

O enfraquecimento da autonomia privada no Direito de família após o julgamento do recurso extraordinário 1.167.478/RJ

The weakening of private autonomy in family Law after the judgment in the extraordinary appeal 1.167.478/RJ

Gustavo de Oliveira¹

¹ Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Civil da Universidade São Francisco (USF). Advogado e palestrante.

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar o fim do instituto da separação judicial e seu efeito com relação ao princípio da autonomia privada no Direito de Família. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, que alterou o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, e facilitou a ruptura do vínculo matrimonial no Brasil pelo divórcio, independentemente de prévia separação, instalou-se uma verdadeira celeuma na doutrina e jurisprudência acerca da permanência da separação judicial e de seus limites em nosso sistema. Desde 1977, o nosso Direito de Família vem passando por transformações significativas. Partindo de um sistema antidivorcista, anterior à Emenda Constitucional nº 9 de 1977, passamos para um sistema divorcista pleno que possibilita, em tese, a ocorrência do casamento e do divórcio no mesmo dia. A promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, nada obstante a demonstração de fortalecimento da autonomia privada em sede de Direito de família, trouxe uma celeuma acirrada na doutrina e nos tribunais, acerca da manutenção ou não da separação judicial em nosso país, que foi resolvida em novembro de 2023 pelo STF no Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, estabelecendo o desaparecimento da separação judicial no Brasil como instituto autônomo. Conclui que o fim da separação judicial como instituto autônomo prejudica a autonomia privada no sistema familiarista. O método utilizado é o hermenêutico, decorrente da análise da legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito Civil. Emenda Constitucional nº 66/2010. Separação judicial. Autonomia privada. Enfraquecimento.

ABSTRACT: The research aims to analyze the end of the institute of judicial separation and its effect in relation to the principle of private autonomy in family law. After the enactment of Constitutional Amendment No. 66, which amended Article 226, § 6 of the Federal Constitution and made it easier to break the marriage bond in Brazil by divorce, regardless of prior separation, there was a real debate in doctrine and jurisprudence about the permanence of judicial separation and its limits in our system. Since 1977, our Family Law has undergone significant transformations. From an anti-divorce system, prior to Constitutional Amendment 9 of 1977, we have moved on to a full divorce system that allows marriage and divorce to take place on the same day. The enactment of Constitutional Amendment 66/2010, despite demonstrating the strengthening of private autonomy in family law, brought about a heated debate in doctrine and in the courts about whether or not to maintain judicial separation in our country, which was resolved in November 2023 by the STF in Extraordinary Appeal 1.167.478 / RJ, paradigm of theme 1053, establishing the disappearance of judicial separation in Brazil as an autonomous institute. It concludes that the end of judicial separation as an autonomous institute undermines private autonomy in the family system. The method used is hermeneutic, based on an analysis of legislation, doctrine and case law.

Keywords: Constitutionalization of civil law. Constitutional Amendment 66/2010. Judicial separation. Private autonomy. Weakening.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objeto analisar a separação judicial em nosso sistema jurídico, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, que facilitou a ruptura do vínculo matrimonial no Brasil por meio do divórcio, bem como o julgamento do Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, e o seu impacto sobre o princípio da autonomia privada em sede de Direito de Família.

De fato, ao retirar a obrigatoriedade da observância do prazo de 1 (um) ano após prévia separação judicial ou o prazo de 2 (dois) anos de separação de fato do casal, para a obtenção do divórcio, como constava no artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988 em sua redação original, o sistema jurídico pátrio desburocratizou ainda mais a ruptura da família formada pelo casamento.

Assim, nos últimos 47 anos, o direito civil brasileiro passou de um sistema antidivorcista - pois anteriormente à Emenda Constitucional nº 9 de 1977, o divórcio não era permitido no Brasil - para um sistema divorcista pleno, em que teoricamente é possível que a pessoa se case de manhã e se divorcie à tarde no mesmo dia, sem a necessidade de respeitar nenhuma amarra criada pelo legislador, com o objetivo de “proteger a família brasileira”.

Contudo, apesar de promover a plena autonomia privada da pessoa, de permanecer casada com quem e enquanto quiser, em consonância com os valores constitucionais mais sólidos para a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, a supressão do instituto da separação judicial do texto constitucional fomentou uma discussão acerca do destino dessa categoria jurídica.

Vale dizer, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, vezes contundentes da doutrina nacional, acompanhadas pela jurisprudência, passaram a defender a tese de que o instituto da separação judicial havia desaparecido do sistema, mesmo não ocorrendo a revogação expressa dos artigos do Código Civil de 2002 que disciplinam essa categoria jurídica.

Consigne-se que o Código de Processo Civil de 2015 manteve, em alguns textos normativos, a menção expressa à separação judicial.

Nada obstante ter sido defendida por alguns doutrinadores, após a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, a separação judicial, em novembro de 2023, foi banida de

nosso sistema após o julgamento do Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053.

No entanto, em nossa opinião, como procuraremos demonstrar, tal decisão vai de encontro à evolução do direito de família, uma vez que arrefece a autonomia privada dos cônjuges, tão defendida nos últimos anos pela doutrina familiarista.

A título de problema, a perfazer o objeto-alvo da pesquisa, estipula-se a localização precisa da ótima exegese extraível do ordenamento jurídico quanto (a) ao artigo 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e suas consequências após modificação pela Emenda Constitucional nº 66/2010 e (b) os reflexos da decisão emanada no Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, sobre o princípio da autonomia privada no Direito de Família.

No tocante à estrutura, inicia-se a pesquisa com a abordagem acerca da constitucionalização do direito e sua influência no Direito de Família. Posteriormente, se tratará dos aspectos históricos do divórcio e a separação judicial no Brasil e, em seguida, será feita uma análise acerca do princípio da autonomia privada e seu enfraquecimento, após a decisão prolatada no Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, no sistema familiarista.

O método utilizado é o hermenêutico, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se como hipótese que o banimento do instituto da separação judicial de nosso sistema enfraquece a autonomia privada.

2 A EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito é o mais eficaz instrumento de controle social, utilizado pelo Estado, para possibilitar uma convivência harmônica entre as pessoas.

O Direito privado, notadamente, o Direito de Família, possui uma vinculação direta com os valores aceitos e vigentes por uma específica sociedade em um determinado momento histórico.¹ A Constituição Federal de 1988 tem um papel fundamental na

¹ BRASILEIRO, Luciana; GIRARDI, Viviane. Direito de Família na atualidade: famílias simultâneas. *In* Direito Privado contemporâneo. Estudos dedicados a Zeno Veloso. *Revista do Advogado*, nº 151, p. 82-91, set. 2021, p. 83.

profusão desses valores em nossa sociedade, principalmente pelo fato de ser dotada, hodiernamente, de força normativa. A consideração da força normativa da Constituição, no entanto, é algo relativamente recente.

Assim, perceptível é o motivo pelo qual o Estado e a sociedade se preocupam tanto com a família, fato este exteriorizado pelo *caput* do artigo 226, de nossa Lei Suprema, onde se lê que a família, “base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Nas lições de Paulo Lobo:

A família atual passou a ter a proteção do Estado e da sociedade, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção jurídica da família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família, estabelecendo o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Desse dispositivo defluem conclusões relevantes: a) família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua.²

Pode-se afirmar, historicamente, que o constitucionalismo se expressa por meio do Estado de direito que se consagra na Europa, durante o século XIX, com adoção ampla do modelo universalizado pela Revolução Francesa: separação de Poderes e tutela dos direitos individuais. Esse modelo baseou-se no princípio da legalidade e sobre o monopólio estatal da produção jurídica. A norma legislada se transforma em fator de unidade do Direito e estabilidade, cujo fundamento tem natureza positivista. O papel da doutrina e jurisprudência se torna somente descritivo.³

Nesse momento histórico o apelo aos princípios, que representam a porta de entrada dos valores mais importantes da sociedade, é ainda bem pequeno.

O reconhecimento acerca da normatividade dos princípios constitui fenômeno recente, tendo percorrido uma trajetória histórica longa, desde o jusnaturalismo onde se estabeleciam fora do direito, no campo da ética e dos valores, passando pelo positivismo,

² LOBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v.5, p. 17.

³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Juruá: Curitiba, 2017, p. 106.

quando são unidos ao direito objetivo como fontes subsidiárias para a integralização de lacunas, até aportarmos ao pós-positivismo (atual fase), em que os princípios se equiparam às demais categorias normativas.⁴

Nas lições de Ricardo Guastini, a ideia da separação conceitual entre Direito e moral é um componente marcante do positivismo jurídico chamado metodológico, ou seja, aquela forma de ver segundo o qual o Direito pode ser descrito e individualizado em termos científicos sem valorações morais⁵.

O pós-positivismo, por outro lado, representou um dos marcos do neoconstitucionalismo, que ganha força a partir da Segunda Guerra Mundial e consagra a ideia de que os princípios constitucionais devem influenciar toda a interpretação do direito infraconstitucional, o que produziu reflexos enormes no Direito de Família, local em que a dignidade da pessoa humana é mais sentida.

E é propriamente no Direito de Família onde mais se sente a influência dos princípios que a nossa Carta Magna “consagra como valores sociais fundamentais, os quais não podem se distanciar da atual concepção da família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas.”⁶

A evolução do constitucionalismo culminou com o reconhecimento de supremacia da Constituição - de um Estado constitucional de direito -, de consideração de sua força normativa e, nesse contexto, verifica-se uma nova filosofia de hermenêutica e aplicação do direito identificado como pós-positivismo.

O pós-positivismo é a superação do legalismo, não com busca de ideias metafísicas ou abstratas, mas em virtude da admissão da existência de valores compartilhados por toda a sociedade. Esses valores, comungados por toda a sociedade, “materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição”.⁷

⁴ DELGADO, Mário Luiz. Responsabilidade Civil por Violação do Direito Fundamental à Busca da Felicidade: Reflexões sobre um Novo Dano. In: *Responsabilidade Civil 50 anos em Portugal e 15 anos no Brasil*. Coordenadores: Francisco Arthur de Siqueira Muniz e Mafalda Miranda Barbosa. Editora Juspodivm: Salvador, 2017, p. 357-358.

⁵ GUASTINI, Ricardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010, p. 57.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 328.

Os fenômenos indicados acima e sucedidos nas últimas décadas – catalisadores do denominado neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional - ocasionaram um processo pleno de constitucionalização do Direito, que se visualiza a partir de um efeito expansivo das normas constitucionais que, como regras e princípios, passam a disciplinar a interpretação e a validade de todo o sistema infraconstitucional.⁸

A consequência dessa “força”, nas lições de Daniel Sarmento, se apresenta por meio da seguinte faceta: os princípios e valores de nossa Constituição Federal penetram em todo o sistema jurídico, determinando uma “filtragem” constitucional do ordenamento, vale dizer, a releitura das categorias e conceitos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição.⁹

Não foi, obviamente, diferente com relação ao Direito Civil e, principalmente, ao Direito de Família, pois receberam a influência desse fenômeno de constitucionalização do direito, o que representou a mudança de paradigma do Direito de Família, ainda mais pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que culminou com o reconhecimento de uma função social à família, - como entidade idealizada para promover a realização dos projetos pessoais de seus membros - e sua repersonalização.¹⁰

De fato, a dignidade da pessoa humana se manifesta notadamente por meio da proteção dos direitos fundamentais, promove a despatrimonialização do direito e a sua consequente repersonalização e produz, juntamente com o princípio da solidariedade, uma série de alterações na interpretação de ramos importantes do direito civil, notadamente do Direito de Família.

“Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família.”¹¹

Essa leitura constitucional do Direito de Família, permitiu que antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, aquele modelo de família hierarquizado e

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 2016-217.

⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 122.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 24.

¹¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 26.

discriminatório, que vigorava entre nós em virtude do Código Civil de 1916, deixasse de existir, entrando em seu lugar uma modelo de família democrática e isonômica.

Esse fenômeno de constitucionalização do Direito de Família é reconhecido no direito comparado. As grandes evoluções por que passa o Direito de Família argentino tem como fundamento esse fenômeno de reconhecimento da influência da Constituição no direito infraconstitucional.¹²

Já o princípio da solidariedade, fundamental para o Direito de Família, extraído do artigo 3º, I, da Carta Magna, quando aduz serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, reflete, ao sistema do Direito de Família a noção de preocupação e ajuda com o outro.¹³

No núcleo familiar, a solidariedade familiar deve ser compreendida como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente no que tange à assistência material e moral. Em relação aos filhos, a solidariedade corresponde à exigência da pessoa de ser cuidada até o atingimento da idade adulta, vale dizer, de ser educada, mantida e instruída para sua formação social plena. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança insere a solidariedade entre os princípios a serem respeitados, o que se reproduz no ECA (art. 4º).¹⁴

A constitucionalização do direito envolve dois fenômenos diversos, quais sejam: em primeiro lugar, a nossa Carta Magna prevê em seu bojo categorias jurídicas clássicas de todos os ramos do direito, ainda que não tenham essência de matéria constitucional.

O artigo 226, de nossa Constituição Federal, evidencia esse fenômeno, porquanto ao trazer a espinha dorsal do Direito de Família para o seu conteúdo, faz referência, em rol não taxativo, de alguns dos institutos jurídicos mais relevantes desse sensível ramo do direito.

Esse fenômeno envolve, em segundo lugar, uma primazia dos princípios constitucionais - portadores dos valores mais importantes para a sociedade – quando da interpretação das leis infraconstitucionais.

¹² CARLUCCI, Aída Kemelmajer; HERRERA, Marisa. Perspectiva Constitucional-Convencional de la Ruptura Matrimonial: El Divorcio sin Expresión de Causa en el Nuevo Régimen Jurídico Argentino. Revista Thesis Juris, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9073-51379-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/03/2023, p. 220.

¹³ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 26.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v.5, p. 63.

Um exemplo desse segundo aspecto da constitucionalização do direito na seara do Direito de Família, foi o julgamento da ADPF nº 132-RJ, que reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, efetivando uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723¹⁵ do Código Civil, no sentido de afastar qualquer significado que obstaculize o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos previstos nesse enunciado normativo.¹⁶

Um outro exemplo bem mais recente desse segundo aspecto de constitucionalização do direito civil foi o julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário n. 1.309.642/SP, tema 1.236, em que se fixou a seguinte tese de julgamento: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública.”¹⁷

Ambas as decisões provocaram uma interpretação conforme a constituição tanto do artigo 1.723, que define a união estável, quanto do artigo 1.641, II, ambos do Código Civil, sendo que este segundo dispositivo trata da obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento.

Importante dizer que foram utilizados como fundamentos constitucionais nos dois julgados acima, dentre outros princípios, a dignidade da pessoa humana e a isonomia.

Nesse sentido, e com relação a esse último julgado, verifica-se o fortalecimento de um princípio extremamente importante que, cada vez mais vem ganhando espaço no ambiente do Direito de Família, que é o princípio da autonomia privada, decorrência direta da liberdade, estampada como direito fundamental individual.

No Direito de Família, como é cediço, o Estado-juiz exerceu sempre uma intervenção maior na dinâmica familiar, impondo restrições e freios nessa liberdade de ação, “mirando sempre a defesa da célula familiar.” Com a consagração do princípio da

¹⁵ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto. 2011. p. 32. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 3/04/2023.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365774108&ext=.pdf>. Acesso em 8/10/2024.

dignidade da pessoa humana, pela Carta Política de 1988, em seu art. 1º, III, promoveu-se uma maior liberdade de atuação da pessoa no ambiente familiar ao valorizar o indivíduo e suas conexões jurídicas.¹⁸

Uma vez que o princípio da autonomia privada, em nossa opinião, é extremamente importante para fundamentar a ideia central deste artigo, teceremos maiores detalhes posteriormente acerca dele.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIVÓRCIO E A SEPARAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

A questão referente à ruptura do casamento é tema que sempre esteve presente nas sociedades mais antigas, mesmo antes do cristianismo.

Entre os astecas, a única forma de se dissolver o casamento era por sentença. Perante o Código de Manu, havia a figura do repúdio, se a mulher fosse estéril durante oito anos, ou se não tivesse filho varão. Na Grécia só se admitia, a princípio, o divórcio por esterilidade, posteriormente por desejo do marido, por vontade da mulher e pelo mútuo consentimento. Entre os hebreus o repúdio era admitido no caso de adultério; esterilidade prolongada por dez anos; defloramento; violação da lei mosaica; enfermidade contagiosa; ausência prolongada; inobservância do dever conjugal. Na Babilônia, era livre o repúdio para o homem e limitado para a mulher, facultando-a novo casamento, quando abandonada ou seviciada.¹⁹

No Direito Romano, como o casamento tinha base nitidamente consensual, a sua dissolução ocorria com a simples intenção de não mais permanecer como marido e mulher. O repúdio era uma declaração unilateral, no sentido de não querer continuar casado. Tão somente a manifestação de vontade de um dos cônjuges, intencionado a finalizar o matrimônio, era suficiente para a sua dissolução.²⁰

¹⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 102.

¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, tomo I, p. 23.

²⁰ RIVAS, María Leoba Castañeda. El Divorcio sin Causa Rompe la Organización de la Familia y Desprotege a sus Miembros. *Revista de Derecho Privado*, 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7248-6553-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7248-6553-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 09/03/2023, p. 69.

Nada obstante ter o Cristianismo tolerado o divórcio nos primeiros séculos, é evidente que a Igreja reagiu, desde logo, contra a dissolubilidade do casamento, tendo como ponto de partida a parábola de Cristo (“Não separe o homem o que Deus uniu”). Contudo, reconhece-se divergência entre os evangelistas quanto a hipótese de o adultério poder ou não ser causa de rompimento do vínculo.²¹

A ideia de indissolubilidade do casamento, transmitida pela Igreja, influenciou sobremaneira o nosso sistema jurídico até 1977, ano em que surge o divórcio no Brasil.

Nesse sentir, apesar de gozar do atributo da permanência, o casamento, a partir de 1977, torna-se dissolúvel no Brasil. É evidente que todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tem uma tendência à permanência. Dificilmente nos depararemos com um casamento celebrado com pensamentos à dissolução. É necessário entender, nada obstante, que muito mais relevante do que a manutenção de um casamento que não atenda mais suas finalidades é o respeito às liberdades e garantias individuais dos cônjuges.²²

Dentro desse contexto, surge o divórcio no Brasil, com o objetivo de salvaguardar a liberdade das pessoas de exercerem a autodeterminação²³ e seguirem seus projetos de vida.

É importante dizer que, o Decreto n. 181, de 1890, instituidor do casamento civil no Brasil, previa o divórcio a *thoro et mensa* (divórcio canônico), que ocasionava apenas a separação de corpos, sem romper o vínculo matrimonial. O Código Civil, de 1916, previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, sem que o vínculo matrimonial fosse rompido.²⁴

O casamento, como consabido, cria tanto a sociedade conjugal quanto o vínculo matrimonial. O instituto da separação judicial no Brasil surge com a Lei do Divórcio, Lei n. 6.515/77, que regulamentou a Emenda Constitucional n. 9/77 e possibilitou, após décadas de batalha no congresso nacional entre o senador Nelson Carneiro e defensores dos ideais da igreja, o rompimento do vínculo matrimonial pelo divórcio, desde que observado um prazo de 3 (três) anos de separação judicial.

²¹ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, tomo I, p. 25.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 343.

²³ *Ibidem*, p. 343.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 6, p.80.

Falar de divórcio no Brasil exige menção honrosa à figura de Nelson Carneiro. Foi graças a ele, que dedicou anos de sua vida, incansavelmente, à mudança de uma arraigada mentalidade fundamentada na ideia religiosa de indissolubilidade do casamento, que ocorreu a alteração em nossa Constituição Federal de 1969, por meio da Emenda Constitucional n. 9 de 28 de junho de 1977, o que permitiu o divórcio no Brasil.²⁵

“A resistência positivada ao divórcio era de tal ordem que até mesmo os textos constitucionais traziam previsão da indissolubilidade do casamento, o que perdurou até nossa penúltima Constituição.”²⁶

O sistema anterior à Emenda Constitucional n. 9/77 era antiodivorcista, tendo as Constituições anteriores feito menção à indissolubilidade do matrimônio. Com efeito, a Constituição Federal de 1934, no artigo 144, a Constituição Federal de 1937, no artigo 124, a de 1946, em seu artigo 163, a de 1967 e a “Constituição de 1969”, em seu artigo 175, todas elas expressamente falavam em casamento indissolúvel.

Nesse sentir, até 1977, em razão da impossibilidade da extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio, o sistema pátrio permitia o fim da sociedade conjugal por meio do desquite. Aspecto interessante de nossa história constitucional, envolvendo a aprovação da Emenda Constitucional n. 9/77, é aquela narrada por Maria Helena Diniz, nos seguintes termos:

O fato de o Presidente da República, mediante a Emenda Constitucional n. 8, de 14 de abril de 1977, com base no Ato Institucional n. 5, ter suspenso a vigência do dispositivo constitucional que previa o quorum de 2/3 para a alteração da Constituição, autorizando que as modificações constitucionais derivassem do pronunciamento da mera maioria, foi uma vitória para os adeptos do divórcio, que, assim, conseguiram a aprovação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, instituindo o divórcio no Brasil. Regulamentou-o a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.²⁷

²⁵ SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. In Família e Sucessões. *Revista do Advogado*, nº 112, p. 64/78, julho de 2011, p. 64-65.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O divórcio na atualidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 42.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 5, p. 97.

Como referido, a partir da emenda n. 9/77 o divórcio passa a ser permitido no Brasil, sendo regulamentado pela Lei n. 6.515/77, que não tratou apenas do divórcio, mas disciplinou outros institutos jurídicos do Direito de Família, tais como a separação judicial, o uso do nome, a guarda de filhos e a isonomia na filiação. Assim, a figura do desquite, prevista em vários artigos do Código Civil de 1916 foi substituída pela separação judicial, produtora dos mesmos efeitos, com a entrada em vigor da lei do Divórcio.²⁸

Dessa forma, apesar de o sistema jurídico passar a autorizar a dissolução do matrimônio a partir de 1977, criou um obstáculo jurídico para tanto, denominado de separação judicial, antigo desquite.

Esse obstáculo era um pré-requisito para o divórcio, que somente poderia ser obtido, inicialmente, após o decurso de um prazo de 3 (três) anos da separação judicial, nos termos do artigo 175, § 1º, da Constituição Federal então em vigor, e era permitido uma única vez para a mesma pessoa, restrição esta que veio ser eliminada em 1989, com a Lei n. 7.841.²⁹

Em seu artigo 25, a Lei do Divórcio confirma o requisito temporal da necessidade de espera dos 3 (três) anos após a ocorrência da separação, para que fosse possível a conversão dessa separação judicial em divórcio.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 6º, manteve a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial pelo divórcio com o entrave da separação, mas reduziu o prazo para a dissolução do vínculo após a prévia e necessária separação judicial, de 3 (três) para 1 (um) ano, introduzindo a figura do divórcio direto após separação de fato por 2 (dois) anos, nos seguintes termos: “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”.

Nesse sentir, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico pátrio continuava a manter o sistema dual para o rompimento do vínculo legal do casamento. Primeiro a pessoa obrigatoriamente precisava se separar, o que ocasionava a

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O divórcio na atualidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v.5, p. 153.

extinção da sociedade conjugal, para depois poder se divorciar e dissolver o vínculo matrimonial.

Contudo, não faltaram críticas da sociedade a esse sistema dicotômico, onde a separação não significava o fim de uma história, mas um pré-requisito com posterior gasto de tempo e dinheiro para a confirmação do desejo do casal de seguir, cada qual, outros projetos de vida.

Sobre as razões para se terminar com esse sistema dualista de separação e divórcio, Rodrigo da Cunha Pereira explica:

É preciso separar o “joio do trigo”, para usar uma linguagem bíblica, isto é, se separarmos as razões jurídicas das razões e motivações religiosas, veremos claramente que não faz sentido a manutenção do instituto de separação judicial em nosso ordenamento jurídico. Ele significa mais gastos financeiros, mais desgastes emocionais e contribui para o emperramento do Judiciário, na medida em que significa mais processos desnecessários.³⁰

Em virtude disso, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apresentou Proposta de Emenda Constitucional – PEC, por meio de um dos seus associados, o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), para que fosse dada nova redação ao § 6º do artigo 226, que em 13 de julho de 2010, encerrando o ciclo evolutivo iniciado em 1977, se transformou na Emenda Constitucional n. 66, que afirma: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”³¹

Essa inovação constitucional, de grande envergadura, dividiu opiniões, notadamente no que tange à extinção do instituto da separação judicial e da viabilidade de se obter o divórcio sem necessidade de demonstração de tempo de separação de fato ou de separação judicial.³²

No entanto, antes da referida decisão do STF de novembro de 2023, a emenda constitucional 66/2010 ainda causava alguma divergência na doutrina acerca de seus efeitos e limites.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 244.

³¹ *Ibidem*, p. 245.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 6, p.81.

De fato, em posição minoritário, capitaneado por Luiz Felipe Brasil Santos, havia quem entendesse que a Emenda Constitucional n. 66/2010 nada mudara, no sentido de que permaneceria a separação e prazos até que ocorresse a revogação dos artigos do Código Civil (TJRS, Apelação Cível 70040795247, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 7-4-2011; TJRS, Apelação Cível 70040844375, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 7-4-2011).³³

Entretanto, pensávamos de maneira diversa.

No entanto, já havia forte corrente no sentido de que a Emenda Constitucional n. 66/2010 teria suprimido do nosso sistema jurídico o instituto da separação judicial. Comungavam desse entendimento, Rodrigo da Cunha Pereira³⁴, Maria Berenice Dias³⁵, Paulo Lôbo³⁶, José Fernando Simão³⁷, Flávio Tartuce,³⁸ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁹, Anderson Schreiber⁴⁰, dentre outros.

Os principais argumentos para aqueles que defendiam a extinção da separação judicial do sistema jurídico pátrio seriam a supressão da expressão separação judicial do artigo 226, § 6º, da Carta Magna, efetivada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, que agora é singelo ao mencionar que o “casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” e a baixa procura pelos casais a essa forma de ruptura da sociedade conjugal.

Muitas decisões, nesse sentido, já podiam ser extraídas dos tribunais estaduais antes do julgamento do Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, conforme demonstra Flávio Tartuce.⁴¹

³³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 5, p. 97.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 246.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v.5, p. 154.

³⁷ SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. *In Família e Sucessões. Revista do Advogado*, nº 112, p. 64/78, julho de 2011, p. 77-78.

³⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 268.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 198.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 377.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 265-266.

“Com o advento da Emenda Constitucional n.º 66, de 13/07/2010, que alterou o art. 226, § 6.º, da Constituição Federal, houve uma verdadeira revolução no instituto do divórcio, que passou a ser considerado um verdadeiro direito, pondo fim à separação judicial e eliminando qualquer prazo para dissolução do vínculo matrimonial. A Emenda Constitucional n.º 66/2010, entrou imediatamente em vigor com a sua publicação, tornando-se impertinentes e desnecessárias quaisquer discussões acerca do requisito, outrora existente, de lapso temporal superior a dois anos para pleitear-se a dissolução do casamento civil, através do divórcio direto” (TJBA, Apelação Cível 0004074-23.2005.805.0256.0, Processo 0004074-2/2005, 5.ª Câmara Cível, Teixeira de Freitas, Rel. Emílio Salomão Pinto Reseda, j. 25.01.2011).

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 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 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido (TJDF, Recurso 2010.01.1.064251-3, Acórdão 452.761, 6.ª Turma Cível, Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJDFTE 08.10.2010, p. 221).

Contudo, e antes da decisão do STF que decidiu pela eliminação da separação judicial, não concordávamos com os argumentos que procuravam sustentar a extinção de instituto de nosso sistema jurídico.

Dizer que porque a Constituição Federal deixou de fazer referência a um instituto, significaria afirmar que ele estaria alijado do sistema é um argumento que não se sustenta, porquanto nem todas as categorias jurídicas tratadas pelo Código Civil são expressamente previstas na nossa Lei Suprema.

Basta lembrar que o Código Civil de 2002 tem 2.046 artigos e a nossa Carta Magna, sem contar os atos das disposições constitucionais transitórias, possui 250 dispositivos. A matemática, por si só, já ajuda nessa fundamentação.

Compreender que tal mudança eliminou a existência da separação extrajudicial ou judicial conduziria “à interpretação de que qualquer assunto que não fosse mais tratado

no texto constitucional por desconstitucionalização estaria extinto, a exemplo também do que ocorreu com a separação de fato, cuja existência não é objeto de dúvida.”⁴²

Nesse sentido, preconizava o enunciado 514 da V Jornada de Direito Civil ao dispor que: “A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial ou extrajudicial.”

Paulo Lôbo, para justificar a eliminação da separação judicial, mesmo com a entrada em vigor do novo CPC de 2015, que previu em alguns dispositivos esse instituto, asseverava que estaria perdida sua razão histórica fundada na indissolubilidade matrimonial e de obstáculo à obtenção do divórcio direto, pois sua permanência vai de encontro e não ao encontro dos valores contemporâneos que se projetaram na Constituição e no ordenamento jurídico brasileiro de autonomia e liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal.⁴³

No entanto, é justamente em homenagem aos princípios da liberdade e autonomia privada que entendíamos que a opção pela separação judicial consensual ou mesmo a litigiosa, como esclarece Arnaldo Rizzardo,⁴⁴ seria de livre escolha do casal ou do cônjuge, o que traria a impossibilidade de o Estado se imiscuir nessa esfera de autorregulamentação dos interesses da pessoa.

4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA E O SEU ENFRAQUECIMENTO APÓS A DECISÃO PROLATADA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.478/RJ, PARADIGMA DO TEMA 1053

Dos mais importantes princípios a reger todo o direito privado, o princípio da autonomia privada reflete a relevância da vontade para o sistema jurídico privatista brasileiro.

Como exteriorização da liberdade, reconhecido direito fundamental individual previsto no *caput* do artigo 5º de nossa Lei Suprema, a autonomia privada pode ser

⁴² STJ, REsp 1.247.098/ MS, 4.ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.03.2017, DJe 16.05.2017, p. 14.

⁴³ LÔBO, Paulo. Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial. In Associação dos Notários e Registradores do Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/artigo-novo-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-a-separacao-judicial-paulo-lobo/>. Acesso em 21/02/2023. n.p.

⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 210.

definida como o poder conferido à pessoa de autorregular os próprios interesses, desde que respeitadas as normas de ordem pública, irrevogáveis pela vontade das partes.

O Direito de Família consagra esse princípio como um daqueles que norteiam toda a disciplina desse ramo do direito que, apesar de repleto de normas cogentes, cada vez mais se curva diante da autonomia privada das pessoas, o que a nosso ver justificaria, em homenagem à liberdade do casal, a permanência do instituto da separação judicial ou extrajudicial em nosso sistema.

Nas lições de Francisco Amaral:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo do texto constitucional, no princípio da liberdade de iniciativa econômica (CR, art. 170) e na liberdade contratual (CC, art. 421).⁴⁵

O limite da autonomia familiar é a liberdade do indivíduo. A figura do Estado absolutamente intervencionista, que mitiga a autonomia privada, em pleno século XXI, é inconcebível. O Direito das Famílias deve servir aos anseios da sociedade, adequando-se a fatores como tempo-espço, e axiológicos-sociais. Mas o que se vislumbra, é que a intervenção Estatal deve decorrer também da omissão do legislador, ao negar regulamentação a novos institutos como a multiparentalidade, as uniões homoafetivas e o poliamor.⁴⁶

Não são poucos os que defendem, em homenagem ao princípio da autonomia privada, as uniões plúrimas em nosso sistema jurídico, tendo o STF, em 2020, enfrentado essa questão atinente à possibilidade ou não das famílias paralelas no Brasil, no julgamento do RE 1.045.273 Sergipe, estabelecendo, por 6x5, a impossibilidade de concessão de pensão previdenciária por morte para companheiro de união estável paralela.

A tese fixada foi a seguinte:

⁴⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 131.

⁴⁶ AMORIM, Ana Mônica Anselmo. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar. *Civilística.com*, n. 2, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/473-Texto%20integral-1552-1-10-20210918.pdf>. Acesso em 22/02/2023, p. 9.

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.⁴⁷

Interessante notar, ainda, que muitos daqueles que defendem a família poliafetiva e são partidários de uma menor intromissão do Estado no ambiente familiar,⁴⁸ como será analisado em seguida, eram contrários, como visto, à manutenção da separação judicial no Brasil.

Paulo Lôbo, ao criticar a decisão do RE 1.045.273, que fixou a tese da impossibilidade das famílias paralelas no Brasil assevera que:

Assim, torna-se problemático qualificar uma união estável e desqualificar a outra união estável como concubinato, exclusivamente pelo critério temporal. A primeira é merecedora da tutela jurídica, e a segunda, não. Considerando que a união estável não se constitui mediante ato jurídico negocial, mas sim como ato-fato jurídico, no qual as condutas fáticas, e não a vontade, o determinam, resulta problemática a definição da precedência temporal para legitimar uma entidade familiar e deslegitimar a outra. Como efeito controverso da decisão do STF tem-se a exoneração das responsabilidades jurídico-familiares do/a companheiro/a comum em relação ao/a que foi qualificado/a como “concubino/a”, tanto no que concerne aos deveres existenciais quanto aos deveres patrimoniais. Não nos parece haver fundamentos jurídicos ou morais para tal exoneração de responsabilidade.⁴⁹

Vale dizer, em homenagem ao princípio da autonomia privada, muitos doutrinadores são favoráveis ao acolhimento jurídico de um fato da vida (famílias paralelas) que, em nossa opinião, precisa ser mais bem assimilado pela sociedade brasileira.

No entanto, e ao mesmo tempo, vários desses doutrinadores defendiam a extinção da separação, um instituto consagrado no sistema jurídico pátrio que, a partir de 2010, apesar de ter deixado de ser um obstáculo obrigatório para aqueles que já não

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.045.273 Sergipe. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2020. p. 2. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251>. Acesso em 19/04/2023.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 393; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 38.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v.5, p. 195.

vislumbavam no casamento um instrumento para a busca da felicidade, alcançou, a nosso ver, o *status* de categoria jurídica totalmente dependente da autonomia privada da pessoa casada.

O princípio da autonomia privada é consagrado também no Código Reale, em seu artigo 1.513, que dispõe ser “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

No direito comparado, de acordo com o artigo 9 do Código Civil paraguaio, as convenções particulares têm força de lei entre as partes desde que não contrariem normas de ordem pública ou os bons costumes. A intervenção estatal nas diversas formas de atividade das pessoas, como um contrato de trabalho, outro tipo de contrato patrimonial, ou a decisão de formar família, apenas se justifica na tutela de interesses superiores da sociedade.⁵⁰

Consigne-se que, e como adiantado, uma considerável parte dos doutrinadores, que defendiam a extinção da separação judicial em nosso país, são os mesmos que agasalham um direito de família com ampla liberdade de atuação conferida ao casal, para regular de forma plena seus projetos de vida.

Rodrigo da Cunha Pereira é um dos que advogavam a extinção da separação judicial, como referido, mas, ao mesmo tempo, defende um direito de família com pouca intromissão na esfera privada do casal. Nesse sentido, aduz ser tendência do Direito de Família afastar-se cada vez mais dessas questões de fórum íntimo, pois ao Estado não interessa tais questões, como aquelas referentes ao dever de fidelidade.⁵¹

Paulo Lôbo, que também era partidário da extinção da separação judicial de nosso sistema, como visto, apregoa o princípio da liberdade em sede de Direito de Família amparado pelo desligamento da família de suas funções tradicionais, fato este que não traria sentido ao Estado em “regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.”⁵²

Em passagem de sua obra acerca do princípio da laicidade, Paulo Lôbo explica, nada obstante ter defendido a extinção da separação judicial de nosso ordenamento, que

⁵⁰ GIMENÉZ, Josefina Sapena. La Autonomia de la Voluntad en los Distintos tipos de Familia. Revista Jurídica Universidad Americana, vol. 3, 2012. Disponível em: <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridica/article/view/157/152>. Acesso em 25/02/2023, p. 2.

⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 134.

⁵² LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v.5, p. 74.

as pessoas podem dirigir, no âmbito privado, suas vidas familiares de acordo com a doutrina da religião que estejam vinculados, desde que não violem princípios constitucionais. “Podem, por exemplo, não se divorciar, se assim determina sua religião. Podem não concordar que haja outras entidades familiares fora do casamento.”⁵³

Nesse sentir, pergunta-se: qual é o interesse geral que estaria sendo violado, caso o casal, por razões religiosas ou por qualquer outro motivo, desejasse o rompimento da sociedade conjugal com a manutenção do vínculo matrimonial? A nosso ver nenhum.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, também defensores do fim da separação judicial, quando tratam do princípio da intervenção mínima estatal no âmbito familiar afirmam, entretanto, que não caberia ao Estado imiscuir-se na estrutura familiar da mesma forma como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o princípio da afetividade funciona como contenção ao dirigismo estatal que caso não controlado, representaria uma agressão à família.⁵⁴

Regina Beatriz Tavares da Silva já dizia que a manutenção da separação judicial em nosso ordenamento fortaleceria a liberdade de crença, o que iria ao encontro dos ideais de um país laico como o nosso, que respeita qualquer forma de religião. São suas as seguintes palavras:

Em várias correntes evangélicas e no catolicismo, o vínculo conjugal é indissolúvel, de modo que somente a separação é permitida a quem professa essas religiões. Se desaparecer o instituto da separação, restaria apenas o divórcio como forma de dissolução conjugal. Impedidos de se divorciarem por sua crença, esses religiosos teriam duas opções: viver sob o estado civil de casados e na situação irregular de separados de fato perante o Estado ou divorciar-se em desrespeito aos preceitos religiosos.⁵⁵

Arnaldo Rizzardo, outro que defendia a tese acerca da permanência da separação Judicial em nosso país, explicava que:

Embora seja contrário ao bom senso e se evidencie desarrazoada a opção pela separação judicial, prevalece o entendimento de sua permanência formal em nosso ordenamento, tanto na forma consensual como na

⁵³ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 41.

⁵⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Os riscos da supressão do instituto da separação. *Revista Consultor Jurídico*, maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-21/regina-tavares-riscos-supressao-instituto-separacao>. Acesso em 03/03/2023. n.p.

litigiosa. Acontece que os institutos ‘separação judicial’ e ‘divórcio’ geram efeitos diferentes e encerram tipicidade própria. A Emenda nº 66 simplesmente aboliu a separação para obter-se o divórcio. Através dela, não mais se exige que se encontrem separados os pretendentes, seja oficialmente ou de fato. Se houver a opção pela adoção da separação, não é aceitável a recusa pelo juiz, ordenando que façam o divórcio.⁵⁶

Rosa Nery também alegava, em sua obra, que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não teria suprimido o instituto da separação judicial em nosso país,⁵⁷ pensamento este que era compartilhado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana do Rego Freitas Dabus Maluf.⁵⁸

Em nosso sentir, a separação judicial deveria ter sido mantida no sistema pátrio, notadamente em virtude do princípio da autonomia privada em sede de Direito de Família, que tem raiz no princípio da liberdade previsto no artigo 5º, *caput*, da CF/88, que se manifesta de diversas formas, dentre as quais, pela liberdade religiosa.

Julgados do STJ, dando ênfase ao princípio da autonomia privada, antes do julgamento do Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, sustentavam a permanência do instituto da separação judicial no sistema pátrio, que contrariava com acerto, em nossa opinião, pensamento da maioria da doutrina:

Recurso Especial. Direito Civil. Família. Emenda Constitucional Nº 66/10. Divórcio. Separação Judicial. Subsistência. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III, e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV, e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional n.º 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso Especial provido.⁵⁹

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2019. p. 210.

⁵⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil*. Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 5, p. 303.

⁵⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. Curso de *Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 335.

⁵⁹ STJ, REsp 1.247.098/MS, 4.ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.03.2017, DJe 16.05.2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100747870&dt_publicacao=16/05/2017. Acesso em 10/10/2024.

Nesse julgado, o princípio da autonomia privada também foi utilizado como argumento de autoridade, para se chegar à conclusão de que o instituto da separação judicial não teria sido eliminado pela Emenda Constitucional n. 66/2010.

Seria um contrassenso afirmar que, uma Emenda Constitucional elaborada para conferir maior grau de liberdade aos cônjuges, diminuindo a interferência estatal na vida deles, rompendo com a necessidade de respeito a prazos para a dissolução do vínculo matrimonial, ao mesmo tempo eliminasse parcela dessa liberdade do casal de apenas romper a sociedade conjugal com manutenção do vínculo matrimonial.

Quem pode o mais pode o menos.⁶⁰

Demais disso, a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 6º, pós Emenda Constitucional nº 66/2010, aduziu que poderia o casamento civil ser dissolvido pelo divórcio, o que demonstrava se tratar, em virtude da utilização do vocábulo “pode”, de uma faculdade e não de uma exigência.

Apesar de a separação de fato, por construção doutrinária e jurisprudencial, operar os mesmos efeitos da separação judicial, notadamente com relação à dissolução do regime de bens, esta última conferiria maior segurança para os cônjuges no que tange ao termo inicial de sua ocorrência, o que evitaria, por exemplo, discussão acerca de aquisição de bens e a possível comunicação deles com o outro cônjuge, fato este suscetível de ocorrer em uma eventual separação de fato.

Outro julgado do STJ da 3ª Turma, com menção expressa ao princípio da autonomia privada, também entendeu pela manutenção da separação judicial em nosso sistema.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. 1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos. A Emenda à Constituição n.º 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação

⁶⁰ STJ, REsp 1.247.098/ MS, 4.ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.03.2017, DJe 16.05.2017, p. 14.

judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei n.º 13.105/2015). A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato.⁶¹

No direito comparado, notadamente nos países que mais influenciaram o nosso Código Civil de 2002, é possível vislumbrar a existência de sistemas jurídicos que adotam a separação judicial como meio de rompimento da sociedade conjugal.

O Código Civil português de 1966, entre os artigos 1795º-A até o artigo 1795º-D, disciplina a separação judicial. O Código Civil italiano, a partir de seu artigo 150, disciplina a separação judicial, como instrumento de rompimento da sociedade conjugal sem extinguir o vínculo entre os cônjuges.

O Código Civil espanhol, por seu turno, entre os artigos 81 e 84, disciplina a separação judicial exigindo para o seu requerimento o decurso de um prazo de 3 (três) meses da celebração do matrimônio, como regra, desde que não haja risco para alguns direitos da personalidade elencados no artigo 81, § 2º, do cônjuge demandante ou dos filhos. No Chile, a *Ley de Matrimonio Civil* (Lei nº 19947/04) regulamenta a separação de fato e a separação judicial, bem como o divórcio.

Nesse sentir, a manutenção do instituto da separação judicial em nosso país nada mais representaria do que o fortalecimento da autonomia privada em sede de Direito de Família, conquista tão importante para a nossa sociedade que reconhece a família base da sociedade e um meio para que as pessoas possam atingir seus projetos de vida e a busca da felicidade.

Se, por razão religiosa, ou qualquer outro motivo, no pleno exercício da liberdade, o rompimento da sociedade conjugal com a manutenção do vínculo se mostrasse mais adequado para a realização da pessoa, a separação judicial, por não infringir os valores mais importantes da sociedade, deveria ter permanecido intacta em nosso sistema.

⁶¹ STJ, REsp 1.431.370/ SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 15.08.2017, DJe 22.08.2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400141695&dt_publicacao=22/08/2017. Acesso em 10/10/2024.

A dignidade da pessoa humana, que também se traduz no direito de a pessoa decidir de forma autônoma sobre seus projetos de vida, outrossim seria prestigiada, caso se reconhecesse no Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, que o instituto da separação judicial representaria uma importante opção para que o casal, eventualmente, organizasse sua vida familiar.

A ideia do tudo ou nada, ou seja, do casamento na plenitude ou do divórcio, mais se parece com uma decisão abusiva e arbitrária do nosso sistema, que arrefece o direito fundamental de liberdade, que se manifesta na autonomia privada em sede de Direito de Família.

Contudo, e infelizmente em nossa opinião, não foi esse o pensamento do STF no Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053 que decidiu pela eliminação do instituto da separação judicial de nosso sistema.

5 CONCLUSÃO

Verificou-se que, nas últimas décadas, o Direito de Família tem passado por transformações significativas, resultado do acompanhamento do sistema jurídico pátrio aos valores mais importantes da sociedade que, igualmente, por conseguinte, tem se alterado muito nos últimos anos.

A Constituição Federal de 1988, com força normativo, catalisou essas alterações ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil que, juntamente com outros princípios nela consagrados, implementou a constitucionalização do Direito de Família, como demonstrado.

Nesse sentir, a família, considerada base da sociedade e merecedora de especial proteção estatal por preceito constitucional tornou-se, notadamente a partir de 1988, com a promulgação de nossa Lei Suprema, um ambiente mais democrático e livre, cuja função social, como proclamado pela doutrina especializada, é servir de instrumento para a realização dos projetos de vida e busca da felicidade de seus membros.

Como analisado, para que a pessoa possa desenvolver a sua personalidade no contexto familiar, mister se faz respeitar o princípio da liberdade, catalogado no artigo 5º, *caput*, como direito fundamental individual.

A Emenda Constitucional n. 66/2010 representou um avanço gigantesco no cenário do Direito de Família, encerrando uma evolução nesse ramo do direito privado, iniciada com a Emenda n. 9/77, quando se permitiu o divórcio no Brasil.

Com fundamento na liberdade de autodeterminação das pessoas, a nossa Carta Magna extinguiu o sistema bifásico para o rompimento do casamento. Passamos de um sistema antidivorcista para divorcista pleno, pois eliminou-se a obrigatoriedade da passagem pela separação para que o vínculo matrimonial fosse definitivamente quebrado.

Contudo, essa Emenda Constitucional n. 66/2010 provocou uma celeuma doutrinária e jurisprudencial grande, porquanto passou-se a discutir, como demonstrado, os destinos da separação judicial em nosso país.

Após alguns anos de debate e decisões judiciais em vários sentidos, o STF, em novembro de 2023, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, decidiu pela eliminação da separação judicial de nosso sistema.

A dignidade da pessoa humana, manifestada no princípio da autonomia privada, que também se traduz no direito de a pessoa decidir de forma autônoma sobre seus projetos de vida, ao nosso ver fundamentaria a manutenção da separação judicial, que deveria consistir em uma opção para o casal, seja por questões religiosas ou por qualquer outro motivo organizacional da vida privada da pessoa.

A ideia do tudo ou nada, ou seja, do casamento na plenitude ou do divórcio, não se adequa com uma sociedade pluralista, que vive sobre os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

Assim, a separação judicial ou extrajudicial, conduzida pela autonomia privada, se conectaria perfeitamente com o sistema pátrio, pois não violariam em nada preceitos de ordem pública, desde que, obviamente, fosse opção dos cônjuges a dissolução apenas da sociedade conjugal e não do vínculo matrimonial.

Tem-se, em conclusão, que a eliminação do instituto da separação judicial, decidida no julgamento do Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ, paradigma do tema 1053, enfraqueceu a autonomia privada no âmbito do Direito de Família, o que para nós representou um retrocesso.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- AMORIM, Ana Mônica Anselmo. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar. *Civilística.com*, n. 2, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/473-Texto%20integral-1552-1-10-20210918.pdf>. Acesso em 22/02/2023.
- BARCELLOS, Ana Paula. Anotação Preliminar sobre o Conteúdo e as Funções dos Princípios. In: *Comentários à Constituição*. 2 Ed. Saraiva: São Paulo, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 8/08/2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.247.098/ MS, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.03.2017, DJe 16.05.2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100747870&dt_publicacao=16/05/2017. Acesso em 10/10/2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.431.370/ SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 15.08.2017, DJe 22.08.2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400141695&dt_publicacao=22/08/2017. Acesso em 10/10/2024.
- BRASILEIRO, Luciana; GIRARDI, Viviane. Direito de Família na atualidade: famílias simultâneas. In *Direito Privado contemporâneo*. Estudos dedicados a Zeno Veloso. *Revista do Advogado*, nº 151, p. 82-91, set. 2021.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, tomo I.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer; HERRERA, Marisa. Perspectiva Constitucional-Convencional de la Ruptura Matrimonial: El Divorcio sin Expresión de Causa en el Nuevo Régimen Jurídico Argentino. *Revista Thesis Juris*, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9073-51379-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/03/2023.
- CHILE. *Ley de Matrimonio Civil*. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128>. Acesso em 13/10/2024.

DELGADO, Mário Luiz. Responsabilidade Civil por Violação do Direito Fundamental à Busca da Felicidade: Reflexões sobre um Novo Dano. In: *Responsabilidade Civil 50 anos em Portugal e 15 anos no Brasil*. Coordenadores: Francisco Arthur de Siqueira Muniz e Mafalda Miranda Barbosa. Editora Juspodivm: Salvador, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 5.

ESPANHA. *Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889*.

Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em 13/10/2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O divórcio na atualidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GIMENÉZ, Josefina Sapena. La Autonomia de la Voluntad en los Distintos tipos de Familia. *Revista Jurídica Universidad Americana*, vol. 3, 2012. Disponível em: <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridica/article/view/157/152>. Acesso em 25/02/2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 6.

GUASTINI, Ricardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010.

ITÁLIA. *Il Codice Civile Italiano*. Regio Decreto de 16 marzo 1942, n. 262. Disponível em: <https://www.codice-civile-online.it/>. Acesso em: 11 out. 2024.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v.5.

LÔBO, Paulo. Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/artigo-novo-cpc-nao-criou-ou-restaurou-a-separacao-judicial-paulo-lobo/>. Acesso em 21/02/2023.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil*. Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v.5.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Juruá: Curitiba, 2017. p. 106.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47.344/1966 (Código Civil)*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/lc/106487514/201703310858/73407585/diploma/indice>. Acesso em: 10 out. 2024.

RIVAS, María Leoba Castañeda. El Divorcio sin Causa Rompe la Organización de la Familia y Desprotege a sus Miembros. *Revista de Derecho Privado*, 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7248-6553-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7248-6553-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 09/03/2023.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2019.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Os riscos da supressão do instituto da separação. *Revista Consultor Jurídico*, maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-21/regina-tavares-riscos-supressao-instituto-separacao>. Acesso em 03/03/2023.

SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. *In Família e Sucessões. Revista do Advogado*, nº 112, p. 64/78, julho de 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família*