RECURSO ESPECIAL Nº 1.247.098 - MS (2011/0074787-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE	:	J S DE A E OUTRO
ADVOGADO	:	ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 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. 1571, 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. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos.
2. A Emenda Constitucional n° 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.
3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão negando provimento ao recurso especial, divergindo da relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo acompanhando a relatora, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora. Vencido o Ministro Luis Felipe Salomão. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0074787-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.247.098 / MS**

Números Origem: 054100011172 20100261915 20100261915000101 20100261915000102
206848720108120000

PAUTA: 06/12/2016 JULGADO: 06/12/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora
Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária
Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J S DE A E OUTRO
ADVOGADO : ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

CERTIDÃO

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

Adiado por indicação da Sra. Ministra Relatora.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0074787-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.247.098 / MS**

Números Origem: 054100011172 20100261915 20100261915000101 20100261915000102
206848720108120000

PAUTA: 06/12/2016 JULGADO: 15/12/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora
Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO

Secretária
Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	J S DE A E OUTRO
ADVOGADO	:	ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

CERTIDÃO

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

Adiado para a próxima sessão por indicação da Sra. Ministra Relatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0074787-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.247.098 / MS**

Números Origem: 054100011172 20100261915 20100261915000101 20100261915000102
206848720108120000

PAUTA: 06/12/2016 JULGADO: 02/02/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora
Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretário
Bel. ROMILDO LUIZ LANGAMER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J S DE A E OUTRO
ADVOGADO : ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

CERTIDÃO

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

Adiado por indicação da Sra. Ministra Relatora.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0074787-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.247.098 / MS**

Números Origem: 054100011172 20100261915 20100261915000101 20100261915000102
206848720108120000

PAUTA: 06/12/2016 JULGADO: 07/02/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora
Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária
Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	J S DE A E OUTRO
ADVOGADO	:	ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

CERTIDÃO

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

Adiado por indicação da Sra. Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.247.098 - MS (2011/0074787-0)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto por J S D A e OUTRO, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

O acórdão recorrido, proferido em sede de julgamento de agravo interno, do Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Mato Grosso do Sul, ficou assim ementado (fl. 49 e-STJ):

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESERVA DE PLENÁRIO - INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. III, ART. 1571 DO CC - PRELIMINAR REJEITADA - PEDIDO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL - EC 66/2010 - NOVA REDAÇÃO AO § 6.° DO ARTIGO 226 DA CF - RECURSO IMPROVIDO.
> Se a decisão recorrida, em nenhum momento declara expressamente a inconstitucionalidade de dispositivo de lei, tampouco afasta no todo ou em parte sua incidência, não há falar em nulidade por inobservância à Súmula Vinculante n° 10 do STF.
> Com a nova redação ao § 6.° do artigo 226 da Constituição Federal, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A ação de separação judicial foi ajuizada por ambos os cônjuges, de forma consensual, buscando a homologação pelo juízo das condições pactuadas entre os consortes, no tocante ao recebimento de pensão, regulação de visitas do único filho menor, à partilha de bens e ao nome da cônjuge virago.

O juízo de primeiro grau, por entender que a Emenda Constitucional n° 66/2010 aboliu a figura da separação, concedeu prazo de 10 (dez) dias para que a parte adequasse o pedido (fl. 25 e-STJ).

Inconformados, os ora recorrentes interpuseram agravo de instrumento, tendo sido mantida a decisão recorrida mediante decisão singular, a qual foi confirmada quando da apreciação do agravo interno.

Em suas razões do recurso especial, a parte recorrente sustentou negativa de vigência aos artigos 1.571, III, 1.572 e seguintes, do Código Civil, em virtude da não extinção do instituto da separação com o advento da Emenda Constitucional n° 66/10.

Juízo positivo de admissibilidade proferido pelo Tribunal de origem às fls. 95/96 e-STJ.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo não conhecimento do recurso, sob o fundamento de que se cuida de matéria constitucional (fls. 109/113 e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.247.098 - MS (2011/0074787-0)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Preliminarmente, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso especial suscitada pelo Ministério Público Federal.

Isso porque o acórdão recorrido entendeu revogados os artigos do Código Civil que disciplinam a separação judicial, dados por violados no recurso especial, em face da superveniência da EC 66/2010, a qual deu nova redação ao parágrafo 6°, do artigo 206 da Constituição Federal.

Não foi declarada a inconstitucionalidade de tais dispositivos legais, o que seria matéria de conhecimento privativo do Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário.

A decisão acerca de revogação, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência pacífica do Eg. STF, de lei ordinária por norma constitucional superveniente não está subordinada ao princípio da reserva de plenário (CF, art. 97 e Súmula Vinculante 10) e, pelo mesmo motivo, pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial fundamentado em ofensa ao dispositivo legal dado por revogado pelo acórdão recorrido.

Nesse sentido cito os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal, que afastam o cabimento de recurso extraordinário ou reclamação na hipótese acima delineada:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESRESPEITO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 10. NÃO OCORRÊNCIA. NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A norma cuja incidência teria sido afastada possui natureza pré-constitucional, a exigir, como se sabe, um eventual juízo negativo de recepção (por incompatibilidade com as normas constitucionais supervenientes), e não um juízo declaratório de inconstitucionalidade, para o qual se imporia, certamente, a observância da cláusula de reserva de plenário. II – Agravo regimental a que se nega provimento.
> (Rcl 15786 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

CONSTITUCIONAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. LEI 4.156/62. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INOCORRÊNCIA. NORMA ERIGIDA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO ANTERIOR. RECEPÇÃO DA LEI POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. A cláusula de reserva de plenário (full bench) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição. 2. As normas editadas quando da vigência das Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97 da CF. Precedentes: AI-AgR 582.280, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.11.2006 e AI 831.166-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 29.4.2011. 3. Agravo regimental desprovido.
(AI 669872 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 13-02-2013 PUBLIC 14-02-2013)

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.
(ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001)

Não é diferente a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. ESCRITURA PÚBLICA DE ADOÇÃO SIMPLES CELEBRADA ENTRE AVÓS E NETA MAIOR DE IDADE. CÓDIGO CIVIL DE 1916. EFEITOS JURÍDICOS RESTRITOS QUANTO AOS DIREITOS DO ADOTADO. SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ISONOMIA ENTRE FILIAÇÃO BIOLÓGICA E ADOTIVA. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL. RETROATIVIDADE MÍNIMA DA CONSTITUIÇÃO. ALCANCE QUE NÃO TRANSMUDA A ESSÊNCIA DO ATO JURÍDICO PERFEITO. ADOÇÃO CARTORÁRIA ENTRE AVÓS E NETA. AUSÊNCIA DE VÍNCULOS CORRELATOS AO ESTADO DE FILIAÇÃO. FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIA. VALORES NÃO PROTEGIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> 1. Controvérsia acerca do alcance de escritura pública de adoção simples celebrada entre avós e neta maior de idade no regime do Código Civil de 1916, da qual não resultavam plenos direitos ao adotado, se comparada com a chamada adoção plena ou com a filiação biológica. Confronto entre tal sistemática e a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade de direitos entre filhos havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º).
> 2. Nos termos do entendimento reafirmado desde a paradigmática ADI n. 2/DF, relator Ministro Paulo Brossard, julgada em 6/2/1992, entende-se que o confronto entre o direito pré-constitucional e a Constituição superveniente não transita exatamente no âmbito do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas nas regras e princípios de direito intertemporal, havendo apenas relação de recepção ou não recepção (revogação) entre as normas em conflito.
> Assim, mostra-se plenamente viável o exame de eventual contraste entre a Constituição Federal e normas anteriores a ela, independentemente da observância da cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante n. 10/STF e art. 97 da CF/1988).
> (...)
> 14. Recurso especial não provido.
> (REsp 1292620/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 13/09/2013)

> PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

ART. 481 DO CPC. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVOGAÇÃO OU NÃO-RECEPÇÃO. SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO TRIBUNAL PLENO. DESNECESSIDADE.
A cláusula de reserva de plenário somente é aplicável na hipótese de controle difuso em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, não se aplicando aos casos (como o dos autos) em que se reputam revogadas ou não-recepcionadas normas anteriores à Constituição vigente. Nestes casos, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas sim em revogação ou não-recepção. Precedentes do colendo Supremo Tribunal e desta Corte.
Recurso não conhecido.
(REsp 439.606/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 242)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVOGAÇÃO OU NÃO RECEPÇÃO. SUBMISSÃO AO TRIBUNAL PLENO. PRESCINDIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.
1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.
2. A jurisprudência do STJ reconhece a prescindibilidade de instauração do incidente previsto no art. 480 do CPC quanto a normas que se reputam revogadas ou não recepcionadas com a Constituição vigente.
3. A pacífica jurisprudência do STJ veda a inovação recursal, seja em sede de agravo regimental, seja em embargos de declaração.
Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1278514/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 07/12/2011)

PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - ACÓRDÃO DECIDIDO COM RESPALDO EM DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS SEGUNDO ENTENDIMENTO VIGENTE À ÉPOCA - APLICAÇÃO DA SÚMULA 343/STF - INOBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO - NÃO OCORRÊNCIA - HIPÓTESE EM QUE A LEGISLAÇÃO AFASTADA, ALÉM DE ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO

> FEDERAL VIGENTE, NÃO FOI COM ELA CONFRONTADA - AÇÃO IMPROCEDENTE.
> 1. Precedentes do Supremo Tribunal Federal reconhecem como infraconstitucional a questão da prorrogação de isenção de imposto de renda a empresa estabelecida na área da Sudene. Lei nº 4.239/1963 e Decreto-lei nº 1.564/77.
> 2. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Súmula nº 343/STF.
> 3. Quando prolatado o julgado cuja rescisão se pretende, era uniforme, nesta Corte, o entendimento no sentido de que o art. 59, § 1º, da Lei nº 7.450/85 não revogou a previsão normativa contida no art. 13, parágrafo único, do Decreto-Lei 1.567/77, havendo direito adquirido à prorrogação da isenção.
> 4. Desnecessária a manifestação da Corte Especial, no caso dos autos, a despeito de afastada a Lei nº 7.450/85, por se tratar de norma anterior à Constituição Federal vigente e por não ter sido confrontada com seus termos, mas sim com o Código Tributário Nacional.
> 5. Ação rescisória improcedente.
> (AR 4.903/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/09/2013, DJe 30/09/2013)

Presentes os pressupostos de admissibilidade e ultrapassado o limite do conhecimento do presente recurso, verifico que este merece provimento.

O cerne da questão cinge-se à subsistência ou não da separação judicial após o advento da Emenda Constitucional n° 66/10.

O instituto da revogação de leis é assim disciplinado no artigo 2°, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

> Art. 2° Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
> § 1° A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
> § 2° A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.
> § 3° Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Analisando os §§ 1° e 2° do referido artigo, depreende-se que a lei que não seja temporária terá vigência indefinidamente até que outra a modifique ou a revogue, podendo essa revogação ocorrer de maneira expressa, quando vier expressamente declarado, ou de maneira tácita, quando a lei nova for incompatível com a segunda ou regular inteiramente a matéria contida na lei anterior.

Ainda referente ao surgimento de uma nova lei no ordenamento jurídico e à revogação tácita, ganha relevância a discussão acerca das antinomias, mais especificamente sobre as antinomias aparentes, as quais podem ser resolvidas a partir dos critérios cronológico, da especialidade e hierárquico.

Isso porque, conforme já visto, deve o caso ora em análise ser solucionado com base na revogação tácita ou não recepção pela nova ordem constitucional da legislação ordinária anterior, à luz dos critérios de solução de antinomia.

Postas essas premissas, passa-se ao mérito propriamente dito.

A Emenda Constitucional n° 66/10, também denominada emenda do divórcio, alterou a redação do § 6°, do artigo 206 da Constituição Federal, nestes termos:

Antiga redação:

> "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."

Atual redação:

> "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

Após essa alteração, muito se questionou se a separação extrajudicial ou judicial, seja consensual, seja litigiosa, continuaria existente no nosso ordenamento pátrio ante a supressão de sua menção no texto constitucional. Examinando detidamente os dois institutos envolvidos, o divórcio e a separação, parece-me que não, senão vejamos.

Primeiramente, 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.

Assim entende o doutrinador Mário Luiz Delgado, em seu artigo publicado no volume n° 46, da Revista Trimestral de Direito Civil, pgs. 106/107:

> "Observe-se que as Constituições brasileiras jamais, em tempo algum, disciplinaram, albergaram, tutelaram expressamente, o processo de separação legal, que sempre foi matéria de lei ordinária.
> As Constituições de 1967/1969 e 1988 mencionaram a separação apenas quando quiseram restringir ou dificultar o divórcio, elegendo-a como um requisito, como um pressuposto, um condicionante prévio.
> Ora, se a Constituição não disciplinava, nem sequer se referia à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal (referindo-se apenas ora à indissolubilidade, ora à dissolução do casamento), poderemos concluir que tal procedimento desapareceu com a promulgação da emenda? Poderia a emenda haver "suprimido" aquilo que a Constituição não disciplinava?
> Entendemos que não!
> O raciocínio contrário nos levaria à conclusão, surreal, de que também a "separação de fato", ela própria, teria sido suprimida pela alteração constitucional, uma vez que era mencionada, com a separação legal, e agora não o é mais."

Poderia se cogitar, ainda, sobre a existência de um conflito implícito entre a nova redação e a legislação infraconstitucional, apto a gerar a sua revogação tácita. Como salientado anteriormente, essa acontece quando uma norma posterior é incompatível com a anterior ou regula toda a matéria anteriormente tratada, o que não se verifica tendo em vista tratar-se de institutos diversos, com disciplinas e consequências jurídicas distintas.

A separação, nos termos do artigo 1.571, III, do Código Civil, é modalidade

de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens.

O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o próprio vínculo conjugal, pondo termo ao casamento, à luz do disposto em seu § 1°, refletindo diretamente sobre o estado civil da pessoa e permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo casamento, o que não ocorre com a separação. Ainda, a separação é uma medida temporária e de escolha pessoal dos envolvidos, que podem optar, a qualquer tempo, por restabelecer a sociedade conjugal ou pela sua conversão definitiva em divórcio para dissolução do casamento, nos termos dos artigos 1.577 e 1.580, do CC.

Foi exatamente levando em consideração as diferenças entre a separação e o divórcio que o Código Civil fez a distinção entre suas consequências. Os doutrinadores Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, no "Código Civil interpretado conforme a Constituição da República", v. IV pg. 130, esclarecem:

> "A lei diferencia a sociedade conjugal do vínculo conjugal, o qual se estabelece entre os cônjuges como elemento formal do casamento, e implica a possibilidade de novas núpcias (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, V, p. 249). Se o casamento é válido, o vínculo conjugal somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges, real ou presumida (v. arts. 6° c/c 37 e 38), ou pelo divórcio, conforme dispõe o § 1° do presente artigo. O elemento material do casamento é a sociedade conjugal, que, na definição de Carlos Roberto Golçalves, consiste no "complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges" (Direito Civil Brasileiro, p.185). A extinção da sociedade conjugal põe fim a algumas relações pessoais e patrimoniais do casamento,(...)"

Percebe-se, portanto, que em muito se assemelha a separação extrajudicial ou judicial à separação de fato no tocante às consequências jurídicas, tendo em vista que ambas põem fim ao regime de bens e aos deveres de coabitação e fidelidade, permitindo, inclusive, a formação de união estável, entidade familiar constitucionalmente prevista. Assim se manifesta esta Corte:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SEPARAÇÃO DE FATO ENTRE CÔNJUGES. POSSIBILIDADE DE

RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. SÚMULA 83/STJ.
1. Inviável o recurso especial cuja análise das razões impõe reexame do contexto fático-probatório da lide, nos termos da vedação imposta pelo enunciado nº 7 da Súmula do STJ.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no AREsp 494.273/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO DOS CASADOS. EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. REEXAME DE PROVAS. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Não há que se falar em violação do art. 535 do CPC quando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia são devidamente analisadas e fundamentadas.
2. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior estabelece que a pretensão deduzida em juízo não se limita a determinado capítulo da petição inicial, merecendo atenção do julgador tudo o que se pode extrair mediante interpretação lógico-sistemática das razões apresentadas. Na hipótese dos autos, constata-se, na leitura da petição inicial (e-STJ, fls. 1/6), que é possível extrair da denominação atribuída à demanda - ação declaratória de união estável -, bem como dos argumentos apresentados, qual a causa de pedir e o pedido solicitado, ou seja, reconhecimento da união estável e direitos decorrentes.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, quando há separação de fato ou judicial entre os casados. Precedentes.
4. No caso, verifica-se que a aferição da existência de união estável entre a parte ora recorrida e o pai da parte ora recorrente, pelas instâncias ordinárias, deu-se com base nos elementos informativos constantes dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
5. Agravo regimental improvido.

> (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 710.780/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 25/11/2015)
>
> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. ANULAÇÃO DE ATOS JURÍDICOS. BENS ADQUIRIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO POR UM DOS CÔNJUGES. SIMULAÇÃO LESIVA À PARTILHA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. ÓBICE DA SÚMULA 283/STF. RECURSO NÃO CONHECIDO.
> 1. O aresto recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime matrimonial de bens. Precedentes.
> 2. A Corte local entendeu não restar configurada a simulação lesiva, além de não poder ser invocada pela autora, que dela tinha conhecimento há nove anos. Contra o último fundamento não se insurge a recorrente, o que atrai o óbice da súmula 283/STJ.
> 3. Recurso especial não conhecido.
> (REsp 678.790/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 25/06/2014)

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.

Não há que se cogitar, portanto, na intervenção do Estado-Juiz na liberdade de escolha permitida em lei, conforme ficou estabelecido na V Jornada de Direito Civil, cujos enunciados transcrevo a seguir:

> 514 - Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.
> 515 - Art. 1.574, caput: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 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 n. 66/2010 extinguiu os

> prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

Imperioso concluir, portanto, que não ocorreu a revogação tácita da legislação infraconstitucional que versa sobre a separação, dado que a EC n° 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 n° 66/10, o Recurso Extraordinário n° 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 n° 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 § 2°, 693, 732 e 733, do mencionado diploma processual.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial e determino o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para regular processamento do feito.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0074787-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.247.098 / MS**

Números Origem: 054100011172 20100261915 20100261915000101 20100261915000102
206848720108120000

PAUTA: 06/12/2016 JULGADO: 14/02/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora
Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária
Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	J S DE A E OUTRO
ADVOGADO	:	ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

CERTIDÃO

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

Após o voto da relatora dando provimento ao recurso especial, PEDIU VISTA antecipada o Ministro Luis Felipe Salomão.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.247.098 - MS (2011/0074787-0)
RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
RECORRENTE : J S DE A E OUTRO
ADVOGADO : ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Em 23 de julho de 2010, J.S. de A. e M.M. de J. de A., cônjuges, ajuizaram ação de separação consensual, requerendo sua homologação, nos termos pactuados (pensão, regulação de visitas, partilha de bens e definição do nome do cônjuge virago), por possuir o casal mais de um ano de matrimônio (fls. 13-17).

O magistrado de piso, entendendo que o instituto da separação foi abolido pela Emenda Constitucional n. 66/2010, determinou a emenda à inicial (fl. 25).

A decisão desafiou agravo de instrumento, tendo o acórdão recorrido negado provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESERVA DE PLENÁRIO - INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. III, ART. 1571 DO CC - PRELIMINAR REJEITADA - PEDIDO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL - EC 66/2010 - NOVA REDAÇÃO AO § 6 ° DO ARTIGO 226 DA CF - RECURSO IMPROVIDO. Se a decisão recorrida, em nenhum momento declara expressamente a inconstitucionalidade de dispositivo de lei, tampouco afasta no todo ou em parte sua incidência, não há falar em nulidade por inobservância à Súmula Vinculante n° 10 do STF. Com a nova redação ao § 6.° do artigo 226 da Constituição Federal, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
> (fls. 49-54)

Irresignados, interpõem recurso especial com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 1.571, III, 1.572 e segs., do Código Civil.

Aduzem que a EC n. 66/2010 não extinguiu a figura da separação entre os cônjuges, uma vez que o intuito do constituinte reformador foi o de facilitar o divórcio, dispensando a prévia separação judicial, extrajudicial ou de fato.

Sustentam que deve "se interpretar como mantida a separação judicial ou extrajudicial como opção dos cônjuges, caso não queiram dissolver todos os vínculos do casamento, seja por questão pessoal ou religiosa, respeitando-se os princípios da liberdade e da autonomia da vontade" (fl. 67).

Interpuseram, ainda, recurso extraordinário (fls. 74-92).

O recurso recebeu crivo de admissibilidade positivo na origem (fls. 1644/1647).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso, ao fundamento de se tratar de matéria eminentemente constitucional (fls. 109/113).

A eminente relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti, em minucioso voto, após afastar preliminar de não conhecimento, no mérito, deu provimento ao especial, ao fundamento de que não houve revogação tácita da legislação infraconstitucional que versa sobre a separação, pois a nova redação do § 6° do art. 226 da CF (redação dada pela EC n. 66/2010) apenas suprimiu o requisito temporal e o sistema bifásico para dissolução do casamento pelo divórcio, mas não acabou com o direito potestativo (faculdade) dos cônjuges em pleitear a separação judicial, sem que ocorra a extinção do vínculo conjugal.

Diante da relevância do tema, pedi vista dos autos para melhor análise.

2. De plano, assim como a eminente relatora, também afasto a preliminar de não conhecimento do especial aventada pelo membro do *Parquet.*

É que, como bem salientado pela eminente Ministra, não há falar em declaração de inconstitucionalidade e/ou violação da cláusula de reserva de plenário (*full bench*), insculpida no art. 97 da CF e na Súm. Vinculante 10 do STF.

Realmente, a discussão em voga está na definição da subsistência (não recepção ou revogação) do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, com a edição da EC n. 66/2010.

Ora, como sabido, no âmbito dos tribunais, não se exige reserva de plenário para a afirmação da constitucionalidade de lei ou ato normativo, nem para o reconhecimento da revogação ou não recepção de determinada norma, que poderão ser pronunciadas por órgão fracionário.

Com efeito, desde sempre, a partir da mais que cinquentenária jurisprudência do Supremo, reafirmada na paradigmática ADI n. 2/DF, relator Ministro Paulo Brossard, julgada em 6/2/1992, entende-se que o confronto entre o direito pré-constitucional e a Constituição superveniente não transita exatamente no âmbito do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas nas regras e princípios de direito intertemporal, havendo apenas relação de recepção ou não recepção (revogação) entre as normas em conflito.

Nesse sentido, asseverou o STF que "[o] vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as" (ADI 2,

Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992).

Por isso - embora a matéria se encontre com repercussão geral admitida (AI 838188) - o Supremo tem aplicado sua jurisprudência pacífica, no sentido da desnecessidade de observância de reserva de plenário quando há confronto entre a Constituição e norma pré-constitucional: ARE 651448 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015; AI 861439 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/02/2015; Rcl 15786 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013; ARE 705.316 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013; AI 669872 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/12/2012; AI 831166 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011.

E no âmbito do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 481 DO CPC. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVOGAÇÃO OU NÃO-RECEPÇÃO. SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO TRIBUNAL PLENO. DESNECESSIDADE.
> **A cláusula de reserva de plenário somente é aplicável na hipótese de controle difuso em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, não se aplicando aos casos (como o dos autos) em que se reputam revogadas ou não-recepcionadas normas anteriores à Constituição vigente. Nestes casos, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas sim em revogação ou não-recepção. Precedentes do colendo Supremo Tribunal e desta Corte.**
> Recurso não conhecido.
> (REsp 439.606/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 242)
>
> _____
> DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. ESCRITURA PÚBLICA DE ADOÇÃO SIMPLES CELEBRADA ENTRE AVÓS E NETA MAIOR DE IDADE. CÓDIGO CIVIL DE 1916. EFEITOS JURÍDICOS RESTRITOS QUANTO AOS DIREITOS DO ADOTADO. SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ISONOMIA ENTRE FILIAÇÃO BIOLÓGICA E ADOTIVA. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL. RETROATIVIDADE MÍNIMA DA CONSTITUIÇÃO. ALCANCE QUE NÃO TRANSMUDA A ESSÊNCIA DO ATO JURÍDICO PERFEITO. ADOÇÃO CARTORÁRIA ENTRE AVÓS E NETA. AUSÊNCIA DE VÍNCULOS CORRELATOS AO ESTADO DE FILIAÇÃO. FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIA. VALORES NÃO PROTEGIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> 1. Controvérsia acerca do alcance de escritura pública de adoção simples celebrada entre avós e neta maior de idade no regime do Código Civil de 1916, da qual não resultavam plenos direitos ao adotado, se comparada com a chamada adoção plena ou com a filiação biológica. Confronto entre tal sistemática e a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade de direitos entre filhos havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º).

> **2. Nos termos do entendimento reafirmado desde a paradigmática ADI n. 2/DF, relator Ministro Paulo Brossard, julgada em 6/2/1992, entende-se que o confronto entre o direito pré-constitucional e a Constituição superveniente não transita exatamente no âmbito do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas nas regras e princípios de direito intertemporal, havendo apenas relação de recepção ou não recepção (revogação) entre as normas em conflito. Assim, mostra-se plenamente viável o exame de eventual contraste entre a Constituição Federal e normas anteriores a ela, independentemente da observância da cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante n. 10/STF e art. 97 da CF/1988).**
> [...]
> 14. Recurso especial não provido.
> (REsp 1292620/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 13/09/2013)

3. A controvérsia dos autos está em definir se o instituto da separação judicial remanesce no ordenamento jurídico após a EC n° 66/10, que alterou o § 6° do art. 226 da Constituição Federal.

O Tribunal de origem, mantendo a interlocutória de piso, reconheceu que a separação fora abolida do sistema jurídico, *verbis:*

> Inicialmente analiso e decido sobre a preliminar de ofensa a reserva de plenário.
> Os agravantes arguem preliminar de ofensa ao princípio da reserva de plenário, sob o argumento de que, embora não tenha sido declarada expressamente a inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 1.571 do Código Civil, sua incidência foi afastada no todo, em decorrência da Emenda Constitucional n. 66/2010.
> Estabelece o artigo 97 da Constituição Federal:
>
> > "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Orgão Especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".
>
> A Súmula Vinculante n° 10 do STF estabelece que "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte."
> **A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6.° do artigo 226 da CF, dispõe que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." Os agravantes alegam que a decisão agravada afasta no todo a incidência do inciso II, do artigo 1.571, em inobservância ao disposto na Súmula Vinculante n° 10 do STF, o que não é verdade.**
> **Ao contrário do que sustentam os agravantes, a decisão agravada em nenhum momento declara expressamente a inconstitucionalidade do referido dispositivo do Código Civil, tampouco afasta no todo ou em parte sua incidência.**
> **O entendimento da decisão agravada foi no sentido de que, em**

razão da hierarquia das normas, deve prevalecer a Constituição Federal, pelos seguintes fundamentos, *verbis*:

> "No caso, denota-se que as partes ajuizaram pedido de separação consensual quando da vigência da EC 66/2010. E, após a publicação desta, passou a vigorar no ordenamento jurídico a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, sem a necessidade da separação judicial ou consensual. Embora referida emenda constitucional não tenha revogado expressamente o inciso, III, do artigo 1.571 do Código Civil, que se refere a uma das possibilidades de terminar a sociedade conjugal, vê-se que deve-se impor, *in casu*, a aplicação do critério da Lex Superior".

Logo, rejeito referida preliminar.

Quanto ao mérito, o recurso não merece provimento.

Na hipótese vertente, os agravantes pretendem a reforma da decisão que lhes determinou a emenda da exordial, em razão da nova redação do § 6.°, artigo 226 da Constituição Federal, a fim de que o casamento seja dissolvido pelo divórcio.

No entanto, a decisão agravada deve ser mantida, eis que foi proferida conforme a nova redação da Constituição Federal.

Aliás, assim restou fundamentada a decisão agravada:

[...]

"Tendo em vista a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho do ano em curso, que deu nova redação ao § 6° do artigo 227 da Lei Maior ("O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio"), abolindo do cenário jurídico nacional o instituto da 'separação', adeque a Defensoria Pública o pedido aos preceitos em vigor, ou requeira o quê entender de direito. Prazo de 10 (dez) dias."

Com a publicação da Emenda Constitucional 66, em 14 de julho de 2010, o parágrafo 6.° do art. 226 da Constituição Federal passou a vigorar com a seguinte redação:

[...]

No caso, denota-se que as partes ajuizaram pedido de separação consensual quando da vigência da EC 66/2010. E, após a publicação desta, passou a vigorar no ordenamento juridico a possiblidade de dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, sem a necessidade da separação judicial ou consensual.

Embora referida emenda constitucional não tenha revogado expressamente o inciso III, do artigo 1.571 do Código Civil, que se refere a uma das possibilidades de terminar a sociedade conjugal, vê-se que deve se impor, *in casu*, a aplicação do critério da *Lex Superior*.

Sobre a extinção da separação judicial com a vigência da Emenda Constitucional n. 66/2010, trago à baila os comentários de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *in* O novo Divórcio, ed. Saraiva, p.55/59:

[...]

Deste modo, em razão da alteração do parágrafo 6.°, do artigo 226 da Constituição Federal, definindo que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, nada mais mencionando sobre a separação judicial ou consensual, então, correta a decisão que determinou a intimação dos autores/agravantes para emendarem a inicial.

Pelo exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil,

> conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão."
> Deste modo, não tendo os agravantes apresentado nenhum fundamento capaz de desconstituir a situação jurídica, de modo a alterar o convencimento deste relator, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.
> Pelo, exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e nego-lhe provimento.

4. No ponto, releva notar que o fim da sociedade conjugal e do casamento vem passando por significativas alterações no decorrer da história, primeiro, influenciado pela concepção canônica da Igreja Católica, que consagrava sua indissolubilidade. Com o advento da República e a laicização do Estado, paulatinamente, passou-se a reconhecer, com diferentes normatizações e interpretações jurisprudenciais, tomados à luz da nova realidade social, a dissolubilidade matrimonial.

Depois de passar pela separação de corpos, desquite e unicidade do divórcio, chegou-se ao sistema binário, pautado pela discussão da culpa, em que a separação e o divórcio passaram a coexistir, seja de forma direta - após a separação de fato -, seja pela indireta, em que a separação era convertida em divórcio, admitindo-se, em momento posterior, a extinção extrajudicial da sociedade conjugal (Lei n° 11.441/2007).

Como sabido, a separação judicial põe fim à sociedade conjugal, apesar de manter o vínculo matrimonial, pondo termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, ao regime de bens (CC, art. 1576) e possibilitando a retomada do casamento (CC, art. 1577).

O divórcio surge a partir da EC n° 9/77 e da Lei n° 6.515/77. Encerra o vínculo conjugal (CC, art. 1.571, § 1°), independentemente da prévia partilha de bens (CC, art. 1.572), tendo a Carta de 1988 estabelecido, originariamente, no § 6° do art. 226, da CF/88, que "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".

4.1. Nesse passo, com o advento da Emenda Constitucional n° 66/2010, nominada de "PEC do Divórcio", houve substancial alteração do dispositivo (art. 226, § 6° da CF/88), cuja redação passou a prever que **"o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio"**, deixando de estabelecer qualquer prazo para a dissolução do vínculo conjugal.

Foi justamente em razão da referida inovação constitucional que exsurgiu intenso debate doutrinário e jurisprudencial a respeito da subsistência ou não da separação no âmbito do sistema jurídico brasileiro.

A primeira corrente, corroborada pela ilustre Relatora, defende que remanesce o interesse dos cônjuges na mera separação judicial, haja vista que, por ela, o casal não daria cabo ao casamento, mas tão somente à sociedade conjugal e, por conseguinte, seria

possível o restabelecimento da união rompida, sem necessidade de novo casamento.

Aliás, tal posicionamento foi adotado pelas Jornadas de Direito Civil, segundo o qual "a Emenda Constitucional n° 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial" (En. 514); o sistema bifásico foi mantido, tendo a separação deixado de ser uma imposição para se tornar uma faculdade, sendo que, numa interpretação teleológica, "não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual" (En. 515), mantida a conversão em divórcio (En. 517).

No entanto, observada sempre a máxima vênia, penso que a corrente majoritária, lastreada, inclusive, na vontade do próprio poder constituinte derivado, entende que houve a abolição do instituto, não sendo mais viável juridicamente a separação de direito.

4.2. Com efeito, realmente, a partir da EC n. 66/2010, além da extinção do prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial, houve o fim da própria separação judicial no ordenamento brasileiro.

Destaco, de plano, a *mens legis* da proposta da referida alteração constitucional (PEC 413/2005 e PEC 33/2007)*:*

> A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.
> **Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.**
> **Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.**
> **Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.**
> Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o

> interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?
> **O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.**

A base da proposta perfaz justamente o reclamo social pela desburocratização do divórcio, atendendo aos anseios imediatos daqueles que almejam liberar-se de uma relação afetiva falida, minimizando os desgastes psicológicos e o doloroso *strepitus fori.*

Na efusiva lição do agora Ministro Edson Fachin, "uma história construída em quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado" (*Direito de família: elementos críticos à luz do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 194).

Paulo Lôbo, que participou da elaboração da emenda, expõe que:

> **No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empeços e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos**.
> **Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.**
> **Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades com muito mais vantagem.**
> **Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social.**
> É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5.° da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do

> nome de casado e a partilha dos bens comuns.
> (LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências.* Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em 8 mar. 2017)

Deveras, numa interpretação teleológica, verifica-se que os fins sociais da norma foram justamente o de abolir o instituto (LINDB, art. 5°), seja por ser mais vantajoso aos cônjuges, afastando sua diminuta utilidade, além de conferir economia de tempo e dinheiro para o casal, e, o mais importante, deixando de prolongar sofrimentos evitáveis, seja por desburocratizar e desjudicializar a dissolução conjugal, afastando as condicionantes para o reconhecimento do divórcio e, ao mesmo tempo, diminuindo o número de processos e procedimentos do já abarrotado Poder Judiciário.

Com efeito:

> Numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6° da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional - que é de estatura máxima - e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente.
> (VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado in:* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 7, n. 38, p. 56-59, set./out. 2010).

Trata-se, em verdade, do reconhecimento da intervenção mínima do Estado na vida privada, com o afastamento de intromissões desinfluentes para a dissolução do casamento, primando-se pela nova visão constitucional de reconstrução principiológica das relações privadas, reconhecendo o divórcio como medida garantista que concretiza a liberdade humana de se autodeterminar, calcado na afetividade e no direito à vida digna, superando a feição patrimonialista do casamento, em que havia o prestígio do ter em detrimento do ser, bem como o rastro ideológico-religioso de preservação eterna da família.

Com efeito, "com as lentes garantistas da Constituição da República, é preciso, sem dúvida, enxergar a dissolução do casamento (agora simplificada pela Emenda Constitucional 66/10) com uma feição ética e humanizada, compreendendo o divórcio como um instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana. Essa humanização implica, inclusive, em evitar a excessiva exposição da intimidade do casal, fazendo com que o divórcio esteja sintonizado em um novo tempo, no qual a dignidade do ser humano sobrepuje os formalismos legais" (FARIAS, Cristiano Chaves

e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 380).

Dessarte, diante do espírito constitucional e da racionalidade do sistema, penso que a Emenda Constitucional n. 66/2010 suprimiu o instituto da separação judicial, facilitando a dissolução do casamento, restando superado o sistema binário.

5. Deste modo, não se sustenta mais a exigência de uma "fase prévia" de dissolução, com imposição de prazo de "reflexão", com excesso de formalidade e pouca efetividade, não merecendo prevalecer, *data venia*, a interpretação que privilegia o cônjuge recalcitrante quanto à dissolução que, por meio da separação, pretende apenas punir o outro, com comprometimento da paz social e da administração da Justiça, significando mais gastos financeiros, desgastes emocionais e emperramento do Judiciário, exigindo-se dois processos judiciais para o mesmo fim.

É, como dito, a conclusão da doutrina majoritária:

> Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos - *strepitus fori* - porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.
> E o fato de a separação admitir a reconciliação do casal - o que não seria possível após o divórcio, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam casar-se de novo - não serve para justificar a persistência do instituto, haja vista que as suas desvantagens são, como referimos acima, muito maiores.
> [...]
> Ademais disso, é corrente na doutrina a idéia de que o critério da *lex posterior derogat lex priori* pressupõe duas normas contraditórias de idêntica densidade normativa, de tal modo que uma Constituição, composta, em regra, de normas gerais ou principiológicas, de conteúdo aberto, não possui densidade normativa equivalente a uma lei, não podendo, por isso mesmo simplesmente revogá-la. Assim, no âmbito de uma teoria geral do direito, quando se tratar de uma antinomia entre normas de diferente hierarquia, impõe-se a aplicação do critério da *lex superior*, que afasta as outras regras de colisão referentes à *lex specialis* ou *lex posterior*. A não ser assim, chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior*, pudesse afastar a norma constitucional enquanto lex generalis ou lex prior.
> [...]
> Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto do ordenamento brasileiro, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF) seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos).
> (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*,

São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60-63).

E ainda: DIAS, Maria Berenice, *Divorcio já: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010;* LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132-136; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*, v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 205-231; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Divórcio: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48-57; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213-222; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Emenda constitucional do divórcio*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 39, p. 88-96, nov/dez. 2010; FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 2017.

Com efeito, é sabido que nenhum laço conjugal se mantém em razão de etiquetagem jurídica, mas sim em razão do amor, afeto, felicidade, desejo dos cônjuges em preservar a família e seu bem-estar.

Não se pode perder de vista que não é por causa da existência do divórcio ou da separação, ou da exigência de prazos, que se desfazem casamentos. De fato, penso que a mera possibilidade ou eventualidade de reconciliação do casal separado não pode servir de justificativa para mantença do instituto (aliás, o número de casos em que isso acontece é muito pequeno), até porque, em se divorciando, não há impedimento legal para que eles se casem novamente.

Assim, é direito potestativo dos cônjuges acabar com a relação por meio do divórcio, independentemente de decurso de prazo ou qualquer outra condição impeditiva ("cláusula de dureza"), devendo a separação de direito ser tida como revogada tacitamente ou não recepcionada pelo texto constitucional.

6. De outra parte, examinando o direito comparado, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro alinha-se aos modernos ordenamentos jurídicos da Áustria, Grã-Bretanha e Alemanha, tendo o direito alemão (BGB, § 1.565, al.1), inclusive, reconhecido "um direito material ao divórcio, tendo como única causa o fracasso da união conjugal" (CHAVES, Cristiano. *ob.cit.,* p. 388).

Por fim, e não menos importante, sob o ponto de vista pragmático, é de ser observada a inutilidade da permanência do sistema bifásico, uma vez que não há falar mais em conversão da separação em divórcio nem em outros impedimentos para o divórcio. Tal situação, só acarretaria acréscimo de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

É o que adverte, mais uma vez, a moderna doutrina:

Em nosso entendimento, a separação judicial e extrajudicial não mais

> sobrevive no nosso ordenamento. Não por ter sido revogada expressamente, ou pelo fato de a Constituição Federal ter proibido sua ocorrência, o que não o fez e a lei infraconstitucional até permite mas por acreditarmos que o motivo pelo qual isso tenha acontecido é a sua completa inutilidade prática, no argumento que reputo ser o maior de todos: *se alguém se separar judicial ou extrajudicialmente não poderá converter a separação em divórcio, já que não terá de aguardar nenhum prazo ou respeitar quaisquer requisitos, motivo pelo qual, ao buscar o que antigamente se chamava de conversão, na verdade irá realizar um divórcio, como já poderia ter feito anteriormente pela inexistência de observância de quaisquer regras que pudessem caracterizar um empecilho para a sua realização. Ou seja, em vez de converter essa hipotética separação os cônjuges irão realizar um divorcio autônomo, que com a separação anterior não mantém nenhuma correlação. O divórcio indireto, ou por conversão, exige lastro, origem, sentença ou escritura de separação, o que não ocorrerá atualmente, já que, pela nova lei, o divórcio não exige requisito nem tampouco uma prévia separação.*
> (CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 28)
>
> _____
>
> Sem dúvidas, não mais faz sentido (prático ou jurídico) manter a (obsoleta) separação, que não consegue terminar o que se propõe a fazer. Até porque a *ratio essendi* da separação sempre foi a posterior conversão em divórcio. Ora, se a Emenda Constitucional multicitada eliminou a figura do divórcio obtido por conversão, mantendo, tão só, um divórcio direto, independentemente de qualquer prazo ou causa, cessa, por conseguinte, a utilidade prática do instituto da separação.
> Pensar de modo contrário atenta contra a *mens legis* da Emenda Constitucional 66/10, conferindo sobrevida a um instituto jurídico (separação) esvaziado de funcionalidade, na medida em que não mais poderá conduzir à conversão em divórcio. Ou seja, a separação se revela inócua juridicamente e, além disso, os efeitos que são pretendidos por meio dela podem ser, comodamente, obtidos através da separação de fato.
> (FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Ob.cit*, p. 389).

Aliás, bem conclui Rolf Madaleno que "basta olhar para o sistema da união estável onde está dispensada qualquer pesquisa culposa para sua dissolução, bem como qualquer preexistência de separação de fato ou doença mental como requisito, para buscar moderna e pragmática forma processual de deliberar acerca de uma relação cujo amor ou motivação de subsistência terminou. E não remanescendo razões convincentes para tratamento diferente nas duas formatações de família, não faz sentido continuar impondo mais dificuldades e maiores trâmites para a dissolução do casamento [...] principalmente mantendo esse anacrônico sistema dualista" (*Curso de direito de família.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 214).

Com relação à jurisprudência, parece ter sido este o posicionamento adotado recentemente pela Terceira Turma, em julgado que discutia a obrigatoriedade da audiência de ratificação no divórcio consensual após a EC 66/2010:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO. AUDIÊNCIA PARA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIVÓRCIO HOMOLOGADO DE PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela EC 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio.

2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação.

3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo.

4. Ainda que a CF/88, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/88, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e relembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto.

5. Não cabe, *in casu*, falar em inobservância do Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas sim apenas e somente interpretação sistemática dos dispositivos legais versados acerca da matéria.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1483841/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 27/03/2015)

Em seu voto, o Ministro Relator destacou que:

Com o advento da CF/88, os referidos dispositivos foram alterados, passando-se a admitir, nos termos do art. 226, § 6º, da CF, o Divórcio por Conversão após apenas um ano de separação judicial e o Divórcio Direto após mais de dois anos da separação de fato.

Posteriormente, surge novel codificação pátria com a vigência do CC/02, que tratou das questões relacionadas com a dissolução da sociedade conjugal, tanto pela separação quanto pelo divórcio, nos arts. 1.571 *usque* 1.590, mas sem grandes novidades.

Entretanto, significativa mudança brota com a Emenda Constitucional 66 de 14/7/2010, chamada popularmente de PEC do Divórcio, que deu nova redação ao art. 226, § 6º, da CF, o qual passou a vigorar com a seguinte redação: *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.*

Como se vê, a nova redação afastou a necessidade de arguição de culpa, presente na separação, não mais adentrando nas causas do fim da união e expondo desnecessariamente e vexatoriamente a intimidade do casal, persistindo tal questão apenas na esfera patrimonial quando da quantificação dos alimentos.

Também eliminou os prazos à concessão do divórcio.

> Assim, qualquer dos cônjuges poderá buscar o divórcio sem declinar de seus motivos ou aguardar qualquer lapso ou carência.
> Cria-se nova figura totalmente dissociada do divórcio anterior.
> [...]
> Portanto, em que pese a determinação constante no art. 1.122 do CPC, entendo que não mais subsiste o referido artigo para casos iguais ao presente.
> **Outrossim e principalmente em razão de não mais haver que se apurar causas da separação para fins de divórcio, não cabe a referida audiência, por se tornar letra morta.**
> **Com efeito, o art. 1.122 do CPC cuida obrigatoriamente da audiência em caso de separação e posterior divórcio. Não havendo mais a separação e sim o divórcio direito consensual, descabe sua aplicação.**
> A audiência de conciliação ou ratificação teria apenas cunho eminentemente formal, sem nada a produzir. Ausente questão relevante de direito a se decidir, não se justificando, na sua ausência, a anulação do processo.
> A PEC do Divórcio alterou o art. 226 da CF/88, instituindo efetivamente a figura do divórcio direto, sem entraves ou empecilhos a sua concessão.
> Esta foi a visão do legislador: simplificar a ruptura do vínculo matrimonial.

Da mesma forma, no julgamento do REsp 912.926/RS, em que se discutia a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, ainda que *en passant*, esta Quarta Turma já havia se posicionado neste sentido:

> Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, **dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n.º 66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial**.

O julgado foi assim ementado:

> DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.
> 1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável.
> 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o

> reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.
> 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa.
> 4. Recurso especial provido.
> (REsp 912.926/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 07/06/2011)

Ressalte-se que a separação de fato e a separação de *corpus* estão mantidas no sistema, até porque a primeira "somente ocorre no plano físico e extrajudicial, não se confundindo com a separação de direito ou jurídica, pois não gera os mesmos efeitos concretos. Na verdade, a separação de fato constitui uma separação informal, caracterizada pelo distanciamento corporal ou afetivo dos cônjuges". Com efeito, "a separação de fato está valorizada diante da EC 66/2010, pois em muitos casos pode assumir o papel da antiga separação de direito" (TARTUCE, Flávio. *Ob. cit.*, p. 228). Já a segunda remanesce como medida de proteção preventiva da dignidade, "devendo ser adotada para evitar futuro atentado contra a personalidade de um dos consortes, pouco interessando se já há sinais externos de violência. É uma salvaguarda à ampla proteção da personalidade (não só a física, mas também psíquica) dos esposos" (FARIAS, Cristiano Chaves. *Ob.cit.*, p. 397).

7. Importante assinalar, ademais, que se está diante de norma constitucional de eficácia plena, autoexecutável, isto é, a inovação tem aplicação imediata, notadamente em razão da força normativa da Constituição e da incidência dos princípios da máxima efetividade e da interpretação conforme, na lição de Gomes Canotilho, sendo desnecessária a edição de qualquer ato normativo de categoria infraconstitucional para a produção de efeitos.

Nesse particular, apesar de sua eliminação do sistema jurídico, não se pode deixar de enfatizar, como bem realçado pela Ministra Isabel Galloti, que o novo CPC acabou prevendo, em diversos dispositivos, o instituto da separação.

Apesar disso, não se mostra possível, no âmbito restrito do presente recurso especial, a apreciação de qualquer tese inerente ao novel diploma.

Primeiro, porque a petição inicial foi ajuizada em 23 de julho de 2010, tendo a dinâmica dos autos ocorrido com escopo em outro ordenamento jurídico (CPC, 1973) e, por conseguinte, não há falar sequer em prequestionamento do novo normativo (Súm 211 do STJ).

Segundo, porque a discussão dos autos limita-se ao direito material - instituto da separação judicial - que, como visto, penso ter sido abolido do ordenamento jurídico, sendo que o novo CPC, apesar de sua autonomia, é mero instrumento a reger determinadas

situações de direito material.

Assim, "a previsão procedimental contida no Novo CPC não repristina a separação judicial nem confirma que ele nunca deixou o sistema jurídico brasileiro. Não é tarefa do Código de Processo Civil estabelecer se a separação sempre esteve entre nós, se se foi para agora voltar ou, ainda, se se foi para sempre. As normas legais processuais se prestam exclusivamente a prever o procedimento, sendo encargo das normas legais materiais a criação, extinção ou modificação de direitos materiais. Cada espécie de norma tem suas funções bem definidas no sistema jurídico. Sendo a separação indiscutivelmente um instituto de direito material, não poderia o Código de Processo Civil prever sobre sua existência no sistema jurídico brasileiro" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC : Código de processo civil : Lei 13.105/2015 : inovações, alterações, supressões comentadas.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 389).

Terceiro, porque, tecnicamente, penso que não pode o STJ, no bojo destes autos, apreciar eventual discussão sobre a (in)constitucionalidade *incidenter tantum* do novo regramento, sob pena de julgamento *extra petita*, pois, o referido exame deve limitar-se à regra imediata e suficiente para a solução da controvérsia.

A técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento é medida inerente ao controle concreto de constitucionalidade, em que ao Supremo Tribunal Federal é dada a prerrogativa de excepcionar a regra da adstrição ao princípio da congruência, para, nas hipóteses em que há correlação lógica entre o ato normativo constante na petição inicial e outro não contido no pedido, declarar a inconstitucionalidade de ambos.

Tal exceção é justificada por se tratar de processo objetivo, em que não há lide a ser dirimida, sendo o seu real escopo a defesa da Constituição, e seu efeito imediato a extirpação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, privando-a, portanto, de eficácia e aplicabilidade.

No processo subjetivo, ao revés, o órgão jurisdicional encontra-se vinculado ao pedido declinado na petição inicial, nesses limites devendo solucionar a lide, de modo que a eficácia subjetiva da decisão transitada em julgado é *inter partes* e a objetiva é limitada àquilo que foi pedido e decidido.

Nessa linha de intelecção, perde a razão de ser qualquer juízo de manifestação acerca da constitucionalidade do novo CPC no âmbito do presente especial.

Quarto, porque há entendimento que afasta a arguição de inconstitucionalidade do código com relação ao tema, uma vez que os dispositivos do novo instrumental se voltariam a regular a situação jurídica dos casais que já se encontravam separados judicialmente (antes da Emenda do Divórcio), haja vista a proteção do ato jurídico perfeito e

do direito adquirido (CF, art. 5°, XXXVI), que deve recair sobre as pessoas que estavam separadas por decisão judicial ou escritura pública, remanescendo o estado civil de separadas.

Ou, ainda, por haver posicionamento conferindo interpretação em conformidade com a Constituição (sem redução do texto legal), para reconhecer que o NCPC, ao se valer do termo "separação" sem qualificação, quis tratar da "separação de fato" ou da "separação de corpos", e não da "separação judicial":

> Não se pode extrair do CPC de 2015, quando alude à “separação”, um conjunto sistemático de normas que autorize afirmar que remete às normas revogadas do Código Civil relativas à separação judicial.
> Destaquemos as referências encontradas no novo CPC à separação:
> O primeiro artigo (artigo 23), onde há alusão expressa à “separação judicial”, é norma de Direito Internacional Privado, ou de conflito de leis, cuidando da competência da autoridade judiciária brasileira, para proceder à partilha dos bens situados no Brasil de estrangeiros ou domiciliados fora do Brasil.
> Há quatro alusões à “separação”, sem qualificação:
> 1. No artigo 53, I, que trata de competência do foro;
> 2. No artigo 189, II, relativo ao segredo de Justiça;
> 3. No artigo 189, parágrafo 2º, que permite certidão do dispositivo da sentença em processo com segredo de Justiça;
> 4. No artigo 693, que define as ações de família, incluindo a separação.
> Há duas alusões à “separação convencional”:
> 1. No artigo 731, que regula a homologação do divórcio ou da separação convencionais;
> 2. No artigo 733, que faculta o divórcio ou a separação consensuais mediante escritura pública, não havendo nascituro ou filho incapaz.
> E, finalmente, uma única alusão à “separação de corpos”, no artigo 189, II, incluindo-a no segredo de Justiça.
> A norma constitucional, nomeadamente a advinda com a EC 66/2010, revogou, por incompatibilidade, todas as normas do Código Civil que regulamentavam a antiga redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição, relativa ao requisito prévio de separação judicial. Houve revogação na modalidade tácita.
> Se a norma jurídica desaparece, não pode ressurgir, quando a norma revogadora é revogada, ou quando a norma nova remete à norma antiga revogada. Segundo o artigo 2º, parágrafo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.
> Assim, para que a norma anteriormente abolida se restaure, é necessário que a norma nova expressamente regule a matéria. Não foi o que aconteceu com o CPC de 2015. A inclusão do termo “separação”, ao lado da normativa do divórcio, teve o propósito de provocar efeito repristinador. Contudo, se a matéria relativa à separação judicial fora revogada pela EC-66/2010, ela não poderia ser restaurada pela simples menção à separação na lei processual, pois remete ao que já não existia.
> **Dois caminhos se apresentam ao intérprete, relativamente às alusões feitas no CPC de 2015 à “separação”: 1) entender que são inconstitucionais e, portanto, inválidas tais alusões, por**

contrariedade à Constituição; 2) promover a interpretação em conformidade com a Constituição, de modo a lhe conferir sentido válido, sem redução do texto legal. Adotamos este caminho.
Sendo assim, qual o sentido que se deve conferir ao termo "separação", que aparece sem qualificação nos quatro preceitos acima referidos do CPC de 2015? Não pode ser outro senão à separação de fato ou à separação de corpos, as quais, como vimos, permanecem com efeitos próprios após o início de vigência da EC-66/2010. Não é à separação judicial, porque não mais existe no ordenamento jurídico, nem como requisito prévio nem como alternativa ao divórcio.
Vejamos, agora, como interpretar a expressão "separação convencional", que comparece em dois preceitos, também referidos acima. Por não mais existir a separação prévia, que apenas dissolvia a sociedade conjugal sem dissolver o casamento, a expressão "separação convencional", na lei processual, deve ser entendida como relativa à separação de fato. A separação de fato não necessita de acordo para que produza seus efeitos jurídicos, mas os cônjuges poderão dele se utilizar relativamente aos itens que, em sua falta, dependerão de decisão judicial: guarda e proteção dos filhos, eventual pensão alimentícia ao outro cônjuge, partilha de bens. Trata-se, portanto, de separação de fato convencional, não se confundindo com o instituto jurídico anterior da separação judicial. Esse acordo poderá ser objeto de homologação judicial ou de escritura pública.
Porém, essa convenção sobre a separação de fato não é necessária para o divórcio nem produz os efeitos da antiga separação judicial. É inevitável o questionamento: para que serve?
Se os cônjuges, separados de fato ou não, podem requerer a homologação judicial do divórcio convencional, sem necessidade de justificação ou causa ou prévio acordo, ou promover a escritura pública do divórcio convencional, permitindo-lhes dissolver o casamento, estando de pleno acordo com os itens previstos em lei, qual a necessidade de realizar tal "separação convencional"?
Perdida sua razão histórica fundada na indissolubilidade matrimonial e de obstáculo à obtenção do divórcio direto, sua permanência vai de encontro e não ao encontro dos valores contemporâneos que se projetaram na Constituição e no ordenamento jurídico brasileiro de autonomia e liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal.
Os fins sociais do divórcio direto e irrestrito, adotado pela Constituição, são, portanto, incompatíveis com qualquer dificuldade ou obstáculo que a ele se anteponha, ainda que sob o sedutor argumento de autonomia dos sujeitos.
Em conclusão, o CPC de 2015 não recriou ou restaurou a separação judicial, nem prévia nem autônoma. **As normas revogadas do Código Civil permanecem revogadas. As alusões que faz a "separação" e "separação convencional" devem ser entendidas, residualmente, como referentes à separação de fato.**
(LÔBO, Paulo. *Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial.* Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial. Acesso em 09 de março de 2017).

8. Ante o exposto, pedindo a máxima vênia à douta Ministra Relatora, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.247.098 - MS (2011/0074787-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE	:	J S DE A E OUTRO
ADVOGADO	:	ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: - Senhora Presidente, inicialmente cumprimento Vossa Excelência e o Ministro Luis Felipe Salomão pelos substanciosos votos. A controvérsia sobre esse tema divide a comunidade jurídica, com expressivos e respeitosos argumentos de ambas as partes. A meu ver, o principal efeito da referida emenda constitucional é a possibilidade de se requerer diretamente o divórcio, sem a prévia separação. A partir da emenda constitucional, a separação prévia deixou de ser um requisito, e passou a ser uma faculdade. A separação e o divórcio são institutos distintos e não houve modificação da legislação infraconstitucional a esse respeito; aliás, o novo Código de Processo Civil refere-se ao instituto da separação.

Por isso, peço vênia ao Ministro Luis Felipe Salomão para acompanhar Vossa Excelência e dar provimento ao recurso especial para o regular processamento do feito na origem.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.247.098 - MS (2011/0074787-0)

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Senhora Presidente, também não vejo incompatibilidade entre o instituto da separação judicial e as novas regras constitucionais acerca do divórcio direto. Acho que o que é incompatível é aquela exigência de prévia separação, pois ela foi dispensada. Mas não significa que as partes não possam ainda deliberar pela separação judicial, embora, como acentua o voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, o instituto da separação judicial tenda a desaparecer pelo desuso que certamente virá cada vez mais a se tornar patente. Porém ainda acho que é um instituto ainda compatível com as normas constitucionais.

Pedindo vênia à divergência, acompanho o voto da eminente Relatora.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0074787-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.247.098 / MS**

Números Origem: 054100011172 20100261915 20100261915000101 20100261915000102
206848720108120000

PAUTA: 14/03/2017 JULGADO: 14/03/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora
Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária
Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	J S DE A E OUTRO
ADVOGADO	:	ELIZETE NOGUEIRA BARBOSA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão negando provimento ao recurso especial, divergindo da relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo acompanhando a relatora, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora. Vencido o Ministro Luis Felipe Salomão.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.