



**A FALÁCIA DA EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO SOB A  
ÓTICA DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL,  
COM A REVELAÇÃO DA VERDADEIRA INTERPRETAÇÃO  
HISTÓRICA DA NORMA**

**THE FALACITY OF THE EXTINCTION OF THE INSTITUTE OF  
SEPARATION UNDER THE OPTICS OF CONSTITUTIONAL  
INTERPRETATION METHODS, WITH THE REVELATION OF THE  
TRUE HISTORICAL INTERPRETATION OF STANDARD**

Rafael Gaburro Dadalto<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como escopo analisar se o instituto da separação foi banido do ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, tomando como base a análise dos métodos de interpretação constitucional, em especial, do método interpretativo histórico, por meio de profunda investigação do processo legislativo de elaboração da norma, como forma de infirmar aqueles que se apoiavam de modo inverídico no citado método. Para realizar tal análise, empregou-se a técnica de pesquisa documental e bibliográfica e o método comparativo como forma de estabelecer as divergências no discurso sobre o tema e melhor se posicionar sobre a problemática. A partir deste cotejo, defende-se que a separação – judicial e extrajudicial - ainda permanece em vigor no sistema legal, haja vista a profunda e extensa análise constitucional realizada, cujo resultado de sua interpretação aponta indubitavelmente nesse sentido.

**Palavras-chave:** Emenda Constitucional nº 66/2010. Divórcio. Interpretação constitucional. Manutenção da separação no ordenamento. Exclusão do requisito temporal para separação e divórcio.

---

<sup>1</sup> Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Analista Judiciário). Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV e em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.



**ABSTRACT:** The purpose of this study is to analyze whether the institute of separation was banned from the Brazilian legal system with the entry of the Constitutional Amendment No. 66/2010, based on the analysis of the methods of constitutional interpretation, especially the historical interpretive method, thorough deep investigation of the legislative process of elaboration of the norm, as a way to weaken those who were untruthfully supported in the cited method. In order to carry out such an analysis, the technique of documentary and bibliographic research and the comparative method were used as a way to establish the divergences in the discourse on the theme and to better position itself on the problematic. From this comparison, it was concluded that the separation - judicial and extrajudicial - still remains ruling in the legal system, given the deep and extensive constitutional analysis carried out, whose result of its interpretation undoubtedly points in that direction.

**Keywords:** Constitutional Amendment no. 66/2010. Divorce. Constitutional interpretation. Maintenance of separation in the planning. Exclusion of the time requirement for separation and divorce.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, de 13/07/2010 – conhecida como a “Emenda do Divórcio” -, ao alterar o art. 226, § 6º da Constituição Federal, originou-se um caloroso debate na comunidade científica e na jurisprudência acerca de uma série de institutos no Direito de Família, em razão das importantes repercussões práticas daí advindas.

O texto constitucional revogado estabelecia que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expresso em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Na medida em que a referida emenda alterou o citado dispositivo, para fazer constar apenas que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", sem que tenha havido qualquer modificação a dispositivos infraconstitucionais, como por exemplo, aqueles que tratam da separação no Código Civil, deu-se início a toda discussão.

Com isso, iniciou-se o debate se a separação de direito (separação judicial e extrajudicial) teria sido banida do ordenamento jurídico em vigor, bem como os respectivos



prazos para obtenção do divórcio, já que o Código Civil ainda os mencionam, ou se apenas este últimos.

Tamanha é a discrepância de opiniões, que alguns autores chegam ao ponto de afirmar que trata da maior modificação que o Direito de Família sofreu desde aquela observada pelo advento da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>. Já outros, inclusive em relação aos prazos exigidos para obtenção do divórcio (requisitos objetivos), afirmam nada ter alterado a modificação introduzida por meio da citada emenda, a não ser a possibilidade de que, no futuro, seja modificada a legislação infraconstitucional que regula a matéria, para só então surtir algum efeito.<sup>3</sup>

Diante disso, o trabalho em tela se propõe a tentar elucidar se de fato houve a extinção do instituto da separação, ao fazer uma análise do processo legislativo de elaboração da citada emenda e o cotejo dos métodos de interpretação constitucional, a partir do emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e o método comparativo como forma de estabelecer as divergências doutrinárias e melhor se posicionar sobre referida problemática.

## **2 ANTECEDENTES DA EC Nº 66/2010: PROPOSITURA, JUSTIFICATIVA E TRAMITAÇÃO**

Diante do intenso debate provocado pela alteração constitucional ocorrida, surgiram inúmeros argumentos apoiados nos métodos clássicos de interpretação constitucional, tais como o da interpretação gramatical, da interpretação histórica, da interpretação sistemática e o da interpretação teleológica, inclusive com a rogação da *mens legislatoris*.

---

<sup>2</sup> SIMÃO, José Fernando. **A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de Direito de Família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em 18 abr. 2017.

<sup>3</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio: cedo para comemorar.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em 18 abr. 2017.



Nesse passo, como forma de se fazer a correta análise dos argumentos utilizados, se faz necessário ter a exata compreensão dos fatos ocorridos durante o processo legislativo da emenda ora em discussão.

Para tanto, analisaremos a justificativa da proposta de emenda à constituição apresentada, os pareceres das Comissões de Constituição e Justiça, assim como os debates em plenário para a aprovação da proposta.

Inicialmente, vejamos a justificativa do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, autor da proposta, *in verbis*:

A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro e Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos. Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450&ord=1>>. Acesso em: 16 abr. 2017.



Como se observa da justificativa ora em análise, a proposta de emenda constitucional tinha o claro propósito de extinguir o processo de separação. Até porque, tratava-se de proposta originada de antiga reivindicação do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) nesse sentido.

Até então estava tudo muito bem claro, muito fácil de compreender o objetivo. Todavia, no passo seguinte, qual seja, parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, começou a desvirtuar a proposta original, não mais falando de forma clara em extinção da separação, mas apenas na desnecessidade de sua utilização como requisito prévio ao divórcio, inclusive de seus prazos, senão vejamos:

**COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA  
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 413, DE 2005**

Altera o § 6º do art. 225 da Constituição Federal, extinguindo a necessidade de separação judicial ou de fato para a dissolução do casamento civil pelo divórcio

Autor: **Antonio Carlos Biscaia**

Relator: **Nelson Trad**

**I – RELATÓRIO**

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 413/2005, cujo primeiro signatário é o Deputado Antonio Carlos Biscaia, modifica a redação do § 6º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. A proposição suprime, portanto, a necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano, ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. [...].

Em conclusão, pelas razões apresentadas, voto pela admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição n.º 413, de 2005.

Sala da Comissão, 17 de novembro de 2005.

Deputado **NELSON TRAD** Relator<sup>5</sup>

Em seguida, nos debates para aprovação da proposta em plenário na Câmara dos Deputados, publicados no Diário de 03/06/2009, com exceção de alguns poucos pronunciamentos que podem ter uma interpretação dúbia (não fala de modo claro acerca da extinção da separação), também foi seguida a linha revelada no referido parecer, ou seja, nada dizendo de forma objetiva a respeito da extinção da separação em si, mas apenas como

---

<sup>5</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_pareceres\\_substitutivos\\_votos.jsessionid=0EFA306DE15D5146C25443BA0D028AD2.node1?idProposicao=290450](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos.jsessionid=0EFA306DE15D5146C25443BA0D028AD2.node1?idProposicao=290450)>. Acesso em: 16 abr. 2017.



requisito prévio ao processo de divórcio, sempre no que tange ao prazo, senão vejamos duas destas manifestações a título de ilustração:

Deputado Jefferson Campos (PTB-SP):<sup>6</sup>

Sr. Presidente, o PTB vai liberar a sua bancada. No entanto, eu gostaria de dizer do nosso posicionamento para com o texto que ora está sendo apresentado à Casa, texto esse que remete para a forma da lei. Aliás, estávamos conversando com alguns Deputados. Hoje, o Código Civil estabelece, da mesma forma, esse prazo regimental. Ao tirarmos da Constituição, entendemos que ele permanece no Código Civil. Ou seja, a lei aqui especificada, lei posterior, infraconstitucional, ainda estabelecerá novo prazo. A formalidade não vem simplesmente para que se limite o tempo. Ela vem para que haja pensamentos para um novo casamento. Hoje, aqueles que se divorciam esperam o tempo dos proclamas. Há um prazo estabelecido. E nós estamos querendo, através dessa lei, acabar com esses prazos, para que, imediatamente após a separação, haja o divórcio [...].

Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA)<sup>7</sup> (também propôs emenda no mesmo sentido desta):

[...] De forma que eu quero, respeitando tudo o que foi dito, dizer que a lei – aqui foi citada a lei – só poderá ser modificada se for desconstitucionalizado esse assunto. Se não for mudada a Constituição, não poderemos mudar a lei. Aqui também foi dito das custas processuais. São 2 custas processuais, 2 honorários advocatícios. É o serviço do serventuário da Justiça, do juiz, são as entranhas do amor levadas aos tribunais, aos estranhos. Quando a pessoa se divorcia, a decisão já foi tomada [...].

Por conseguinte, ao chegar ao Senado Federal, mais especificadamente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o parecer do relator sobre a proposta, para depois ser submetida à votação, foi ainda mais contundente no sentido de só se referir a prazo e à necessidade da separação como requisito prévio ao divórcio, mais uma vez, nada se referindo de forma clara à extinção do referido instituto, *in verbis*:

**PARECER Nº 863, DE 2009**

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 28, de 2009 (nº 413, de 2005, na origem), que 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 de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

RELATOR: Senador **DEMÓSTENES TORRES**

<sup>6</sup> BRASIL. Congresso. Câmara. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, p. 25764-25796, 03 jun. 2009.

<sup>7</sup> BRASIL. Congresso. Câmara. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, p. 25764-25796, 03 jun. 2009.



### I – RELATÓRIO

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 28, de 2009, originária da Câmara dos Deputados, onde foi registrada sob o nº 413, de 2005, direciona-se ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, do qual pretende suprimir os requisitos relativos ao lapso temporal de um ano, contado da separação judicial, e de dois anos, contados da data da separação de fato, para a obtenção do divórcio.

A proposta é lastreada por exposição das condições sociais que culminaram, em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9, que admitiu o divórcio no Brasil.

1

Não foram apresentadas emendas.

### II – ANÁLISE

A análise da PEC não revela impropriedade de natureza constitucional, jurídica, regimental ou de técnica legislativa, o que comporta a sua admissibilidade e remete ao exame de mérito.

A data que serve de base para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação de divórcio – denominada *dies a quo* – é a do trânsito em julgado da separação judicial. No caso da separação de fato, por abandono unilateral ou recíproco, o prazo é de dois anos.

Por construção jurisprudencial, mais tarde assimilada pela lei, a data a partir da qual se conta o prazo para requerer o divórcio pode retroagir à da separação cautelar de corpos, medida que, geralmente, precede a ação principal de separação judicial.

Como se vê, a regra não é rígida, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros. Além disso, o interesse no fim da união matrimonial assume características variadas, sujeitas ao teor dos conflitos – ou a sua inexistência –, à extensão patrimonial, às questões ligadas à prole, em especial a fixação de alimentos, o que não se resolve pela simples dilatação do prazo compreendido entre a separação formal ou informal e o divórcio. [...].

Portanto, não é a existência do instituto *divórcio* que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou *separações intermediárias* que o impedirá.

Acrescente-se que a exigência de prazo e a imposição de condição para a realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus impróprio ou desnecessário. Ora, o prazo para a concessão do divórcio não é peremptório, tanto que pode retroagir à data da separação cautelar de corpos, e a condição não é essencial, porquanto a sociedade conjugal pode ser desfeita pelo casal, indiferente ao Estado. Logo, as duas variáveis, sem nenhum prejuízo para o disciplinamento do tema, podem ser retiradas da norma, conforme preconiza a proposta de emenda.

### III – VOTO

Diante das considerações expendidas, o voto é pela **aprovação** da PEC nº 28, de 2009.

Sala da Comissão, 24 de junho de 2009.

Senador **JAYME CAMPOS**, Presidente em exercício

Senador **DEMÓSTENES TORRES**, Relator<sup>8</sup>

<sup>8</sup> BRASIL. Congresso. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>>. Acesso em: 16 abr. 2017.



Como se vê, apesar de a proposta ter sido apresentada na Câmara dos Deputados sob a justificativa da necessidade de se extinguir o processo de separação, bem como os prazos necessários para dissolução do vínculo conjugal, observa-se que houve a desconfiguração da mesma durante o seu trâmite.

Tanto é assim que os pareceres dos relatores das comissões de constituição e justiça de ambas as casas legislativas, apresentaram a proposta tendo como preâmbulo o propósito de suprimir a separação como requisito prévio ao divórcio e seus respectivos prazos, na medida em que sempre vinculam a separação ‘para’ a dissolução do casamento pelo divórcio.

Nessa conformidade, outro não poderia ser o entendimento dos parlamentares acerca de se eliminar a separação apenas como requisito prévio ao divórcio e seus respectivos prazos.

Em que pese poder ser extraído do pronunciamento de alguns parlamentares que o objetivo seria a extinção da separação, nenhum dos poucos que se manifestaram nesse sentido foi muito claro, se é que de fato foi nesse sentido, dada a dificuldade de assim se interpretar.

Por outro lado, extrai-se da grande maioria dos pronunciamentos e de forma muito clara aos que assim fizeram, que ao votar, levaram em consideração como propósito da emenda apenas a eliminação da separação como requisito para o divórcio e os prazos exigidos para a dissolução do casamento, mas não a extinção da separação por si só.

### **3 EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO?**

Como é de conhecimento comum, o entendimento majoritário encabeçado pelos juristas ligados ao IBDFAM<sup>9</sup> - Instituto Brasileiro de Direito de Família -, órgão idealizador do anteprojeto da emenda constitucional ora comentada, é no sentido de que a separação foi

---

<sup>9</sup> Possui como expoentes, dentre outras, algumas das maiores autoridades brasileira em Direito de Família, tais como Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo, Pablo Stolze Gagliano, Zeno Veloso, Sílvio Venosa, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.



extirpada de nosso ordenamento legal, conforme pode ser observado no comentário de Maria Berenice Dias<sup>10</sup>, *in verbis*:

Agora o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu. Ao ser excluído da Constituição Federal, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. Não é necessário sequer expressamente revogá-los. Não é preciso nem regulamentar a mudança levada a efeito, pois não se trata de nenhuma novidade, eis que o divórcio já se encontra disciplinado.

Não se discorda que a separação deveria ter sido extinta do sistema jurídico, tendo em vista a ilogicidade da manutenção do sistema dual de extinção do casamento. No entanto, pelos menos da forma que está, ou seja, apenas com a entrada em vigor da EC nº 66/2010, não se pode assim afirmar.

Sabe-se que a manutenção da separação no sistema será de pouca utilidade, ante a desburocratização do processo de divórcio, todavia, o desuso de um instituto jurídico não tem o condão de revogá-lo tacitamente, uma vez que nos termos do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Contudo, sem dúvida alguma, a citada emenda constitucional foi uma grande inovação, pois ainda que não tenha eliminado a separação do ordenamento, foi de importantíssima valia, na medida em que extinguiu as causas objetivas de dissolução do casamento, quais sejam, os prazos antes previstos para a separação consensual (1 ano) e para o divórcio (após 1 ano da separação ou da decisão que concedeu a separação de corpos, ou 2 anos da separação de fato). Ora, antes, caso quisessem dissolver o vínculo rapidamente, os cônjuges tinham necessariamente que se separar, já que o prazo do divórcio direito era de 2 anos a contar da separação de fato ou de 1 ano a contar do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação. Agora, não mais.

Essa é, em nosso sentir, a interpretação da referida emenda mais condizente com as regras de hermenêutica, sem que haja extrapolação de seus limites, permitindo concluir que apenas foi extinta as causas objetivas de dissolução do casamento, e não a própria separação.

---

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 296.



Isso porque, dentre os principais argumentos expendidos por aqueles que entendem que a separação teria sido extinta do ordenamento estão o de que a vontade do legislador teria sido nesse sentido e de que a partir de uma interpretação histórica, sistemática e teleológica da emenda aprovada, apenas pelo divórcio poderia ser dissolvida a sociedade conjugal.

Todavia, com fundamento nas mesmas regras de hermenêutica, restará demonstrado que não é possível concluir pelo fim da separação.

Conforme ensina Maria Helena Diniz, interpretar é “explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado ao vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão”<sup>11</sup>. E “ao se interpretar a norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir.”<sup>12</sup>

No que tange à utilização dos métodos no processo interpretativo, entende-se que, a rigor, não há hierarquia entre eles nem exclusão, devendo ser analisados em conjunto, a começar pelo texto normativo (interpretação gramatical), como forma de melhor alcançar o resultado desejado e a se ater as balizas da interpretação.

Seguindo essa premissa, iniciamos o nosso processo investigativo por meio da interpretação gramatical, segundo a qual, na formulação de Karl Larenz citado por Luís Roberto Barroso, “consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação”<sup>13</sup>. Ou seja, “a interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete.”<sup>14</sup> Todavia, logicamente, deve-se fugir do apego exacerbado à forma, sob pena de se cometer graves injustiças. Dito isso, examinemos o texto constitucional:

---

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 426.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 428.

<sup>13</sup> LARENZ, Karl apud BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 127.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 127.



Redação original	Redação após a reforma
§ 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.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Analisando apenas o texto vigente, fica claro que a separação não foi extinta, uma vez que ao manter o verbo “pode”, quer nos parecer que não excluiu o processo de separação, uma vez que não deu exclusividade ao divórcio, nada impedindo que a separação seja utilizada anteriormente. Ora, de fato, e como sempre foi, o divórcio pode dissolver o casamento, mas não exclui a possibilidade de anterior utilização da separação.

Caso quisesse dar exclusividade ao processo de divórcio, o legislador teria utilizado o verbo “deve” no lugar de “pode”, o que não ocorreu. E como, pelo menos em tese, “a lei não contém palavras inúteis”, entende-se que a separação e o divórcio convivem harmoniosamente no sistema. Mesmo porque, continuam na lei civil os dispositivos que regulamentam a separação.

Conforme preceitua Arnaldo Rizzardo, em verdade, “não obriga a Constituição Federal, no art. 226, § 6º, em sua nova redação, a obrigatoriedade do divórcio. Existe apenas a faculdade do divórcio.”<sup>15</sup> Ou seja, tais institutos andam lado a lado, cabendo uma pretensão alternativa.

Maior prova dessa conclusão pode ser extraída se fizermos um comparativo entre a redação original e o novo texto do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal.

Contrapondo as redações como no quadro acima, percebe-se facilmente que o novo dispositivo constitucional apenas não mais exige a separação como requisito prévio ao divórcio, não que ela tenha sido extinta.

<sup>15</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213.



Ora, ao eliminar apenas a parte que continha “após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, fica claro que a concessão do divórcio independe de qualquer fato ou prazo, ou melhor, de qualquer requisito prévio, mas nada impede que a separação também possa ser utilizada, caso as partes assim desejem.<sup>16</sup>

Nesse contexto, pela literalidade do texto constitucional, assim como pelo comparativo de sua antiga e de sua nova redação, de acordo com as regras da interpretação gramatical como anteriormente exposto, não há como se concluir que a separação fora abolida.

Na verdade, essa interpretação não gera maiores controvérsias, pois mesmo os autores que entendem que a separação acabou, admitem que a interpretação literal do preceptivo legal conduz a essa conclusão, todavia, como antes expusemos, aduzem que o processo interpretativo não deve ficar restrito a esse método de interpretação, conforme expõe, por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves.<sup>17</sup>

Então, como forma de verificar se procede o pensamento de que os outros métodos não conduzem a essa conclusão, prosseguimos em nossa análise interpretativa, com o exame do método sistemático.

Por tal método, tenta-se compreender o sentido da norma não por meio de sua análise isolada, mas sim por meio do exame dela juntamente com as outras regras inseridas no ordenamento legal, como forma de evitar contradições, uma vez que o sistema é formado por um conjunto de normas que é uno.

---

<sup>16</sup> Nesse sentido: LIMA NETO, Francisco Vieira. **A separação judicial ainda existe**. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2010/11/novo-artigo-de-francisco-vieira-lima.html>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>17</sup> Argumenta referido autor: [...] somente uma interpretação literal do novo texto legal poderia justificar a permanência da separação judicial ou extrajudicial. Todavia, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a ‘interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos de maior robustez e cientificidade’. Também decidiu a referida Corte que ‘a interpretação das leis não deve ser formal’. Indubitavelmente, os métodos histórico, lógico, ou racional, sistemático e teleológico, atuando conjuntamente, poderão contribuir mais eficientemente para a descoberta do sentido e alcance da norma em apreço (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 204-205).



No presente caso, ao se analisar o dispositivo constitucional e as demais normas inseridas no sistema, contrapondo-as, principalmente em face daquelas que tratam da separação no Código Civil, observa-se, com exceção dos prazos para extinção do casamento e da necessidade de utilização da separação como requisito prévio para o divórcio, que não há incompatibilidade alguma entre elas, visto que não são excludentes, isto é, a legislação inferior não é contrária àquela hierarquicamente superior. Ao revés, há ampla possibilidade de convivência harmoniosa.

Mesmo porque tais institutos tutelam objetos diversos. Enquanto o divórcio põe termo ao vínculo matrimonial, a separação extingue apenas a sociedade conjugal. Ou seja, eles se complementam. Logicamente, o divórcio também fulmina a sociedade conjugal, mas cabe às partes escolherem, livremente, a utilização de um ou de outro de acordo com seus objetivos.

Com isso, a Emenda Constitucional nº 66/2010 não teve a consequência de não recepcionar as normas atinentes à existência da separação no Código Civil ou derogá-las, como afirma, por exemplo, Paulo Lôbo.<sup>18</sup>

De fato, a norma constitucional revoga a legislação em contrário, todavia, para que haja a sua revogação, deve ser estabelecida estritamente qual seria essa legislação antagônica. Como visto, no presente caso, a não ser quando utilizada a separação como requisito prévio ao divórcio ou no que tange aos seus prazos, a legislação referente à existência da separação não

---

<sup>18</sup> Aduz o mencionado autor: No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente. No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio:** alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 27 fev. 2012).



é contrária ao novo dispositivo constitucional. Sendo assim, não há que se falar em revogação nesse tocante.

Já no que toca aos prazos previstos para concessão da separação ou do divórcio e a utilização daquela como requisito prévio deste, constava expressamente do texto constitucional e foi retirado. Nessa monta, em razão dessa força normativa da constituição, a legislação inferior que cuidava desta parte foi devidamente derogada, ou melhor, não recepcionada.

Isso porque a legislação infraconstitucional não pode exigir o que a Constituição Federal não exige, ou seja, impor maiores limitações à eficácia normativa desta. Isso só seria possível se fosse o caso de norma constitucional de eficácia contida ou restringível, o que não é o caso. Tal exigência contrária, entretanto, não ocorre no caso de simplesmente entender que a separação se encontra vigente, uma vez que ao assim entender, não é que ela necessariamente deverá ser utilizada antes do divórcio, mas poderá ser utilizada, não indo de encontro, desse modo, a nova redação do texto constitucional.

Em outros termos, entende-se que qualquer legislação infraconstitucional que exija a prévia separação de fato ou algum prazo para só depois permitir o divórcio, seria inconstitucional, já que a Carta Magna não faz mais qualquer exigência nesse sentido. No entanto, a mera possibilidade de utilizar-se da separação, por qualquer que seja a interpretação utilizada, não leva à conclusão de que ela foi eliminada do ordenamento pela referida emenda. Nesse caso, o legislador infraconstitucional apenas teria dado mais uma opção ao cidadão, não querendo dizer com isso que ele estaria limitando o que a Constituição Federal não limitou.

Argumenta ainda Paulo Lôbo<sup>19</sup>:

[...] Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.



Contudo, a verdade é que a Constituição Federal nunca fez menção à dissolução da sociedade conjugal, sobre a qual a separação produz efeito. Sendo assim, a nova redação constitucional nada influencia, até porque a dissolução do casamento sempre só pôde ser levada a efeito apenas pelo divórcio.<sup>20</sup>

Em seguida, passemos para a técnica de interpretação histórica, a qual, segundo Maria Helena Diniz,<sup>21</sup>

[...] baseia-se na averiguação dos antecedentes da norma. Refere-se ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, ou às circunstâncias fáticas que a precederam e que lhe deram origem, às causas ou necessidades que induziram o órgão a elaborá-la, ou seja, às condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu (*occasio legis*). Como a maior parte das normas constitui a continuidade ou modificação das disposições precedentes, é bastante útil que o aplicador investigue o desenvolvimento histórico das instituições jurídicas, a fim de captar o exato significado das normas, tendo sempre em vista a razão delas (*ratio legis*), ou seja, os resultados que visam atingir. Essa investigação pode conduzir à descoberta do sentido e alcance da norma.

Em que pese tal método interpretativo ser considerado secundário por grande parte da doutrina, por não entender relevante a análise dos projetos de lei, dos relatórios das comissões e dos debates em plenário, segundo Luís Roberto Barroso, “o elemento histórico desempenha na interpretação constitucional um papel mais destacado do que na interpretação das leis.”<sup>22</sup>Inclusive, já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal na discussão acerca da necessidade de pagamento de contribuição previdenciária pelos servidores públicos federais inativos e pensionistas.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> No sentido ora exposto é a posição de DELGADO, Mário Luiz apud MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 202 e RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 437.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 133.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2010 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 21 de abr. 2017.



Mas a sua aplicação não deixa de ser controvertida, visto que, “de fato, uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores.”<sup>24</sup>

Sem embargo dessa controvérsia, a verdade é que muitos dos autores defensores da extinção do processo de separação se apoiam nessa técnica interpretativa como forma de defender suas teses. Todavia, independente de a interpretação histórica ser relevante ou não, o argumento daqueles que assim se manifestam não procede, uma vez que se baseiam em premissa equivocada.<sup>25</sup>

Afirma-se que a premissa é equivocada porque levam em consideração apenas a justificativa da proposta de emenda constitucional apresentada, e não os pareceres das comissões, os debates em plenário, enfim, o rumo que tomou tal proposta no decorrer de seu processo de votação.

Isso porque, como restou muito bem demonstrado, por meio dos pareceres das comissões e dos pronunciamentos em plenário, apesar de a referida proposta ter sido apresentada sob a justificativa de que seu propósito era extinguir o processo de separação, no decorrer de sua tramitação, a começar pelo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, houve o desvirtuamento da proposta original, não mais falando de forma clara em extinção da separação, mas apenas na desnecessidade de sua utilização como requisito prévio ao divórcio, inclusive de seus prazos.

Tanto é assim que os pareceres dos relatores das comissões de constituição e justiça de ambas as casas legislativas, conforme lá demonstrado, apresentaram a proposta tendo como preâmbulo o propósito de suprimir a separação como requisito prévio ao divórcio e seus

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113.

<sup>25</sup> Por todos, veja-se o que expõe Paulo Lôbo: “É certo que a interpretação histórica ou autêntica é sempre considerada com as cautelas devidas, pois, mais que a *mens legislatoris*, o direito se afirma com a *mens legis*. Mas não pode ser desconsiderada. A doutrina especializada confere-lhe importante papel, até mesmo como orientadora da própria *mens legis*, como procuraremos investigar a seguir. Daí ser imprescindível recordar o cerne da justificativa que fundamentou a decisão do legislador constituinte, contida na proposta de emenda constitucional: [...]” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 27 fev. 2012).



respectivos prazos. Assim, outro não podia ser o entendimento dos parlamentares acerca matéria.

Nesse passo, não há como se entender que a interpretação histórica leve a conclusão de que a separação foi extinta, visto que ela deve levar em consideração todo o trâmite da proposta de emenda constitucional no decorrer do processo legislativo, ou seja, todo o seu contexto, e não apenas a justificativa da proposta apresentada, sob pena de fraudar a realidade.<sup>26</sup> Afinal, conforme ensina Carlos Maximiliano<sup>27</sup>, “os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la.”

Com efeito, no desejo de aprovar a proposta e ante o receio de um possível veto face o conservadorismo que ainda reina em nossa sociedade, o seu desvirtuamento pode ter sido proposital, como forma de fazer passar tal emenda. Isso porque, se afirmasse abertamente ou levasse a plenário expondo de modo claro que se tratava de extinção da separação, a proposta poderia ter sido vetada.

Então, a forma encontrada para facilitar a sua aprovação pode ter sido reformar o texto constitucional da forma como foi feito, debatendo em plenário apenas questões concernentes ao prazo e à necessidade da separação como requisito prévio do processo de divórcio, para que somente depois, os juristas que a defendiam se encarregassem de criar teses interpretativas mirabolantes no intuito de fazer prevalecer suas respectivas vontades.

Parecida artimanha já foi utilizada quando da aprovação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), para permitir a dissolução do casamento, conforme expõe Maria Berenice Dias<sup>28</sup>:

Como era um preceito consagrado na Constituição, para ser admitido o divórcio, havia a necessidade alterar o texto constitucional. A resistência era de tal ordem que foi preciso, inclusive, mudar o quórum de emenda à Constituição: de dois terços foi reduzido para a maioria simples. Só assim [...], em 26 de dezembro de 1977, foi admitida a dissolução do vínculo matrimonial no país.

Ainda assim, a rejeição persistia. Para a aprovação da Lei do Divórcio (L 6.515/77), foi necessário manter o desquite, procedendo-se uma singela alteração na

<sup>26</sup> Tal desvirtuamento não passou despercebido por Yussef Said Cahali (*In Separações conjugais e divórcios*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

<sup>27</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 19.

<sup>28</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!*: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.



terminologia. O que o Código Civil chamava de desquite a Lei do Divórcio (LD) denominou de separação, com idênticas características [...].

Todavia, em que pese a louvável intenção do autor da proposta em acabar com a separação, não se pode permitir que se utilize de subterfúgios como forma de alcançar o fim almejado, impondo sua vontade, uma vez que os fins não podem justificar os meios. Isto é, embora se entenda que a separação devesse ser extinta do ordenamento, antes de tudo, vivemos em um país democrático que, se o legislador assim não quiser, não se permite se utilizar de interpretações forçadas para tentar impor sua vontade a todo custo, pois, como dito, toda interpretação possui um limite que repousa no próprio texto legal. E os limites impostos à interpretação, no presente caso, não permitem concluir que a separação foi extinta.

Por fim, cabe ressaltar que não procede o argumento de que a exclusão da expressão “na forma da lei” da parte final da nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, durante o trâmite da proposta da emenda em comento, teria ocorrido no intuito de se evitar eventual alegação de que a legislação infraconstitucional acerca da existência da separação continuasse a vigor enquanto não revogada. Ou seja, que o preceito constitucional tivesse eficácia contida, e não plena, necessitando da edição de uma norma infraconstitucional para que pudesse produzir efeitos.

Em atenção à interpretação histórica, vislumbra-se no pronunciamento do Deputado Federal Jefferson Campos (PTB-SP) – único a se pronunciar acerca da expressão “na forma da lei”-, que o intuito era retirá-la para que não gerasse nenhuma dúvida apenas quanto à extinção dos prazos para a extinção do casamento, uma vez que a Lei Civil ainda os preveem, mas jamais quanto ao fim da separação em si, conforme se observa abaixo:

Sr. Presidente, o PTB vai liberar a sua bancada. No entanto, eu gostaria de dizer do nosso posicionamento para com o texto que ora está sendo apresentado à Casa, texto esse que remete para a forma da lei. Aliás, estávamos conversando com alguns Deputados. Hoje, o Código Civil estabelece, da mesma forma, esse prazo regimental. Ao tirarmos da Constituição, entendemos que ele permanece no Código Civil. Ou seja, a lei aqui especificada, lei posterior, infraconstitucional, ainda estabelecerá novo prazo. A formalidade não vem simplesmente para que se limite o tempo. Ela vem para que haja pensamentos para um novo casamento. Hoje, aqueles que se divorciam esperam o tempo dos proclamas. Há um prazo estabelecido. E nós



estamos querendo, através dessa lei, acabar com esses prazos, para que, imediatamente após a separação, haja o divórcio [...].<sup>29</sup>

Sendo assim, também por esse motivo não há como concluir que a separação foi extirpada do ordenamento. Em evolução do processo investigativo, passemos então para o método de interpretação teleológico.

Assevera Luís Roberto Barroso<sup>30</sup> que teleológico é o “método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.” Por sua vez, Maria Helena Diniz certifica que “a técnica teleológica procura o fim, a *ratio* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido.”<sup>31</sup> E no intuito de encontrar esse fim, afirma que “os títulos, as epígrafes, o preâmbulo e as exposições de motivos da norma auxiliam a reconhecer o seu fim.”<sup>32</sup>

Dito isso e por tudo o que foi exposto até aqui, fica fácil perceber que o fim visado pela emenda em comento foi acabar com o prazo para extinguir o casamento e a necessidade de se utilizar a separação como requisito prévio ao divórcio nos casos regulados pela lei. Ou seja, quis desburocratizar o processo de dissolução do casamento, sem, contudo, acabar com a separação ainda prevista na legislação ordinária, o que, aliás, foi alcançado.

Nesse sentido, dentre outros, é a posição de Arnaldo Rizzardo<sup>33</sup>, de Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>34</sup>, Euclides de Oliveira<sup>35</sup>, CNJ (Conselho Nacional de Justiça)<sup>36</sup>, Conselho da Justiça Federal por meio de seus enunciados emanados das jornadas de Direito Civil<sup>37</sup> e,

---

<sup>29</sup> BRASIL. Congresso. Câmara. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, p. 25764-25796, 03 jun. 2009.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 138.

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 438.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 438.

<sup>33</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213, 253-254 e 263.

<sup>34</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da *apud* CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcios**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Euclides *apud* MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201.

<sup>36</sup> Pedido de Providências nº 0005060-32.2010.2.00.000.

<sup>37</sup> Enunciados 513, 514 e 516.



recentemente, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme notícia veiculada em seu *site* (o acórdão ainda não foi publicado)<sup>38</sup>, com o seguinte teor, no que interessa:

[...] No STJ, a relatora do recurso, ministra Isabel Gallotti, entendeu pela reforma do acórdão. Segundo ela, a única alteração ocorrida com EC 66 foi a supressão do requisito temporal e do sistema bifásico para que o casamento possa ser dissolvido pelo divórcio.

“O texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial. Ademais, sendo o divórcio permitido sem qualquer restrição, forçoso concluir pela possibilidade da separação ainda subsistente no Código Civil, pois quem pode o mais, pode o menos também”, disse a ministra.

**Liberdade de escolha**

Isabel Gallotti também fez considerações sobre os dois institutos. Segundo ela, a separação é uma modalidade de extinção da sociedade conjugal que põe fim aos deveres de coabitação, fidelidade e ao regime de bens. Já o divórcio extingue o casamento e reflete diretamente sobre o estado civil da pessoa.

“A separação é uma medida temporária e de escolha pessoal dos envolvidos, que podem optar, a qualquer tempo, por restabelecer a sociedade conjugal ou pela sua conversão definitiva em divórcio para dissolução do casamento”, disse a relatora.

Segundo a ministra, o estado não pode intervir na liberdade de escolha de cônjuges que queiram formalizar a separação a fim de resguardar legalmente seus direitos patrimoniais e da personalidade, preservando a possibilidade de um futuro entendimento entre o casal.

A ministra acrescentou ainda que o novo Código de Processo Civil manteve em diversos dispositivos referências à separação judicial, a exemplo dos artigos 693 e 731, o que, em sua opinião, demonstra a intenção da lei de preservar a figura da separação no ordenamento jurídico nacional.

Cite-se ainda excerto de interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo acerca do tema:

[...] 3) O legislador constituinte apenas retirou da Constituição Federal pressupostos dantes imprescindíveis à separação, antigo anseio dos estudiosos do Direito de Família, com o escopo de propiciar liberdade legislativa ordinária. Não se suprimiu, por ora, o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico, mas tão somente o requisito da prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos como antecedente lógico do divórcio. 4) O art. 1.571 do Código Civil - ao veicular que a sociedade conjugal termina pela separação judicial (inc. III) - não se mostra materialmente incompatível com a nova redação do § 6º do art. 226 da Lei Maior. Disse ali o legislador constituinte que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, o que não anula a possibilidade de findar a sociedade conjugal via separação judicial. A dissolução

<sup>38</sup>Disponível

em:

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges). Acesso em 25 maio 2017.



da sociedade conjugal faz cessar deveres de fidelidade, de coabitação e o regime de bens, mas não fulmina, decerto, o casamento civil. Daí não haver incongruência lógico-material entre a manutenção da separação civil e a novel disposição constitucional. 5) Ao tolher do ambiente formal constitucional os referidos requisitos do divórcio e inclusive a menção à separação civil, abriu portas o legislador constituinte a que o Congresso Nacional, sob regime de tramitação mais benévolo, possa amadurecer a discussão acerca da manutenção (ou não) da separação judicial em nosso ordenamento jurídico. O quadro que hoje emana do ordenamento jurídico, todavia, evidencia que o instituto da separação judicial não foi suprimido pela Emenda Constitucional. [...].<sup>39</sup>

Por fim, registre-se que a separação restou mantida no novo Código de Processo Civil, consoante se depreende do disposto nos artigos 23 III; 53, I; 189,II; 693; 731; 732 e 733, ressoando absurdo, eis que totalmente dissociado do texto normativo, do contexto e da própria lógica, argumentação no sentido de que o teor dos dispositivos de lei em que aparece a palavra separação “deve ser interpretado como separação de fato, separação de corpos, separação em decorrência da união estável”.<sup>40</sup>

Assim, como mencionado, em que pese a pouca utilidade, ante a inquestionável facilitação para a obtenção do divórcio, “não se pode negar aos cônjuges – únicos interessados – o direito de optar por um instituto que é disciplinado, com características próprias, pela legislação civil [...]”.<sup>41</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, entendemos que persiste o sistema dual de dissolução do casamento como pretensão alternativa plena, não estando o divórcio vinculado a anterior processo de

---

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Agravo de Instrumento 24100920958**, Relator : ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 22/03/2011, Data da Publicação no Diário: 07/04/2011). Disponível em:<[www.tjes.jus.br](http://www.tjes.jus.br)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

<sup>40</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Separação judicial**: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa>>. Acesso em 18 abr. 2017.

<sup>41</sup> CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcios**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.



separação ou submetido a qualquer prazo. Ou seja, a escolha é feita livremente pela parte, de acordo com a sua livre manifestação de vontade.

Com isso, observa-se que o Estado nada mais impõe, cabendo exclusivamente aos cônjuges decidir qual dos institutos jurídicos melhor atende a seus anseios.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 66/2010 foi uma grande inovação no Direito de Família, pois ainda que não tenha eliminado a separação do ordenamento, foi de importantíssima valia, na medida em que extinguiu as causas objetivas de dissolução do casamento, quais sejam, os prazos antes previstos para a separação consensual (1 ano) e para o divórcio (após 1 ano da separação ou da decisão que concedeu a separação de corpos, ou 2 anos da separação de fato).

Essa é, em nosso sentir, a interpretação da referida emenda mais condizente com as regras de hermenêutica, sem que haja extrapolação de seus limites, permitindo concluir que apenas foi extinta as causas objetivas de dissolução do casamento, e não a própria separação.

Isso porque, como demonstrado, houve um claro desvirtuamento da proposta de emenda constitucional durante o seu processo legislativo, não se justificando o argumento daqueles que se apoiavam no método interpretativo histórico como forma de fundamentar a permanência da separação no ordenamento em vigor.

Tanto é assim que os pareceres dos relatores das comissões de constituição e justiça de ambas as casas legislativas apresentaram a proposta tendo como preâmbulo o propósito de suprimir a separação como requisito prévio ao divórcio e seus respectivos prazos. Assim, outro não podia ser o entendimento dos parlamentares acerca matéria.

Nada obstante, no desejo de aprovar a proposta e ante o receio de um possível veto face o conservadorismo que ainda reina em nossa sociedade, o seu desvirtuamento pode ter sido proposital, como único meio de aprovação da emenda, à medida que, caso se afirmasse abertamente ou levasse a plenário expondo de modo claro que se tratava de extinção da separação, a proposta certamente seria vetada.



Então, a forma encontrada para facilitar a sua aprovação pode ter sido reformar o texto constitucional da forma como foi feito, debatendo em plenário apenas questões concernentes ao prazo e à necessidade da separação como requisito prévio do processo de divórcio, para que, depois, os juristas que a defendiam se encarregassem de criar teses interpretativas mirabolantes no intuito de fazer prevalecer suas respectivas vontades.

Parecida artimanha, aliás, já foi utilizada quando da aprovação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), para permitir a dissolução do casamento.

Com isso, fica fácil perceber que o fim visado pela emenda em comento foi acabar com o prazo para extinguir o casamento e a necessidade de se utilizar a separação como requisito prévio ao divórcio nos casos regulados pela lei. Em outros termos, quis desburocratizar o processo de dissolução do casamento, sem, contudo, acabar com a separação, o que, aliás, foi alcançado.

Aliás, justifica-se a manutenção da separação no sistema fundada na ideia de faculdade, com a possibilidade de os cônjuges livremente poderem optar, de acordo com suas respectivas aspirações. Ou seja, de acordo com a sua livre manifestação de vontade, que se encontra devidamente assegurada constitucionalmente.

Sabe-se, contudo, que a manutenção da separação no sistema será de pouca utilidade, ante a desburocratização do processo de divórcio, todavia, o desuso de um instituto jurídico não tem o condão de revogá-lo tacitamente, uma vez que nos termos do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Portanto, por todas essas considerações, persiste o instituto da separação no ordenamento legal em vigor.

## 5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.



BRASIL. Congresso. Câmara. **Diário da câmara dos deputados**, Brasília, DF, p. 25764-25796, 03 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Congresso. Senado. **Diário do senado federal**, Brasília, DF, p. 64641-64646, 03 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Congresso. **Câmara dos deputados**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_pareceres\\_substitutivos\\_votos;jsessionid=0EFA306DE15D5146C25443BA0D028AD2.node1?idProposicao=290450](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=0EFA306DE15D5146C25443BA0D028AD2.node1?idProposicao=290450)>. Acesso em: 16 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso. **Senado federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 20 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 25 maio 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcios**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Divórcio já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.



LIMA NETO, Francisco Vieira. **A separação judicial ainda existe**. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2010/11/novo-artigo-de-francisco-vieira-lima.html>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Separação judicial**: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa>>. Acesso em 18 abr. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio**: cedo para comemorar. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em 18 abr. 2017.

SIMÃO, José Fernando. **A PEC do divórcio**: a revolução do século em matéria de direito de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em 18 abr. 2017.