: ESTELA ROBERTA BELTRAMIN ENRIQUE E OUTRO(S) - SP194709

RECORRIDO: M. A. C. DE C.

ADVOGADO: DANIEL MASTRANGELO - SP261586

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Família – Casamento – Dissolução

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.