

# DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: SUA MANUTENÇÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66, DE 2010

*THE LEGAL SEPARATION PROCEDURE IN BRAZILIAN LAW: A CALL FOR ITS PRESERVATION AFTER THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT TO THE BRAZILIAN CONSTITUTION 66/2010*

**BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI**

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito (Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo – USP. Advogado. [avila.borgarelli@gmail.com](mailto:avila.borgarelli@gmail.com)

Recebido em: 29.07.2022  
Aprovado em: 28.11.2022

**ÁREAS DO DIREITO:** Civil; Processual

**RESUMO:** O artigo analisa a controvérsia a respeito da manutenção do instituto da separação no Direito brasileiro. Após a promulgação da Emenda Constitucional 66, de 2010, que abriu a possibilidade de divórcio independentemente de separação prévia, surgiram dúvidas na doutrina e na jurisprudência a respeito da sobrevivência desse instituto como figura autônoma, ou seja, como uma possibilidade aos casais que não querem divorciar-se. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, afirmando que a separação está mantida no ordenamento, tendo sido apenas "desconstitucionalizada" em 2010. O problema chega agora ao Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário afetado à Repercussão Geral. No texto, demonstramos que o instituto está mantido na ordem jurídica, sendo perfeitamente compatível com a Constituição, que em momento algum o veda, e apenas deixa sua regulação para o direito ordinário. Além disso, a preservação da separação é saudável, pois assegura maior liberdade àqueles que não querem ou não podem divorciar-se, por razões de foro

**ABSTRACT:** The present paper analyses the preservation of legal separation procedures in Brazilian law. After the Constitutional Amendment to the Brazilian Constitution N. 66/2010, which made possible to divorce with no previous legal separation, there have been doubts in terms of legal doctrine and judgements on whether legal separation procedures were still viable, as a mean for couples who did not seek to divorce. In 2017, the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) ruled in the sense that legal separation, albeit no longer established in the Constitution, still exists and is preserved both in the Brazilian Civil Code and the Civil Procedure Code of 2015. Such legal debate has now been brought to the Brazilian Supreme Court (STF) by means of an exceptional appeal and the ruling of such shall be applied to all similar cases in lower courts. In this sense, based mainly on inductive reasoning over relevant legal literature, as well as comparative reasoning, the paper argues that legal separation is preserved in the Brazilian legal framework and fully compatible with the Brazilian Constitution,

pessoal. A par desses objetivos, procuramos demonstrar o aspecto falacioso de muitos argumentos utilizados em favor da extinção da separação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Separação – Divórcio – EC 66/2010 – Desconstitucionalização – Regulação infraconstitucional.

which has merely left the regulation of the matter to ordinary law, but not abolished it. As indicated throughout the paper, the preservation of legal separation procedures in Brazil law is important in the sense it grants more freedom for those who either do not wish or are unable to divorce. In light of such aim, the paper shall seek to demonstrate the misleading aspect of arguments in favor of the extinction of legal separation in Brazilian law.

**KEYWORDS:** Legal separation – Divorce – Constitutional Amendment No. 66/2010 – Elimination of constitution regulations – Ordinary regulation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Delimitação temática. 2. Os argumentos em favor da extinção da separação. 3. O pouco uso da separação não a extingue. Inexistência de derrogação por caducidade social da norma. 4. Visão geral. A EC 66/2010 *não extinguiu* a separação do Direito brasileiro. 4.1. A separação na CF/88 antes da EC 66/2010. 4.2. A CF/88 não regula as espécies dissolutórias do casamento. 4.3. A separação foi apenas *desconstitucionalizada* em 2010, e não extirpada do ordenamento. 4.4. O pouco recurso à separação não é medida interpretativa do texto constitucional, que da separação não cuida. 4.5. Síntese parcial. 5. O Enunciado 514 da V Jornada de Direito Civil. 6. Textualismo de ocasião. 7. "Interpretação sistemática e teleológica da norma" de Direito Civil e uso da *mens legislatoris* como argumento pelo fim da separação. Refutação. 8. A afetividade como argumento contra a separação. Refutação. 9. O "princípio da vedação ao retrocesso" como *possível* argumento pelo fim da separação. Refutação. 10. O princípio da dignidade da pessoa humana como *possível* argumento pelo fim da separação. Refutação. 11. Laicidade do Estado como argumento pelo fim da separação. Refutação. 12. A *força normativa da Constituição* e a *interpretação conforme* como argumentos pelo fim da separação. Refutação. 13. O contemporâneo Direito de Família: autodeterminação como argumento em favor da manutenção da separação. 14. Conclusões parciais. Confirmação e regulação pelo Estado: a separação é um direito assegurado pelo ordenamento. 15. Legislação estrangeira. A manutenção da separação em outros países. 15.1. Introdução. 15.2. Direito português. 15.3. Direito francês. 15.4. Direito italiano. 15.5. *Direito espanhol*. 15.6. *Direito alemão*. 15.7. Direito suíço. 15.8. Direito do Quebec. 16. Afinal, por que a separação incomoda tanto?. 16.1. Separação como "ranço conservador". Uma falácia. 16.2. Separação e o regime jurídico indesejado das causas dissolutórias. Crítica. 17. A manutenção da separação sob o enfoque de diferentes perspectivas metodológicas. 18. *Excursus*. Crítica à excessiva politização dos debates em Direito de Família, especialmente quanto ao comportamento dos tribunais. Conclusão geral. Referências bibliográficas.

Qualquer perspectiva metodológica confirma esse entendimento. Se se usar a *metodologia* do Direito Civil constitucional, por exemplo, com sua defesa da permanente adequação das normas de Direito Civil (mormente as do Código Civil) aos valores constitucionais, ter-se-ão também por perfeitamente constitucionais os dispositivos do CC/02 e do CPC/15 que regulamentam a separação. Isso porque, como demonstrado, a possibilidade do recurso à separação está em acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, com a autodeterminação e com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Espera-se que o STF, na esteira dos excelentes argumentos já firmados no STJ sobre a matéria, bem como pelo CNJ e pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, e por ampla parcela da doutrina, para fazer cumprir a Constituição (que não veda a separação), e os direitos dos cidadãos (entre os quais o expressamente previsto de recorrerem à separação), confirme esse entendimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEVLÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980.
- BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1991.
- BORDES SOLANAS, Montserrat. *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*. Madrid: Cátedra, 2011.
- BORGES, Adalberto. O novo paradigma do divórcio. *Seara Jurídica*, [s.l.], v. 1, n. 5, p. 148-202, jan.-jun. 2011.
- BRASIL SANTOS, Luiz Felipe. Emenda Constitucional nº 66: uma leitura “politicamente incorreta”. *Multijuris*, [s.l.], ano 5, n. 9, p. 21-25, dez. 2010. Disponível em: [<https://ajuris.org.br/wp-content/uploads/2006/08/MULTIJURIS9.pdf>].
- BRASIL SANTOS, Luiz Felipe. Emenda do Divórcio: cedo para comemorar. *IBDFAM*, 21.07.2010. Disponível em: [<https://ibdfam.org.br/artigos/648/Emenda+do+Div%C3%B3rcio%3A+Cedo+para+Comemorar>].
- CAHALI, Youssef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Introduction – Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF, 2004.
- CARNEIRO, Nelson. *Divórcio e anulação de casamento*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1951.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- CHOISEL, Gordon. De uma mudança de definição a um direito em espera de reconstrução: Reflexões sobre a extensão das consequências jurídicas da lei que abre a possibilidade de casamento a casais de pessoas do mesmo sexo. Trad. por Iacyr de Aguiar Vieira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, n. 4, p. 299-318, abr.-jun. 2017.
- COLTRO; Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.
- CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, n. 5, p. 335-366, jan.-mar. 2018.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JR., Torquato. Ao regular separação judicial, Novo CPC tira dúvidas sobre instituto. *ConJur*, 30.11.2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto].
- DEUMIER, Pascale. *Introduction générale au droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DIP, Ricardo Henry Marques; FERNANDES, André (Coord.). *Laicismo e laicidade no Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. Trinta anos da Constituição Federal: desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 363-379, jan.-mar. 2019.
- FERRAND, Frédérique; FULCHIRON, Hugues. *La rupture du mariage en droit comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, 2015.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Da Modernidade à Postmodernidade*. Coimbra: Almedina, 1991.
- FERREIRA DOS SANTOS, Mário. *Curso de oratória e retórica*. São Paulo: Companhia Lithographica Ypiranga, 1953.
- FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias: para além dos ditames dos tribunais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, n. 3, p. 105-132, jan.-mar. 2016.
- FRITZ, Karina Nunes. Entrevista com Maria Celina Bodin de Moraes. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, n. 3, p. 279-296, jan.-mar. 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Da representação política*. São Paulo: [s.n.] (confeccionado na "Indústria Gráfica Saraiva S.A."), 1971.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Direito natural, direito positivo e Estado de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- HECKMANN, Dirk. *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

- HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: Mohr, 1959.
- HORTAL, Pe. Jesús. Nota ao Cânon 1141. In: *Codex Iuris Canonici* (Código de Direito Canônico). Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas, comentários e índice analítico por Pe. Jesús Hortal, SJ. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2011.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado Notarial e Registral*. 2. ed. São Paulo: YK, 2022. v. 3 (Tabelionato de Notas).
- KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado Notarial e Registral*. São Paulo: YK, 2017. v. 2 (Registro Civil de Pessoas Naturais).
- KÜMPEL, Vitor Frederico; ÁVILA BORGARELLI, Bruno de. A decisão do STJ sobre a manutenção da separação no Direito brasileiro. *Coluna Eletrônica Migalhas*, 04.04.2017. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/regis-tralhas/256795/a-decisao-do-stj-sobre-a-manutencao-do-instituto-da-separacao-no-direito-brasileiro].
- LAGRATA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Dicionário de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1 (A-H).
- LEAL, Adisson; CORREIA, Atalá; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Direito de Família: problemas e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2022.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. A Família: do Direito aos direitos. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 32, p. 221-237, 2007.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de Direito Notarial*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 141, p. 99-109, jan.-mar. 1999.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- MACHADO, Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara J. (Coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 13. ed. Barueri: Manole, 2020.
- MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MAINGUY, Daniel. *Introduction générale au droit*. 6. ed. [s.l.]: LexisNexis, 2013.
- MALEVILE, J. *Du Divorce et de la Séparation de Corps*. Paris: De L'Imprimerie de Goujon Fils, 1801.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana C. R. F. Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- MORAU, Caio Chaves. *Casamento e afetividade no direito brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2019.
- NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Código Civil Comentado: Direito Privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019.

- NERY, Rosa Maria Barreto de Andrade. *Manual de Direito de Família*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família: anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva*. 4. ed. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1945.
- PIRES DE LIMA, Fernando; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. IV (artigos 1.576º a 1.795º).
- POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. Resenha: *La rupture du mariage em droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, n. 5, p. 363-382, out.-dez. 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*. t. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade (Os três caminhos)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- RANGEL, Roberta Maria. A declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal: Comentários ao RE 646.721/RS e ao RE 878.694/MG. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, n. 5, p. 439-586, jul.-set. 2018.
- REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, n. 4, p. 213-238, abr.-jun. 2017.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- RODRIGUES FILHO, Antonio Marinho de Melo; PINHEIRO, Victor Sales. Emotivismo e judicialização do afeto: a problemática metaética da legitimidade jurídica do princípio da afetividade no direito de família. *RDFAS*, [s.l.], ano 7, v. 20, p. 9-38, abr.-jun. 2020.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, n. 99, p. 65-106, jan. 2010.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- SCHLINK, Bernhard. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: Reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. Trad. por Leonardo Martins. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, v. 11, p. 261-297, abr.-jun. 2017.
- SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito Civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010 (4. tir., 2017).
- TARTUCE, Flávio. Comentários ao art. 1.572. SCHREIBER, Anderson; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e separação: após a EC n. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Os riscos da supressão do instituto da separação. *Conjur*, 21.05.2022. Disponível em: [[www.conjur.com.br/2022-mai-21/regina-tavares-riscos-supressao-instituto-separacao](http://www.conjur.com.br/2022-mai-21/regina-tavares-riscos-supressao-instituto-separacao)].
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coord.). *Família e pessoa: uma questão de princípios*. São Paulo: YK, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV (Direito de Família).
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito Civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.
- TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2012.
- VEGA REÑÓN, Luis. *La fauna de las falacias*. Madrid: Trotta, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- VICENTE, Dario Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, n. 3, p. 275-302, jul.-set. 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.





## PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Civil; Processual

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Separação judicial e alteração das condições econômico-financeiras do cônjuge. Possibilidade de vencimento antecipado de dívida em contrato de mútuo (Parecer) de Sydney Sanches – RDCC 6/227-240.