

## A PRESCINDIBILIDADE DA SEPARAÇÃO JUDICIAL FRENTE AO DIREITO PÓS-MODERNO

Daniela Martins MADRID<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho se propõe ao estudo da separação, desde o seu surgimento até os dias atuais, alertando que esta não conseguiu acompanhar a evolução dos conceitos, costumes e tabus da sociedade. Por este motivo, busca-se no decorrer do texto, demonstrar que este instituto não tem como prosperar na era do direito pós-moderno. Procura-se confirmar a falta de utilidade da separação, fazendo um estudo do próprio Código Civil atual, destacando os pontos em que este diploma legal, apesar de defender a separação, acaba por cair em contradição. A pesquisa possui seu alicerce em preceitos inovadores do Direito de Família, com ênfase na separação como um todo, alertando sobre a importância de se adotar como forma de dissolução do matrimônio, apenas o divórcio direto, pois neste, não se discute a culpa como na separação sanção, o que o auxilia a ser mais eficaz. O texto apresentado fundamenta-se, também, no direito comparado e afirma que há uma tendência mundial de prevalecer apenas o divórcio direto, com o afastamento da intervenção do Estado nas questões familiares.

**Palavras-chaves:** Direito de Família; Separação; Divórcio; Direito Comparado; “Culpa”, Intervenção do Estado.

---

<sup>1</sup> A autora, formada em Direito pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente – SP, é advogada e pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela mesma instituição.

## **INTRODUÇÃO**

Referido texto consubstancia-se em uma nova visão do instituto do Direito de Família, com atenção especial voltada à separação, mediante profundas alterações que afetam o arcabouço político, econômico, jurídico e social do país.

Verifica-se que com o advento do atual Código Civil, tornou-se de suma importância a construção de novos modelos de interpretação, que sejam compatíveis com a ordem pública constitucional.

Partindo desta premissa, o presente trabalho procura esclarecer, que a permanência da separação no ordenamento jurídico brasileiro acaba por contrariar a própria Constituição Federal, uma vez que a separação proíbe os cônjuges de contraírem novas núpcias e estes passam, então, a conviverem em união estável; ao passo que o artigo 226, parágrafo 3º, da Lei Maior estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

Destarte, o objetivo principal, posto em foco, foi verificar através dos Métodos Histórico, Dialético, Comparativo e Hipotético-Dedutivo, e por meio das técnicas da Documentação Indireta, a prescindibilidade da separação dentro do Direito Pós-Moderno.

Sendo assim, defende-se uma proposta de Emenda Constitucional, apresentada pelo IBDFAM, ao artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, na tentativa de fazer prevalecer apenas o divórcio direto dentro do sistema jurídico brasileiro, sendo esta, uma das grandes perspectivas mundiais. Busca-se, dessa forma, desafogar o Judiciário, uma vez que a duplicidade entre separação e divórcio, com uma posterior conversão, gera apenas desgastes, transtornos, além de ser onerosa e inócua.

Sustenta, o presente trabalho, que o divórcio direto poderia ser concedido sem qualquer intervenção por parte do Estado, sendo necessária apenas, a manifestação de vontade dos consortes.

Esta é mudança que o “novo” Código Civil precisará passar para se adaptar as inevitáveis mutações sociais.

### **1- ASPECTOS HISTÓRICOS**

No decorrer de toda a história, a família sempre foi vista como uma instituição sagrada por ser considerada a base da sociedade. A religião trazia a idéia de que a união entre o

homem e a mulher era algo abençoado, uma união divina e, sendo assim, deveria perdurar por toda a vida. Neste primeiro momento, os princípios do Direito Canônico representavam a fonte do direito positivo.

Posteriormente, o Estado, passou a conferir um tratamento intervencionista para as relações familiares, e na tentativa de regularizar as condutas sociais, transformou a família em uma instituição matrimonial, introduzindo deveres e reprovando atitudes que maculassem a imagem da família “unida e feliz”. Dentro deste patamar, a dissolução da família que já era algo condenável pela Igreja (“o que Deus uniu o homem não separa”), passou a ser também pelo o Estado.

Prova disso é que a Constituição da República de 1967, em seu artigo 175, *caput*, reconhecia o casamento como única forma de constituir família, e estabelecia que: “*a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*”. Citado artigo reafirmava o que o dispositivo constitucional de 1946 já previa, ou seja, “*a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado*”, (artigo 163, da Constituição Federal de 1946).

Percebe-se, desde já, que o Estado sempre se desempenhou na tentativa de controlar a família impondo uma moral fortemente conservadora, por acreditar, que a sua desestruturação, acarretaria conseqüentemente uma drástica alteração de cunho político, social e até mesmo econômico para toda a coletividade.

Sendo assim, a dissolução do casamento deixou de ser regulamentada por um longo período, pois era considerada uma ameaça para a própria sociedade, o que contribuiu na geração de preconceitos sobre o tema.

O próprio Código Civil de 1916 trazia a idéia de casamento como algo indissolúvel, não permitindo em um primeiro momento qualquer mudança no estado de casado. Somente a morte de um dos cônjuges poderia dissolver o casamento (artigo 315, parágrafo único do Código Civil de 1916), mas a sociedade conjugal poderia “terminar” com o desquite (artigo 315, inciso III, do Código Civil de 1916).

Entre as discussões que surgiram sobre a possibilidade de se desmembrar a célula familiar, acabou prevalecendo à orientação ditada pela tradição cristã do povo brasileiro.

Para melhor elucidar esta afirmação, ganha respaldo o entendimento a seguir:

“Tal como no direito anterior, permitia-se tão-somente o término da sociedade conjugal por via do desquite, amigável ou judicial (art. 315, III), fazendo certo que a sentença do desquite apenas autoriza a separação dos cônjuges, e põe termo ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido (art. 322), **restando, porém, incólume o vínculo matrimonial**”.<sup>2</sup>(Grifou-se)

Todavia, com as mudanças sociais e culturais veio a baila a Emenda Constitucional n.º 09, de 28 de junho de 1977, que introduziu a Lei do Divórcio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois a idéia de família não poderia permanecer sedimentada ante as inúmeras mutações que a sociedade estava passando.

Com esta emenda constitucional, o Brasil acabou rompendo com uma tradição de vários séculos, ao admitir a dissolução do vínculo conjugal, através do divórcio. De acordo com o doutrinador Yussef Said Cahali “*não raro, nações o terão adotado, ampliado, restringido ou mesmo suprimido, para readotá-lo posteriormente (França, Guatemala e agora Argentina)*”.<sup>3</sup>

Analisando o texto original da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), verifica-se que para o seu implemento ocorreram de um lado certos abrandamentos e algumas restrições do dispositivo legal, sendo uma “solução” encontrada para afastar os deveres conjugais, sem, entretanto, possuir interesse específico, em estar dissolvendo os laços sagrados do casamento.

Seguindo este raciocínio e de acordo com Maria Berenice Dias, com a Lei do Divórcio, aquilo que o Código Civil denominava “desquite” (ou seja, não quite, alguém em débito para com a sociedade) passou a se chamar, “separação judicial”, ou seja, houve apenas uma substituição de palavras, permanecendo, as mesmas características.<sup>4</sup>

Assim, como o desquite, a separação apenas passou a por fim aos deveres do matrimônio, tais, como fidelidade recíproca, coabitação e ao regime de bens, sem, todavia, dissolver o casamento. Percebe-se, desde já, que esta idéia de separação é contraditória em sua própria estrutura.

Ainda analisando referida Lei, o artigo 38, em sua forma original, trazia a possibilidade do divórcio, apenas por uma única vez, sendo que apenas em casos de extrema necessidade seria possível conceder o divórcio direto.

---

<sup>2</sup> CAHALI, Y. S. *Divórcio e Separação*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>4</sup> DIAS, M. B. *Da Separação e do Divórcio*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Para demonstrar o caráter restritivo da versão original da Lei do Divórcio, é de suma importância o entendimento a seguir:

“O art. 40 possuía a seguinte redação: “No caso de separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977, e, desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do prazo de separação e sua causa”. Sua concessão, portanto, estava condicionada ao atendimento cumulativo de três pressupostos: (a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; (b) que esse prazo estivesse implementado antes da alteração constitucional, ou seja, 28 de junho de 1977; e (c) à comprovação da causa da separação”.<sup>5</sup>

Seguindo a letra da Lei, percebe-se, que na verdade, a Lei do Divórcio veio apenas contemplar situações fáticas preexistentes há mais de cinco anos, demonstrando que a única finalidade do legislador era de oferecer uma resposta às aspirações sociais e não necessariamente pôr um fim na visão sacramentada do matrimônio. Assim, *quando todos os que, tendo preenchido os três requisitos, houvessem se divorciado, desapareceria o divórcio direto.*<sup>6</sup>

Além disso, aparece também, a figura da separação judicial, sendo a única hipótese possível, fora da redação original do citado artigo 40, de se obter o divórcio. Assim, os cônjuges passariam obrigatoriamente por um “estágio”, para terem certeza de que queriam a conversão da separação em divórcio.

Transcorrido um certo período, adotou-se o entendimento de que seria possível o divórcio direto, ao casal separado antes da Emenda Constitucional n.º 09 de 28 de junho de 1977, que obtivesse o implemento do prazo de cinco anos durante a sua vigência. Este entendimento jurisprudencial veio corroborar com uma nova visão para estes institutos.

Posteriormente, a simples comprovação da ruptura da vida em comum por dois anos seguidos, fez nascer o divórcio direto e, dessa forma, a conversão da separação em divórcio, embora ainda existente nos dias modernos, perdeu a sua razão de existir, pois o divórcio passou a ser um instituto autônomo.

A Lei n.º 7.841/89 é quem trouxe uma nova redação ao artigo 40 da Lei do Divórcio ao dispor que: *“No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”*.

---

<sup>5</sup> DIAS, 2003, p. 75.

<sup>6</sup> Ibid., p. 75.

Referido texto legal, revogou o parágrafo 1º do artigo 40, afastando o caráter de transitoriedade do divórcio direto e a imprescindibilidade de se demonstrar o motivo para o seu deferimento.

## **2 – DA SEPARAÇÃO**

A separação encontra-se elencada atualmente no Código Civil entre os artigos 1571 a 1581, tendo ocorrido revogação dos preceitos que tratavam da matéria na Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio). Continuam em vigor, apenas os preceitos processuais dessa lei especial anterior, com a aplicação direta da regra de direito intertemporal constante no artigo 2.043 do atual Código Civil.

Atualmente, a separação ainda é considerada como uma causa de dissolução da sociedade conjugal, não rompendo, entretanto, com o vínculo matrimonial. A separação é ação personalíssima, ou seja, de acordo com o artigo 1576, parágrafo único, do Código Civil, só pode ser requerida pelos cônjuges. Apenas em caso de incapacidade de um dos cônjuges, a separação pode ser requerida por curador, ascendente ou irmão.

A separação judicial possui duas espécies: a consensual e a litigiosa.

### **2.1 – DA SEPARAÇÃO CONSENSUAL**

A separação consensual pode ocorrer por iniciativa de ambos os cônjuges ou requerida por um e aceita pelo outro (casos em que pode ocorrer a conversão da separação litigiosa em consensual, nos termos do artigo 1123, do Código de Processo Civil).

Desse modo, observa-se que a separação consensual caracteriza-se por ser um acordo de vontade dos consortes em propor uma ação, que tem por fim legalizar a conveniência de viverem separados. Sendo assim, não há necessidade de motivação para ocorrer esta espécie de separação. O único requisito exigido é estarem os cônjuges casados por um tempo superior a 01 (um) ano. A falta desse requisito acarreta a extinção do processo pela ausência de interesse de agir.

O Código Civil tratou da separação consensual no artigo 1574. Este dispositivo ao não taxar nenhuma causa como requisito para extinção do casamento deu uma evoluida, pois não

traz a necessidade de mostrar a culpa de um dos consortes. Entretanto, retroage ao estabelecer um período de convivência para ganhar fundamento a pretensa ação.

Este é o posicionamento de Maria Berenice Dias:

“Trata-se de verdadeira imposição de um “estágio probatório”, durante o qual o desejo dos cônjuges não possui o mínimo significado. Antes do decurso desse interstício, mesmo que não mais queiram os cônjuges a manutenção do casamento, resiste o Estado em chancelar a vontade das partes, o que, na ausência de melhor justificativa, parece se tratar de imposição de um “prazo de purgação”. Quem sabe melhor identificar esse interregno como um verdadeiro purgatório?

De qualquer sorte, nítido o caráter punitivo de tal restrição. Será a determinação de um período de reflexão? Ou não se admite que o amor possa ter acabado antes desse prazo? Afinal, qual a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos? Dizer que é para preservar os sagrados laços do matrimônio? Mas o casamento não mais existe! Se livremente casaram, por que não dispõem da mesma liberdade para pôr fim ao casamento?”<sup>7</sup>

Esta imposição temporal trazida pelo Código Civil como requisito indispensável para a propositura da ação de separação consensual não tem razão de existir, pois os cônjuges no anseio de receberem a sua liberdade de volta, acabam simulando uma separação litigiosa, sendo que um deles, passa espontaneamente à condição de culpado, para receber a tão almejada separação.

Outra medida que vem sendo utilizada para suprir este lapso temporal é a separação de corpos consensual, defendida pela jurisprudência, mas que carece de qualquer dispositivo legal, não se encaixando na modalidade prevista no artigo 888, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Portanto, o Estado ao impor este requisito temporal para que o pedido de separação consensual seja juridicamente possível, acaba por criar indiretamente, caminhos paralelos e alternativos aos cônjuges que não mais almejam a vida em comum. Uma das conseqüências desta intervenção do Estado dentro da esfera familiar é o próprio acúmulo de demandas no Poder Judiciário, o que acaba gerando uma lentidão na “marcha” processual aos casos que realmente precisam da tutela estatal.

Além disso, o parágrafo único do artigo 1574 do Código Civil traz que a separação consensual poderá não ser homologada pelo juiz se não estiver preservando os interesses dos

---

<sup>7</sup> DIAS, M. B. *Separação e divórcio: uma inútil duplicidade*. Disponível em: <<http://www.professorchristiano.com.br>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2006.

filhos. A doutrina chama isto de “cláusula de dureza”, ou seja, os cônjuges querem se separar, todavia, para que isso ocorra, será observado, também, o bem estar dos filhos, além do requisito temporal, já explicitado.

A finalidade do legislador, neste caso, foi garantir o bem estar dos filhos, para que estes cresçam dentro de uma família. Entretanto, como se pode falar em bem estar dos filhos, dentro do seio familiar, se não existe mais o amor entre os seus pais? Neste caso, o legislador deveria ter falado mais, para uma melhor elucidação do dispositivo, isso para não ferir a liberdade entre os cônjuges de por um fim no casamento e de buscarem novamente a felicidade.

Desse modo, na separação dita consensual, o *“consenso” não é respeitado nem é tão livre assim a vontade das partes.*<sup>8</sup>

## **2.2 – DA SEPARAÇÃO LITIGIOSA**

Ao contrário do que ocorre na separação consensual, na separação litigiosa não se verifica o “consenso”, à vontade de separação por um dos cônjuges. Esta modalidade de separação se subdivide em: separação sanção, separação falência e separação remédio.

### **2.2.1 – SEPARAÇÃO SANÇÃO**

Na separação sanção, um dos cônjuges quer se separar alegando que o outro praticou uma conduta desonrosa ou algum outro fato grave. Neste tipo de separação, ainda se discute o elemento culpa.

O artigo 1572, *caput*, do Código Civil estabelece que: *“Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”*.

Portanto, para que ocorra a separação sanção existe a necessidade de um fator subjetivo, relacionado com a quebra dos deveres do casamento, previstos no rol do artigo 1566 do Código Civil. Além disso, não basta apenas o simples descumprimento destes deveres, sendo necessário provar a insuportabilidade da vida em comum, pois no Brasil não

---

<sup>8</sup> DIAS, 2006, s.p.



existem causas peremptórias para a dissolução do casamento, assim como ocorre em países como o Japão e a Alemanha.

Nestes países, provando-se, por exemplo, que houve o adultério, o casal já poderá se separar, ocorrendo à dissolução do casamento. O juiz não vai tecer nenhum juízo de valor sobre a viabilidade ou não do casamento, como ocorre no Brasil.

Todavia, em decorrência de profundas transformações ocorridas na sociedade, consolidou-se a idéia fundamental de que o Código Civil deve ser considerado um sistema harmônico, a ser interpretado conjuntamente e a partir de princípios gerais do direito. Tendo em vista o princípio da socialidade, verifica-se a necessidade de afastar o caráter individualista vigente sob a égide do Código Civil de 1916, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, consagrando como valor primordial à pessoa humana.

Dessa maneira, com a valorização cada vez mais latente da dignidade da pessoa, por estar o Direito de Família atualmente constitucionalizado, a tendência que vem sendo seguida pelos Tribunais brasileiros é de afastar a discussão de culpa nas ações de separação litigiosa, no caso específico, a separação sanção.

Para confirmar esta afirmação, destaca-se o julgado a seguir do Superior Tribunal de Justiça:

**“DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO POR CONDUTA DESONROSA DO MARIDO. PROVA NÃO REALIZADA. IRRELEVÂNCIA. INSUORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM MANIFESTADA POR AMBOS OS CÔNJUGES. POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO. CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 1573. RECURSO DESACOLHIDO. – Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciando o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de conduta desonrosa”.** (Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: RESP 433206/DF (200200535393), 479139 RECURSO ESPECIAL, DATA DA DECISÃO: 06/03/2003, ÓRGÃO JULGADOR: - QUARTA TURMA, RELATOR: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, FONTE: DJ DATA: 07/04/2003 PG: 00293, VEJA: STJ – RESP 467184-SP) (Grifou-se)

Referido julgado, decretou corretamente a separação observando apenas a insuortabilidade da vida em comum, mesmo não demonstrando a culpa.

Nesta mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, autorizou a separação apenas observando o fim do amor no casamento, deixando de analisar o critério da culpa.

Eis o julgado a seguir:

**“SEPARAÇÃO JUDICIAL – INEXISTÊNCIA DE AMOR. A inexistência de amor autoriza a separação, não a imputação de culpa pelos desentendimentos do casal”.** (TJSP, AC 270.393-4/2-00. Rel. Des. Carlos Stroppa, Ac. unân. Da 4º CDPriv. Julgado em 4/9/2003) (Grifou-se)

Diante dessas considerações, cumpre destacar o conteúdo do Enunciado 254, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

**Enunciado 254 CJF:** “Art. 1.573: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”- sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.

O próprio Código Civil traz contradições em relação à culpa, pois admite que mesmo o cônjuge culpado possa pleitear alimentos do inocente, conforme se visualizada no artigo 1694, parágrafo 2º e artigo 1704.

Soma-se também, o fato da culpa não ter o poder de retirar a guarda do filho do cônjuge declarado culpado, pois neste caso, será levado em consideração o princípio do melhor interesse da criança, estampado nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil.

Além disso, conforme exceção prevista no artigo 1578 do Código Civil, o cônjuge declarado culpado não perderá o nome do inocente, *se a retirada do patronímico, por exemplo, trazer-lhe grave dano, ou problema de identificação quanto à prole ou frente ao meio social.*<sup>9</sup>

Torna-se cada vez mais evidente, a perda de utilidade da separação na sociedade atual, pois quando a vida em comum, transforma-se em uma penitência para o casal, não existe a necessidade de se demonstrar que apenas um dos cônjuges é o culpado, pois o próprio Código Civil traz que nos casos de alimentos, alteração de nome e guarda de filhos, a culpa poderá ser afastada. Assim, ganha um maior destaque para os dias atuais o divórcio direto, que se encontra totalmente desvinculado do elemento culpa.

## 2.2.2 – SEPARAÇÃO FALÊNCIA

---

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. *Aspectos Relevantes da Separação Judicial Litigiosa*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br> .Acesso em: 10 de abril de 2006.

Ocorre a separação falência quando um dos cônjuges ausenta-se do lar, ou melhor, quando o casal está separado de fato há um ano ou mais, não existindo mais nenhum vínculo entre eles.

Na sistemática atual, a separação falência está prevista no parágrafo primeiro, do artigo 1572 do Código Civil, sendo que qualquer um dos cônjuges pode requerer a separação, mas o requerente perde o direito aos alimentos civis. Nesta espécie de separação judicial não se discute a culpa, mas está é presumida ao requerente.

Sobre a existência desta espécie de separação judicial nos dias modernos, merece destaque o posicionamento a seguir:

“Na realidade, tal forma de separação não tem mais grande aplicação prática. Primeiro porque na maioria das vezes os cônjuges preferem a forma motivada pela culpa, visando dar tom de “vingança” ao processo de separação. Segundo porque muito mais fácil a via do divórcio direto, já que para a sua configuração é necessário que os cônjuges estejam separados de fato há mais de dois anos”.<sup>10</sup>

Seguindo este posicionamento, fica claro que a separação falência, não possui fundamento para se sustentar dentro da sociedade pós-moderna, tendo em vista, que se os cônjuges necessitam esperar o transcurso de pelo menos 01 (um) ano para a sua propositura, acaba sendo melhor aguardar, mais um tempo, para entrar com o divórcio direto, pois a propositura desta modalidade de separação judicial, apenas implicaria em custos para as partes e contribuiria para o percurso de uma demanda inútil.

Assim, pelo princípio da economia processual e da celeridade, é melhor, propor a ação de divórcio, sem que haja, para isso, primeiramente a separação e posteriormente a sua conversão em divórcio.

### **2.2.3 – SEPARAÇÃO REMÉDIO**

A separação remédio possui previsão legal no parágrafo 2º, do artigo 1572 do Código Civil. Admite-se esta separação no caso de doença mental grave, desde que seja de cura improvável e anterior ao casamento. Frise-se que somente este tipo de doença permite a separação remédio.

---

<sup>10</sup> TARTUCE, 2006, s.p.

Quem possui legitimidade ativa para esta ação é o cônjuge são, sendo que somente ele pode requerer essa separação. O cônjuge requerido pode pedir alimentos civis; já o requerente não possui este direito. Isso porque presume-se, que ele seja o culpado, embora não se discuta a culpa. É uma sanção imposta por lei.

Esta espécie de separação, também não se justifica, pois segundo Maria Helena Diniz *apud* Flávio Tartuce:

“Se o casamento está falido, não havendo como reconstituir a comunhão de vida, maiores danos advirão aos consortes e à prole em face de sua manutenção forçada e não desejada, ao menos por um deles, colocando a família numa situação constrangedora, ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral à criança e ao adolescente”.<sup>11</sup>

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a idéia sagrada de que o casamento deveria perdurar, “na saúde e na doença”, não deve mais prevalecer, pois neste caso, deve-se observar, também, a dignidade do cônjuge são.

O parágrafo 2º, do artigo 1572, do Código Civil expõe, que para ser possível a separação falência, a doença mental grave tem que ser manifestada após o casamento, tornando a vida em comum insuportável e que após uma duração de dois anos, seja diagnosticada como de cura improvável. Destarte, se é preciso aguardar este prazo de dois anos não há fundamentação para a via da separação, sendo que, o cônjuge são poderá ajuizar diretamente o divórcio.

### **3 – DIVÓRCIO**

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, que se opera mediante sentença, habilitando as pessoas a convolarem novas núpcias.

Existem duas espécies de divórcio: o direto e o indireto. Tanto um, como o outro, podem se dar de forma litigiosa ou consensual.

O divórcio indireto caracteriza-se por ter ocorrido uma separação anterior, ou seja, entre o casamento e o divórcio, houve uma separação. Quando há a separação anterior precisa-se pedir a conversão desta em divórcio, sendo que o único requisito exigido é ter

---

<sup>11</sup> TARTUCE, 2006, s.p.

passado um ano do trânsito em julgado da sentença da separação, conforme regra constitucional (artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal).

Desse modo, além de todos os requisitos exigidos, para a propositura da ação de separação, quando esta termina, ainda é preciso esperar um ano após a sentença de separação para promover o divórcio.

Assim, fica cada vez mais evidente, a prescindibilidade da separação, incluindo tanto a consensual como a litigiosa (sanção, falência e remédio). Seguindo o entendimento de Maria Berenice Dias, *a partir do momento em que a lei assegurou a possibilidade do divórcio direto, mediante o só implemento do prazo de dois anos do término da relação, perdeu utilidade a manutenção do instituto da separação judicial.*<sup>12</sup>

Os cônjuges ao se socorrerem da separação e futuramente buscarem uma conversão desta em divórcio, acabam presenciando uma demora processual que não seria visualizada com o divórcio direto. Dessa forma, mesmo que seja necessário esperar dois anos para poder ajuizar o pedido de divórcio, este certamente tramitará mais rápido e de forma menos desgastante para as partes.

Neste diapasão, o divórcio direto encontra fundamento legal no artigo 226, parágrafo 6º, parte final, da Constituição Federal e artigo 1580, parágrafo 2º, do Código Civil. Para que este ocorra é necessário apenas à separação de fato por mais de dois anos. Esta é a única modalidade que deve prosperar dentro da atual conjuntura jurídica brasileira.

#### **4- A INUTILIDADE DA SEPARAÇÃO DENTRO DO DIREITO PÓS-MODERNO**

Conforme delimitado acima, o instituto da separação foi perdendo a sua razão de ser com o próprio desenvolvimento da sociedade. A separação foi apenas fruto de uma sociedade conservadora e preconceituosa que a enxergava como uma ameaça ao matrimônio.

Ante isso, surge a separação mesclando o que era anteriormente denominado “desquite”. O atual Código Civil, como já demonstrado, entra em contradição com os seus próprios ideais. Exemplo disso é a consideração legal de que a separação põe fim à sociedade conjugal, mas não a dissolve. Analisando esta incongruência, merece respeito à posição de Maria Berenice Dias: *“Afirmar que a sociedade conjugal “termina” pela morte, pelo divórcio*

---

<sup>12</sup> DIAS, 2006, s.p.

*e pela separação, mas que o casamento só se “dissolve” pela morte ou pelo divórcio causa, no mínimo, certa perplexidade”*.<sup>13</sup>

Na época em que foi introduzida a separação em nosso ordenamento, tinha-se como ideal, o casamento como uma instituição indissolúvel e, sendo assim, a separação afastaria apenas os deveres do casamento não rompendo o vínculo existente entre marido e mulher.

Além disso, os inúmeros requisitos exigidos para se configurar a separação, tinham por finalidade, afastar o desejo dos cônjuges de por fim aos laços sacramentais do matrimônio, ou na pior das hipóteses, fazer com que os cônjuges tivessem certeza sobre o tão temido pedido de separação. Todavia, defender esta idéia atualmente é permitir um retrocesso de toda uma evolução dentro do nosso ordenamento.

Outro ponto que demonstra a incompatibilidade da separação na era do direito civil constitucional, é o fato de que como a separação não põe fim ao vínculo conjugal, os cônjuges não podem contrair novas núpcias, enquanto não se permutar esta situação para o divórcio, através, da conversão destes institutos.

Entretanto, atualmente o estudo tem que ser feito dentro da luz da Constituição Federal, sendo imprescindível a adoção do “Diálogo das Fontes”, pois atualmente não há um ramo do direito que se diga “auto-suficiente”. Torna-se, portanto, fundamental uma interligação entre os ramos do direito.

Nesta linha de raciocínio, visualiza-se que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, reconhece a união estável entre homem e mulher e a considera como uma entidade familiar, estabelecendo que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento.

Dessa maneira, o Código Civil ao tratar das hipóteses de separação nos artigos 1571 a 1581, acabou por gerar uma incompatibilidade entre os dois sistemas, porque, atualmente, o Direito Civil, não pode mais ser encarado como um sistema isolado, sendo fundamental a sua análise sobre a luz da Constituição Federal de 1988.

Dentro da nova realidade, a Constituição Federal é o centro regulador das demais normas, dessa forma, toda e qualquer lei precisa ser interpretada e aplicada dentro daquilo que a Lei Maior estabelece, isso para garantir uma sociedade mais justa, com necessárias inter-relações entre o Código Civil, a Constituição Federal e as demais leis, reguladoras de matéria especial (microsistemas legislativos).

Para uma melhor elucidação, merece análise o posicionamento a seguir:

---

<sup>13</sup> DIAS, 2003, p. 74.

“No universo *craquelé* da Pós Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isto não significa que nenhum modelo de código possa regular as relações jurídicas da vida privada”.<sup>14</sup>

Fazendo esta análise mais ampla, denota-se, que se for mantido a separação pelo Código Civil haverá um desrespeito aos preceitos constitucionais, pois *se o aparato estatal assumiu o encargo de facilitar aos unidos de fato a formalização de sua união, nada justifica que se mantenha um instituto que, mesmo levando ao fim do casamento, impede a constituição de nova relação formal*.<sup>15</sup>

Insta ressaltar, que o instituto da separação perdeu a sua finalidade, pois a modificação dos costumes, frente aos atuais anseios sociais, fizeram solidificar a necessidade de permanência apenas do divórcio.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM provocou a apresentação no Congresso Nacional de projetos de lei e de emendas constitucionais, dentre estas emendas, merece destaque a que confere uma nova redação ao parágrafo 6º, artigo 226 da Constituição Federal de 1988, dispondo o seguinte: “*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei*”.

Clara é a tendência em centralizar no divórcio todas as possibilidades de cessação da vida matrimonial.

## **5 – DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

Essa discussão, sobre a perda da finalidade da separação dentro do direito atual, não é um assunto que está sendo debatido apenas no Brasil. Aliás, ao contrário do que está ocorrendo aqui, na Espanha houve recentemente a aprovação de uma lei, que passou a

---

<sup>14</sup> COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.mvdireito.hpg.ig.com.br/artigos.htm-40k>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

<sup>15</sup> DIAS, 2006, s.p.

permitir que os casais de divorciassem diretamente, sem a obrigação de passarem pela separação.

Isso demonstrou um grande avanço para toda a comunidade espanhola, pois antes disso, o divórcio só era concebido, nos casos em que restasse demonstrado que a reconciliação, após um longo lapso temporal da separação, já não era mais possível.

Segundo Waldyr Grisard Filho<sup>16</sup>, a promulgação desta lei, extinguiu a exigência obrigatória de se alegar uma causa legal e a necessidade de apontar um culpado pelo fim do matrimônio. Acabou por restringir de um ano para três meses o período mínimo para pedir o divórcio, tendo como termo inicial para contagem deste prazo, a celebração do casamento.

Na Colômbia, a Lei n.º 962, de 08 de julho de 2005 trouxe em seu artigo 34 uma melhor aplicação dos procedimentos. Sendo assim, se os cônjuges estiverem de comum acordo e desejarem se separar basta apenas comparecer perante o notário público, que inscreverá no registro da celebração do casamento o divórcio, sem qualquer ligação de caráter temporal ou relação com qualquer outra condição. Este sistema é parecido com o adotado pelo Japão.

Já em Portugal, *o divórcio pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, ao conservador do registro civil (notário público), se o casal não tiver filhos menores ou, havendo-os, o exercício do poder paternal se mostrar já judicialmente regulado (art. 1773º).*<sup>17</sup>

Assim, em Portugal, a lei confere ao conservador do registro civil competência paralela ao dos Tribunais.

A extirpação da separação é algo reclamado pelo próprio mundo globalizado, não podendo ser diferente para o Brasil.

## **6 - DIVÓRCIO COMO SIMPLES MANIFESTAÇÃO DE VONTADE – A NÃO INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS QUESTÕES FAMILIARES.**

---

<sup>16</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Divórcio express.* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=225>>. Acesso em: 03 de maio de 2006.

<sup>17</sup> Ibid., 2006, s.p.



O Estado, de uma forma ou de outra, sempre procurou impor sua vontade sobre toda a coletividade. Desde tempos mais remotos, até os dias atuais, é latente a sua interferência sobre todos os tipos de questões, com preponderância sobre o direito familiar.

Vale lembrar que uma família solidificada não gera insegurança e nem instabilidade para Estado. Entretanto, pelo princípio constitucional (dito fundamental) da dignidade da pessoa humana, estampado no rol do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, esta interferência do Estado na vida do cidadão está cada vez mais sendo alvo de discussões.

Conforme o entendimento de Maria Berenice Dias:

“Se para a realização do casamento basta a expressão livre da vontade dos nubentes, para sua extinção despiciendo exigir mais do que a assertiva do casal de que o casamento ruiu e que eles não mais querem seguir unidos pelos laços do casamento”.<sup>18</sup>

Dentro desta realidade, e de acordo com a tendência mundial que está sendo adotada, é imprescindível a extinção da separação, também, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Aliado a esta necessidade, o divórcio teria que ser concedido diante de uma simples manifestação de vontade dos cônjuges, sem a observância de um período mínimo para a sua propositura, o que contribuiria para o afastamento do “estágio probatório”.

O Estado, dessa forma, não pode mais continuar intervindo na vontade das partes que desejam por um fim nos laços matrimoniais. Busca-se, cada vez mais, o divórcio através de meios simples, direto, dinâmico e acima de tudo sem traumas ou celeumas para os cônjuges, evitando-se a excessiva intervenção do Estado na vida privada das pessoas, contribuindo para o desafogamento de ações no Poder Judiciário.

Por ser o Direito de Família, um ramo do direito dos mais dinâmicos, por envolver questões atreladas ao ser humano, que se encontra em constante evolução, é necessário que a legislação acompanhe esta modificação social.

## **7 – CONCLUSÃO**

---

<sup>18</sup> DIAS, 2006, s.p.

Tendo em vista os argumentos apresentados, percebe-se, que existe uma tendência natural do ser humano de afastar aquilo que aparenta ser novo. Esta afirmação é melhor visualizada nas relações familiares tanto da sociedade atual, como nas gerações passadas.

O repúdio as idéias de dissolução do matrimônio, apenas contribuíram para gerar preconceitos e taxar os cônjuges, que não pretendiam mais manter os vínculos conjugais. Estes eram vistos como pessoas indignas do convívio social, eram excluídos pelos demais, pois a Igreja e o Estado temiam que alguém adotasse este “mau exemplo”, desvirtuando os votos sagrados do casamento.

Assim, a sociedade teve que ir inserindo aos poucos os conceitos de ruptura da vida em comum. Nesta linha de raciocínio, a separação surgiu numa época em que se admitia apenas por termo aos deveres do casamento, tais como os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e regime de bens, mais não se admitia a dissolução do matrimônio. Destarte, a separação, como já mencionado apenas trocou de lugar com o desquite.

Entretanto, imaginar que esta situação perdure nos dias atuais é aceitar um retrocesso dentro do ordenamento brasileiro. Não há qualquer fundamento para que a separação continue sendo utilizada e defendida pelo Código Civil de 2002, devido as infundáveis modificações de uma era globalizada, em que os conceitos, os valores e as normas de conduta, interferem diretamente em todas as relações jurídicas, sobretudo a do setor privado.

O Direito Pós-Moderno clama pelo fim da separação e a adoção exclusiva do divórcio direto, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, pois uma ação de separação apenas contribui para um desgaste psicológico entre os cônjuges, na vã tentativa de restabelecer um casamento, que há anos perdeu a sua razão de ser.

Além disso, na maioria das separações judiciais quando se chega na fase da sentença, já foi alcançado o prazo exigido para o divórcio direto. Assim, o Poder Judiciário acaba analisando uma separação, sendo que tardiamente um dos cônjuges retornará à Justiça para pedir a conversão daquela separação em divórcio.

Soma-se a isso, o fato de que uma matéria realmente relevante e que só poderia ser resolvida por meio da via judicial, acaba tendo o seu julgamento retardado, devido ao grande número de separações e posteriores conversões em divórcio. Estas são, sem dúvida alguma, as grandes causas da falência do Poder Judiciário.

Portanto, de acordo com a própria função social do Direito de Família, mister se faz adotar uma “via de mão única”, ou seja, apenas o divórcio direto, pois a sociedade pós-moderna, já se encontra convencida de que este instituto não veio aniquilar o casamento.

Dentro desta nova estrutura social brasileira, aliada aos avanços jurídicos percorridos em países como Espanha, Japão, Portugal e Colômbia, é fundamental que haja uma lei que discipline a possibilidade do divórcio pelo mútuo consentimento, afastando de vez o caráter intervencionista do Estado.

Não há motivo para se pensar de forma diferente, pois para a realização do casamento, basta a simples manifestação de vontade dos noivos e para o divórcio deve prevalecer, também, esta mesma regra. Tratar o desfazimento do vínculo conjugal de maneira diversa da exigida para a celebração e validade do casamento é afrontar o próprio direito de liberdade e dignidade do cidadão.

Ante os argumentos apresentados, faz-se imprescindível por parte do intérprete, o abandono da visão fechada e totalizadora, que ainda resta do Código Beviláqua e partir para uma nova era de reflexão, marcada pelo Direito Pós-Moderno.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Algumas Questões Controvertidas no Novo Direito de Família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2003, v. 1.

BRASIL. **Código Civil (Lei n.º 3.071, de 1º de 1916)**. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Organizador Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Organizador Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. Coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (RT Códigos).

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 - 10ª edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e Divórcio**. Editora Juruá, 2001, 3ª ed.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito Privado como um “Sistema em Construção”**: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.mvdireito.hpg.ig.com.br/artigos.htm-40k>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

DIAS, Maria Berenice. Da Separação e do Divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 3ª ed.

\_\_\_\_\_. **Separação e divórcio: uma inútil duplicidade**. Disponível em: <<http://www.professorchristiano.com.br>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2006.

\_\_\_\_\_. **A ética do afeto.** Disponível em: <<http://www.professorchristiano.com.br>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** Editora Nova Fronteira, 1986.

GOBBO, Edenilza. **A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=546>>. Acesso em: 27 de abril de 2006.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Divórcio express.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=225>>. Acesso em: 03 de maio de 2006.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica.** São Paulo: Atlas, 2001

SIMÃO, José Fernando. **O novo Direito Civil brasileiro e o Código Reale.** Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

TARTUCE, Flávio. **Aspectos Relevantes da Separação Judicial Litigiosa.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br> .Acesso em: 10 de abril de 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Novo Código Civil – Texto Comparado (Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916).* São Paulo: Atlas, 2002.