



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**MIKAELE DA SILVA OLIVEIRA**

**EC 66/2010 E A POLÊMICA SOBRE DERROGAÇÃO DA  
SEPARAÇÃO JURÍDICA**

CAMPINA GRANDE – PB  
2013

**MIKAELE DA SILVA OLIVEIRA**

**EC 66/2010 E A POLÊMICA SOBRE DERROGAÇÃO DA  
SEPARAÇÃO JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): **M.e** Maria do Socorro Bezerra Agra

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

O48e Oliveira, Mikaele da Silva.

Ec 66/2010 e a polêmica sobre derrogação da separação Jurídica  
[manuscrito] / Mikaele da Silva Oliveira. - 2014.  
27 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2014.

"Orientação: Profa. Ma. Maria do Socorro Bezerra Agra,  
Departamento de Direito Privado".

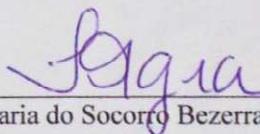
1. Separação jurídica. 2. Divórcio. 3. Casamento civil. 4. EC  
nº 66/2010. I. Título.

21. ed. CDD 346.016 6

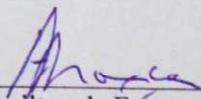
MIKAELE DA SILVA OLIVEIRA

**EC 66/2010 E A POLÊMICA SOBRE DERROGAÇÃO DA  
SEPARAÇÃO JURÍDICA**

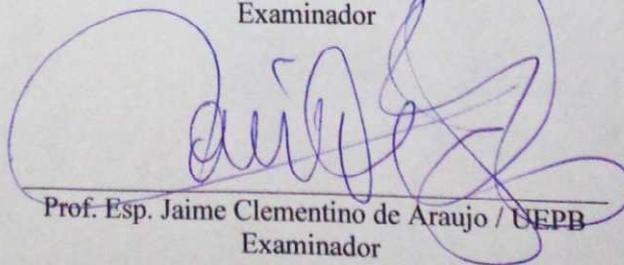
Aprovada em 28/02/2014



Prof.ª M.e Maria do Socorro Bezerra Agra / UEPB  
Orientadora



Prof. M.e. Amílton de França / UEPB  
Examinador



Prof. Esp. Jaime Clementino de Araujo / UEPB  
Examinador

# EC 66/2010 E A POLÊMICA SOBRE DERROGAÇÃO DA SEPARAÇÃO JURÍDICA

OLIVEIRA, Mikaele da Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

Diante da polêmica que se instalou, doutrinariamente, sobre a derrogação ou não derrogação da separação jurídica pela Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal e dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, procurou-se analisar, neste artigo, as alterações produzidas pelo citado ato legislativo. A EC n 66/2010 operou uma significativa modificação no Direito de Família, citando-se aqui apenas uma, para deixar as demais para o desenvolvimento do assunto: derrogação dos prazos para o divórcio, pela introdução do verdadeiro divórcio direto. A mudança impôs festejada e bem-vinda desburocratização ao processo de dissolução do casamento, porquanto agora se pode falar em celeridade e economia processual. Por outro lado, algumas vozes defendem que a mudança não chegou a derrogar a separação jurídica. Este artigo versa exatamente sobre tal controvérsia doutrinária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Separação jurídica. Derrogação. Divergências. EC nº66/2010.

## INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido na doutrina sobre a derrogação da separação jurídica acarretada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010. Com a sua vigência, o art. 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal foi alterado, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Sem dúvidas, o objetivo desta Emenda é de tornar mais ágil o divórcio, acatando um legítimo reclamo da sociedade brasileira para desburocratização do divórcio, considerando que a exigência de um processo prévio de separação se traduz de forma demorada e de dolorosa, prolongando desnecessariamente o tempo de repercussão desconfortável do fato navida da família. Fora isso, o dualismo de processos, como exigia-se antes da EC nº 66/2010, ocupava,

---

<sup>1</sup>Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus I, Campina Grande, PB, Centro de Ciências Jurídicas. E-mail para contato: mkloliveira@hotmail.com.

inutilmente, o Judiciário por duas vezes, tempo que poderia ser reservado para a prestação jurisdicional solicitada por outros jurisdicionados.

A discussão se inicia quando alguns operadores do Direito expressam o entendimento de que ainda haveria possibilidade jurídica para a separação jurídica do casal, tanto mediante ação judicial como administrativamente, em cartório, como prevista na Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. No entanto, pode-se até afirmar que de modo majoritário, a doutrina pugna que houve a derrogação da separação jurídica (tanto por sentença, em ação judicial, como por escritura pública, em cartório), que ela não mais existe. Portanto, não mais constitui alternativa para dissolução da sociedade conjugal, foi derogada do ordenamento de família. Tal corrente, a qual se associam outros operadores do direito, afirma que seria impraticável a concessão de separação jurídica, hoje, devido à derrogação constitucional do instituto e que, como a antiga norma foi fulminada pela Lei Maior, por óbvio, não necessita de lei ordinária para derogá-la do Código Civil.

O presente artigo tem por escopo demonstrar, com argumentos jurídicos e práticos, que a alteração do texto constitucional, com a supressão de requisitos para o divórcio, não derogou o instituto da separação, pelo contrário, ambos coexistem no sistema jurídico.

No primeiro momento, oferece um esboço histórico sobre o advento da separação, à época denominada desquite, incluindo o motivo de sua admissão e permanência por tanto tempo no ordenamento jurídico brasileiro.

Abordam-se, também, as repercussões provocadas pela Emenda nº66/2010 no Direito de Família contemporânea.

Em seguida, serão tratadas as divergências doutrinárias sobre a derrogação ou não derrogação da EC nº 66/2010, apresentando-se argumentos jurídicos invocados contra e expondo-se a tese defendida de que houve, sim, a derrogação.

A motivação para a escolha do tema foi justamente a eliminação jurídica, há muito esperada, de uma norma ineficaz, insustentável e obsoleta, que apenas adiava a dissolução pelo Estado de um vínculo matrimonial que já se encontrava extinto de fato pelo casal, a quem, realmente interessa manter ou não o casamento e somente a quem compete tal decisão.

O método de estudo utilizado no trabalho foi o hipotético-dedutivo. Pesquisas foram feitas sobre o histórico do desquite e da Lei do Divórcio, assim como sobre o contexto histórico que motivou a edição da Emenda Constitucional nº 66/2010, para se apurar a interpretação histórica da citada emenda e chegar-se à conclusão sobre qual das duas correntes doutrinárias está com a razão sobre a derrogação ou não da separação jurídica. Outro aspecto que não passou

ao largo deste estudo foram os efeitos produzidos pela EC nº 66/2010. Para tanto, doutrina, julgados e jurisprudência constituíram as ferramentas de pesquisa por excelência.

## 1 ESCORÇO HISTÓRICO DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

É natural ao homem tornar-se membro integrante de um organismo familiar, envolvendo-o por toda sua existência. Da instituição matrimonial ou convivencial (dentre outras modalidades de instituição de família, reconhecidas na atualidade), surge uma família e, inevitavelmente, com ampla probabilidade, pode ocorrer, no futuro, o término do consórcio entre o par que a formou. Deste modo, as uniões entre pessoas têm caráter temporário, não perpétuo. No entanto, enfatize-se, embora o Estado possa pôr fim à sociedade conjugal e ao casamento, ele não dissolve a família, até porque família e casamento são realidades distintas. A família sempre possuiu um perfil peculiar.

Antes da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro abrigava o modelo patriarcal de família, reconhecendo como legítima apenas a que nascia do casamento civil, razão por que voltava às contas a qualquer outra formação familiar. Na estrutura do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel, constituindo a única modalidade legal de constituição de família. Toda e qualquer união extramatrimonial era tida como ilegítima, sendo mera sociedade de fato, não merecendo a tutela do Direito de Família, mas, quando muito, do Direito das Obrigações.

Nascida sob o comando da cultura substancialmente patrimonialista, a legislação civil de então tinha como preocupação maior a família, a propriedade e o contrato, mas tudo dentro da perspectiva do **ter**, não do **ser**. Só com a valorização dos direitos humanos e o reconhecimento das significativas mutações por que passou e continua a passar a família foi que o direito se submeteu ao fenômeno da repersonalização, passando a enxergar e tutelar a pessoa humana como centro ao redor do qual devem gravitar as leis, não mais subestimando-a para favorecer o aspecto meramente patrimonialista da vida.

Assim, a família era patriarcal, não se fundava no afeto, mas na conjugação do patrimônio das famílias que se uniam pelo casamento de seus filhos, daí que interessavam, e muito, a essa engenharia familiar a indissolubilidade do casamento, a capacidade relativa da mulher e o monopólio do poder pelo varão. A mulher, coitada, não passava de *res*. Dentro dessa estrutura, não causa admiração o fato de o Código Civil de 1916 conceder ao homem o “título” de chefe da família ou cabeça do casal, tratando a mulher como mera colaboradora.

Pôr fim ao casamento significava repartição do patrimônio e isso não interessava à sociedade civil da época. Além do mais, havia o rígido controle exercido pela Igreja Católica, para quem o casamento é um sacramento e, como tal, não pode ser desfeito, “é até que a morte os separe”. Tanto é verdade que a legislação cível, reflexo da cultura cultivada no modelo patrimonialista, mantinha-se rigorosa sobre a conservação do casamento, em que pese toda tentativa de se instalar o divórcio no Brasil. De acordo com o autor Paulo Lôbo,<sup>2</sup> “nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, o qual sofreu forte resistência das organizações religiosas católicas”.

Apesar das devidas flexibilizações, ainda hoje o Código em vigor apresenta resquícios daquela época, não se pode deixar de constatar o aspecto patrimonialista do chamado “novo Código Civil”. Só para exemplificar, eles estão presentes, entre outras situações, nas regras disciplinadoras dos impedimentos para o casamento, nas formalidades para sua celebração, nos direitos e deveres dos cônjuges e nos regimes de bens.

Foi nesse contexto que em 1916, com o advento do Código Civil, o ordenamento regulamentou o desquite, termo usado para designar a dissolução da sociedade conjugal, pela qual se separavam os cônjuges e seus bens, porém sem quebra do vínculo matrimonial. Portanto, quem era desquitado permanecia casado, não podia casar novamente.

O termo desquite era uma alusão a “não quites”, isto é, os desquitados representavam alguém em débito para com a sociedade porque não mantinham vida em comum.<sup>3</sup> Apesar de oficialmente casados, o vínculo era apenas de fachada, mas somente poderia ser extinto em caso de morte a teor do art. 315, III, do Código Civil de 1916<sup>4</sup>: “Art.315. A sociedade conjugal termina:III - Pelo desquite, amigável ou judicial”.

Ao tempo da instituição do casamento civil pelo Decreto nº 181/1890, esse diploma utilizava o termo divórcio, porém, não com o significado atual (rompimento do vínculo conjugal), mas no sentido de separação mesmo.

---

<sup>2</sup>LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149.

<sup>3</sup> Desquite provém de quitar: latim medieval *quitar*, significando silenciar, deixar quieto. Trata-se de alteração do latim clássico *quietare* (repousar, descansar) formado a partir de *quietis*, caso genitivo de *quies* (repouso). O repouso final é a morte, donde emana a expressão *requiescat in pace* (descanse em paz). A palavra quitar ensejou os sentidos de arquivo morto, conta paga, obrigação já cumprida. Outras palavras, nascidas da mesma raiz, acrescidas de prefixos, produziram significados diferentes, como é o caso de **desquite** e inquieto, **desquitar** e inquietar, todas **passando a ideia de que nada repousou ainda, nada foi resolvido**. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2508495/etimologia%20instituto%20da%20palavra.pdf>>. Acesso em: 23/02/2014.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n.º 3071, de 01 de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm)>. Acesso em: 14/01/2014.

No Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, foi disciplinada a separação de corpos nas seguintes causas, consideradas aceitáveis: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos; e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos. Tal disposição, deu ensejo ao art. 317 do Código Civil de 1916<sup>5</sup>:

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

No referido Código, a separação de corpos estava prevista no art. 223, nos casos de nulidade e anulação de casamento<sup>6</sup> ou mesmo de desquite.

O desquite podia ser amigável ou litigioso. Partilhava-se o patrimônio comum (se o regime fosse o da comunhão parcial o universal de bens), definia-se o sistema de guarda dos filhos menores e fixavam-se os alimentos. No entanto, só era concedido se encontrasse fundamento no art. 317 do Código Civil de 1916

Impedidos de se casarem novamente, os desquitados caíam na ilegitimidade de suas novas uniões familiares, intensificando o número de concubinato, mera sociedade de fato. Muitos novos pares se casavam no Uruguai, embora tal casamento não fosse reconhecido aqui. Mas se homem desquitado, que se casava no Uruguai, era aceito com certa normalidade, com mulher não era assim. “Casada no Uruguai” era um adjetivo pouco recomendável para elas. Mulher “honesta”, segundo a sociedade preconceituosa, não fazia isso. Assim, percebia-se um preconceito de gênero: diferentemente dos homens, as mulheres desquitadas não eram socialmente bem-vistas. Suas condutas ficavam sob a mira do juiz, qualquer descuido e logo perdiam a guarda dos filhos.

Mesmo com este panorama legislativo, as pessoas não se sentiam impedidas de findarem seus relacionamentos. Havia um volumoso contingente de pessoas que, embora convivendo em

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n.º 3071, de 01 de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11463744/artigo-317-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>> . Acesso em: 14/01/2014.

<sup>6</sup> As ações de nulidade absoluta ou relativa do casamento perderam muito em importância com o advento do divórcio. Antes, constituíam o único meio de alguém se safar verdadeiramente de um casamento que não deu certo. Hoje, não, com o divórcio em vigor, poucas pessoas preferem submeter-se à invasão de intimidades, a vexames e humilhações, como é praxe ocorrer em ações de nulidade de casamento, se o divórcio representa medida rápida, eficaz e preservativa da dignidade da pessoa humana.

prolongado tempo com alguém, não estava protegido pelo Direito de Família. Estimulado por pressão social, o ordenamento jurídico pátrio somente aceitou o divórcio no ano de 1977, após o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de Julho de 1977, que deu nova redação ao §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967<sup>7</sup>, eliminando a indissolubilidade do casamento. *In verbis*, antes e depois da citada modificação:

#### **TÍTULO IV DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA**

**Art. 175.** A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

**§ 1º** O casamento é indissolúvel.

**Art. 175.** A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos". (Redação dada pelo Art. 1º da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977.)

Art. 2º da EC nº 9/1977: A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

Ainda em 1977, em 26 de dezembro, foi editada a Lei nº 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, que regulamentou a dissolução da sociedade conjugal (separação judicial) e do vínculo matrimonial (divórcio).

É importante registrar que o divórcio somente foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro depois de uma árdua batalha de seus defensores, que se iniciou nos idos de 1893 pela primeira proposição sobre a matéria, apresentada pelo deputado Érico Marinho e rejeitada por conta de pressão de grupos religiosos liderados pela Igreja Católica. Em 1896 e 1899, renovava-se a tentativa na Câmara e no Senado, revelando-se novamente infrutífera. Nova investida, sem êxito, foi tentada em 1900. Já em 1934, a indissolubilidade do casamento torna-se preceito constitucional (Constituição do Brasil de 1934).

As constituições seguintes mantiveram o dogma da indissolubilidade do casamento até que, em 1977, como explanado antes, o matrimônio pode tornar-se dissolúvel. Desta feita, por proposta bem sucedida do senador Nelson Carneiro. E aqui registre-se que o divórcio somente foi aprovado porque o Estado brasileiro, embora laico, aquiesceu aos “imperativos” da Igreja Católica a fim de que fosse revogada a indissolubilidade do casamento: a lei reguladora teria

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1967). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10601647/artigo-175-da-constituicao-federal-de-1967>>. Acesso em: 14/01/2014.

de prever a separação judicial, com normas restritivas de decurso de tempo e de apuração de culpa, como também com regra que previsse o restabelecimento da sociedade conjugal, mesmo após a decretação da dissolução da sociedade conjugal. Assim, iniciou-se o ineficaz e criticado sistema dual da separação judicial e divórcio, regulamentados pela Lei do Divórcio (LDi).

Fora isso, a lei permitia o divórcio uma única vez. Se uma pessoa solteira se casasse com uma pessoa divorciada, não seria concedido novo divórcio, caso o casamento não obtivesse êxito. A respeito, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>8</sup> comentam que:

[...] o divórcio logo de início foi admitido de maneira extremamente tímida. Assim, somente era admitido um único divórcio por requerimento da pessoa interessada e desde que precedido do longo prazo de cinco anos de separação judicial”.

A LDi substituiu a denominação “desquite” por “separação judicial”, mas a mudança foi apenas de nomenclatura, porque desquite e separação judicial têm o mesmo significado.

Com o surgimento da Constituição de 1988, desencadeou-se a facilitação para a dissolução do casamento, abreviando o lapso temporal para o divórcio por conversão, precedido de uma separação judicial, diminuindo o prazo para um ano e acrescentando uma nova modalidade de dissolução do casamento, o divórcio direto, independentemente de prévia separação judicial, contudo dependente de prazo legal.

O ordenamento jurídico então passou a abraçar o divórcio considerado direto e o indireto, tanto na forma consensual como na litigiosa, este último dependendo da conversão da separação judicial em dissolução do vínculo matrimonial. Dispunha o art. 226, § 6º, da CF/1988:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O divórcio indireto ou por conversão, ocorria após decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença de decretação da separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos. Já o divórcio direto, operava-se após ter transcorrido mais de dois anos da separação de fato dos cônjuges, ou seja, seu único requisito era que os cônjuges estivessem separados de fato há pelo menos dois anos consecutivos, e havia também a possibilidade de ser operado em cartório, mas só depois do advento da Lei nº 11.441, de 4 de

---

<sup>8</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVELD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P318.

janeiro de 2007 (Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.)

A separação e o divórcio são institutos que não se confundem. A separação funcionou como mero paliativo, ou melhor, teria sido uma espécie de **placebo jurídico**: a pessoa nem estava casada de fato nem divorciada de direito, era um verdadeiro “parece, mas não é”. Isso porque somente o divórcio e a morte põem fim ao casamento. Então, no famigerado sistema dual, a separação judicial ou administrativa punha fim apenas à sociedade conjugal e unicamente o divórcio extinguiu (e extingue) o casamento.

Fora isso, era por demais criticada a regra do art. 1.572, *caput*, do CC/2002, porque tida como totalmente obsoleta, retrógrada. Era por essa regra que a lei permitia a apuração de culpa pela falência do casamento, tanto que a doutrina fazia a seguinte classificação sobre a separação judicial: **separação-sancção** (era a prevista no *caput* do mencionado art. 1.572), porque um dos cônjuges imputava ao outro culpa pelo insucesso do matrimônio (na modalidade considerada como grave infração dos deveres conjugais), constituindo a única hipótese em que se discutia a famigerada culpa e única também a admitir reconvenção e a **separação-remédio** (art. 1.572, §§ 1º e 2º), em que não se discutia culpa (o § 1º contemplava a *separação-falência*, decorrente da ruptura da vida em comum e o § 2º tutelava a *separação por grave doença mental, manifestada após o casamento*).

Entre tantas críticas dirigidas ao exame da culpa, a doutrina alegava que o Código queria apurar objetivamente uma causa subjetiva, o que tornava impraticável e injusta a regra. Gostar ou deixar de gostar são situações que pairam no âmbito das emoções, razão por que não comportam exame ou mensuração objetiva, principalmente, porque avaliadas por um terceiro completamente estranho à vida íntima do casal: o juiz.

Completavam os críticos, alegando que em Roma o direito já percebia que só havia casamento enquanto existisse amor. Assim, permitia o divórcio sem indagação de culpa ou imputação de culpa pelo desfazimento do matrimônio. Contrariamente, aqui no Brasil, em pleno século XXI, o ordenamento ainda abrigava (e alguns entendidos ainda querem conservar) a indagação: “de quem foi a culpa pela falência do casamento?”. “A este cominem-se as penas devidas”. Que penas seriam estas? A perda do nome de casado ou casada e a perda de alimentos, salvo os indispensáveis à sobrevivência, se o culpado não tivesse parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho – CC, art. 1.704, parágrafo único.

Com a vigência do Código Civil de 2002, a Lei do Divórcio foi derogada em boa parte, ficou valendo só para os aspectos processuais, porque o direito material (ou direito substantivo)

passou a ser regulamentado pelo citado código, com as modificações introduzidas pela EC nº 66/2010, a qual introduziu no ordenamento o verdadeiro divórcio direito, desburocratizado e em condições de ser concedido com celeridade.

## **2 Diferença entre separação judicial e separação jurídica**

Com o surgimento da Lei nº11.441, no ano de 2007, criou-se a possibilidade da separação extrajudicial, em que as partes podiam, mediante consenso, pôr fim à sociedade conjugal ou ao próprio casamento, de forma rápida, sem se apurar prazo ou culpa, fazendo em cartório por escritura pública, dispensando, assim, a intervenção judicial. Por essa nova sistemática, bastavam os cônjuges registrarem a escritura pública de separação no cartório onde se encontra lavrado o assento de casamento.

Este procedimento especial como nova modalidade inserida pelo legislador, possibilitava um procedimento mais rápido, o que se coaduna perfeitamente com o princípio constitucional da duração razoável do processo, exigindo a lei, principalmente, que: a separação fosse consensual, os cônjuges fossem casados por mais de um ano e não possuíssem filhos menores ou incapazes. A separação extrajudicial ou administrativa (também conhecida como cartorária) dava aos cônjuges a oportunidade de obterem maior celeridade na dissolução da sociedade conjugal pela inexistência de cumprimento de certas formalidades e prazos processuais, a exemplo do trânsito em julgado da sentença.

O art. 1.124-A tem a seguinte redação:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

A separação extrajudicial era uma faculdade do jurisdicionado, que, caso desejasse, continuaria podendo ajuizar a competente ação judicial. Assim, coexistiram a separação judicial (feita mediante ação judicial e concedida por sentença homologatória ou decisória) e a separação administrativa ou extrajudicial (providenciada em cartório, por escritura pública). Por isso, como foi acrescida a administrativa e não mais havia somente a separação judicial, a doutrina racionalizou o assunto: agora havia a separação jurídica, gênero de que eram espécies a separação judicial e a separação extrajudicial.

A manifestação de vontade perante o notário, depois de firmada a escritura, era irretratável, mas, como se tratava de negócio jurídico, poderia ser anulado por incapacidade ou vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, ou fraude contra credores.

No curso da separação judicial litigiosa, caso houvesse conciliação entre as partes, o feito poderia ser convertido em consensual, mediante requerimento ao juiz da causa.

A Lei nº 11.441/2007 continua em vigor, evidentemente, porquanto também regulamenta o divórcio, o inventário e a partilha extrajudiciais.

### **3 Emenda Constitucional nº 66/2010**

Aprovada em 2009 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, a PEC do divórcio (PEC nº 28 de 2009) resultou de proposta sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em duas oportunidades: por intermédio do deputado federal Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ), em 2005, e de Sérgio Barradas Carneiro, em 2007. Também conhecida como a “PEC DO AMOR”, passou a ser considerada como nova revolução no Direito de Família. Na verdade, ela provocou grande mudança no Direito de Família, tanto esperada como bem-vinda mudança.

Da aprovação da citada PEC, surgiu a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010, nascida e editada com o objetivo de modernizar o divórcio no Brasil, erradicando a ideia e a apuração de culpa pela falência do casamento, ao tempo em que promoveu grandedinâmica no processo de dissolução do casamento, porque facilitou a obtenção do divórcio. Nesse sentido, esclarece a PEC 28/09<sup>9</sup> em sua ementa:

Ementa: Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou se comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Com aplicabilidade imediata, a separação jurídica deixou de ser contemplada na nossa Constituição Federal, exceto nos casos de casais que já detinham esse estado civil antes da promulgação da Emenda, porquanto já se tratava de fato consumado por sentença judicial ou escritura pública.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição, nº 28 de 2009. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=91651](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651)> Acesso em 15/04/2014.

Assim, a Emenda Constitucional nº 66/2010 modificou a redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal <sup>10</sup>, que passou a vigor da seguinte forma:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Com efeito, a nova Emenda tornou o conteúdo da norma Constitucional mais objetivo e direto. Neste molde, os cônjuges não precisam mais permanecer casados por motivos meramente morais, religiosos ou sociais, muito menos que mantenham qualquer vínculo apenas para aguardar o transcurso do tempo necessário entre a separação e a possibilidade da conversão em divórcio, por simples exigência legal.

Neste sentido, quando se fala em derrogação da separação judicial, também estará se falando em derrogação da separação extrajudicial, ambas englobadas no gênero separação jurídica, do qual são espécies.

No que se refere à separação judicial, Maria Berenice Dias<sup>11</sup> aponta para a dissolução do vínculo conjugal que de regra, dependia de autorização do Poder Judiciário. Era a sentença judicial que punha fim ao casamento, embora o vínculo matrimonial permanecesse, pois somente a morte e o divórcio podem dissolvê-lo. Com o trânsito em julgado da sentença, os cônjuges restavam separados.

Já na separação extrajudicial, introduzida no ordenamento pela Lei nº 11.441/2007, para que a sociedade conjugal chegasse ao fim não era preciso de autorização do Poder Judiciário, haja vista, que os cônjuges estavam exercendo seu direito potestativo, bastava regularizarem a decisão particular por escritura pública. Assim, precisariam apenas cumprir os requisitos exigidos pela citada lei para restarem separados.

Com a derrogação da separação jurídica, eliminou-se a modalidade de divórcio indireto ou por conversão, pois agora o casal que não quer mais permanecer casado pode partir logo para o divórcio, daí por que chamado de divórcio direto. Isso porque o § 6º do art. 226 da CF, com a nova redação dada pela EC nº 66/2010, ao abolir a separação jurídica, extinguiu os prazos e a perquirição de culpa reclamados no Código Civil.

Diante disso, permanece em vigor apenas o instituto do divórcio nas seguintes modalidades: consensual (pela via judicial ou extrajudicial, a depender da vontade do casal) e

---

<sup>10</sup>BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf226a230.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf226a230.htm)>. Acesso em 15/01/2014.

<sup>11</sup>DIAS, op. cit., p.312.

litigioso (mediante ação judicial). Conseqüentemente, não cabe mais conversão judicial ou extrajudicial em divórcio, para quem se encontrava na situação de separado juridicamente antes do advento da EC nº 66/2010. Na hipótese, a possibilidade jurídica atual é para o divórcio direto, seja pela via judicial ou extrajudicial.

Como se ressaltou antes, a Lei nº 11.441/2007 continua aplicável apenas para o divórcio extrajudicial, respeitadas as condições por ela impostas para que a dissolução do vínculo matrimonial se faça administrativamente. Se não houver consenso entre o casal, o divórcio haverá de processar-se judicialmente, mediante ação própria.

O certo é que, a partir dessa Emenda o casal, por livre e espontânea vontade, pode dissolver o casamento de maneira mais célere e sem maiores burocracias. A respeito, sustentam os juristas Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho: <sup>12</sup>

O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida.

Pelo visto, até que enfim o Estado entendeu que a ele cumpre respeitar a intimidade do casal, não mais intervindo na autonomia privada das pessoas que não querem mais permanecer casadas. Por isso, passou não só a reconhecer, mas, principalmente, a respeitar o direito potestativo dos cônjuges ao divórcio descomplicado, livre dos inúteis grilhões burocráticos impostos pelo mesmo Estado que agora dá a mão à palmatória. É a justa e merecida vitória da dignidade humana.

É notório que o Estado, legiferante e juiz, cedeu ao bom senso quando reconheceu a importância de uma atuação multidisciplinar, ou seja quando aceitou o fato de que o direito é insuficiente para, sozinho, explicar o fenômeno chamado **família**. Então, nessas funções, o Estado teve que prestar atenção ao que dizem a Psicologia, a Sociologia, a Antropologia, a Filosofia, a Demografia, a Ecologia etc. sobre a família. Somente assim se pode obter suporte científico suficiente para a prática de uma interpretação evolutiva, ao alcance de alteração constitucional e infraconstitucional, quer dizer, comportamento que passou a plasmar o direito atual brasileiro.

Após a promulgação da Emenda, a maioria dos juristas e a extensa parte da doutrina constataram que, a partir dela, o instituto da separação jurídica desapareceu do nosso sistema,

---

<sup>12</sup> **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.537.

levando consigo a exigência de prazos e a perquirição de culpa pelo extinção da sociedade conjugal. Com isso, reconhecem que não há mais causa jurídica para amparar pedido judicial de separação ou que permita que ela se faça administrativamente.

Neste molde, para a maioria dos juristas, a Constituição, com o implemento da Emenda, a Constituição derogou a legislação infraconstitucional antecedente sobre a separação jurídica, haja vista serem incompatíveis com o novo teor do § 6º do seu art. 226. Mais ainda: afirma, acertadamente, que o § 6º do seu art. 226 da CF é autoaplicável, dispensando lei infraconstitucional de revogação expressa dos artigos do Código Civil que tratam da matéria. Em suma, tem eficácia plena e imediata.

O ponto de vista dos que pensam diferentemente poderia prosperar se bastasse uma interpretação literal do dispositivo. Todavia, não é assim, não se pode desprezar as exigências de se fazer interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma, como lembra Paulo Lôbo<sup>13</sup>. Mais à frente, acrescenta o mesmo autor<sup>14</sup>:

A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeito *ex nunc*:

I - Caput do art. 1.571, por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo conjugal. Igualmente revogada está a segunda parte do § 2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive;

II - Arts. 1.572 e 1.573, que regulam as causas da separação judicial;

III - Arts. 1.574 a 1.576, que dispõem sobre os tipos e efeitos da separação judicial;

IV - Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro;

V - Art. 1580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação judicial;

VI - Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge em razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio, a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1.694.

Por fim, consideram-se revogadas as expressões “separação judicial” contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio.

Baseado em sustentação jurídica, o divórcio passou a se caracterizar, portanto, como um simples direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação de fato ou qualquer outra circunstância indicativa da falência da vida comum. Vale dizer que o divórcio é extremamente mais vantajoso do que mera separação judicial.

Com a vigência única do divórcio, inúmeras foram às vantagens, não só no âmbito jurídico, mas também nos âmbitos psicológico e econômico. No jurídico, porque, pelo divórcio,

---

<sup>13</sup> Op. Cit., p. 151.

<sup>14</sup> LÔBO, op. cit., p.165.

não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento. Isso representa ganho para a Justiça, pois o tempo que dedicaria a dois processos, se persistisse o sistema dual, agora é despendido somente com uma ação. Sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos, pois que prolongava o desconforto emocional das partes, possibilitando que o casal parta direta e imediatamente para o divórcio. Na ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.

### 3.1 Por que houve derrogação da separação jurídica?

É corriqueiro o modo de nomear como revogação, o ocorrido no § 6º do art. 226 da Constituição, em face da Emenda nº66/2010. Todavia uma análise técnica isolada desse dispositivo aponta que houve, sim, uma derrogação.

Não é demais lembrar que a *revogação* pode ser total ou parcial. A revogação total é denominada de *ab-rogação*, enquanto a parcial é chamada de *derrogação*. A ab-rogação fulmina por completo a eficácia da lei anterior. A derrogação atinge apenas uma parte dela, subsistindo as disposições não alcançadas. Portanto, a revogação é o fenômeno pelo qual uma lei perde a sua vigência, o que não é o caso em estudo. O Código Civil continua em vigor, apenas foram derogados os artigos que regulamentam a separação. O mesmo se aplica ao Código de Processo Civil (CPC), art. 1.121-A, à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942 com Ementa determinada pela Lei nº 12.376/2010) e à Lei nº 11.441/2007. O art. 1.121-A do CPC e a Lei n 11.441/2007 continuam aplicáveis no que concerne ao divórcio.

Seus tipos podem ser classificados em: revogação expressa, quando a lei indica o que está a ser revogado; revogação tácita, quando a norma revogadora é implícita e a revogação resulta da incompatibilidade entre as normas; revogação de fato, ocorrendo quando a norma cai em desuso; ab-rogação, acontecendo quando a lei posterior revoga a lei anterior; e derrogação, quando a revogação dá-se parcialmente.

Está aí o motivo pelo qual se considera, em termos técnicos, ter havido a derrogação das regras já comentadas, pois a Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da CF/88, não alterou por completo ditos dispositivos. Pelo contrário, eles foram parcialmente alterados com a eliminação da separação jurídica, mantendo-se o instituto do divórcio em nova perspectiva.

Para se estudar o tema central do §6º do art. 226/CF, é preferível usar a expressão técnica de derrogação, como atribuição específica ao ato normativo. A revogação, seria um termo

utilizado para expressar de forma geral o conjunto de normas infraconstitucionais que teve alteração.

A derrogação das normas infraconstitucionais relativa à separação jurídica, em virtude da Emenda Constitucional nº 66/2010, é ordinariamente implícita, o que abre campo para as discussões adiante apresentadas.

### **3.2 Divergências sobre interpretação à EC nº66/2010**

A implementação desta aparentemente sutil alteração textual promoveu, no ordenamento jurídico pátrio, discussões com consequências impactantes. A começar dos poucos que argumentam que a separação é mais vantajosa que o divórcio, na medida em que admite a reconciliação do casal, caso haja arrependimento. Estes constituem a chamada corrente exegética-racionalista. Contudo, o argumento não prospera porque a prática do dia-a-dia forense demonstra exatamente o contrário: como pouquíssimos casais tentavam a reconciliação nos moldes previstos na lei, não se justificava manter um instituto irrelevante, como a separação provou ser, causando-se prejuízos à maioria.

É de se indagar: quais benefícios a separação produzia? Nenhum, pois se os ex- cônjuges se arrependessem, poderiam voltar a casar entre si. Outra coisa: seus efeitos equivaliam aos da separação de fato, então, para que conservá-la, qual a vantagem de mantê-la? E os contratempos? Vários, a começar que, providenciada a separação judicial ou extrajudicial, que implicava contratação de advogado, pagamento de despesas judiciais ou extrajudiciais, arrolamento de testemunhas etc. Posteriormente, era preciso providenciar-se a conversão, judicial ou extrajudicial em divórcio e, novamente, tomar-se o preciosos tempo do Judiciário, quando era utilizada a ação judicial, contratar-se advogado, pagarem-se despesas com a medida etc.

Parte da doutrina e jurisprudência, minoritária, diga-se de passagem, insiste em defender que na prática nada mudou com a Emenda Constitucional nº 66/2010 e, assim sendo, a dissolução da sociedade conjugal ainda estaria em vigor na lei infraconstitucional, para quem quisesse pleiteá-la.

A primeira divergência refere-se à permanência da separação jurídica no ordenamento pátrio. A segunda divergência corresponde a que o legislador somente desconstitucionalizou os requisitos do divórcio e que tal emenda teria eficácia mediata, ou seja, precisaria ainda de norma infraconstitucional para regulamentá-la e, desse modo, a norma Constitucional seria meramente declaratória. Portanto, dizem os adeptos de tal corrente, a extinção da separação jurídica só se

daria com uma prévia alteração infraconstitucional e que a simples mudança constitucional não revogaria as normas infraconstitucionais.

Ora, essa é uma visão constitucional medíocre, haja vista que promove uma inversão da hierarquia normativa não aceitável: a lei ordinária, isto é, o Código Civil, subordinaria a Constituição Federal, não o contrário. É de se perguntar: como ficaria a constitucionalização do direito civil? Deixaria de existir? A troco do quê? Se a Constituição da República é a Lei Maior, a ela se subordinem as demais, não há vice-versa a considerar.

Outro argumento para a continuidade da separação é o de que o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não declarou expressamente que revogou a lei ordinária que rege a separação jurídica, havendo, assim, a compatibilidade para a permanência do instituto.

Na quarta divergência, é afastado o argumento de que a vontade do legislador deve prevalecer. Admitem que a sua vontade realmente era a de pôr termo à separação jurídica, porém esse argumento não poderia ultrapassar o que o artigo propriamente diz.

Como se não bastassem os fracos argumentos declinados, acrescentam mais, igualmente sem profundidade ou persuasão jurídica:

- como no § 6º usa-se o termo “pode” (verbo poder), há quem defenda que se trata de uma faculdade, razão por que não teria desaparecido a possibilidade jurídica de concessão da malfada separação (o raciocínio permanece na linha do absurdo, pois que procura ignorar a interpretação histórica da norma, apurando-se o que motivou sua derrogação);
- seria preciso mantê-la, a fim de se poder quantificar o valor dos alimentos, valor esse que estaria condicionado à apuração de culpa de quem os pleiteia, ignorando a derrogação do art. 1.694, § 2º, CC (ora, a culpa não funciona mais como redutora de prestação de alimentos, simplesmente, porque ela foi banida pela EC nº 66/2010, levando com ela as disposições dos arts. 1.702 e 1.704 da lei civil);
- quanto à possibilidade de reconciliação, oferecida pela separação jurídica, também defendida pela corrente aqui aludida, já foi comentada em linhas anteriores.

Muito embora exista defesa sobre a não extinção da separação jurídica pela nova Emenda nº66/2010, os que comungam desse entendimento não apresentaram argumentos capazes de obscurecer ou derrubar o entendimento dos que afirmam ter havido a derrogação do mencionado instituto, os quais, como já foi dito, constituem a maioria convincente, mediante argumentos fundamentados na correta e completa técnica de interpretação jurídica, como se poderá constatar na abordagem que se segue.

#### 4 POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO

Diante do impacto causado pela EC nº 66/2010, responsável pela mudança de paradigma do atual direito das famílias, era de se esperar o surgimento de uma série de comentários, tanto contra como a favor da alteração constitucional. Já foram abordados os argumentos dos que não aceitam a derrogação da separação jurídica. Agora a discussão se volta para as razões do grupo majoritário de doutrinadores que afirma que tal figura foi erradicada do ordenamento de família, levando consigo, numa viagem sem volta, a noção de culpa e a imposição de prazos descabidos. Assim, pugnam pela imediata aplicação da norma constitucional, independentemente de edição de lei infraconstitucional, porque se trata de dispositivo autoaplicável.

Trata-se da corrente abolicionista. Ela fomenta a posição da maioria dos juristas: defende que a nova redação constitucional eliminou prazo para o divórcio e a apuração de culpa, extinguindo, em consequência, o instituto da separação jurídica, que restou totalmente esvaziada. Nesta linha de pensamento, a nova emenda cria o divórcio sem requisitos, não somente como nova forma, mas como única forma de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

A corrente abolicionista foi a que primeiro se manifestou acerca da nova Emenda, isto porque é a mesma adotada pelos que fazem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Este pioneiro posicionamento foi o que tomou conta da maioria dos juristas brasileiros e até mesmo da mídia veiculada no país, adiantando que a Emenda nº 66/2010, dotada de aplicação imediata, eliminava, a um só tempo, os requisitos para divórcio e a própria separação jurídica, porquanto ela está fora de qualquer cogitação do contido na alteração constitucional.

A nova emenda cria o divórcio verdadeiramente direto, porque desprovido de inúteis requisitos temporais. Assim, o procedimento de separação jurídica resta extinto, juntamente com suas indesejáveis peculiaridades.

O acolhimento da não extinção da separação jurídica, implicaria na negativa da aplicação do princípio da força normativa da Constituição; do princípio da máxima efetividade; e ainda do princípio da supremacia Constitucional.

Pelo princípio da força normativa da Constituição, entende-se que na solução dos problemas jurídico-constitucionais devem prevalecer os pontos de vista que são de acordo com os pressupostos da Constituição, contribuindo para uma eficácia plena e imediata da lei fundamental.

O princípio da máxima efetividade diz respeito a que, no caso de dúvidas, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais, então, na questão em discussão, merece que se reconheça maior eficácia ao divórcio.

Por último, o princípio da supremacia constitucional consiste em considerar a Constituição como o conjunto de normas fundamentais de um dado sistema jurídico.

Além da desobediência aos princípios citados, os defensores da não aplicabilidade imediata da Emenda estariam esquecendo que a separação e os requisitos para o divórcio submeteram-se ao princípio da derrogação tácita, por incompatibilidade com a alteração constitucional. Neste contexto, também se posiciona o STF.

Defendendo este posicionamento, o autor Carlos Roberto Gonçalves cita em seu livro *Direito Civil Brasileiro*<sup>15</sup>, que “os efeitos da inovação se estendem para toda a legislação infraconstitucional que revelar incompatibilidade com a nova ordem”.

O jurista Paulo Lôbo<sup>16</sup> não se porta diferente e através da sua interpretação clássica, expõe:

É possível argumentar que a separação judicial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam o Código Civil, porque a nova redação do §6º do art. 226 da Constituição não teria excluído expressamente. Mas esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. Conforme antiga lição, entre duas interpretações possíveis, prevalece a que confere mais efeitos à norma, segundos seus fins sociais, e não a que os reduzem ou suprimem.

Não se pode estender o que a norma constitucional restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a do seu contexto normativo. Entrando em vigor a nova norma constitucional, sua eficácia se torna plena e a sua aplicabilidade imediata. Neste sentido, a jurisprudência registra<sup>17</sup>:

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A APROVAÇÃO DA PEC 28 DE 2009, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, RESULTOU EM GRANDE TRANSFORMAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA AO EXTIRPAR DO MUNDO JURÍDICO A FIGURA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL INTRODUZIDA PELA EC 66/2010, ALÉM DE SUPRIMIR O INSTITUTO DA

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220.

<sup>16</sup> LÔBO, op. Cit., p. 151.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo: APL 260894220108070001 DF 0026089-42.2010.807.0001. Apelação Cível/DF, Relatora: Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, julgamento: 29/09/2010.

SEPARAÇÃO JUDICIAL, TAMBÉM ELIMINOU A NECESSIDADE DE SE AGUARDAR O DECURSO DE PRAZO COMO REQUISITO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE DIVÓRCIO. TRATANDO-SE DE NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA, AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EC 66/2010 TEM APLICAÇÃO IMEDIATA, REFLETINDO SOBRE OS FEITOS DE SEPARAÇÃO EM CURSO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 267 VI CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.” (260894220108070001 DF 0026089-42.2010.807.0001, Relator: ANA MARIA

DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 29/09/2010, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 07/10/2010, DJ-e Pág. 221)

Também vale citar o posicionamento de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona<sup>18</sup>:

Com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre a separação judicial, instituto que passa a ser extinto no ordenamento brasileiro, seja pela revogação tácita, seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante . Pensar em sentido contrário seria prestigiar a legislação infraconstitucional, em detrimento da nova visão constitucional, bem como da própria reconstrução principiológicas das relações privadas.

Sejam as normas Constitucionais regras ou princípios, por evidente não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226/CF qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático foi precisamente determinado.

Vale lembrar também que a motivação para a edição da EC nº 66/2010 foi exatamente a de acabar com o processo de separação jurídica e suas causas, conforme demonstram os debates empreendidos no IBDFAM, órgão responsável pela elaboração da PEC apresentada em duas oportunidades, respectivamente, em 2005, pelo deputado Antônio Carlos Biscaia, e em 2007, por Sérgio Barradas Carneiro, conforme foi abordado linhas atrás.

Para este ponto, vale destacar os termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942 com Ementa determinada pela Lei nº 12.376/2010)<sup>19</sup>, *verbis*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º 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.

<sup>18</sup> GAGLIANO; FILHO, op. cit., p.547.

<sup>19</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.567 de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)> Acesso em 18/01/2014.

Não há que se falar em compatibilidade entre as normas debatidas, se o art. 226, § 6º, CF/88 refere-se somente ao divórcio, enquanto artigos do Código Civil tratam da dissolução da sociedade conjugal, tanto pelo divórcio como pela separação jurídica, ou seja, contempla o combatido sistema dual, o qual é incompatível com a nova redação dada ao referido dispositivo constitucional. Aliás, enfatize-se que a separação representou uma imposição da Igreja Católica por ocasião da aprovação da Emenda Constitucional nº 9/1967, não uma necessidade ou algo reclamado pela sociedade civil, como já foi dito.

A extinção da separação vem ao encontro dos anseios da sociedade brasileira, que cada vez usava menos este instituto ineficaz, uma vez que o rompimento do vínculo conjugal agora ganhou em rapidez e na diminuição dos conflitos entre o casal que se descasa. Por outro lado, a interpretação da corrente que defende sua permanência na legislação infraconstitucional vai de encontro à vontade dos brasileiros, continua pugnando pelo cerceamento da autonomia da vontade e contra à necessária flexibilização na judicialização dos fatos.

Não só a doutrina, mas também a jurisprudência se torna majoritária no posicionamento favorável à derrogação da separação. E é de suma importância a discussão de como se deve interpretar a EC nº 66/2010, não somente na parte teórica, mas também na prática. Por exemplo, no Tribunal de Minas Gerais, é possível encontrar posicionamento que corrobora a tese exposta nesta abordagem. O Relator, Desembargador Bitencourt Marcondes, expõe seu entendimento sobre a questão, como se observa em parte do acórdão<sup>20</sup> aqui transcrita:

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o lapso temporal anteriormente necessário à decretação do divórcio não mais é exigido, sendo dispensável a prova da causa do pedido. Neste sentido, cita-se o entendimento jurisprudencial através da ementa acerca do tema: Com a Emenda Constitucional nº 66/10, para a extinção do vínculo conjugal não mais se discute sobre separação, sanção ou falência.

Mesmo não mencionando todos os acórdãos a favor da Emenda, verifica-se, que no direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição Federal, que ocupa o ápice do ordenamento jurídico.

## **5 EXTINÇÃO DO SISTEMA DUALISTA DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO**

É sabido que antes mesmo da promulgação da Emenda nº 66/2010, as únicas formas de extinção do vínculo conjugal existentes no ordenamento brasileiro eram a morte e o divórcio. Entretanto, adotava-se um sistema dualista, baseado na religião católica que preserva o

---

<sup>20</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível/MG, Rel.: Bitencourt Mar Condes, e Rel. p: Fernando Botelho, Oitava Câmara Cível, Julgamento: 11/05/2011.

casamento como um valioso sacramento, razão de ter sido instituída a separação como forma de dissolução da sociedade conjugal. Na verdade, em face do contexto histórico, sociológico, econômico, religioso e patriarcal da família brasileira do século passado, o Código Civil, embora haja quem o denomine de novo código, tem por inspiração maior esse citado contexto do que o século atual, em que veio a lume. Basta que se observem suas regras: “ele faz tudo para que a pessoa se case, e não poupa esforços para que ela não se descase”, daí a teimosia dos defensores da manutenção do criticável sistema dual (separação e divórcio).

Nos ensinamentos de Cristiano Chaves e Rosenvald, “é possível encontrar no Direito brasileiro a partir do art. 1.571 do Código Civil, duas diferentes linhas de possibilidades extintivas do casamento, as quais são: as causas dissolutivas e as causas terminativas”.

As causas terminativas findam a sociedade conjugal, extinguindo os deveres recíprocos impostos pelo matrimônio, além do regime de bens, e ainda não se permitem novas núpcias (tudo isso também é proporcionado pela separação de fato). Contudo, ainda permanece o vínculo jurídico do casamento: quem é separado não pode casar novamente. Estas causas são apresentadas no art. 1.571 do Código Civil, sendo então: morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e o divórcio.

Pelas causas dissolutivas, não só a sociedade conjugal, mas também o vínculo jurídico é extinto. O Código contempla apenas duas delas: a morte e o divórcio. Ambas fulminam o casamento, permitindo que os antigos cônjuges constituam novas famílias mediante outro casamento (ou escolham a modalidade que lhes interessar para constituírem família).

Portanto, o sistema binário ou dualista de dissolução do casamento traz consigo valores e justificativas calcados numa moral religiosa e social da não facilitação da extinção do casamento e da preservação da família matrimonial, o que não mais se justifica em um Estado laico e democrático.

Após a Emenda Constitucional nº 66/2010, a nova redação constitucional extirpa o sistema dualista de dissolução do casamento, estabelecendo o divórcio como o seu único mecanismo dissolutivo. Ou seja, eliminou o anterior sistema binário para considerar apenas um instituto: o divórcio, o qual, a um só tempo, dissolve a sociedade conjugal e o casamento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como explanado, o advento da Emenda nº 66/2010 ocasionou enorme discussão entre os operadores do direito, especialmente quanto à extinção ou manutenção do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao longo do tempo, muitas foram às alterações feitas na dissolução da sociedade conjugal, até se chegar à inovação trazida ao atual texto constitucional. No decorrer da evolução histórica, constata-se a dura luta empreendida no Brasil para se admitir o divórcio, porquanto algo completamente fora das cogitações da Igreja Católica, instituição que sempre liderou o lobby contra a aprovação legislativa da dissolubilidade do casamento. Embora o Estado brasileiro seja laico, a cultura religiosa sempre teve destacado poder na República, sobretudo, a advinda da Igreja de São Pedro, o apóstolo pescador de peixes e de almas.

O matrimônio, que no início se adjetivava como indissolúvel, levou 477 anos para receber permissão legislativa de dissolução. Isso se consideramos que, desde o descobrimento do Brasil, em 1500, pelos portugueses, a religião predominante sempre foi a católica. Então, o espaço temporal de 1500 a 1977, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 9, soma um total de 477 anos. Mais 33 anos se passaram (1977 a 2010, ano da edição da EC nº 66) para que a autonomia da vontade individual vencesse o jugo imposto pelo Estado/Igreja, mediante o advento do **divórcio direto**, o único “sem peia nem cabresto” derogatórios da vontade particular.

Com o passar do tempo, tornaram-se frequentes os reclamos sociais a respeito da demora nos processos de concessão de separação de corpos ou de conversão da separação jurídica em divórcio e até mesmo de decretação do então considerado divórcio direto. Tudo por conta da exigência do cumprimento de requisitos completamente desnecessários, burocratizantes e invasivos da intimidade e da vontade do casal (prazos, culpa, apresentação de testemunhas, avaliação do julgador sobre os motivos apresentados pelos cônjuges, como se ele, Estado-juiz, tivesse o direito de entender mais e melhor a situação privada das pessoas, seus sentimentos etc.)

As exigências para a anterior concessão do divórcio foram retiradas da lei, pelo alteração no texto constitucional. Assim, a partir da referida EC nº 66/2010, o casal se casa hoje e, querendo, pode se divorciar amanhã, sem dever explicações a ninguém, sem ter de prestar contas de sua intimidade a estranhos, sem ter de se sentir impotente por ter de sufocar sua vontade para cumprir a de outrem.

Eliminou-se o sistema dualista do ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciado na separação jurídica (punha fim somente à sociedade conjugal, mas mantinha um casamento fictício, de aparência, portanto, não satisfazia a vontade do casal) e o divórcio (extinguiu e extingue a sociedade conjugal e o casamento). Desencadeou-se, então, uma expressiva divergência entre os doutrinadores, em relação à continuação ou não, da separação no sistema jurídico brasileiro, dividindo-se as opiniões.

Contudo, prospera a corrente que entende como encerrada a longa carreira da separação jurídica no ordenamento de família, haja vista que todos os argumentos trazidos pela corrente minoritária perdem suas forças diante de uma minuciosa análise do novo texto constitucional em consonância com a evolução social e a nova concepção do direito das famílias. Desta forma, verificou-se que tais argumentos não encontraram sustentabilidade jurídica. Agora, pode-se dizer que o Estado passou a interferir menos na esfera da vida íntima da família matrimonial.

## RESUMEN

Dada la controversia que se ha desarrollado doctrinalmente en la derogación o no derogación de la separación legal no por la Enmienda Constitucional N° 66, de fecha 13 de julio 2010, que da nueva redacción al § 6 del art. 226 de la Constitución Federal y establece la indisolubilidad del matrimonio civil por el divorcio, la eliminación del requisito de la separación judicial previa para más de un año o separación de hecho probado por más de dos años, buscado analizar, en este artículo, los cambios producidos por el acto legislativo mencionado. La EC n° 66/2010 supuso un cambio significativo en el derecho de familia, citando aquí sólo para dejar que el otro para el desarrollo de la asignatura: Derogación de los plazos para el divorcio, por la introducción de la ley real de divorcio directo. El cambio impuso la burocracia célebre y bienvenidos al proceso de desburocratización de la disolución del matrimonio, ya que ahora podemos hablar de la velocidad y la economía procesal. Por otro lado, algunas voces argumentan que el cambio no ha venido a renunciar a la separación legal. Este artículo se centra en exactamente esta controversia doctrinal.

**PALABRAS CLAVE:** Separación legal. Derogación. Divergencias. EC 66/2010.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 3071, de 01 de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm)>. Acesso em: 14/01/2014.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 3071, de 01 de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11463744/artigo-317-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>>. Acesso em: 14/01/2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10601647/artigo-175-da-constituicao-federal-de-1967>>. Acesso em: 14/01/2014.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda à Constituição, nº 28 de 2009. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=91651](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651)> Acesso em 15/04/2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf226a230.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf226a230.htm)>. Acesso em 15/01/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo: APL 260894220108070001 DF 0026089-42.2010.807.0001. Apelação Cível/DF, Relatora: Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, julgamento: 29/09/2010.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.567 de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)> Acesso em 18/01/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível/MG, Rel.: Bitencourt Mar Condes, e Rel. p: Fernando Botelho, Oitava Câmara Cível, Julgamento: 11/05/2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVELD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STOLZE, Pablo Gagliano; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.