

# RENOVADO PERFIL DA SEPARAÇÃO À LUZ DOS CONTORNOS ATUAIS DO CASAMENTO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: ENSAIO A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.167.478/RJ NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Vitor Almeida**

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professor Agregado do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Coordenador Adjunto do Instituto de Direito da PUC-Rio. Coordenador Assistente do Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil e do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil. Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7082-7490>  
*E-mail:* almeida.vitor@yahoo.com.br

**Danielle Tavares Peçanha**

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora de cursos de Pós-Graduação em Direito Civil. Membro efetivo da Comissão de Direito Civil do Conselho Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ). Associada do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Advogada e pesquisadora. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-3708-0206>  
*E-mail:* tav.danielle@yahoo.com.br

---

**Resumo:** Após acirrado debate acerca da permanência do instituto da separação de direito – judicial e extrajudicial – no sistema brasileiro, notadamente após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o STF decidiu, por maioria, ao apreciar o Tema nº 1.053 da repercussão geral, que a separação judicial não é mais requisito para o divórcio nem subsiste como figura autônoma no ordenamento brasileiro. A decisão, longe de pôr fim às discussões atinentes à matéria, traz à tona importante debate, que perpassa a autonomia das pessoas no âmbito de suas relações afetivas. Ao debate, lança-se o presente ensaio, oferecendo análise crítica ao entendimento fixado pela Corte, notadamente na parte em que extirpa a separação enquanto figura autônoma do direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Separação. Casamento. Dissolução. Liberdade de escolha. Autonomia privada.

**Abstract:** After intense debate about the permanence of the institution of separation – judicial and extrajudicial – in the Brazilian system, notably after the advent of Constitutional Amendment nº. 66/2010, the STF decided, by majority, when considering topic 1,053 of general repercussion, that judicial separation is no longer a requirement for divorce, nor does it exist as an autonomous figure in the Brazilian legal

system. The decision, far from putting an end to discussions regarding the matter, brings to light an important debate, which permeates people's autonomy in the context of their affective relationships. This text aims to examine this debate, offering a critical analysis of the understanding established by the Court, notably in the part in which it eliminates separation as an autonomous figure in Brazilian law.

**Keywords:** Separation. Marriage. Dissolution. Freedom of choice. Private autonomy.

**Sumário:** Introdução – **1** Contornos do casamento na legalidade constitucional: o fim da concepção institucional – **2** Percurso da separação no ordenamento jurídico brasileiro – **3** Fundamentos constitucionais implícitos à manutenção da separação no ordenamento brasileiro – Conclusão – Referências

## Introdução

Após longo e acirrado debate acerca da permanência do instituto da separação de direito – judicial e extrajudicial – no sistema brasileiro, notadamente após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, ao apreciar o Tema nº 1.053 da repercussão geral, que a separação judicial não é mais requisito para o divórcio nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>1</sup> A decisão, longe de pôr fim às discussões atinentes à matéria, tem o mérito de trazer à tona importante debate, que perpassa a autonomia das pessoas no âmbito de suas relações afetivas, travado por longo período pela comunidade jurídica. Tal celeuma se agudizou com a alteração da redação do §6º do art. 226 da Constituição da República, após a promulgação da referida emenda constitucional, de 2010, que passou a prescrever que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, excluindo qualquer menção à separação judicial como requisito prévio ao divórcio.

A discussão dividiu a doutrina entre aqueles que entendiam que o instituto restou extirpado de uma vez por todas do ordenamento e aqueles que, a despeito de compreenderem sua supressão enquanto requisito do divórcio – direito potestativo –, concluem pela subsistência da separação como instituto autônomo, à disposição das partes que busquem, por razões de foro íntimo, pôr fim apenas à sociedade conjugal, mantendo incólume o vínculo conjugal. O Supremo Tribunal Federal, em caso emblemático, cuja repercussão geral foi reconhecida, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, fixou entendimento que, em parte, se revela incompatível com a promoção da autonomia privada do casal que deseja a

<sup>1</sup> Eis o teor da tese de repercussão geral fixada para o Tema nº 1.053: “Após a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio, nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico. Sem prejuízo, preserva-se o estado civil das pessoas que já estão separadas por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de um ato jurídico perfeito”.

via da separação ao invés do divórcio, por motivos pessoais, o que se distancia da proteção da reserva da intimidade preconizada pela Constituição. Por outro lado, ao firmar o entendimento de que a separação judicial não mais é requisito para o divórcio, finalmente, a Corte Constitucional extirpa crônica etapa que descortina a intervenção demasiada do Estado na vida conjugal, o que jamais coadunou com o texto constitucional.

A decisão da Suprema Corte caminhou acertadamente em relação ao fim da sua exigência para o divórcio, mas permite algumas reflexões em relação à sua manutenção como figura autônoma, bem como quanto ao destino da separação extrajudicial. Considerando tais circunstâncias, e a atualidade e relevância do tema, o presente ensaio será dividido em três partes: (i) na primeira, serão examinados os contornos atuais do casamento na legalidade constitucional e o fim de sua concepção institucional; (ii) na segunda, será traçado o percurso do instituto da separação no direito brasileiro e sua contemporânea finalidade; e, (iii) por fim, serão apresentados os argumentos favoráveis à subsistência da separação como figura autônoma no direito brasileiro, bem como os fundamentos constitucionais implícitos à sua manutenção no ordenamento pátrio, em cotejo com os argumentos trazidos à baila pelos ministros,<sup>2</sup> de modo a permitir que da decisão descortinem reflexões sobre os fins e destinos do direito das famílias no cenário nacional, notadamente em matéria de dissolução do vínculo conjugal.

## **1 Contornos do casamento na legalidade constitucional: o fim da concepção institucional**

O direito de família brasileiro sempre foi marcado por uma construção tipicamente voltada às normas de ordem imperativa, no qual se descortinava forte intervenção estatal nas relações familiares, especialmente com o fim de promover a paz doméstica. O viés conservador da disciplina das relações familiares evidenciava a preocupação do Estado com a manutenção do círculo familiar, marcadamente patriarcal e matrimonializado, o que, por sua vez, revela a consagração da “posição privilegiada do homem na sociedade conjugal”.<sup>3</sup> A indissolubilidade do

<sup>2</sup> Destaque-se que o presente ensaio possui finalidade acadêmica, propondo-se discussão crítica e abrangente em torno da temática, sem adentrar às minúcias do caso concreto julgado pela Suprema Corte quando do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, a cujo inteiro teor não se teve acesso quando da elaboração do trabalho.

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. *Raízes sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 15.

casamento constituía, portanto, traço singular dos esforços em conservar a instituição da família.<sup>4</sup>

Com a Constituição de 1988, altera-se profundamente o tratamento dispensado à família, que passa a ser tutelada como *locus* privilegiado para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. O art. 1º, inc. III, da Lei Maior preenche o conteúdo da proteção à família atribuída ao Estado pelo art. 226. Vale dizer: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito das famílias, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no meio social. Mostra-se inegável a passagem da família-instituição para a família-instrumento,<sup>5</sup> unidade catalizadora da autorrealização individual da pessoa e espaço de solidariedade e afeto.

A partir de sua concepção instrumental, os arranjos familiares constituem o grupo social intermediário hábil a proporcionar o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes. A família vivencia atualmente um processo de democratização que compreende a busca pelo ideal da igualdade e da liberdade em seu interior, com a diminuição do discurso autoritário e a valorização da socioafetividade. Daniel Borrillo assinala que a privatização da vida conjugal rompe definitivamente com a concepção institucional e sacramental do casamento, sobretudo com a contratualização da ruptura do casamento. “La famille n’est pas un sujet de droit”, ou seja, uma concepção contratualista do casamento significa que ela não tem existência jurídica fora dos membros que a compõem.<sup>6</sup>

O casamento é entidade familiar que estabelece comunhão plena de vida, comunhão de afetos, com base na igualdade de direitos e deveres, nos termos do art. 1.511 do Código Civil. Em lição já conhecida, casamento pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família, como a relação familiar por ele gerada. O casamento, como ato jurídico, “pressupõe uma profunda e prévia reflexão

<sup>4</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: Transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Org.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 609-624.

<sup>5</sup> V. Consoante lição de Maria Celina Bodin de Moraes: “A passagem, já tantas vezes referida, da família como instituição à família instrumental – aquela que propicia um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membros – suscitou, indiscutivelmente, a ampliação de espaços para a individualização e, em consequência, a maior autonomia da pessoa na esfera familiar” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. p. 613).

<sup>6</sup> BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat: la construction politique de l’alliance et de la parenté*. Paris: PUF, 2018. p. 76-77.

de quem o contrai, daí decorrendo uma série de efeitos que lhe são próprios – dada a certeza e segurança que oferece”.<sup>7</sup>

O que distingue o casamento em relação às demais entidades familiares é, sobretudo, o fato de depender sua constituição de ato jurídico complexo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade, além da solenidade de que é revestido, nos termos do art. 1.514 do Código Civil. Ao contrário, as demais entidades familiares não fundadas no casamento são constituídas livremente, como fatos sociais aos quais o direito atribui consequências jurídicas. Por isso que a prova destas, diferentemente do casamento, localiza-se nos fatos, e não no ato. Denota-se, portanto, o marcante papel do Estado na vida conjugal, em especial, na sua constituição.

Nessa linha, o casamento só será celebrado depois de vencido o processo de habilitação, cuja finalidade reside em impedir que o casamento se realize em infração de algum dos impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 ou de alguma das causas suspensivas do art. 1.523. Os nubentes promovem sua identificação perante o oficial do Registro Civil, e apresentam um conjunto de documentos necessários para demonstrar o cumprimento das solenidades oficiais. Superada a fase de verificação das formalidades legais e já com o certificado de habilitação em mãos (art. 1.531), cuja validade é de 90 dias, alcança-se a etapa da celebração do casamento, em dia, hora e lugar designados pela autoridade celebrante competente (art. 1.533). A presença dos contraentes é indispensável, salvo o casamento realizado por procuração (arts. 1.535 e 1.542), assim como as testemunhas do ato, que poderão ser duas ou quatro, de acordo com algumas peculiaridades (art. 1.534).

Durante muito tempo, o vínculo conjugal foi considerado indissolúvel, e só se extinguiu com a morte de um dos nubentes. A evolução constitucional do tema foi lenta e gradual a partir da Emenda Constitucional nº 9 de 1977, que permitiu o divórcio no direito brasileiro, como a seguir demonstrado, mas exigia a separação como seu prerequisite. Finalmente, em 2010, a Emenda Constitucional nº 66 alterou a redação do §6º do art. 226, que passou a prescrever: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, excluindo qualquer menção à separação judicial como requisito prévio.

O vínculo conjugal é elemento formal do casamento, e implica a impossibilidade de novas núpcias; se o casamento é válido, o vínculo conjugal só se dissolve com a morte ou com o divórcio. Por outro lado, o elemento material do casamento

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407.

é a sociedade conjugal, que consiste no complexo de direitos e deveres que formam a vida em comum dos cônjuges. Pautando-se em tal distinção, registrou o Código Civil que a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade e ao regime de bens, determina a separação de corpos e faculta a partilha de bens (arts. 1.575 e 1.576, ambos do Código Civil).

Na legalidade constitucional, a constituição e a ruptura da vida conjugal reclamam por um espaço de liberdade mais acentuado, que permita organizar a vida patrimonial em comum e as questões existenciais.<sup>8</sup> Tal movimento acena rumo à chamada “privatização” do casamento,<sup>9</sup> na medida em que a intervenção legislativa deve ser indissociável de uma legítima proteção dos vulneráveis no ambiente familiar e não voltada para impor um modelo de vida conjugal ou familiar, eis que o texto constitucional acolhe a pluralidade dos diversos projetos de vida autorreferentes, desde que não violem legítimos interesses de terceiros, bem como põe fim à concepção institucional do casamento.<sup>10</sup>

A partir de tal reformulação, o próprio Código Civil, ao estabelecer, no art. 1.511, que o casamento constitui comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, permite “a esses construir esse conceito de acordo com a arquitetura familiar e pessoal que têm para si, ou seja, não cabe ao Estado definir as regras principais do casamento – e, por via de consequência, da união estável”.<sup>11</sup> Por sua vez, o art. 1.513, na linha da parte final do art. 226, §7º, da Constituição, proíbe qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, de interferir no seio familiar.

Cabe assinalar que a intervenção do Estado nas relações conjugais foi reduzida nos últimos anos, sobretudo com o movimento de desjudicialização, que reforça a autonomia privada das partes, eis que a decisão pela desconstituição do vínculo conjugal cabe somente aos envolvidos. A Lei nº 11.441/2007, conforme se descreverá mais à frente, deu início a esse processo de menor intervenção estatal na vida conjugal, ao prever a possibilidade de separação e divórcio consensuais

<sup>8</sup> V. MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

<sup>9</sup> MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 5, p. 1-21, 2016.

<sup>10</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenuupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021. v. 2. p. 989-1011.

<sup>11</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 2.

por meio de escritura pública, diretamente no cartório de notas, desde que não haja filhos menores ou incapazes e que as partes estejam assistidas por advogados.<sup>12</sup> Atualmente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o art. 733 permanece indicando a possibilidade de divórcio, separação e extinção da união estável consensuais através de escritura pública, desde que não haja nascituro<sup>13</sup> ou filhos incapazes e observados os requisitos legais.

Com a Emenda Constitucional nº 66/2010, foram suprimidos os requisitos temporais para a concessão do divórcio, abolindo-se, em definitivo, a diferenciação entre divórcio direto e por conversão, o que limitava a autonomia privada na medida em que forçava o casal a permanecer separado judicialmente ou de fato antes de se divorciar. Diante da inequívoca natureza potestativa do divórcio, doutrina autorizada o entende como “instrumento da autonomia privada para pôr fim ao casamento”, sendo obtido mediante requerimento de um ou de ambos os cônjuges, o que denota “bem-vinda redução da intervenção do Estado na intimidade conjugal”.<sup>14</sup>

Por isso, segundo Daniel Borrillo, “parece indubitável que é no plano horizontal, ou seja, do casal, que o casamento não pode mais ser considerado uma instituição e que deve inscrever-se definitivamente no domínio privado”, o que permite aproximar o casamento mais de um contrato do que de uma instituição.<sup>15</sup> É de se propugnar, portanto, sob o manto dos desígnios constitucionais, pela mínima intervenção do Estado nas relações familiares conjugais, nas quais não haja vulnerabilidade acentuada hábil a exigir a interferência estatal, sobretudo em matéria de ruptura do enlace conjugal. A constituição e a dissolução da vida em comunhão afetiva são decisões que cabem apenas ao casal, não sendo permitido ao Estado intervir de forma desarrazoada em terreno de liberdade existencial, impondo de forma arbitrária a forma da ruptura, mesmo diante da manifestação de vontade de ambos pela separação formal, o que parece não ter sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ. Diante desse cenário de enaltecimento da liberdade dos cônjuges e de uma

<sup>12</sup> A matéria foi regulamentada por meio da Resolução nº 35, de 24.4.2007, do Conselho Nacional de Justiça.

<sup>13</sup> A Resolução nº 220, de 26.4.2016, do CNJ, incluiu o parágrafo único ao art. 34 da Resolução nº 35/2007, e estabeleceu que o procedimento administrativo não pode ser realizado se a esposa estiver grávida. *In verbis*: “As partes devem, ainda, declarar ao tabelião, na mesma ocasião, que o cônjuge virago não se encontra em estado gravídico, ou ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta condição”.

<sup>14</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, famílias e sucessões*: diálogos interdisciplinares. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 6.

<sup>15</sup> BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat*: la construction politique de l’alliance et de la parenté. Paris: PUF, 2018. p. 88 (tradução nossa). No original: “[...] il semble indubitable que c’est au niveau horizontal, c’est-à-dire celui du couple, que le mariage ne peut plus être considéré comme une institution et qu’il doit s’inscrire définitivement dans le domaine privé”.

disciplina do casamento baseada na autonomia das partes, indispensável percorrer a trajetória da separação no direito brasileiro, antevendo-se os novos horizontes de uma concepção autônoma da vida conjugal.

## 2 Percurso da separação no ordenamento jurídico brasileiro

O percurso histórico da dissolução do casamento no direito brasileiro nas últimas décadas é marcado por profundas modificações que revelam, do ponto de vista fenomenológico, a inegável transformação da estrutura familiar e, do ponto de vista axiológico, a profunda alteração do vértice do ordenamento, com a reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de direito de família.<sup>16</sup>

Sob a égide do Código Civil de 1916, anteriormente à Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), o casamento era indissolúvel, configurando-se duas espécies de desquite – o consensual ou o litigioso, este sempre associado à ideia de culpa. Vale dizer, se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa, taxativamente previstas em lei, autorizaria o desenlace conjugal, quais sejam: adultério; tentativa de morte; sevícias ou injúria grave; e, por fim, abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos.<sup>17</sup>

A tradicional concepção do casamento, enquanto instituição indissolúvel e sagrada, da mesma forma que o desprestígio à vontade das partes quanto à decisão pela manutenção ou fim do casamento, começam a ruir com a introdução do divórcio no ordenamento brasileiro, por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 1977, mencionada acima, que deu nova redação ao §1º do art. 175 da Carta de 1967, e, notadamente, com a promulgação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977). À época, em meio a intenso confronto ideológico entre divorcistas e antidivorcistas, a regulamentação do divórcio se deu de forma tímida e limitada, de tal modo que o casamento somente poderia ser dissolvido pelo divórcio uma única vez, após prévia separação judicial por ao menos três anos (divórcio indireto ou por conversão); ou, na ausência da etapa da separação judicial, diante da separação de fato por cinco anos (divórcio direto).

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 1-3.

<sup>17</sup> Eis o teor do art. 317 do CC/1916, posteriormente revogado pela Lei do Divórcio: “Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério. II. Tentativa de morte. III. Sevícia, ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos”.

A Constituição de 1988, no art. 226, §6º, reproduziu o sistema dual de dissolução do casamento, apenas reduzindo os prazos de três para um ano para a concessão do divórcio indireto (quando se converte a separação judicial em divórcio), e de cinco para dois anos para o divórcio direto. Por outro lado, a Lei nº 7.847, de 1989, revogou o art. 38 da Lei de Divórcio, eliminando a restrição à possibilidade de divórcios sucessivos.

Com a reforma promovida pela Lei do Divórcio, previu-se, ainda, ao lado da chamada “separação-sanção”, insculpida no *caput* do seu art. 5º – hoje prevista no art. 1.572 do Código Civil – e associada à presença da conduta culposa, embora hoje não mais sujeita a causas taxativas, a “separação-remédio” e a “separação-falência”. As figuras, ensejadoras do divórcio-remédio e do divórcio-falência,<sup>18</sup> previstas nos §§1º e 2º do mesmo art. 5º, derivavam da constatação fática da falência do casamento (§1º) ou de doença incurável que torna impossível o convívio conjugal (§2º), sendo a ruptura do vínculo em ambos os casos o remédio para se minorar o drama que se tornou a convivência familiar.

Embora tenha sido gradativamente reduzido, o Código Civil de 2002 manteve, à época, o “estatuto da culpa”, conforme se pode constatar da leitura do art. 1.572. Contudo, no que tange às causas de rompimento da sociedade conjugal, dispostas no atual art. 1.573, o codificador positivou o entendimento de que tal enumeração não se considera taxativa, trazendo à tona uma cláusula geral, de modo a possibilitar ao juiz a verificação de outras circunstâncias que tornassem impossível a vida em comum, o que, a rigor, retrata concepção ultrapassada do casamento, uma vez que os motivos da ruptura são pessoais e íntimos.

Diante de tal cenário, e da cada vez maior necessidade de privatização e democratização da família e de sua funcionalização à realização da personalidade de seus integrantes, promovida pela Constituição da República, tornou-se necessário rever a disciplina da Lei do Divórcio, o que foi corroborado pelo Código Civil e, especialmente, pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010. Nesse cenário, destaca-se ainda a Lei nº 11.441/2007, que autorizou que separações e divórcios fossem realizados diretamente em cartório de notas, por meio de escritura pública, a permitir, de acordo com a redação da lei, o divórcio ou separação extrajudiciais.

A Emenda Constitucional nº 66 suprimiu o então §6º do art. 226, que determinava que o casamento civil poderia 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”, dando-lhe nova redação a indicar simplesmente que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Ou seja, a aprovação da emenda constitucional se voltava à supressão da parte final do

<sup>18</sup> VARELA, Antunes. *Dissolução da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 82 e ss.

dispositivo, que se referia à prévia separação, de fato ou de direito, como requisito ao divórcio. Extinguiram-se, assim, os requisitos temporais para a concessão do divórcio, ampliando-se a autonomia privada no direito de família, ao se permitir a qualquer dos cônjuges terminar o casamento desde logo e sem declinar os motivos da sua decisão.

Além do conseqüente arrefecimento da culpa na dissolução do casamento, extinguiu-se, com a aludida emenda, a diferença entre o divórcio direto (condicionado à separação de fato por dois anos) e o divórcio por conversão (vinculado ao prazo de um ano contado do trânsito em julgado da decisão que concede a separação de corpos ou decreta a separação ou da escritura pública de separação extrajudicial). Reforçou-se, assim, a natureza jurídica de direito potestativo do divórcio, bastando o ato volitivo de um dos cônjuges para deflagrar o fim do vínculo matrimonial pelo divórcio. Com a mudança de cenário, pareceu não mais haver dúvidas: a separação – de fato ou de direito – deixou de ser requisito ao divórcio, que passou a ser entendido como direito incondicional dos consortes.

Por outro lado, passou-se a discutir sobre a permanência, no direito brasileiro, da separação de direito, que pode ser judicial (prevista nos arts. 1.572 e seguintes do Código Civil) ou extrajudicial (incluída no então CPC/1973 pela Lei nº 11.441/2007, e reproduzida pelo CPC/2015, além de regulada na Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça). Ou seja, afastada a hipótese de manutenção da separação como requisito do divórcio – tranquilamente reconhecido como direito potestativo dos cônjuges, como se pôde constatar acima –, questionou-se, por outro lado, se a separação de direito (formal) subsistiria como figura autônoma no sistema brasileiro, ou seja, se permaneceria vigente como procedimento opcional, ao lado do divórcio, à disposição do casal.

Parte da doutrina, agora alinhada à posição do Supremo Tribunal Federal, tem defendido o fim do instituto da separação, ao argumento de que a Constituição da República, por meio da EC nº 66/2010, teria extirpado de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial, de modo que o objetivo de se manter vigente a separação era a possibilidade de sua conversão em divórcio, não mais subsistindo razão prática à sua permanência.<sup>19</sup> Além disso, não raro, os adeptos da corrente indicavam o suposto desuso ou a “obsolescência” da separação, a aparentemente apontar para a não permanência do instituto no sistema.

<sup>19</sup> Nessa direção, por todos, LÔBO, Paulo. A PEC do divórcio: conseqüências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 11, p. 5-17, ago./set. 2009; e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 240-246.

No entanto, cabe afirmar que não houve revogação expressa ou tácita dos dispositivos do Código Civil ou do Código de Processo Civil, bem como há diversidade de efeitos pela separação produzidos em relação ao divórcio,<sup>20</sup> tal como a manutenção do vínculo conjugal – que implica que ao separado não seja dado casar-se novamente –, e a possibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal a qualquer tempo, se nesse sentido concorrerem as vontades dos consortes.<sup>21</sup> Não se trataria, portanto, de simples etapa para se alcançar o divórcio, de modo que, em razão de tais consequências jurídicas, teriam as partes casadas, no livre exercício da sua autonomia privada, ampla possibilidade de optar por uma ou outra opção.

### 3 Fundamentos constitucionais implícitos à manutenção da separação no ordenamento brasileiro

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, no Supremo Tribunal Federal, revela a acesa controvérsia – não mais sobre a separação enquanto requisito do divórcio, mas – sobre o tema da manutenção da separação como figura autônoma no ordenamento brasileiro, o que é comprovado pelos votos divergentes dos Ministros André Mendonça, Nunes Marques e Alexandre de Moraes. Ao passo que não parecia encontrar resistentes obstáculos o entendimento de que, após a promulgação da EC nº 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio, em sintonia com a concepção atual do casamento, o mesmo não se pode afirmar em relação à sua subsistência como figura autônoma, que sempre angariou debates mais acalorados em doutrina e jurisprudência.

A partir deste cenário, dividimos os diversos fundamentos constitucionais implícitos que corroboram a manutenção da separação no ordenamento jurídico brasileiro em três principais grupos, quais sejam: a) inexistência de incompatibilidade (expressa ou tácita) entre a Constituição e a legislação ordinária em matéria

<sup>20</sup> Nas palavras de Cândido Dinamarco, os dispositivos legais que regulam os dois institutos deixam “bastante clara a distinção entre o divórcio e a separação judicial, dando a ambos o efeito de dissolver a sociedade conjugal (art. 2.º, ns. III e IV), mas ressaltando que ‘o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio’” (DINAMARCO, Cândido José. *Separação judicial e divórcio: aspectos fundamentais*. In: *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. [s.l.]: [s.n.], ago. 2011. v. 3. p. 115-139).

<sup>21</sup> Permita-se remeter ao disposto nos arts. 1.576 e 1.577, ambos do Código Civil de 2002: “Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão”; “Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens”.

de separação; b) ampla regulamentação do instituto pelo sistema brasileiro; e c) fundamentos do direito das famílias na contemporânea legalidade constitucional.<sup>22</sup>

### **3.1 Inexistência de incompatibilidade (expressa ou tácita) entre a Constituição e a legislação ordinária em matéria de separação**

A primeira importante discussão que se deve enfrentar diz respeito à propalada incompatibilidade entre a Constituição e a legislação ordinária em matéria de separação, supostamente decorrente da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 66/2010 ao §6º do art. 226 da CR/1988, restringindo-se agora a indicar que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Nesse sentido, cumpre discutir argumento de ordem teleológica. Isto é, voltando-se aos fins a que se teria destinado a Emenda Constitucional nº 66/2010, não há qualquer elemento que possa fazer pressupor que o fim perseguido pela emenda seja extinguir, vez por todas e absolutamente, a separação do ordenamento. A rigor, a Constituição já não regulamentava o instituto da separação como figura autônoma, mas apenas o apontava como etapa de outro instituto, ou seja, do divórcio. Ao fim e ao cabo, aliás, as Constituições brasileiras em momento algum cuidaram da sociedade conjugal, salvo como condição prévia para o divórcio, de tal modo que a Constituição se limitou a excluir os requisitos que ainda existiam para o divórcio, o que não significa extinguir a possibilidade de separação formal. Por consequência, a conclusão que mais se coadunaria com a axiologia constitucional é aquela na qual a separação se manteria presente no sistema jurídico, com

<sup>22</sup> Em preciosa lição, permita-se antecipar alguns dos principais fundamentos para a manutenção do instituto no ordenamento brasileiro elencados por Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza: “Nada impede, por conseguinte, que o casal delibere conjuntamente por separação formal, consensual ou judicial para encerrar a sociedade conjugal, visto que: i) o divórcio é uma das alternativas para a dissolução do casamento válido, que pode se extinguir pela morte; ii) a dissolução do casamento pelo divórcio, por si só, não afasta a possibilidade de separação formal (que não atinge o vínculo conjugal), situação que se manteve durante décadas no Brasil; iii) as Constituições brasileiras em momento algum cuidaram da sociedade conjugal, salvo como condição prévia para o divórcio; iv) a CR limitou-se a excluir os requisitos que ainda existiam para o divórcio – quais sejam, prévia separação judicial e/ou decurso de prazo mínimo –, o que não equivale a extinguir a possibilidade de separação formal; v) a imposição do divórcio como único meio de extinção formal da vida em comum, que ocorreria caso entendido que a EC nº 66 extinguiu a separação formal (consensual ou judicial), afrontaria a própria CR, que tem a dignidade da pessoa humana e a liberdade como princípios basilares” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV. p. 129).

efeitos diversos daqueles produzidos pelo divórcio, como a manutenção do vínculo conjugal e a possibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal.<sup>23</sup>

Assim, apenas pode-se afirmar que a alteração promovida na ordem constitucional visava a suprimir a separação-requisito, extirpando o anterior aspecto conversivo do divórcio, e adequando o texto da Constituição aos anseios sociais de promover a necessária autonomia daqueles que queiram optar por dissolver logo o casamento, por razões de conveniência pessoal. Por outro lado, nada disse – nem se poderia presumir que quis dizer – sobre a dita separação autônoma, amplamente regulada por leis infraconstitucionais, e que, portanto, continuaria a vigorar no sistema brasileiro como opção àqueles que, por quaisquer razões de foro íntimo, nas quais o direito não deve adentrar, pretendam manter vivo o vínculo matrimonial. No foi, contudo, como visto, essa a orientação da Corte Constitucional que fixou entendimento em sentido contrário, em abono à tese da abolição da separação judicial.

Em que pese tal entendimento, não se visualiza qualquer contradição de regras ou colisão de princípios, expressa ou tácita, entre a prescrição constitucional, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, e a legislação infraconstitucional que regulamenta a separação. A rigor, o legislador detinha poderes para ter extirpado a separação do sistema, e, todavia, não o fez.<sup>24</sup> Não é dado, pois, ao Estado intervir na esfera privada das partes, alijando-as de opção garantida por lei, ainda que se pautando em correntes majoritárias que propalam a suposta associação da separação a pretensas reminiscências culturais ou religiosas.<sup>25</sup> Trata-se de previsão legislativa expressa que garante tal opção ao casal, por

<sup>23</sup> “Tendo em vista que a separação (consensual ou judicial) não é tão somente uma etapa prévia ao divórcio, mas possui efeitos jurídicos diferentes do mesmo (como a manutenção, por qualquer motivo, do vínculo matrimonial) e o fato de que dela não tratou a Emenda Constitucional 66/2010, continua sendo possível, como uma faculdade concedida aos cônjuges, a lavratura de escrituras de separação consensual, desde que assim queiram, alertados que sejam pelo tabelião ou escrevente da possibilidade de realização do divórcio direto, tudo a ser consignado no corpo da escritura” (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 249).

<sup>24</sup> “A Emenda incidiu sobre matéria já legislada no nível ordinário, mas preservou o que nela se continha. Não inovou. Portanto, nos efeitos práticos, é como se a tivesse recepcionado. Dizer que a Emenda ‘recepcionou’ as exigências do Código Civil e do Código de Processo Civil soa, aqui, algo artificial. Mais adequado seria dizer que as ‘preservou’. Esta circunstância histórica, de resto, só reforça a hipótese de que a Emenda não quis mesmo modificar os Códigos. Se o quisesse, não havia melhor oportunidade. O legislador da Emenda estava, por assim dizer, ‘com a faca e o queijo na mão’” (VILLELA, João Baptista. Emenda Constitucional nº 66 – Outras Impressões. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301149/mod\\_resource/content/1/Aula%205%20-%20Texto%20complementar.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301149/mod_resource/content/1/Aula%205%20-%20Texto%20complementar.pdf). Acesso em: 2 out. 2023).

<sup>25</sup> Nas palavras de Bruno de Ávila Borgarelli: “Um juiz, ainda que pessoalmente contrário à separação e favorável ao rompimento completo do vínculo conjugal (divórcio); ainda que não veja sentido no fato de alguém separar-se sem divorciar-se; ainda que creia que a opção, deixada às pessoas que querem se separar, de assim procederem é uma concessão ao ranço conservador; ainda que creia que a separação bloqueia o progresso social; ainda que creia nisso tudo, não pode invocar nenhum desses argumentos para indeferir um pedido de separação. Queda-se o caso com o ordenamento, apenas, e não com essas impressões de

força das vigentes disposições do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil de 2015, o que, nessa linha, não endossaria a posição da Corte Maior, eis que tal direito não poderia ser negado pelo juiz ou tabelião ao seu alvedrio,<sup>26</sup> sob pena de atuarem contra a lei, a obstaculizar opção dada aos sujeitos de autode-terminarem-se quanto ao destino de suas relações conjugais.<sup>27</sup>

Aliás, em nossa linha de raciocínio, entender em sentido contrário, ou seja, pela eliminação da separação do ordenamento pela simples supressão de sua aparição na qualidade de requisito do divórcio, significaria que toda desconstitucionalização de qualquer conteúdo o tornaria inconstitucional e, portanto, sem validade. De fato, não é o que ocorre nem poderia ser. Basta pensar na figura da separação de fato que, conquanto tenha igualmente sido suprimida da literalidade do §6º do art. 226 da CR, como requisito para o chamado divórcio direto, não há dúvidas de que se mantém viva. Nesse exato sentido, colocou-se a Min. Isabel Gallotti, em substancioso voto vencedor no âmbito do REsp nº 1.247.098/MS, em que, ao que nos parece com razão, se concluiu pela manutenção da separação no ordenamento brasileiro:

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.<sup>28</sup>

---

caráter extrajudicial, as quais não experimentaram sequer a devida maturação no ambiente institucional. E nesse ordenamento a separação continua a existir” (BORGARELLI, Bruno de Ávila. O instituto da separação no direito brasileiro: sua manutenção após a emenda constitucional 66, de 2010. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 35, p. 103-168, abr./jun. 2023).

<sup>26</sup> É dizer: “Nada obsta que o casal, pelas mais variadas razões, opte, em manifestação de vontade autônoma, espontânea, livre e consciente, por postular a separação de direito, e não o divórcio” (DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: porque a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, n. 46, p. 103-128, 2011).

<sup>27</sup> Nesse sentido são as lições de Arnaldo Rizzardo: “Se os cônjuges optarem pela separação consensual, pensa-se que ao juiz não resta a faculdade de afastar essa vontade, com suporte na impossibilidade jurídica do pedido. Bem verdade que se oferece a via do divórcio, cujo objeto é mais profundo que a mera separação judicial, no qual está subsumida. Todavia, é de se respeitar o propósito das partes, que elegeram a via da separação por razões pessoais. Ou seja, o ajuizamento de uma ou outra é uma opção dos consortes, assim como o procedimento de dissolução da sociedade matrimonial perante o Notário ou o Juiz é facultativo” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 267).

<sup>28</sup> STJ, 4ª T., REsp 1.247.098/MS, Rel. Min. Isabel Gallotti, julg. 14 mar. 2017. *DJ*, 16 maio 2017.

Não prosperam, ainda, os argumentos lançados no sentido do suposto desuso ou “obsolescência” da separação de direito, que importariam em sua inutilidade social. Ora, o pouco uso de um instituto jurídico não tem o condão de o extirpar do sistema, dado que não há, em nosso ordenamento, derrogação por caducidade social da norma.<sup>29</sup> Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “[n]ão se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Vale dizer, para que uma norma de pouca eficácia social saia de cena, é preciso que seja revogada, o que definitivamente não ocorreu em relação à separação. Isto é, tratar-se-ia de um problema de eficácia, não já de validade.<sup>30</sup> Ainda que se trate de situação rara, a opção deveria ser garantida, eis que há previsão legislativa expressa, de modo a promover o poder de escolha aos consortes entre o divórcio e a separação, e não poderia ser obstado pelo intérprete.<sup>31</sup>

Cumpra dizer, a redução da intervenção do Estado na vida privada corrobora a ideia de privatização da família, de um direito de família mínimo, bem como da assunção de responsabilidade dos membros da entidade familiar desfeita, na medida em que passa o controle da desconstituição do casamento exclusivamente para quem decidiu pelo rompimento da vida em comum.<sup>32</sup> Não poderia ser de outra forma em relação à dissolução do casamento. Se, de um lado, a Constituição impede que o Estado intervenha no seio da família, de modo a impedir ou dificultar o desentrelaçamento dos laços conjugais – pelo que se extrai a enorme relevância do divórcio como direito incondicional do casal –; também não lhe é dado furtar-se aos consortes no bojo de escolhas inseridas em sua esfera privada, a impor a dissolução do vínculo matrimonial, quando as partes o podem manter, rompendo apenas a sociedade conjugal, quaisquer que sejam suas motivações pessoais.

<sup>29</sup> Nesse sentido, já pronunciou o STJ em paradigmático julgado: “O sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei perecer pelo desuso, porquanto, assentado no princípio da supremacia da lei escrita (fonte principal do direito), sua obrigatoriedade só termina com sua revogação por outra lei” (STJ, 6ª T., RE 30.705/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, julg. 14 mar. 1995. *DJ*, 3 abr. 1995).

<sup>30</sup> DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: porque a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, n. 46, p. 103-128, 2011.

<sup>31</sup> “Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redarguir que serão esses casos poucos ou mesmo raros, porque o Direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade de minorias” (NASCIMENTO, José Moacyr Doretto; CARDOZO, Gustavo Gonçalves. A emenda do divórcio: singelas reflexões. *UOL*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>. Acesso em: 2 out. 2023).

<sup>32</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 166-167.

### 3.2 Ampla regulamentação do instituto pelo sistema brasileiro

Não bastassem todos os fundamentos constitucionais implícitos que reforçam a manutenção da separação no ordenamento brasileiro, o sistema pátrio permanece com múltiplas normas válidas voltadas a disciplinar a separação judicial e extrajudicial. Já se pôde constatar que não houve revogação expressa ou tácita dos dispositivos do Código Civil e, à época, do Código de Processo Civil de 1973. Este último, aliás, fora substituído por novo diploma adjetivo em 2015, que entrou em vigor em março de 2016, trazendo disposições específicas tanto para a separação litigiosa (art. 693), quanto para a consensual (arts. 731 e seguintes).

A título de exemplo, da leitura do art. 693 do CPC/2015, extrai-se que o procedimento especial das ações de família aplica-se também aos processos contenciosos de separação; ao passo em que os arts. 731 e 732 indicam a possibilidade da separação consensual judicial; e o art. 733, da separação consensual extrajudicial. Também há menção à separação no art. 23, III (que, no campo do direito internacional privado, trata da competência da autoridade judiciária brasileira), no art. 53, I (sobre definição de foro), e no art. 189, II, e §2º (sobre o trâmite de processos em segredo de justiça). Tratar-se-ia de mais uma cristalina sinalização do entendimento do legislador de que o direito material subsiste.<sup>33</sup>

Ademais, a separação extrajudicial, incluída no CPC/1973 pela Lei nº 11.441/2007, foi igualmente reproduzida pelo CPC/2015, além de regulada na Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina, dentre outros, “a lavratura dos atos notariais relacionados a separação consensual por via administrativa”. Dita resolução, cumpre dizer, foi alterada em 2020 pelo Provimento nº 326 do CNJ, que, uma vez mais, manteve regulada a figura de forma expressa, reforçando sua permanência no sistema.<sup>34</sup>

Na mesma linha da regulamentação legal da separação, judicial ou extrajudicial, foram aprovados importantes enunciados interpretativos, corroborando a autonomia das partes em poderem optar pela separação como forma de pôr fim à sociedade conjugal, mantendo, todavia, o vínculo conjugal. É precisamente nesse sentido o Enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil (CJF): “A Emenda

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 174.

<sup>34</sup> A propósito, com a redação dada pela Resolução nº 326/2020, o art. 1º da Resolução nº 35/2007, que antes aludia à lavratura “dos atos notariais de que trata a Lei n. 11.441/07”, passou a expressamente aludir à separação no dispositivo reformado, para indicar que “Para a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil”. Também os arts. 6º e 7º da resolução, ambos sobre gratuidade, aludem expressamente à separação.

Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”. Da mesma forma, em linha com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 66/2010, foram aprovados os Enunciados nº 515, nº 516 e nº 517,<sup>35</sup> todos na V Jornada de Direito Civil (CJF), que de alguma forma revelavam a permanência do instituto. Por fim, foi recentemente aprovado, em 2022, o Enunciado nº 53 da I Jornada de Direito Notarial e Registral (CJF), em que se lê: “É admissível a escritura de restabelecimento da sociedade conjugal, ainda que haja filhos incapazes ou nascituros”.<sup>36</sup>

Aliás, esse sistema dualista, que admite ao casal optar pelo divórcio ou pela separação, não é exclusividade do regime adotado pelo Brasil, encontrando a solução amparo em outros sistemas, como no direito português, em que existe expressa previsão de divórcio e de separação judicial como procedimentos autônomos, respectivamente tratados nos arts. 1.773-1.793-A e arts. 1.794-1.795-D, todos do Código Civil português, podendo o casal escolher a opção que melhor atenda a seus interesses. Em especial, destaque-se o disposto no art. 1.795-A, no sentido de que a separação judicial não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência; ao passo em que o art. 1.795-C informa que “os cônjuges podem a todo o tempo restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais”.

<sup>35</sup> Enunciado nº 515 da V Jornada de Direito Civil (CJF): “Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual”; Enunciado nº 516 da V Jornada de Direito Civil (CJF): “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”; Enunciado nº 517 da V Jornada de Direito Civil (CJF): “A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão”. Deste último enunciado, extrai-se a permanência da possibilidade de conversão da separação em divórcio, não havendo que se falar, nesse caso, em exigências do cumprimento dos efeitos da separação para se decretar o divórcio, reconhecido como direito potestativo.

<sup>36</sup> A assertiva é coerente com o sistema e com a disposição da Lei nº 11.441/2007, que possibilita a realização de separações e divórcios pela via extrajudicial, extraindo-se de sua justificativa o seguinte: “Apesar de a Resolução n. 35/2007 do CNJ não prever expressamente a possibilidade de realização do procedimento de restabelecimento da sociedade conjugal, pela via extrajudicial, em tais casos (existência de filhos menores, incapazes ou nascituros), este não pode ser negado às partes, por constituir instrumento deveras importante à proteção da família, com fulcro nos Princípios do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente (CF, art. 227), da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente (CF, art. 227), Princípio da Paternidade Responsável (CF, art. 226, parágrafo sétimo), Princípio da Especial Proteção do Estado à Família (CF, art. 226) e demais princípios norteadores do Direito de Família Contemporâneo, os quais, por sua natureza constitucional, autorizam o restabelecimento da sociedade conjugal pela via extrajudicial ainda que existam filhos menores ou incapazes do casal, assim como nascituros”.

### 3.3 Fundamentos do direito das famílias na contemporânea legalidade constitucional

De início, convém salientar que qualquer incursão no âmbito da disciplina das relações familiares é frustrada se não percorrer a tábua axiológica constitucional, que conforma o atual estatuto familiar. Nesse sentido, a pluralidade das entidades familiares, constitucionalmente estabelecida no art. 226, permitiu que arranjos não fundados no casamento sejam igualmente merecedores de tutela no ordenamento jurídico brasileiro. O reconhecimento do rol meramente exemplificativo dos modelos familiares e seu caráter não hierárquico promoveram significativa transformação na seara do direito das famílias, abandonando seu viés institucional e autocentrado.

Por conseguinte, o paradigma da família fundada exclusivamente no casamento se dissolve. Se, sob o ângulo de uma sociedade patriarcal, fortemente influenciada por dogmas religiosos, se sustentava um modelo único de família alicerçado no sacramento do matrimônio, contemporaneamente essa compreensão é superada, e se reconhece o merecimento de tutela de outros arranjos familiares capazes de promover, prioritariamente, a realização plena da personalidade de seus integrantes, por meio da construção de uma comunhão de vida capaz de unir as pessoas não mais por laços de conveniências ou imposições sociais, mas por vínculos de afeto e de solidariedade. O valor substancial do afeto alcança, assim, prioridade sobre as formalidades dos vínculos, a tornar muito mais humanas e pulsantes as relações jurídicas de família, flexibilizando, com grande elasticidade, os requisitos para a constituição e dissolução da família.

De todo relevante gizar que a pluralidade e a diversidade retratam as sociedades contemporâneas, o que impõe considerar a família como categoria sociocultural, de modo a impedir qualquer interpretação reducionista de seu conceito. Tal constatação denota seu dinamismo como comunidade intermediária culturalmente determinada e em constante mudança, em consonância com um direito laico, inclusivo e promocional, a fim de que as desigualdades, preconceitos e discriminações sejam de todo eliminados.<sup>37</sup>

Sob o marco da Constituição de 1988, atribui-se à família proteção especial na medida em que se compreende seu relevantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, portanto, é condicionada ao atendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção

<sup>37</sup> V. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: Transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Org.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 609-624.

do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. Patente, por conseguinte, que a manutenção da separação formal de vontade de ambos os cônjuges atende aos seus interesses e promove a liberdade existencial, eis que permite a reconciliação e atende a outros desejos de foro íntimo do casal.

Indispensável afirmar que o direito à vida privada resguarda e tutela o núcleo doméstico-familiar, ou seja, a comunhão conjugal configura uma redoma de intimidade que é inviolável pelo Estado, que deve respeitar as decisões calcadas na liberdade existencial dos consortes, que não atingem terceiros. Nesse sentido, deve-se promover a dignidade no espaço relacional da conjugalidade da forma mais ampla possível, cabendo ao legislador respeitar a reserva de intimidade, espaço não legislado, mas tutelado juridicamente, no qual os cônjuges possam construir o conteúdo da vida conjugal a partir de suas realidades, o que permite a ambos o desenvolvimento de suas personalidades, sem que isso possa anular ou submeter o outro unicamente a seus desejos.<sup>38</sup>

Neste passo, invocam-se as lições preciosas do jurista italiano Stefano Rodotà, que propugnou a construção de espaços de liberdade existencial longe da interferência indevida do direito. Tais espaços revelam a presença de liberdade genuína, ancorada na legalidade constitucional, que afasta a ingerência legislativa demasiada e descabida. Desse modo, a liberdade para a construção do próprio destino há de ser assegurada em matérias como a constituição e dissolução da vida conjugal:

Quando se atinge o núcleo duro da existência, a necessidade de respeitar a pessoa humana como tal, estamos diante do indecifrável (*indecidibile*). Nenhuma vontade externa, ainda que fosse aquela consensualmente expressa em uníssono por todos os cidadãos ou pelo Parlamento à unanimidade, pode tomar o lugar da vontade do interessado.<sup>39</sup>

Sob tal ângulo, a defesa da manutenção da separação formal constitui importante forma de respeito à privacidade do casal, ou seja, afirma-se como garantia de seu círculo de intimidade, que escapa da própria atuação legislativa ou judicial. Em sentido inverso do que é tradicionalmente defendido, a separação formal consensual não é um instituto anacrônico, se não se revela como obrigatório ou forçado, mas fruto da genuína vontade dos cônjuges na construção compartilhada

<sup>38</sup> V., por todos, CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>39</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

do destino da vida conjugal. Revela-se, ainda, como indispensável ao respeito à liberdade religiosa e de crença, constitucionalmente garantida (art. 5º, VI e VIII), na medida em que determinadas religiões ainda professam a indissolubilidade do vínculo conjugal, desaconselhando muitos fiéis a optarem pelo divórcio.

Da mesma forma que dogmas e reminiscências religiosas não têm o condão de ditar a proteção prioritária de uma entidade familiar em detrimento de outra, não há motivos na legalidade constitucional para desautorizar, no âmbito da liberdade existencial, que as escolhas pessoais, notadamente aquelas atinentes às relações afetivas estabelecidas entre as pessoas, sejam realizadas com base em motivos religiosos ou suas próprias crenças. Em tais casos, negar o direito à separação formal – que, repita-se, a lei garante – como opção intermediária a cargo dos consortes, poderá importar no estreitamento das vias disponíveis aos cônjuges, tendo eles necessariamente de escolher entre manter-se vinculados conjugalmente ou, diversamente, pôr fim, vez por todas e de uma vez só, à sociedade conjugal e ao vínculo matrimonial, sem via intermediária.

Por todos os argumentos já declinados, parece-nos, com a devida vênia, que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ, em relação à parte que soterra a separação judicial como figura autônoma no direito brasileiro, desafia importantes reflexões diante da atual concepção de casamento na legalidade constitucional. Os argumentos se distanciam da garantia da autonomia existencial daqueles que compreendem a separação formal (judicial e extrajudicial) no sistema brasileiro como legítima opção que, por quaisquer razões de foro íntimo, o direito não deve adentrar. Reconhecer a separação enquanto figura autônoma significa, em outros termos, dar proeminência à vontade das partes e implica, por conseguinte, regredir o agigantamento da ordem pública a um espaço de respeito à reserva de intimidade e de garantia da vontade legitimamente emanada.

Nessa toada, o direito das famílias contemporâneo é desafiado a desapegar-se de sua índole publicista e imperativa, ampliando a autonomia no exercício de escolhas afetivas, o que corresponde aos anseios de mínima intervenção estatal preconizada pela Constituição de 1988 e projetada no Código Civil, mas que ainda convive com uma regulamentação bastante invasiva na constituição, desenvolvimento e dissolução dos vínculos familiares. Tal contenda – permita-se a insistência – tende a se agravar se extirpada de nosso ordenamento a figura da separação formal judicial, descortinando traço de violência simbólica e institucional em relação aos indivíduos que manifestam sua vontade em apenas dissolver a sociedade conjugal, permanecendo hígido o vínculo.

Em síntese, o que se defende no presente ensaio é que a dissolução do casamento pelo divórcio, por si só, não afastaria a permanência de separação

formal judicial, que não extingue o vínculo conjugal. A Constituição limitou-se – em boa hora, diga-se, por oportuno – a excluir os requisitos que ainda existiam para o divórcio, o que não equivale, todavia, a extinguir a possibilidade de separação judicial ou extrajudicial. A imposição do divórcio como único meio de extinção formal da vida em comum, nessa perspectiva, afrontaria a própria Constituição, que tem a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da vida privada/familiar e a liberdade como princípios basilares.

Por isso, aspectos relacionados à própria intimidade do casal, desde que não interfiram na liberdade de escolha existencial do consorte, não de ser promovidos e respeitados na legalidade constitucional, que não admite desarrazoada interferência no modo de ruptura da vida conjugal.

## Conclusão

A robusta disciplina do casamento na lei civil revela, por si só, a forte intervenção do Estado na relação conjugal, o que torna os cônjuges reféns do legislador que impõe e determina a forma de constituição, manutenção e dissolução da vida conjugal. Por outro lado, os fatos da vida real são incansáveis em demonstrar que a vontade das pessoas na expressão do amor e do afeto na comunhão conjugal não está aprisionada aos comandos legais.

Decerto que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ atende aos reclames da segurança jurídica, uma vez que tal questão já demandava há tempos por um entendimento pacificado. Nessa linha, a manifestação no sentido de suprimir a separação como requisito para o divórcio é extremamente acertada e cristaliza, finalmente, uma concepção que privilegia a liberdade dos cônjuges para fins de dissolução da relação conjugal, coroando um percurso de décadas na construção de um direito de família menos interventivo. No entanto, a mesma decisão parece refletir certa incoerência, na medida em que sufocou a liberdade dos cônjuges que, por vontade livre e expressa de ambos, poderiam optar pela separação judicial. Ainda, se, por um lado, o caso fonte parece não ter colaborado na compreensão do tema; por outro, dúvidas ainda pairam sobre a matéria e na definição de seus diversos efeitos jurídicos.

Além disso, o entendimento do Supremo Tribunal Federal parece extrapolar a modificação operada pela própria Emenda Constitucional nº 66/2010, ao findar com a separação judicial como instituto autônomo, ainda que preservado o estado civil das pessoas que já estão separadas, por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de ato jurídico perfeito. Vedar a possibilidade de formalizar judicialmente uma situação fática tão frequente na dinâmica realidade concreta

não parece ser um caminho sereno. A separação de fato continuará a existir e a demandar dos intérpretes soluções, não raras vezes, criativas, impondo a releitura dos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil para tais casos.

Ademais, algumas questões ainda estão postas a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ: as normas relativas à separação judicial foram revogadas? A separação extrajudicial ainda é possível no ordenamento brasileiro? É possível aproveitar as normas relativas à separação judicial nos casos de separação de fato? Se, de um lado, a recente decisão propugnou por maior segurança jurídica – o que logrou encontrar na consagração do divórcio incondicionado –, por outro, acabou por trazer à tona ainda mais incertezas em matéria de separação, as quais se transmudam em verdadeiros desafios aos estudiosos dedicados à área, sem que se possa prescindir da dinamicidade dos fatos concretos, que atropelam regras estáticas e consagram o direito vivo.

Em síntese estreita, ao passo em que se optou por vedar ao legislador e às partes a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal sem a ruptura definitiva do casamento, sacrificou-se a autonomia privada conjugal e o pluralismo propugnado pela Magna Carta. Na legalidade constitucional, a dissolução da vida em comunhão afetiva deveria ser decisão que cabe apenas ao casal, não sendo permitido ao Estado intervir de forma desarrazoada em terreno de liberdade existencial, impondo de forma arbitrária a forma da ruptura, mesmo diante da manifestação de vontade de ambos pela separação formal.

## Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021. v. 2.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: Transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Org.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BORGARELLI, Bruno de Ávila. O instituto da separação no direito brasileiro: sua manutenção após a emenda constitucional 66, de 2010. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 35, abr./jun. 2023.

- BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat: la construction politique de l'alliance et de la parenté*. Paris: PUF, 2018.
- CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: porque a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, n. 46, 2011.
- DINAMARCO, Cândido José. Separação judicial e divórcio: aspectos fundamentais. *In: Doutrinas essenciais: família e sucessões*. [s.l.]: [s.n.], ago. 2011. v. 3.
- GOMES, Orlando. *Raízes sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LÔBO, Paulo. A PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 11, ago./set. 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.
- MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 5, 2016.
- NASCIMENTO, José Moacyr Doretto; CARDOZO, Gustavo Gonçalves. A emenda do divórcio: singelas reflexões. *UOL*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>. Acesso em: 2 out. 2023.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.
- TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV.
- TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6.
- VARELA, Antunes. *Dissolução da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VILLELA, João Baptista. Emenda Constitucional nº 66 – Outras Impressões. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301149/mod\\_resource/content/1/Aula%205%20-%20Texto%20complementar.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301149/mod_resource/content/1/Aula%205%20-%20Texto%20complementar.pdf). Acesso em: 2 out. 2023.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALMEIDA, Vitor; PEÇANHA, Danielle Tavares. Renovado perfil da separação à luz dos contornos atuais do casamento na legalidade constitucional: ensaio a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p. 289-312, jan./mar. 2025. DOI: 10.33242/rbdc.2025.01.013.

---

Recebido em: 19.01.2024

Aprovado em: 11.02.2024