

**Unisal**  
**Bruno Campos Robles**

**Consequências práticas e jurídicas decorrentes da adoção da “PEC do Divórcio”**

**Lorena**  
**2011**

**Unisal**  
**Bruno Campos Robles**

**Consequências práticas e jurídicas decorrentes da adoção da “PEC do Divórcio”**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como exigência parcial  
para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito no Centro Universitário  
Salesiano, sob a orientação da Prof.  
Dr. Ana Maria Viola de Sousa.**

**Lorena**  
**2011**

Bruno Campos Robles

Consequências práticas e jurídicas decorrentes da adoção da “PEC do Divórcio”.

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como exigência parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito  
do curso de Direito na Instituição Centro  
Universitário Salesiano.

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, pela comissão  
julgadora:

(Assinatura) \_\_\_\_\_  
(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura) \_\_\_\_\_  
(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura) \_\_\_\_\_  
(Titulação/nome/instituição)

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus amados pais, que não mediram esforços à concretização deste sonho. Encheram-me de amor, incentivo e apoio; deram-me a oportunidade do estudo, além de sábios conselhos que moldam meu caráter.

A minha orientadora, Ana Maria Viola de Sousa, pelo auxílio, amizade e ensinamentos compartilhados, os quais me proporcionaram a realização deste trabalho e que levarei sempre comigo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, "meu guia" e "minha fortaleza", nesta longa caminhada;

A minha família pelo apoio, incentivo e, sem dúvida, o amor que sempre me ofertam;

Aos meus pais que me deram a vida e me ensinaram a vivê-la com dignidade;

Aos meus amigos por demonstrarem que “o valor das coisas não está no tempo em que elas duram, mas na intensidade com que acontecem”;

Aos professores pelos excelentes ensinamentos ministrados.

## RESUMO

Diante da recente alteração ocorrida no artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, com reflexos significativos no Código Civil - mais precisamente no Direito de Família - o presente trabalho irá demonstrar a viabilidade de tal emenda constitucional (n. 66/2010), uma vez que esta assegura alguns dos princípios constitucionais, pois obrigar alguém a permanecer casado estabelecendo prazos e identificando culpados para o rompimento do vínculo conjugal afronta o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, à convivência familiar e o direito fundamental: à afetividade. Aliás, diminuir a interferência do Estado nas relações íntimas do casal não estaria banalizando o instituto do casamento.

**Palavras-chave:** casamento; divórcio; princípios constitucionais.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1. CASAMENTO</b>	
1.1 Evolução histórica.....	11
1.2 Conceito.....	15
1.3 Natureza jurídica.....	17
1.4 Espécies.....	19
1.5 Conversão da união estável em casamento.....	23
1.6 Capacidade.....	24
1.7 Impedimentos e causas suspensivas.....	25
1.7.1 Impedimentos .....	25
1.7.2. Causas suspensivas.....	27
1.8 Processo de habilitação.....	29
1.9 Celebração.....	30
1.10 Posse do estado de casado.....	32
1.11 Estado civil.....	32
1.12 Regime de bens.....	33
<b>2. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL</b>	
2.1 Evolução histórica.....	35
2.2 Conceito.....	39
2.3 Separação de fato.....	39
2.4 Morte.....	40
2.5 Separação.....	40
2.5.1 Reconciliação.....	42
2.6 Separação por mútuo consentimento.....	42
2.6.1 Ação de separação consensual.....	43
2.7 Separação judicial.....	45
2.7.1 Causas.....	45
2.7.2 Ação de separação litigiosa.....	47
2.8 Efeitos da sentença de separação.....	48
2.9 Divórcio.....	49
2.9.1 Ação de divórcio.....	51
2.9.2 Efeitos.....	51
2.10 Conversão da separação em divórcio.....	52
2.11 Partilha de bens.....	53
2.12 Lei da dissolução da sociedade conjugal.....	54
2.13 Separação e divórcio extrajudiciais.....	54
2.14 Dados estatísticos da separação e do divórcio no Brasil.....	56
<b>3. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL (PEC) DO DIVÓRCIO</b>	
3.1 Alteração constitucional.....	58
3.2 Evolução Histórica.....	59
3.3 Extinção da separação judicial.....	62
3.4 Extinção das causas subjetivas e objetivas.....	63
3.5 Tipificação legal do divórcio e suas características.....	65

3.6 Situação jurídica dos separados judicialmente, mas não divorciados...	66
3.7 Posicionamentos doutrinários.....	67
3.8 Consequências.....	69
3.9 Jurisprudências.....	70
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>75</b>



## INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se inicia tem como objeto de estudo a Emenda Constitucional n. 66/10, que fora denominada de “PEC do Divórcio” durante a sua tramitação pelo Congresso Nacional no ano de 2009.

Na medida em que a indissolubilidade do casamento se encontra cada vez mais mitigada nos nossos dispositivos legais, de vital necessidade nos parece o aprofundamento, não só dos operadores do direito, mas da sociedade como um todo, das questões práticas e jurídicas afetas ao tema, ultrapassando o campo do Direito.

Isso se evidencia através do posicionamento contrário da Igreja Católica em relação a aprovação da Emenda Constitucional, pois segundo o seu entendimento o Estado estaria permitindo que as pessoas saíssem do casamento de forma mais facilitada.

É que a emenda alterou substancialmente o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal no que diz respeito a dissolução do casamento, atingindo reflexamente o Código Civil, mais precisamente o Direito de Família: extinguiu a separação judicial, bem como os requisitos para a decretação do divórcio (culpa e tempo).

A única forma prevista para a dissolução do casamento passa a ser o divórcio, que poderá ser promovido a qualquer tempo, sem a necessidade de aguardar qualquer transposição de prazo ou de se submeter a anterior processo de separação judicial.

A consequência de maior relevância jurídica e sócio-cultural é o fim da discussão sobre a culpa dos cônjuges pela falência do casamento, alterando drasticamente toda a base histórica do Direito de Família.

A doutrina ainda não é unânime no tocante as consequências advindas da sua aprovação, principalmente no que diz respeito a discussão sobre a culpa decorrente do término da sociedade conjugal.

O primeiro capítulo abordará o instituto do casamento, a começar pelo seu conceito bem como pela sua evolução histórica, pois ele é o principal responsável pela origem da família, logo o Código Civil lhe confere grande notoriedade (cento e dez artigos).

Passaremos, a seguir, pela análise histórica dos institutos já vigentes e dos vigorantes no país até então no que diz respeito a dissolução da sociedade conjugal.

O terceiro e último capítulo será integralmente dedicado ao tema, cujo cerne é demonstrar as consequências práticas e jurídicas advindas da sua aprovação e discussões doutrinárias dela decorrentes.

## **1. CASAMENTO**

### **1.1 Evolução histórica.**

A primeira constituição a prever o casamento civil foi a de 1891, pois até o advento da República (1889), só existia o casamento religioso – regido pelo direito canônico -, tanto para os católicos como para os não católicos. (DIAS, 2007).

Com o advento do Código Civil de 1916 a única forma de se constituir a família era pelo casamento e não havia outra forma de convívio aceitável. Ademais, o casamento era indissolúvel. A única possibilidade de rompê-lo era por meio do desquite, que mantinha o vínculo matrimonial – impeditivo da contração de novo casamento – mas cessava os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum. (DIAS, 2007).

Em 1977, com o advento da Lei do Divórcio, o desquite foi extinto do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a separação o sucedeu a partir da Lei 6.515/77. Dessa forma as únicas maneiras de se extinguir a família passaram a ser o divórcio e a separação. (DIAS, 2007).

“Ainda permaneceu a visão matrimonializada da família” (DIAS, 2007, p. 137), tanto que na tentativa de mantê-la, se exigia o decurso de longos prazos ou a atribuição da culpa a um dos nubentes.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o conceito de família, que se alargou para além do casamento, pois outros relacionamentos tais como o vínculo monoparental (um dos pais com os filhos), a união estável (relação entre homem e mulher não oficializada pelo matrimônio) e outros, foram consideradas como entidades familiares, admitindo assim a liberdade de escolha. O casamento não deixou de ser a entidade familiar mais importante, embora tenha perdido a exclusividade da tutela jurídica. Isso é perceptível, pois é o modelo mais adotado nas relações familiares. (DINIZ, 2009).

Embora a Constituição Federal tenha alargado o conceito de família, o mesmo não ocorreu no atual Código Civil, uma vez que o texto do seu Anteprojeto foi elaborado muito antes, ou seja, não disciplinou de forma geral as entidades familiares, ocasião em que não se faz menção à entidade monoparental e outras. (DIAS, 2007).

No Direito Romano “*justas nuptias* (justae nuptiae) ou *matrimonio* (matrimonium) é o casamento legítimo, contraído de acordo com o direito civil (jure civili).” (JÚNIOR, 2000, p. 118).

De forma igualitária, os romanos praticavam a monogamia e o marido tinha poder sobre a mulher (instituto por eles denominado de *manus*). (JÚNIOR, 2000).

Para eles havia duas espécies de casamento:

a) Casamento *cum manu*: “é aquele em que a mulher cai sob o poder do marido ou do *paterfamilias* do marido.” (JÚNIOR, 2000, p. 118).

Nessa espécie há três modos distintos para adquirir a *manus*:

*Confarreatio*: é o casamento solene e religioso, privativo dos patrícios e interdito aos plebeus. Parece ter sido, na origem, a forma normal de casamento entre patrícios de gentes diversas. Consistia na oferenda a Júpiter, pelos noivos, de um bolo fabricado com espelta, espécie de trigo (*farreum libum*), que era repartido entre o casal. A cerimônia, que era realizada na presença de 10 testemunhas, do grande pontífice e do flamen de Júpiter, exigia uma série de palavras solenes e de diversos atos. O número de testemunhas que, por sinal, é o mais elevado que se conheceu, em Roma, para a consecução de um ato jurídico, está ligado, ordinariamente, às 10 cúrias. Observe-se que, a princípio, os patrícios não podem casar-se com os plebeus, até a promulgação da Lei CANULÉIA. (JÚNIOR, 2000, p. 119).

*Coemptio*: é o casamento privativo dos plebeus, em que a *manus* se concretiza pela venda simbólica da mulher ao marido através da cerimônia que se assemelha pela forma, não pelas palavras, à *mancipatio* (modo solene de transferir a propriedade). A própria mulher é que se vende, que se mancipa ao marido na presença de cinco cidadãos púberes e de porta-balança (*libripens*). (JÚNIOR, 2000, p. 120).

*Usus*: é o casamento cuja *manus* se concretiza depois da coabitação contínua do homem e da mulher durante um ano. (JÚNIOR, 2000, p. 120).

b) Casamento *sine manu*: “é aquele em que a mulher não cai sob o poder do marido, continuando sob a *manus* do *pater* da família de que provém”. (JÚNIOR, 2000, p. 119). Diferentemente da tradição romana inexistia qualquer forma, ou seja, não é formal, haja vista que o romano não o considera como um ato jurídico, mas sim estado de fato, o qual o costume atribui efeito jurídico.

Ambos são formas legítimas de casamento entre romanos, portanto não se aplica aos latinos nem aos peregrinos. (JÚNIOR, 2000).

As justas núpcias só eram extintas em virtude da morte de um dos cônjuges, pelo divórcio ou pela perda *libertas* ou da *civitas*, por um dos cônjuges. (JÚNIOR, 2000).

Para José Carlos Moreira Alves não se tratam de duas espécies de casamento, pois o casamento era um só, mas com a possibilidade de ser acompanhado de um ato solene. (ALVES, 1986).

Em Roma, para que o casamento fosse legítimo, era necessário a observância de alguns requisitos: consentimento, puberdade e *conubium* – os primeiros absolutos, pois a sua ausência impedia o casamento com qualquer pessoa; e o último também se tomado em sentido lato, pois em sentido estrito é requisito relativo (ocorrem entre certos indivíduos). Esses requisitos eram observados por Ulpiano:

O casamento é legítimo se entre os que o contraem existe *conubium*, e se o homem é púbere e a mulher é núbil, e se um e outro, se são *sui iuris*, consentem, ou, se *alieni iuris*, também seus pais. (*apud* ALVES, 1986, p. 345).

➤ Consentimento: era dado pelos próprios nubentes, salvo se um ou ambos fossem *alieni iuris*, ocasião em que o consentimento era suprido pelo do *pater familias*. (ALVES, 1986);

➤ Puberdade: era verificada por meio de exame individual. Para a mulher a nubilidade foi fixada aos 12 (doze) anos, enquanto que para o homem o início da puberdade foi estabelecido por Justiniano aos 14 (quatorze) anos. (ALVES, 1986);

➤ Conubium: no sentido lato – requisito absoluto – compreende à liberdade (dessa forma os escravos não podiam contrair matrimônio, caso contrário não produzirá efeito jurídico); à cidadania (para que o casamento com estrangeiro seja válido é necessário que o mesmo tenha o *ius conubii*); o serviço militar (até 197 d.C os soldados não podiam consorciar-se enquanto em serviço); à bigamia (após frustradas tentativas de admissão da poligamia, prevaleceu no direito romano a monogamia). Em sentido estrito, o *conubium* abrange circunstâncias impeditivas de casamento entre certas pessoas: parentesco (o parentesco em linha reta – até o infinito – ou colateral – até o sexto grau segundo o direito pré-clássico – impede o casamento); afinidade (durante a

república não foi impedimento, já no império os afins na linha reta estavam proibidos de casar. No período pós-clássico impediu-se o casamento de cunhados); condição social (era proibido o casamento entre patrícios e plebeus até o advento da Lei Canuléia); motivos de ordem prática ou política (no direito clássico a mulher condenada por adultério não pode contrair novo casamento, diferentemente do direito justiniano, ao qual ela só não pode casar com seu cúmplice; o tutor, seus descendentes ou ascendentes, com a pupila antes da prestação de contas e de ela atingir vinte e cinco anos, regra esta estendida no direito pós-clássico ao curador; o governador com mulher nascida ou domiciliada em sua província; raptor e raptada, tivesse ela consentido ou não no rapto; em virtude de constituições de imperadores cristãos, não era permitido o consórcio entre cristão e judeu; eram também impedimentos de casamento o voto de castidade e as ordens superiores, não sendo permitido também o matrimônio de padrinho com afilhado). (ALVES, 1986).

Uma vez contraído o casamento sem a observância desses requisitos o mesmo era nulo, portanto não produzia efeitos. No Direito Romano não havia distinção entre casamento nulo e anulável, diferentemente do que ocorre com o nosso direito. A nulidade podia ser invocada a todo tempo e por qualquer interessado. Além de ser nulo, em determinados casos cominava-se penas aos nubentes. (ALVES, 1986).

Era possível a convalidação do casamento nulo, ocasião em que o matrimônio passava a existir a partir da cessação do impedimento. A validação não tinha efeito retroativo, tanto que os filhos havidos até então eram considerados ilegítimos. (ALVES, 1986).

Para a formação do casamento romano o preenchimento de tais requisitos era suficiente.

Até o período pós-clássico – ao contrário do que ocorre atualmente – não eram requeridas quaisquer formalidades para que os nubentes manifestassem seu consentimento inicial. No direito pós-clássico, em função de uma constituição imperial de Teodósio II e Valentiniano I, de 428 d.C, eram exigidas formalidades para a celebração do matrimônio, pois só no casamento entre pessoas da mesma categoria social que o simples consentimento dos nubentes, testemunhado por amigos do casal, era suficiente para a formação do casamento. (ALVES, 1986).

Em 458 d.C. o imperador Maioriano determinou que a elaboração de instrumento dotal era necessária à formação do matrimônio toda vez que o homem, a pedido da

mulher, lhe tivesse feito uma liberalidade esponsalícia. Demais constituições tornaram necessária a existência do instrumento dotal para a conversão de um concubinato em casamento. Igual exigência foi feita por Justino para o matrimônio que se regenerou após decaída. (ALVES, 1986).

Tais exigências, uma vez descumpridas, acarretavam a nulidade do matrimônio, pois eram essenciais a sua validade. (ALVES, 1986).

## **1.2 Conceito.**

O Código Civil (CC) de 2002 trata do direito de família nos artigos 1.511 a 1.783, sendo que desses, 110 (cento e dez) artigos se referem ao casamento, tornando-o de conteúdo mais longo, pois é através dele que se origina a família - célula básica da sociedade. (DIAS, 2007).

Apesar de conter um grande número de dispositivos no atual Código Civil, nenhum deles conceitua ou define o que seja casamento ou família, limitando-se a estabelecer requisitos para sua celebração, elencar direitos e deveres dos cônjuges e disciplinar diversos regimes de bens, além de regulamentar o seu fim (questões patrimoniais que decorrem da dissolução do vínculo conjugal). (DIAS, 2007).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o Código Civil Português de 1966 é um dos poucos diplomas que define o instituto: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código. (artigo 1.577º)” (GONÇALVES, 2006, p. 24).

De acordo com o referido autor, no direito brasileiro duas definições são consideradas clássicas. A primeira, de Lafayette Rodrigues Pereira, proclama:

O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida. A segunda definição referida é a de Clóvis Beviláqua, nestes termos: O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolivelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e

comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer. (*apud* GONÇALVES, 2006, p. 22).

O que peculiariza o casamento é o fato de depender sua constituição de ato jurídico completo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade sucessivas, além da oficialidade de que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais (habilitação, celebração, registro público). As demais entidades familiares são constituídas livremente, como fatos sociais aos quais o direito empresta conseqüências jurídicas (LÔBO, 2009, p. 77).

Para Maria Berenice Dias “Quem melhor define a família é a Lei Maria da Penha (Lei 11340/06): relação íntima de afeto (LMP 5º, III)” (DIAS, 2007, p. 138).

Quanto ao casamento, podemos conceituar como sendo o vínculo jurídico que se estabelece entre homem e mulher (mesmo a lei não identificando sequer o sexo dos nubentes), nutrindo afeto um pelo outro. (DIAS, 2007).

No Direito Romano, Modestino assim o conceitua: “casamento é a união de homem e mulher, sociedade total de vida, associação de direito divino e humano.” (JÚNIOR, 2000, p. 119). Já Justiniano diz que “casamento ou matrimônio é a união de homem e mulher com indivisível costume de vida.” (JÚNIOR, 2000, p. 119).

Para Paulo Lôbo “casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado.” (LÔBO, 2009, p. 76).

Já para Silvio Rodrigues

É o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência. (RODRIGUES, 2002, p. 19).

Maria Helena Diniz assim conceitua: “é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.” (DINIZ, 2009, p. 37).

De acordo com Washington de Barros Monteiro é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”. (*apud* GONÇALVES, 2006, p. 23). Para Pontes de Miranda o conceito pode ser reduzido da seguinte forma: “é o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”. (*apud* GONÇALVES, 2006, p. 24).

Apesar de possuir vários conceitos diferenciados os seus fins são os mesmos: instituir a família matrimonial; dar origem a prole (é uma consequência e não a essência do matrimônio), bem como educá-la; legalizar as relações sexuais entre o casal; prestar mútuo auxílio decorrente do convívio; atribuir nome ao cônjuges e aos filhos, dentre outras. (DINIZ, 2009).

Além de estabelecer a sociedade conjugal, proceder a sociedade conjugal e à alteração do estado civil dos cônjuges, o casamento também gera dois vínculos: o vínculo conjugal entre os cônjuges e o vínculo de parentesco por afinidade, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro.

### **1.3 Natureza Jurídica.**

Muito se questiona sobre a natureza jurídica do casamento, uma vez que não há consenso na doutrina a seu respeito: seria um contrato, uma instituição ou um ato complexo?

De acordo com a concepção contratualista, também denominada de individualista ou clássica – originária do direito canônico e que floresceu no século XIX – o matrimônio “é um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifesto por sinais exteriores.” (DINIZ, 2009, p. 40). Dessa forma, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos podendo, inclusive, ser dissolvido por mero distrato desde que houvesse mútuo consentimento. (DINIZ, 2009).

Em oposição a mencionada teoria surgiu a concepção institucionalista ou supra-individualista, a qual o casamento nada mais é do que um conjunto de regras impostas pelo Estado de modo que as partes só tenham a faculdade de aderir, ocasião em que a vontade dos cônjuges torna-se impotente e os efeitos produzem-se automaticamente. Portanto, os contratantes são livres para decidir se vão casar, bem como escolher o cônjuge, pois acertado o matrimônio não lhes é permitido discutir o conteúdo dos seus direitos e deveres, uma vez que os efeitos da instituição são automáticos (de ordem pública). (DINIZ, 2009).

Por fim, a doutrina eclética ou mista considera o matrimônio um ato complexo, ou seja, ao mesmo tempo contrato (na formação) e instituição (no conteúdo).

Maria Berenice Dias entende que se trata de um contrato especial, que uma vez aceito está sujeito a cláusulas predispostas, portanto seria uma espécie de contrato de adesão, uma vez que há interferência direta do Estado. (DIAS, 2007).

Maria Helena Diniz defende que o casamento, por ser uma norma de ordem pública e cogente, se trata de uma instituição social, ou seja, que o casamento nada mais é do que um conjunto de regras impostas pelo Estado e que as partes tem a faculdade de aderir, ocasião em que a vontade dos cônjuges se tornará impotente e os efeitos da instituição se produzirão automaticamente (*apud* RODRIGUES, 2002).

De acordo com o conceito dado por Silvio Rodrigues o casamento é um contrato, mas de direito de família. Assim, a validade e a eficácia decorreriam da vontade das partes e a dissolução poderia ocorrer por mero distrato. No entanto, o referido autor se identifica com a idéia de que o casamento é um ato complexo, pois é um contrato na formação/celebração e uma instituição no conteúdo. (RODRIGUES, 2002).

A natureza jurídica do casamento romano também é discutível. Para os glosadores trata-se de um contrato sem fundo patrimonial (*contractus personarum*), mas os últimos glosadores, segundo José Carlos Moreira Alves, sob a influência dos canonistas, passaram a considerá-lo como ato jurídico (*actus legitimus*). (ALVES, 1986).

Os pós-glosadores retomaram a tese de considerar o casamento como um contrato sem fundo patrimonial. Posteriormente, Cujácio, Duareno e Hotomano – representantes da Escola Culta – o classificaram como espécie de sociedade (*species societatis*). (ALVES, 1986).

Os jurisconsultos dos séculos XVII e XVIII também o consideravam como sendo um contrato, tese esta atacada no início do século XIX pelo também jurisconsulto Glueck. No entanto, essa oposição não surtiu efeito na medida em que Savigny trouxe a seguinte definição de contrato: “contrato é o acordo de muitas pessoas sobre uma manifestação comum de vontade destinada a reger suas relações jurídicas.” (*apud* ALVES, 1986, p. 335).

No fim do século XIX Bonfante formulou uma tese o quanto revolucionária sobre a natureza jurídica do casamento romano, a qual é seguida pela maioria dos

romanistas. Para ele o casamento romano “é a convivência do homem e da mulher com a intenção de serem marido e mulher.” (ALVES, 1986, p. 337). Dessa forma,

O matrimônio, em Roma, era uma situação de fato que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontade do homem e da mulher, e que perdurava apenas enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecerem casados, dissolvendo-se, de imediato, no momento em que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la. Assim, ao contrário do que se verifica no direito moderno, em que basta o consentimento inicial para que surja o *status* de cônjuge que perdura – ainda que os esposos não mais o desejem - até a morte ou o divórcio, no direito romano o matrimônio se iniciava com o acordo de vontades do homem e da mulher no sentido de se casarem e só perdurava enquanto esse acordo persistisse. (ALVES, 1986, p. 337).

Ressaltamos que alguns romanistas tem alterado essa tese, embora dominante, dentre eles Rasi, o qual acentua

que o matrimônio romano, como a teoria mais moderna reconhece, não é, ao menos a partir do direito pós-clássico, uma relação de fato, mas, sim, um *vinculum iuris* (que só se dissolve com a morte, ou com manifestação de vontade contrária à inicial), originado, senão de verdadeiro contrato, do consentimento dos nubentes. (ALVES, 1986, p. 338).

#### **1.4 Espécies.**

O Estado admite duas formas de casamento (artigo 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal): o civil e o religioso.

➤ Civil (artigo 1.512 Código Civil): “é aquele realizado perante o oficial do Cartório de Registro Civil. Trata-se de um ato solene levado a efeito por um celebrante e na presença de testemunhas, ou nas dependências do cartório ou em outro local.” (DIAS, 2007, p. 141). Por ser direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro ou de estrangeiro que viva no Brasil, no tocante a sua celebração (seja perante agente público ou ministro de confissão religiosa) a gratuidade é preceito constitucional (artigo 226, §1º) repetido no Código Civil. Declarada a pobreza sob as penas da lei, há isenção do

pagamento das custas: habilitação, registro do casamento e primeira certidão de casamento (artigo 1512, parágrafo único do Código Civil);

➤ Religioso com efeitos civis (artigo 1.515 e 1.516 do Código Civil): é aquele que confere prestígio à solenidade religiosa do casamento; é a histórica disputa entre Igreja e Estado na matéria matrimonial. A própria Constituição Federal, no seu artigo 226, §2º, admite efeitos civis a este ato desde que preenchidos os requisitos legais (artigo 1.515 e 1.516 do Código Civil);

A validade civil do casamento religioso está condicionada à inscrição no Registro Civil das Pessoas Naturais, desde que atendida a providência de habilitação, antes ou depois do ato religioso. Os efeitos civis são admitidos a qualquer tempo. Procedida à habilitação e ao registro, ainda que tardio, os efeitos civis retroagem à data da solenidade religiosa (CC 1515). No caso de prévia habilitação, o prazo para registro é de 90 dias. Ainda depois desse prazo, é possível o registro, desde que efetuada nova habilitação. Assim, realizado o casamento religioso sem as formalidades legais, poderá ser inscrito no registro civil: basta que se proceda à devida habilitação perante a autoridade competente (CC 1516). (DIAS, 2007, p. 142).

Os preceitos da lei civil são obedecidos nas ações para invalidar o casamento. Caso seja anulado o casamento religioso, a validade do casamento civil não será afetada desde que feito o registro. (DIAS, 2007). No lapso entre a sua celebração e o registro, se um dos cônjuges contrair casamento civil com outrem não se efetuará o registro, pois haverá impedimento (CC 1.516, §3º).

Como o Brasil é um país laico, o ato religioso de qualquer credo serve para fins registrais, salvo se a religião admitir a poligamia. (DIAS, 2007).

➤ Por procuração: segundo Maria Berenice Dias é uma modalidade de casar. Embora seja imprescindível a presença real e simultânea, poderá ocorrer desde que a procuração seja outorgada por instrumento público (lavrado por notário) e com poderes especiais, além de individualizar o nubente. Terá eficácia de 90 (noventa) dias e o procurador deverá ser pessoa maior e capaz. Também deverá fazer menção ao regime de bens escolhido, caso contrário será adotado o regime da comunhão parcial ou da separação obrigatória (para os maiores de setenta anos). O mandante poderá revogar a procuração também por instrumento público até a celebração do casamento, momento em que será suspensa. Não se faz necessário o conhecimento do mandatário acerca da

revogação, mas se esta não chegar ao seu conhecimento e o casamento for celebrado o mandante arcará com perdas e danos. Se o procurador souber da revogação e contrair o casamento ele que arcará com perdas e danos ao nubente e não mais o mandante. Caso haja coabitação entre os nubentes, considerar-se-á ineficaz a revogação da procuração, portanto o casamento será válido. O casamento será considerado inexistente se o mandante vier a falecer antes da celebração do casamento, pois cessará o efeito da procuração. A procuração ficará arquivada no cartório junto com os outros documentos. A resolução nº 35 (trinta e cinco) expedida pelo Conselho Nacional de Justiça admite que na separação e no divórcio consensuais realizados extrajudicialmente os separados ou os divorciados se façam representar por mandatário, desde que constituído por escritura pública e poderes especiais, cuja validade será de 30 (trinta) dias. Apesar da lei prever a possibilidade de casamento por procuração, nada diz a respeito do seu desfazimento através de procurador. (DIAS, 2007);

➤ Nuncupativo ou *in extremis*: é uma espécie de casamento não muito comum, uma vez que ocorre quando um dos cônjuges se encontra em iminente risco de morte. Vem regulado nos artigos 1.540 a 1.542 do Código Civil. Devido a essa peculiaridade os trâmites são mais simples, ou seja, não há necessidade de se atender nenhum requisito legal, sendo possível a celebração sem o juiz da paz e sem prévia habilitação. Também é dispensada a figura do oficial para celebrar o casamento, bastando a presença de 6 (seis) testemunhas (que não tenham parentesco em linha reta ou colateral até o 2º grau com os nubentes), que no prazo de 10 (dez) dias comparecerão em juízo confirmando o casamento perante a autoridade judicial. Para a doutrina, o que causa estranheza é a ausência de previsão da oitiva do cônjuge sobrevivente. No caso de convalhecimento do cônjuge enfermo esse procedimento será dispensável desde que ambos os cônjuges ratifiquem pessoalmente o casamento perante a autoridade competente e do oficial do registro. Os efeitos dessa espécie de casamento são retroativos a data de sua celebração. (DIAS, 2007);

Ementa: Apelação Civil. Pedido de Autorização de Registro de Casamento. Moléstia Grave de um dos Nubentes. Art. 1539, CCB. A urgência do ato dispensa os atos preparatórios da habilitação e proclamas. Recurso Provido. (Apelação Cível nº 70013292107, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 11/01/2006).

➤ Casamento Putativo: está previsto no artigo 1.561 do Código Civil. Trata-se do chamado casamento imaginário, nulo ou anulável, embora contraído de boa fé por um ou por ambos os cônjuges. Ocorrerá sempre quando houver um vício que macula o casamento. Se um ou ambos os cônjuges desconhecerem o vício, agindo de boa fé, o casamento produzirá efeitos da data da celebração até o trânsito em julgado da sentença que o desconstituir. Dessa forma, ao cônjuge que casou de boa-fé, a sentença terá efeito ex-nunc (o casamento se desfaz quando a sentença transita em julgado). Já ao cônjuge que agir de má-fé, ou seja, que conhecer a causa nulificante do casamento, o efeito será ex-tunc (retroage a data do casamento). Com relação aos filhos, independente da boa-fé ou má-fé dos genitores, os efeitos sempre subsistirão. Esse vício poderá ser decorrente de um erro de fato (ignorância de fato/evento que impedem o casamento) ou de um erro de direito (ignorância da lei). Presume-se que todos adquirem o casamento de boa-fé (presunção relativa). O ônus da prova incubirá a quem alegar má-fé. (DIAS, 2007);

Ementa: União Estável. Situação Putativa. Affectio Matitalis. Notoriedade e Publicidade do Relacionamento. Boa-fé da companheira. Prova Documental e Testemunhal. Juntada de Documentos com a Apelação. Descabimento. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta induvidosa a affectio maritalis. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso Provido. (Segredo de Justiça). (Apelação Cível nº 70025094707, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008).

Ementa: União Estável. Concomitância a casamento em sua constância. De regra, não é viável admitir-se o reconhecimento de união estável simultânea a casamento em sua constância. Há, entretanto, situações em que, excepcionalmente, fazendo-se presente a boa-fé de um dos parceiros – que ignore ser o outro casado, pode se configurar a união estável putativa. Daí porque não se pode rejeitar, de plano, a pretensão, eis que o pedido ostenta-se, em tese, juridicamente possível. Deram provimento, por maioria. (6 fls.) (Apelação Cível nº 70000897520, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 24/05/2000).

➤ Consular: “é o casamento de brasileiro realizado no estrangeiro, perante a autoridade consular brasileira”. (DIAS, 2007, p. 145). Dessa forma, se o brasileiro residente no exterior não quiser se sujeitar a legislação local poderá optar em se casar conforme a lei pátria no consulado. No entanto, o casamento deverá ser submetido a registro em até 180 (cento e oitenta) dias, contados do retorno de um ou de ambos os cônjuges ao país. De acordo com o artigo 1.544 do Código Civil o registro será feito no cartório do domicílio dos nubentes ou, se não tiverem domicílio certo, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir. (DIAS, 2007);

➤ De estrangeiros: perante a autoridade diplomática ou cônsul de seu respectivo país, estrangeiros de idêntica nacionalidade poderão convolar núpcias em território nacional. Na hipótese de um casal estrangeiro vir a residir em território nacional, o artigo 32 da Lei de Registros Públicos determina a necessidade do registro da certidão do casamento, com a devida tradução e autenticação pelo agente consular brasileiro. (DIAS, 2007).

### **1.5 Conversão da União Estável em Casamento.**

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, assegura a possibilidade de se converter a união estável em casamento. Já o Código Civil, em seu artigo 1.726, dispõe que essa possibilidade somente ocorrerá mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Dessa forma, a conversão se torna dificultada, contrariando a facilidade prevista na própria Constituição Federal, pois implicará em processo judicial, contratação de advogado, custas e etc. Isso se justifica para emprestar efeito retroativo ao casamento. (DIAS, 2007).

## 1.6. Capacidade.

Denomina-se idade núbil aquela estabelecida em lei para o casamento, qual seja 16 (dezesseis) anos. Assim, antes de se completar tal idade não será permitida a contração do mesmo. Não há óbice para que os maiores de 18 (dezoito) anos se casem, pois já são civilmente maiores/capazes. (DIAS, 2007).

Os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) - relativamente incapazes - precisam ser assistidos para os atos da vida civil, ou seja, será necessária a autorização dos pais para o casamento. Essa autorização conjunta será apresentada no pedido de habilitação e será exigível mesmo que vivam separados, salvo se um dos genitores tiver perdido o poder familiar. Se o menor estiver sob tutela, caberá ao tutor autorizar o casamento do tutelado. (DIAS, 2007).

A recusa à autorização é um direito que poderá ser exercido tanto pelo pai quanto pela mãe do nubente, desde que fundada em motivo plausível. Se houver discordância entre os genitores no tocante a concessão da autorização poderá o menor, representado por aquele que concedeu a autorização, requerer ao juiz competente que se manifeste acerca da recusa, ou seja, para que ele decida se a recusa é justificada ou não. Se entender que não é justificada, determinará o suprimento judicial para a habilitação mediante alvará, ocasião em que a lei impõe o regime da separação legal de bens. Se a recusa for conjunta dos genitores o juiz não poderá supri-la, pois presume-se razoável. (DIAS, 2007).

Mesmo que haja autorização, a permissão poderá ser revogada até a data das núpcias. Cessará a menoridade quando da celebração do casamento. (DIAS, 2007).

O casamento dos menores de 16 (dezesseis) anos será admitido, excepcionalmente, nas hipóteses reguladas em lei (artigo 1.520 CC): para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou no caso de gravidez, que uma vez comprovada independe de autorização dos pais. (DIAS, 2007).

Ementa: Casamento. Menor. Autorização Judicial. Possibilidade Jurídica. Ainda que sem idade núbil, havendo conjunção carnal e gravidez, possível é a autorização judicial para o casamento de menor. Apelo Provido. Unânime. (Apelação Cível nº 70000104661, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/11/1999).

## **1.7. Impedimentos e causas suspensivas.**

### **1.7.1. Impedimentos.**

Distinguiremos a incapacidade para o casamento de impedimento matrimonial: a primeira diz respeito a inaptidão genérica frente a qualquer pessoa, ou seja, o incapaz não poderá se casar com ninguém. Poderá ser absoluta (não será suprida nem por vontade dos interessados nem por decisão judicial e levará a nulidade, pois se trata de matéria de ordem pública), ou relativa (poderá ser suprida ou sanada judicialmente quando cumpridos determinados requisitos e levará a anulação). (DINIZ, 2009).

Já o impedimento, por ser específico/circunstancial, levará a impossibilidade de se casar com determinada pessoa, pois o impedido de casar não será incapaz de contrair casamento. (DINIZ, 2009).

O artigo 1.521 do Código Civil traz um rol taxativo acerca dos impedimentos matrimoniais. A sua inobservância ensejará a nulidade do casamento. Esses impedimentos deverão ser observados pelos cônjuges estrangeiros que vierem convolar núpcias no Brasil, bem como por aqueles que vivam em união estável, por se tratar de ordem moral. (DIAS, 2007).

Qualquer pessoa poderá suscitar o impedimento até o momento da celebração do casamento. Tal oposição deverá ser feita por escrito e assinada com a indicação das provas. Some-se ainda a legitimação do Ministério Público, bem como do juiz, de ofício. Diante da alegação haverá a suspensão da celebração até que o juiz decida da procedência ou não do impedimento, salvo se evidenciada má-fé na oposição. Depois de celebrado, mesmo que seja nulo, só o interessado ou o Ministério Público poderão buscar a anulação a qualquer tempo via ação direta. (DIAS, 2007).

Como a sustação do casamento se trata de matéria de ordem pública, a sua declaração será obrigatória, ou seja, caso o oficial do registro ou o juiz se omitam, haverá responsabilização disciplinar e penal (crime de prevaricação). (DIAS, 2007).

Se essa oposição for sem motivo, de má-fé, poderá haver a responsabilização por eventuais prejuízos causados. (DINIZ, 2009).

Há três categorias de impedimentos:

### **I) De Parentesco (artigo 1.521, I a V, CC):**

I.I) Impedimento de consanguinidade: por terem o mesmo sangue não se admitirá o casamento entre parentes. Em linha reta (que descendem uns dos outros) serão impedidos até o infinito. Já em linha colateral (que não descendem uns dos outros, mas de um tronco comum) serão impedidos até o 3º grau. A razão desse impedimento é puramente moral (para evitar núpcias incestuosas) e eugênica (para evitar a perpetuação da doença). (DINIZ, 2009);

I.II) Impedimento de afinidade: afinidade é o parentesco que se estabelecerá entre o cônjuge/companheiro com os parentes do outro. Sua razão é meramente moral, pois esse parentesco nunca se extinguirá, mesmo com o término do casamento, seja pelo divórcio ou pelo falecimento dos cônjuges. O impedimento se restringe a linha reta, ou seja, sogro(a) e enteado(a). Por ser linha colateral, será permitido o casamento com ex-cunhado(a). (DINIZ, 2009);

I.III) Impedimento de adoção: o adotado não poderá se casar com os pais adotivos nem com os pais biológicos, pois o único vínculo que não será rompido com a família biológica é o de impedimento. Logo, o adotado sofrerá duplo impedimento matrimonial. Sua razão é moral, pois não há qualquer impedimento de natureza biológica com os pais adotantes. (DINIZ, 2009).

### **II) De Vínculo (artigo 1.521, VI, CC):**

Não se admitirá um segundo casamento na vigência de outro válido. Sua razão é moral, proibindo-se a bigamia. (DINIZ, 2009).

Para provar a inexistência de vínculo anterior, alguns documentos deverão ser apresentados: certidão de óbito (caso seja viúvo (a)); certidão de nulidade ou anulação do casamento anterior ou registro da sentença ou da escritura pública do divórcio. (DIAS, 2007).

Ademais, em virtude da adoção do regime monogâmico, o indivíduo casado que vier a contrair novo casamento responderá por crime de bigamia (artigo 235 do Código

Penal). Esse impedimento não se aplica a união estável, cuja constituição é admitida quando um ou ambos os companheiros forem casados, mas separados de fato ou judicialmente. (DIAS, 2007).

Caso a pessoa seja casada somente no religioso, não constituirá impedimento de vínculo, portanto poderá contrair novo casamento. (DIAS, 2007).

### **III) De Crime (artigo 1.521, VII, CC):**

O cônjuge sobrevivente não poderá se casar com aquele que for condenado por homicídio doloso ou por tentativa de homicídio contra o seu consorte. Sua razão é moral, caso contrário demonstraria concordância com o crime ou sua cumplicidade. Se for absolvido ou houver extinção da punibilidade (prescrição), não haverá impedimento. (DIAS, 2007).

Ressaltamos que a anistia, graça ou perdão não cessarão o impedimento.

Para Paulo Lôbo tais impedimentos não são aplicáveis à união estável, pois essa entidade familiar possui seu próprio estatuto e se constitui de fato, de forma livre e informal. (LÔBO, 2009).

#### **1.7.2. Causas Suspensivas.**

No tocante as causas suspensivas (antigos impedimentos dirimentes relativos), o artigo 1.523 do Código Civil traz um rol de hipóteses no qual recomenda-se que as pessoas não casem, embora não seja proibido, ou seja, não vedam nem invalidam o casamento, mas a sua inobservância acarretará uma sanção na esfera patrimonial dos contratantes: o casamento não gerará efeitos de ordem patrimonial, ou seja, haverá a imposição do regime da separação total de bens com o intuito de que não ocorra a confusão de patrimônios (artigo 1.641 CC). Sua finalidade é inibitória e não proibitiva. (DIAS, 2007).

A celebração do casamento não é vedada em nenhuma dessas hipóteses, portanto o casamento não será nulo nem anulável.

O parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil prevê a hipótese de autorização judicial para a realização do casamento, ocasião em que as causas suspensivas não serão aplicadas - desde que os nubentes provem a ausência de prejuízo - e o regime de separação de bens não será obrigatório.

Quanto a legitimação para a arguição das causas suspensivas, o Código Civil determina que incube aos parentes em linha reta e aos colaterais até o segundo grau de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins. A arguição deverá ser feita por escrito e acompanhada das provas do fato alegado.

São elas:

I) Viuvez: o viúvo(a) que tiver filho com o cônjuge falecido não deverá casar enquanto não for feito o inventário de bens do casal e a partilha aos herdeiros. Essa causa suspensiva poderá ser afastada, ocasião em que o casamento será realizado sem a imposição do regime de bens se os nubentes provarem ao juiz que não haverá prejuízo aos herdeiros. (DINIZ, 2009);

II) A viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por nulidade ou anulação até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal. Almeja evitar a confusão de paternidade entre o primeiro e o segundo marido. Caso a mulher faça prova de que não engravidou ou, se engravidou, quem é o pai, ou na hipótese de nascimento do filho, essa causa suspensiva poderá ser afastada pelo juiz. (DINIZ, 2009);

III) O divorciado, antes de homologada ou decidida a partilha de bens do casamento anterior. Também poderá ser afastada pelo juiz quando o divorciado fizer prova de que não haverá prejuízo para o ex-cônjuge. (DINIZ, 2009);

IV) O tutor ou o curador, bem como seus parentes até terceiro grau, com o tutelado ou o curatelado, enquanto não cessar a tutela ou a curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas. Evita-se que ambos exerçam coação sobre a pessoa sob seu poder, buscando ocultar com o casamento eventual dilapidação do patrimônio que lhe foram entregues. Se comprovado que a pessoa tutelada ou curatelada não sofrerá prejuízo, poderá tal causa ser afastada pelo juiz. (DINIZ, 2009).

### **1.8. Processo de habilitação.**

Tanto o processo de habilitação quanto a celebração do casamento são regulados de forma detalhada pelo Código Civil.

A habilitação – primeira fase do casamento – é composta do requerimento, da juntada de documentos, da publicidade, do parecer do Ministério Público, da homologação do juiz (novidade trazida pelo Código Civil de 2002) e do respectivo certificado de aptidão para celebração do casamento.

Trata-se de um procedimento instaurado no cartório do registro civil do domicílio de um ou de ambos os noivos (perante o oficial de registro civil), no qual os mesmos deverão preencher um formulário requerendo-a. Esse formulário conterà o domicílio dos nubentes e o dos seus genitores (se vivos e conhecidos), bem como a assinatura dos primeiros ou de seus procuradores com poderes especiais, já que o requerimento pode ser feito por estes. Nesse processo os nubentes deverão apresentar as respectivas certidões de nascimento ou registro geral; certidão de casamento (nos casos de divórcio ou viuvez); e em se tratando de menores de 18 (dezoito) anos, mas em idade núbil, a autorização por escrito dos pais ou a decisão judicial que suprir o consentimento. (DIAS, 2007).

Havendo causas suspensivas, para que seja afastado o regime da separação legal de bens os nubentes deverão proceder a juntada da decisão judicial que dispensou a sua obrigatoriedade. Some-se ainda a necessidade da declaração de 2 (duas) testemunhas – maiores e capazes podendo, inclusive, ser parente dos nubentes - as quais atestarão o conhecimento pelos nubentes e afirmarão o desconhecimento/inexistência de impedimentos inibitórios para a contração do casamento. Caso um dos nubentes já tenha contraído casamento em momento antecedente, este deverá provar o seu desfazimento, seja por meio da certidão de óbito do cônjuge falecido ou pelo registro de divórcio ou de anulação do casamento. Para que haja a opção por um dos regimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, deverá ser juntado o pacto antenupcial com a respectiva escolha, caso contrário adotar-se-á o regime legal, qual seja o da comunhão parcial. (DIAS, 2007).

A observância de tais requisitos é de incumbência do oficial de registro público, que ao verificar que a documentação está em ordem irá extrair um edital e o publicará,

sendo afixado no cartório do respectivo domicílio dos nubentes (em local visível) pelo prazo de 15 (quinze) dias, prazo este em que deverá ocorrer a oposição de eventuais impedimentos ou causas suspensivas perante o oficial para decisão do juiz. Se houver um jornal local o edital deverá ser publicado na imprensa, salvo se o juiz se convencer da urgência e da inexistência de impedimento ao casamento, ocasião em que os nubentes deverão informar ao juiz o motivo da urgência mediante petição. (DIAS, 2007).

Suscitada a existência de eventuais impedimentos ou de causas suspensivas pelas pessoas legitimadas mediante denúncia escrita acompanhada das respectivas provas, o oficial comunicará os nubentes para que apresentem contraprova. Havendo má-fé por parte do denunciante será possível os nubentes intentarem contra o mesmo ação civil ou criminal.(DIAS, 2007).

Inexistindo fatos impeditivos, o juiz homologará a habilitação após vista do Ministério Público.

O Código Civil de 2002 impôs aos oficiais de registro público o encargo de esclarecer aos nubentes as consequências do casamento e dos diversos regimes de bens para que façam suas escolhas de forma convicta. Dessa forma, a omissão do oficial acarretará responsabilidade ao mesmo, mas não comprometerá a validade do casamento.

### **1.9. Celebração.**

O casamento é um ato formal, público e solone, ou seja, deve-se observar os requisitos estabelecidos em lei para que seja válido. Sua celebração é gratuita e será realizado perante o juiz de paz em dia, hora e local ajustados, após prévia habilitação dos nubentes. (DINIZ, 2009).

A realização será no local em que se procedeu a habilitação - no cartório de registro civil - mas não há óbice para que se realize em local diverso, desde que autorizado pelo celebrante. (art. 1.534 CC). Independente do local, em ambos os casos as portas deverão permanecer abertas para que eventuais impedimentos possam ser arguidos, ademais é uma solenidade pública. (DINIZ, 2009).

Na celebração devem estar presentes o celebrante, os noivos ou o procurador especial de um ou de ambos e independe do sexo, pois não é ele(a) que irá casar e sim o mandante, o oficial do registro civil e as testemunhas (em regra duas, podendo inclusive serem as mesmas da habilitação, mas se um dos nubentes não souber ou não puder assinar ou se a celebração se der em imóvel particular ou em igreja serão quatro, parentes ou não dos noivos – art. 1.534, §2º CC).

Considerar-se-á efetuado o casamento no momento em que os nubentes declararem a vontade de se casar por livre e espontânea vontade (em voz alta a todos os presentes) seguida da afirmação do juiz de paz que os declaram casados. (art. 1.514 CC).

A celebração do casamento será suspensa se um dos nubentes se recusar a manifestar seu consentimento ou se afirmar que sua vontade não é espontânea, pois o arrependimento só poderá ocorrer até esse momento e é irrestrito e ilimitado, não sendo necessário justificá-lo. Por se tratar de suspensão, a celebração pode ser retomada outro dia caso o nubente venha a se retratar do arrependimento dentro do prazo de 90 (noventa) dias, contados da data em que foi extraído o certificado de habilitação pelo oficial de registro. Após esse prazo outra habilitação deverá ser promovida. A retratação não poderá ser feita no mesmo dia. (art. 1.538 CC).

Após a celebração haverá o assento no livro de registro civil das pessoas naturais, o qual será assinado pelas pessoas acima mencionadas e constituirá prova da celebração do casamento. (art. 1.536 CC). Se o brasileiro for casado no estrangeiro – perante a autoridade consular – o registro deverá ser feito no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da volta de um ou dos dois cônjuges ao país, no cartório do domicílio dos nubentes ou no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir, caso não tenham domicílio certo. (art. 1.544 CC).

### **1.10. Posse do estado de casado.**

A principal prova do casamento é a certidão extraída pelo oficial do assento do registro, que conterà os dados registrados e a alteração do sobrenome do cônjuge que

tiver adotado o nome do outro. Para o assento do registro serão necessárias 2 (duas) testemunhas. (DIAS, 2007).

O casamento não poderá ser contestado pela simples inexistência do comprovante da sua celebração, seja por razão de incêndio, extravio do livro de registro ou desaparecimento dos dados arquivados, razão pela qual a lei socorreu-se da chamada teoria da aparência, ou seja, presumem-se casados aqueles que vivem como tal.

Diante da ausência de prova documental da ocorrência do casamento a posse do estado de casado servirá como prova do casamento.

Ressaltamos que “não se confere status de casamento a situações de mera convivência ou coabitação, ainda que haja filhos”. (DIAS, 2007, p. 153).

### **1.11. Estado civil.**

Trata-se de um atributo da personalidade, o qual qualifica a pessoa perante a sociedade. Tem como elemento modificador o casamento: a pessoa nasce solteira, torna-se casada ao contrair um casamento, viúva diante da morte do cônjuge e separada ou divorciada nos casos de separação ou divórcio, respectivamente (ordem pessoal). (DIAS, 2007).

No tocante a ordem patrimonial do casamento “a condição de solteira, separada, divorciada ou viúva identifica a pessoa sozinha e proprietária de seu patrimônio, que lhe pertence com exclusividade. Já o casado – a depender do regime de bens do casamento – não tem a disponibilidade de seu patrimônio”. (DIAS, 2007, p. 153).

### **1.12. Regime de bens.**

No direito romano era muito comum o regime dotal, ocasião em que a mulher (se *sui iuris*), seu *pater familias* (se ela for *alieni iuris*) ou um terceiro (seja ela *sui iuris* ou *alieni iuris*), transferia bens ao marido de forma a ajudá-lo na sustentação dos ônus decorrentes do matrimônio. Os demais bens da mulher que não viessem a integrar o

dote e que continuassem a lhe pertencer eram administrados pelo marido, o qual agia como mandatário da mulher, devendo restituí-los quando da dissolução do casamento. (ALVES, 1986).

Ulpiano distingue três espécies de dote:

➤ dote profectício: “o que é constituído pelo pater famílias da mulher” (ALVES, 1986, p. 357), ou seja, é o dote vindo do pai;

➤ dote adventício: “o que provém da própria mulher, ou de outra pessoa que não seu *pater famílias*” (ALVES, 1986, p. 357). É o caso do dote vir da sua mãe, irmão ou outra pessoa estranha a família;

➤ dote receptício: “que é um dote adventício com relação ao qual quem o constitui estabelece que, quando o casamento se dissolver, o marido está obrigado a devolver-lhe os bens dotais.” (ALVES, 1986, p. 357).

Qualquer elemento patrimonial poderia ser objeto de dote, salvo os direitos de garantia (fiança, penhor, hipoteca), pois não eram elementos patrimoniais e sim meios de defesa destes. (ALVES, 1986).

No direito pós-clássico, durante o casamento o esposo podia utilizar-se dos bens da forma como lhe aprouvesse, uma vez que era proprietário dos mesmos. Ao dissolver o matrimônio continuava na condição de proprietário do dote, pois não estava obrigado a restituí-lo, exceto se se tratasse de dote receptício. No final desse período, devido ao grande número de divórcios, o marido estava obrigado a restituir o dote quando o matrimônio se dissolvesse, pois além da mulher ficar sem meios de subsistência, não podia constituir novo dote na hipótese de se casar de novo. (ALVES, 1986).

## 2. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

### 2.1 Evolução histórica.

No direito romano, historicamente, o casamento poderia se dissolver em virtude da morte de um dos cônjuges, pela perda do *conubium* (relação íntima) ou pelo divórcio. O último era raro em razão da severidade dos costumes, mas com o tempo se tornou frequente. Como formalidade deveria ser feito na presença de 7 (sete) testemunhas e comunicado, oral ou por escrito, ao outro cônjuge através de um liberto. (ALVES, 1986).

De acordo com o direito justiniano, distinguiu-se 4 (quatro) espécies de divórcio (ALVES, 1986):

➤ *Divortium ex iusta causa*: “é o divórcio realizado por um dos cônjuges, em virtude de o repudiado ter cometido atos que legitimamente justifiquem o repúdio [...]” (ALVES, 1986, p. 374);

➤ *Divortium bona gratia*: “é o divórcio decorrente da vontade de ambos os cônjuges, ou apenas um, e justificado por causas legítimas (de que nenhum deles é culpado) [...]” (ALVES, 1986, p. 374);

➤ *Divortium sine iusta causa*: “é o repúdio de um dos cônjuges pelo outro, sem qualquer das causas legítimas (*justae causae*) que o justifique.” (ALVES, 1986, p. 374);

➤ *Divortium communi consensu*: “é o divórcio realizado de comum acordo por ambos os cônjuges sem que ocorra uma das *justae causae*.” (ALVES, 1986, p. 374).

No Brasil, quando da edição do Código Civil de 1916 – lei infraconstitucional -, o casamento era, até então, indissolúvel, haja vista que naquela época a sociedade era extremamente conservadora e sofria forte influência da religião.

Tendo em vista a significativa influência na história da civilização humana, em se tratando de constituição e dissolução do vínculo matrimonial a Igreja Católica é especialmente lembrada, pois na sua concepção “como algo criado por Deus, o casamento seria sagrado e sua dissolução jamais poderia ocorrer pelas mãos do homem.” (JÚNIOR, 2010).

Nessa época, porém, a referida indissolubilidade ainda não tinha caráter constitucional, o que ocorreu somente no ano de 1934 e permaneceu inalterado nas Constituições de 1937, 1946 e 1967, a última nos termos da Emenda Constitucional n. 1/69 (artigo 175, §1º): “O casamento é indissolúvel”. (JÚNIOR, 2010).

Dado o caráter constitucional da indissolubilidade do casamento a sua alteração se tornou mais dificultada. De acordo com Yussef Cahali, “durante a vigência da Constituição de 1946 se tentou ferrenhamente modificar o ordenamento para a introdução do divórcio.” (*apud* JÚNIOR, 2010).

O único meio legal de se romper o matrimônio era por meio do desquite, cujo efeito era idêntico ao da separação, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mantendo-se o vínculo conjugal de modo a impedir novos casamentos, mas não vínculos afetivos (concubinato).

Dessa forma, “Apenas se poderia cogitar de fim do vínculo matrimonial em duas hipóteses: com a morte de um dos cônjuges ou com a anulação do casamento.” (JÚNIOR, 2010).

O casamento permaneceu como um ato indissolúvel e apenas em 1977 se passou a admitir o divórcio no Brasil através da Lei n. 6.515/77, que o regulamentou mesmo com a oposição da Igreja Católica. (JÚNIOR, 2010).

A referida lei, popularmente denominada de Lei do Divórcio, proporcionou um grande avanço para o Direito de Família, bem como deu vida e força ao antigo instituto do desquite, renomeando-o de separação judicial. (DIAS, 2007).

Assim, com a introdução do divórcio no nosso ordenamento jurídico surgia “o sistema binário de dissolução da sociedade e vínculo conjugal [...] exigindo a lei que os cônjuges se separem, para depois se divorciarem” (LARA, 2010).

Na referida lei o divórcio direto era excepcionalmente permitido em seu artigo 40, que dispunha que a ação de divórcio poderia ser promovida no caso de separação de fato há mais de 5 (cinco) anos e comprovada a causa da separação. (DIAS, 2007).

No caso de ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos – separação de fato – qualquer dos cônjuges poderia propor a separação judicial litigiosa, ocasião em que poderiam requerer a conversão em divórcio após 3 (três) anos do trânsito em julgado da decisão. (JÚNIOR, 2010).

Já a separação judicial consensual só poderia ser requerida pelos cônjuges após 2 (dois) anos do casamento e a sua conversão só poderia ser pleiteada após 3 (três) anos do trânsito em julgado da homologação da separação. (JÚNIOR, 2010).

A separação judicial litigiosa poderia ser requerida a qualquer tempo, desde que um dos cônjuges imputasse ao outro conduta desonrosa ou qualquer outro ato que importasse grave violação do deveres conjugais de forma a tornar insuportável a vida em comum, ocasião em que o divórcio viria nos 3 (três) anos seguintes ao da separação. (JÚNIOR, 2010).

Observa-se que os prazos mudaram, uma vez que foram reduzidos de forma significativa na atual Constituição. Some-se ainda a extinção do desquite do ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade, para Maria Berenice Dias e Sílvio de Salvo Venosa houve apenas uma alteração terminológica, pois o que o Código Civil denominava de desquite passou a ser denominado de separação pela Lei do Divórcio - com idênticas características. Sílvio Rodrigues fundamenta “que não há qualquer razão para desprezar-se a palavra desquite, de conotação precisa e extensão definida, para adotar-se a locução separação judicial, suscetível de gerar equívocos.” (RODRIGUES, 2002, p. 229). Treze artigos do Código Civil de 1916 que regulavam acerca da dissolução do casamento foram revogados (artigos 315 a 328). Como a indissolubilidade do casamento era consagrada na Constituição foi necessário emendá-la. (DIAS, 2007).

Destacamos que com a promulgação da Lei 6.515/77, anti-divorcistas disseminaram a idéia de que se fosse aprovada a lei do divórcio, nenhum casamento restaria no país, fato este que não ocorreu, uma vez que as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. (JÚNIOR, 2010).

Com a edição do atual Código Civil (2002), a mencionada lei encontra-se derogada no que diz respeito ao direito material da separação e do divórcio, mantendo-se vigente somente àqueles dispositivos de natureza processual. (JÚNIOR, 2010).

As únicas formas de extinção da família passaram a ser o divórcio e a separação. Assim, as pessoas precisavam se separar e depois de um certo lapso temporal podiam

convertê-la em divórcio. Pelo disposto no artigo 38 da Lei do Divórcio a dissolução do vínculo conjugal só era permitida uma única vez. Da mesma forma, o artigo 40 previa o divórcio direto somente nos casos emergenciais, uma vez que a intenção do legislador era admiti-lo somente para quem se encontrava separado de fato.

Com a atual Constituição Federal o divórcio direto perdeu seu caráter de excepcionalidade e houve a redução do prazo de separação de 5 (cinco) para 2 (dois) anos, bem como foi afastada a necessidade de identificação de uma causa para sua concessão. (JÚNIOR, 2010).

No tocante a separação, a tempo que esse instituto vinha sendo criticado pela doutrina uma vez que, como dito anteriormente, possuía os mesmos efeitos do desquite, pois cessava os deveres matrimoniais, mas não rompia o vínculo conjugal, impedindo as pessoas de contraírem novo casamento até o término do lapso temporal de 1 (um) ou 2 (dois) anos. (DIAS, 2007).

A crítica se fundava na sua inutilidade nos tempos de hoje de modo a torná-la desgastante e onerosa tanto para o casal como para o próprio Poder Judiciário. Ademais, entendem ser indevida a intromissão do Estado na vontade das partes de modo a estabelecer prazos ou identificação de culpa no desfazimento do casamento, mesmo tendo interesse na preservação da família. (DIAS, 2007).

É notória que a razão determinante da manutenção da separação no ordenamento jurídico, bem como a dificuldade na obtenção do divórcio tinham como escopo a preservação da família, pois o Estado entendia que ao dificultar ou criar obstáculos na obtenção de um ou de outro desestimulariam os cônjuges a se divorciarem ou, no caso da separação, se arrependeriam e restabeleceriam a sociedade conjugal.

Para Maria Berenice Dias

É absurdo forçar a manutenção do estado de casado, quando o casamento não mais existe. Ninguém está obrigado a viver com quem não esteja feliz, devendo preponderar o respeito à dignidade da pessoa humana. Ao depois, para quem acredita que a Constituição dá preferência ao vínculo matrimonial (CF 226 §3º), obstaculizar a separação e divórcio, mantendo o enlace conjugal anterior, desatende à recomendação de transformar a nova unidade familiar em casamento. (DIAS, 2007, p. 270).

Diante de tantas críticas, no ano de 2010 o referido instituto caiu por terra, remanescendo apenas o divórcio.

## **2.2 Conceito.**

Dos dispositivos previstos no Código Civil, 7 (sete) normatizam a separação (arts. 1.572 a 1.578) e apenas 4 (quatro) disciplinam o divórcio (arts. 1.579 a 1.582). Embora sejam institutos distintos tem a mesma finalidade, pois ambos põem fim ao casamento. (DIAS, 2007).

Ambos os institutos devem traduzir-se como um remédio/solução tanto para o casal como para a família evitando assim danos maiores aos cônjuges e aos seus filhos. (DINIZ, 2009).

## **2.3 Separação de Fato.**

Cabe ressaltar que embora o rompimento da sociedade conjugal se desse por meio da separação e que atualmente se dê por meio do divórcio, era a separação de fato que punha fim ao matrimônio, ou seja, cessada a convivência o casamento não gerava mais efeitos, deixava de existir. (DIAS, 2007).

Com isso o casal aguardava apenas a chancela estatal, embora não houvesse mais o dever de fidelidade, de modo que os separados podiam constituir união estável, uma vez que só havia a proibição de casar.

Outro efeito decorrente da separação de fato era a cessação do regime de bens, independentemente do adotado pelo casal. A partir de então, não mais havia a comunicação do patrimônio adquirido por qualquer dos cônjuges após esse período. (DIAS, 2007).

Nesse sentido:

Ementa: Agravo de Instrumento. Habilitação. Inventário. Separação de fato do casal. Incomunicabilidade dos bens adquiridos após a separação de fato. Extingue-se a possível comunicabilidade de bens com a separação de fato, de sorte que os bens adquiridos após tal marco não se comunicam. Descabimento do pedido de habilitação após mais de 30 (trinta) anos da separação de fato. Negaram

Provimento ao Recurso. (Agravo de Instrumento nº 70042369017, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28/07/2011).

#### **2.4 Morte.**

O artigo 1.571, §1º do Código Civil estabelece que o casamento válido só se dissolverá pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Diante da morte o sobrevivente irá adquirir o estado civil de viúvo.

Se o cônjuge sobrevivente tiver adotado o sobrenome do outro no momento em que contraiu o casamento, após a morte aquele continuará a identificar-se com o nome do falecido. (DIAS, 2007).

O impedimento para o casamento também cessará com a morte do cônjuge, mas o artigo 1.523, II do Código Civil estabelece que a mulher só poderá contrair novo casamento depois do lapso temporal de 10 (dez) meses, salvo se der à luz a um filho antes do prazo ou provar que não está grávida (artigo 1.523, parágrafo único CC).

A espera pelo período supramencionado decorre da presunção legal de que os filhos nascidos neste intervalo temporal foram concebidos na constância do casamento, ou seja, de que são do falecido (artigo 1.597, II, CC).

Além da morte real/efetiva, a morte presumida (nos casos em que for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida ou no caso de desaparecimento em campanha ou feito prisioneiro, não encontrado até dois anos após o término da guerra) e a declaração de ausência dissolverão o casamento. (DIAS, 2007).

#### **2.5 Separação.**

A separação era uma instituição herdada do Direito Canônico e podia ser obtida de duas formas: por iniciativa de ambos os cônjuges/mútuo consentimento (consensual) ou por apenas um deles (litigiosa). Na primeira hipótese não havia necessidade de se motivar a separação, mas os nubentes só podiam se separar após o decurso de 1 (um)

ano da celebração do casamento, conforme dispunha o artigo 1.574 do Código Civil. Assim, a sua vantagem era a ocultação da causa determinante, pois não constava no processo o motivo da dissolução. (DIAS, 2007).

Já na segunda hipótese, para se pleitear a separação o interessado em romper a sociedade conjugal tinha de atribuir ao outro a culpa pelo fim da união ou comprovar a ruptura da vida em comum por mais de 1 (um) ano (artigo 1.572 CC), caso contrário não havia a chancela estatal da vontade de um dos cônjuges. Esta também está regulada no artigo 5º da Lei 6.515/77: “A separação judicial pode, também, ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

O artigo 1.580, §1º do Código Civil estabelecia que, uma vez decretada a separação era necessária a sua conversão em divórcio. Já para a obtenção do divórcio direto era necessário o decurso do prazo de 2 (dois) anos da separação de fato (artigo 1.580 §2º, CC).

Pelo disposto nos artigos 1.575 e 1.576 do Código Civil a separação importava na cessação dos deveres de coabitação e de fidelidade, bem como na separação de corpos e na partilha de bens. Logo, o único efeito que a condição de separado dispunha era o impedimento de novo casamento, ou seja, nada impedia os separados (de fato ou judicialmente) de estabelecerem novo relacionamento e constituírem união estável. (DIAS, 2007).

Cabe ressaltar que tais efeitos já eram vislumbrados pela Lei 6.615/77 (artigo 3º): “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”.

Em suma, sua idéia fundamental era solucionar os problemas enfrentados pelos casais durante o matrimônio de forma que o casamento poderia ser retomado a qualquer tempo, uma vez que “o liame matrimonial encontra-se simplesmente atenuado, ficando os cônjuges liberados de alguns deveres conjugais” (VENOSA, 2003, p. 152).

### **2.5.1 Reconciliação.**

Tanto para a doutrina como para o legislador a manutenção da separação no ordenamento jurídico brasileiro era defensável diante da possibilidade do casal revertê-la, ou seja, reconciliar-se a qualquer tempo mediante simples pedido nos autos da ação de separação (artigo 46 da Lei 6.515/77, que por ser norma processual continua em vigor).

Diante de eventual reconciliação o casamento era restabelecido nos mesmos autos em que tivesse sido instituído, mantendo-se o mesmo regime de bens. A reconciliação era averbada junto ao assento da separação e no registro de casamento. Em se tratando de separação extrajudicial o pedido era instruído com a respectiva certidão. (DIAS, 2007).

Ao contrário da separação, no divórcio não há a possibilidade do casal se arrepender, para tanto será necessário que o mesmo contraia novo casamento. Mesmo diante de tal “vantagem” proporcionada pela separação ela era de todo insignificante para a doutrina, haja vista que eram raros os casos de arrependimento dos casais. (DIAS, 2007).

Some-se ainda

a necessidade de contratar advogado e, além das delongas para o desarquivamento do processo, é indispensável a intervenção judicial. Tudo isso demanda tempo e dinheiro. Mais prático e mais barato – além de romântico – é celebrar novo casamento, que até gratuito é (CF 226 §1º). (DIAS, 2007, p. 275).

### **2.6 Separação por mútuo consentimento.**

O artigo 1.574 do Código Civil regulamentava a separação por mútuo consentimento ou separação judicial consensual. Nesse caso, mesmo que houvesse consenso do casal no tocante a separação, havia a necessidade de que estivessem casados a pelo menos 1 (um) ano (período de prova para que o casal se acomode e compreenda a vida em comum) ou seja, uma verdadeira fase de adaptação. É

perceptível que a intenção do legislador era preservar o casamento, evitando assim qualquer precipitação do casal recém casado. (DIAS, 2007).

Se o casal postulasse a separação consensual antes do decurso do prazo estabelecido em lei caberia ao magistrado extinguir o processo por impossibilidade jurídica do pedido, com fulcro no artigo 267, VI, Código de Processo Civil. (DIAS, 2007).

Com isso, se os nubentes estivessem convictos da decisão e a tomasse antes do prazo mencionado, acabavam por simular uma separação litigiosa, uma vez que nesta não havia necessidade de aguardarem nenhum prazo legal. (DIAS, 2007).

### **2.6.1 Ação de Separação Consensual.**

É importante frisar que essa ação vem regulada no Código de Processo Civil (artigos 1.120 a 1.124), mas que a Lei do Divórcio também estabelece alguns requisitos (artigo 34), tais como: petição inicial assinada pelos advogados, pela parte legítima ou por terceira pessoa caso aquela não saiba ou não possa assinar. Se as assinaturas forem lançadas na presença do juiz não haverá necessidade do reconhecimento de firma. (DIAS, 2007).

Além do requisito temporal de 1 (um) ano, o pedido de separação tinha de ser formulado em conjunto por ambos os cônjuges. A ação era instruída com alguns documentos: certidão de nascimento, certidão de nascimento dos filhos e o pacto antenupcial, se houvesse. Documentos que dizem respeito ao patrimônio do casal também tinham que ser juntados. (DIAS, 2007).

A ação de separação levava a uma cumulação de ações, pois com ela tinha que se decidir sobre a guarda de filhos eventualmente havidos na constância do casamento, direito de visitas e seus respectivos alimentos, que são devidos tanto para esses (menores ou incapazes e decorrentes de parentesco, portanto irrenunciáveis), como também entre os próprios cônjuges (decorrente do vínculo conjugal, portanto renunciáveis). O que fosse decidido a esse respeito não transitava em julgado e o montante poderia ser alterado a qualquer momento, desde que modificada a situação econômica dos envolvidos. Na hipótese de adoção do nome do outro consorte havia a

necessidade de se decidir acerca do mesmo, pois no silêncio presumia-se que permaneceria inalterado, mas nada impedia que após a separação ou o divórcio se fizesse a alteração do nome, retornando-o ao de solteiro. (DIAS, 2007).

Também era nesse momento, dependendo do regime de bens escolhido pelo casal, que se arrolava os bens a serem partilhados, salvo no caso do regime de separação total de bens, embora nada impedisse que a partilha de bens fosse levada a efeito após a decretação da separação ou do divórcio. (DIAS, 2007).

Uma vez decretada a separação extraia-se mandado ao Cartório do Registro Civil para que fosse averbado no assento do casamento e de nascimento de ambos os cônjuges após o trânsito em julgado. (DIAS, 2007).

Vinha-se dispensando a audiência de reconciliação nos casos em que o casal não possuísse filhos nem bens a partilhar, pois tinha como finalidade primordial ouvir os cônjuges separadamente afim de que o magistrado pudesse verificar se a concordância era livre em relação a separação e as cláusulas do acordo. Era dispensada a presença de advogado e do representante do Ministério Público. Não cabia ao juiz, neste momento, questionar os motivos da separação. Ao verificar qualquer hesitação por parte de um ou de ambos os cônjuges, o juiz deveria designar audiência de ratificação no prazo de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias. Caso contrário, proferiria sentença e homologaria o pedido. (DIAS, 2007).

Antes da sentença era possível que um dos cônjuges se retratasse, desistisse da separação. Salvo no caso de erro procedimental, após a ratificação judicial não caberia a interposição de apelação, ou seja, não poderia o cônjuge arrependido se valer da via recursal nem da ação rescisória. Nos casos de vício de vontade era possível ingressar com a ação de anulação. Apesar de se tratar de sentença homologatória, a mesma dispunha de eficácia desconstitutiva do casamento, dessa forma o casamento só terminava após o seu trânsito em julgado. (DIAS, 2007).

Mesmo após a decretação da separação nada impedia que fosse feita alguma alteração nas cláusulas do acordo no tocante a alimentos, guarda e etc.

## **2.7 Separação Judicial.**

Esse tipo de separação preparava a futura ação do divórcio, salvo quando já houvesse uma separação de fato no prazo previsto na Constituição (dois anos). Nada mais era do que a ação de separação contenciosa/litigiosa que estava regulamentada nos artigos 1.572 a 1.578 do Código Civil e que poderia ser postulada a qualquer momento após a conclusão do casamento e por qualquer dos cônjuges. Dependia de chancela do Poder Judiciário, ou seja, era a sentença proferida em ação judicial que punha fim ao casamento (eficácia desconstitutiva ou constitutiva negativa). Nada impedia que houvesse a conversão da separação litigiosa em consensual nos casos em que o réu viesse a anuir com o pedido. (DIAS, 2007).

Tratava-se de uma ação personalíssima, ou seja, sempre era exigida a presença dos cônjuges nos processos de separação, assim como se exige quando se trata de divórcio. Assim sendo, nenhuma outra pessoa tinha capacidade para propô-la (arts. 1.576, § único do CC e art. 3º, §1º da Lei 6.515/77).

Em se tratando de cônjuge incapaz o mesmo poderia ser substituído pelo ascendente ou pelo irmão, mas o juiz também poderia nomear curador especial para a ação caso esse cônjuge não tivesse curador, ascendente ou irmão vivo que pudesse substituí-lo. (DIAS, 2007).

Era obrigatória a participação do Ministério Público nas ações de separação, sob pena de nulidade. Sua intervenção era exclusivamente como fiscal da lei. (DINIZ, 2009).

### **2.7.1 Causas.**

Pelo disposto no artigo 1.572 do Código Civil, uma das causas possibilitadoras da separação judicial era a grave violação dos deveres do casamento e a insuportabilidade da vida em comum. Os §§ 1º e 2º do referido artigo, bem como o artigo 1.573 do referido diploma elencavam algumas das causas que caracterizavam a impossibilidade da vida em comum: fim da vida em comum há mais de um ano; doença

mental de um dos cônjuges; adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono involuntário do lar durante um ano, condenação por crime infamante ou conduta desonrosa, respectivamente. Observa-se que havia causas culposas e não culposas de dar ensejo à separação judicial. (DIAS, 2007).

O disposto nos artigos acima mencionados estava regulado no Código Civil de 1916 de forma semelhante (artigo 317), já que o desquite litigioso era postulado nos casos de: “adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal por mais de dois anos”. Some-se ainda a regulamentação no artigo 5º da Lei do Divórcio. Para Silvio de Salvo Venosa a manutenção desses dispositivos no atual Código Civil nada mais é do que “um injustificável e odioso retrocesso” (VENOSA, 2003, p. 181).

Maria Helena Diniz, de acordo com o disposto nos artigos mencionados, elencava 3 (três) espécies de separação não consensual:

➤ Separção litigiosa como sanção: ocorria quando um dos cônjuges imputava ao outro qualquer ato que implicasse em grave violação dos deveres matrimoniais e tornasse a vida em comum insuportável. (DINIZ, 2009).

A mencionada autora questionava o que seria a conduta desonrosa prevista no artigo 1.573, VI do CC. De acordo com os tribunais desonroso é

todo comportamento do cônjuge que implique menosprezo no ambiente familiar ou no meio social em que vive o casal, como: uso de entorpecente, lenocínio, embriaguez, desonestidade, ociosidade, vício de jogo e etc (DINIZ, 2009, p. 296).

Já o adultério (art. 1.573, I, do CC) nada mais é do que a violação do dever recíproco de fidelidade (cópula carnal propriamente dita). O abandono - ausência física durante um ano contínuo, por culpa exclusiva de um dos cônjuges e sem motivo justo – também era causa de separação. A identificação da culpa na separação acarretava duas consequências: identificado o “culpado”, caso o mesmo tivesse adotado o nome do outro no momento do casamento só poderia continuar utilizando-o caso àquele inocente não se opusesse. Por fim, caso o cônjuge culpado necessitasse de alimentos, ou seja, não tivesse condições de prover o próprio sustento nem parentes que pudessem ajudá-lo, o inocente lhe prestaria alimentos em valor suficiente para prover a subsistência. (DINIZ, 2009).

➤ Separação litigiosa como falência (art. 1.572, §1º do CC): ocorria nos casos em que houvesse a ruptura da vida em comum há mais de um ano e os cônjuges não vislumbrassem a possibilidade de reconstituição. A lei 8.408/92 alterou a redação primitiva desse dispositivo, já que antes o lapso temporal era de 5 (cinco) anos consecutivos (prazo este demasiadamente longo). A lei exigia que esse prazo fosse consecutivo, ou seja, sem interrupções. (DINIZ, 2009).

➤ Separação litigiosa como remédio: se vislumbrava quando o cônjuge a pedia

diante de estar o outro acometido de grave doença mental, manifestada após o matrimônio, de modo a tornar impossível a continuação da vida em comum, desde que após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida, por perícia médica, de cura improvável. (DINIZ, 2009, p. 304).

Segundo Silvio de Salvo Venosa

a norma tem pequeno alcance, porque com a sistemática da Constituição de 1988, se o casal estiver separado há mais de dois anos, poderá ser requerido o divórcio direto, sem necessidade de ser alegada e causa de moléstia mental do outro cônjuge, superando-se a questão. (VENOSA, 2003, p. 185).

Ressaltamos que em juízo o cônjuge enfermo era representado por seus parentes ou pelo Ministério Público caso seu curador fosse o autor da ação. (DINIZ, 2009).

O artigo 148 do Código de Hamurabi previa uma situação semelhante, embora com tratamento diverso: “Se um homem livre tomou uma esposa, e esta foi acometida por moléstia grave, e, se ele decidiu esposar outra, ele poderá, mas, não poderá repudiar a esposa doente. Ela morará na casa que construíram e ele a sustentará enquanto ela viver.”

### **2.7.2 Ação de Separação Litigiosa.**

De acordo com a lei apenas o cônjuge inocente dispunha de legitimidade para propor a ação de separação litigiosa (art. 1.572, CC). Por se tratar de ação de estado o réu deveria ser citado pessoalmente, mas caso não fosse localizado poderia ser citado por edital. (DIAS, 2007).

Obedecia ao rito ordinário e tinha início com uma audiência de conciliação e, caso ambos manifestassem a vontade de dissolverem a união haveria a homologação da separação, mas a ação continuava no tocante as demais questões: alimentos, guarda de filhos e etc. (DIAS, 2007).

Caso o réu permanecesse inerte, ou seja, não comparecesse a audiência nem contestasse a ação, o juiz deveria decretar a revelia. Da mesma forma o réu poderia oferecer reconvenção com o objetivo de atribuir culpa ao autor ou para postular alimentos para si. (DIAS, 2007).

Durante a tramitação da ação, com o decurso do prazo de 1 (um) ano da separação de fato, deveria o juiz decretar a separação (art. 1.572, §1º, CC). Do mesmo modo, havendo prévia separação de corpos caberia a conversão em divórcio após o decurso de 1 (um) ano (art. 1.580, CC).

### **2.8 Efeitos da Sentença de Separação.**

A sentença responsável pela decretação da separação possuía eficácia desconstitutiva, logo produzia seus efeitos a partir do trânsito em julgado. De acordo com a lei do divórcio (artigo 8º), caso houvesse separação de corpos em momento antecedente os efeitos da sentença retroagiriam à data em que fora concedida. (DIAS, 2007).

A separação alterava o estado civil dos cônjuges, que de casados passavam a ser separados judicialmente. Da mesma forma, caso um deles viesse a falecer depois da separação ocorreria nova alteração do estado civil: de separado judicialmente o cônjuge sobrevivente assumia a condição de viúvo, diferentemente do que ocorre com os

divorciados, pois mesmo com a morte do ex-cônjuge continuam com esse status. (DIAS, 2007).

## **2.9 Divórcio.**

Pelo disposto no artigo 1.571, §1º do CC o divórcio dissolve o casamento, portanto podemos dizer que o divórcio “é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial” (DINIZ, 2009, p. 336). Isso é o que diferencia esse instituto da separação judicial, haja vista que, como visto anteriormente, essa apenas dissolvia a sociedade conjugal. Ademais, enquanto a separação não permitia novo casamento, o divórcio permite as pessoas convolarem novas núpcias. (DINIZ, 2009).

O artigo 226, §6º da Constituição Federal estabelecia que o divórcio só poderia ser requerido por um ou por ambos os cônjuges após o lapso temporal de 2 (dois) anos, contados da separação de fato. Antes do decurso desse prazo a única possibilidade existente era a separação, que embora mantivesse o vínculo patrimonial rompia a sociedade conjugal.

Da mesma forma como ocorria com a separação, ocorrerá a alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a ser divorciados. Diferentemente do que ocorria com a separação judicial, caso um dos ex-cônjuges venha a morrer isso não alterará o estado civil do sobrevivente, ou seja, permanecerá como divorciado e não como viúvo. (DIAS, 2007).

Mesmo com o divórcio, ainda que haja novo casamento por parte de qualquer dos cônjuges, em nada alterará a os direitos e deveres dos pais com relação aos filhos, pois a obrigação alimentar não sofrerá qualquer alteração mesmo com a mudança do estado civil. Maria Berenice Dias ressalta que o que se tem admitido é a “revisão do valor dos alimentos quando o alimentante estabelece novo vínculo afetivo ou ocorre o nascimento de outros filhos” (DIAS, 2007, p. 289).

Maria Helena Diniz preleciona que em nosso direito são admitidas 3 (três) modalidades de divórcio:

➤ Divórcio extrajudicial consensual: é realizado por escritura pública e necessita dos seguintes requisitos: que se comprovasse 1 (um) ano de separação judicial ou 2 (dois) anos da separação de fato, através de documentos ou testemunhas; que o casal não possua filhos menores ou incapazes; que os cônjuges estejam assistidos por advogado comum ou por advogados distintos, devidamente qualificados; declaração das partes de que não possuem filhos ou se possuem, que são capazes, indicando através de nomes e data de nascimento, devidamente comprovado por meio da certidão de nascimento respectiva e firme intenção de romper o vínculo matrimonial. (DINIZ, 2009);

➤ Divórcio judicial indireto: podia ser consensual (era o pedido de conversão da separação judicial litigiosa ou consensual em divórcio feito por ambos ou um dos cônjuges com o consenso do outro) ou litigioso (quando um dos consortes – judicialmente separado a um ano - se socorria ao Judiciário para converter a separação judicial consensual ou litigiosa em divórcio quando houvesse dissenso ou recusa do outro). (DINIZ, 2009);

Ementa: Divórcio Indireto. Conversão. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Lapsos Temporais. 1. O que importa para a decretação do divórcio é que a ruptura da vida conjugal seja superior a um ano, o que pode decorrer da separação judicial ou da decisão concessiva de separação de corpos, nos termos do que prevê o art. 1.580 do CCB. 2. Há possibilidade jurídica no pedido da autora, já que o casal está separado de fato desde julho de 2003. 3. Além disso, já está sedimentada a orientação de que o lapso temporal exigido por lei para fins de decretação da separação ou do divórcio pode ser implementado no curso da demanda. Recurso provido. (Apelação Cível nº 70024360810, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/07/2008).

➤ Divórcio judicial direto: também pode ser consensual ou litigioso, mas que se diferenciava pelo fato de que os cônjuges estavam separados de fato há mais de 2 (dois) anos e pretendiam convertê-la em divórcio. (DINIZ, 2009).

Silvio de Salvo Venosa diferencia o divórcio como sanção do divórcio remédio. O primeiro traduz-se na hipótese de que um ou ambos os cônjuges tenha praticado determinado(s) ato(s) ilícito(s) no tocante ao instituto do casamento. Já o segundo nada

mais é do que o divórcio por mútuo consentimento, ou seja, aquele em que não se investiga as causas nem a culpa na ruptura da sociedade conjugal. (VENOSA, 2003).

Em virtude da emenda constitucional algumas modalidades deverão ser revistas.

### **2.9.1 Ação de Divórcio.**

Pode ser consensual (quando formulado em conjunto por ambos os cônjuges) ou litigiosa (quando requerido por apenas um dos cônjuges) e tinha como fundamento a cessação da vida em comum por mais de 2 (dois) anos. Chamava-se de divórcio direto para se distinguir da também extinta ação de conversão da separação em divórcio. A culpa não integrava a demanda e o pedido competia aos próprios cônjuges (ação personalíssima). Quando se tratava de divórcio contencioso, uma das defesas cabíveis era a falta do decurso do lapso temporal de 2 (dois) anos (consecutivos e ininterruptos) contados da separação de fato. (DIAS, 2007).

Caso não houvesse prova documental que comprovasse o rompimento do vínculo era necessária a oitiva de testemunhas, embora admitisse a declaração escrita das mesmas. (DIAS, 2007).

Na ação de divórcio também é necessário decidir acerca da guarda dos filhos menores ou incapazes, valor dos alimentos, visitas e etc, pois aplica-se, por analogia, o disposto na lei no caso de separação (artigo 1.121 do Código Civil), mas essas questões podem ser revistas a qualquer tempo em procedimento próprio. Some-se ainda que este é o último momento que os cônjuges tem para decidir acerca dos alimentos, pois uma vez rompido o vínculo pelo divórcio, não mais permanecerá o dever de mútua assistência. (DIAS, 2007).

Possui eficácia desconstitutiva, assim como possuía a separação e, portanto, produzirá seus efeitos a partir do trânsito em julgado (eficácia ex-tunc). (DIAS, 2007).

### 2.9.2 Efeitos.

Maria Helena Diniz elenca os principais efeitos do divórcio (DINIZ, 2009, p. 354):

- Dissolve por definitivo o vínculo matrimonial e cessa os efeitos civis do casamento religioso transcrito no Registro Público;
- Finda com os deveres recíprocos dos cônjuges;
- Extingue o regime patrimonial de bens, procedendo a partilha;
- Cessa o direito sucessório dos cônjuges (deixam de ser herdeiros um do outro);
- Possibilita a aquisição de novo casamento;
- Não admite reconciliação, de modo que caso queiram restabelecer a união só poderão fazer mediante novo casamento;
- Não há limite quantitativo, ou seja, uma pessoa poderá divorciar-se quantas vezes quiser;
- Permite aos ex-cônjuges, mesmo divorciados, adotar conjuntamente criança, desde que cheguem a um acordo no tocante a guarda e regime de visitas;
- Não faz perder o direito ao uso do nome do cônjuge e etc.

A mencionada autora preleciona que o direito ao divórcio se extinguirá pelo seu exercício, ou seja, quando o casamento for dissolvido pela sentença que homologou ou decretou o divórcio; pelo perdão, desde que ocorrido antes da propositura ou no curso da ação de divórcio; pela renúncia/desistência da ação de divórcio; pelo decurso do tempo (presunção de perdão à ofensa) ou pela morte de um dos cônjuges no curso da respectiva ação. (DINIZ, 2009).

### **2.10 Conversão da separação em divórcio.**

Uma vez rompido o casamento pela separação era necessário convertê-la em divórcio (não ocorria o divórcio pelo simples decurso de prazo), ocasião em que se dissolvia o vínculo matrimonial. O pedido só podia ser formulado depois de 1 (um) ano, contado: do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial; da decisão judicial que deferiu a separação de corpos ou da escritura de separação extrajudicial. Não havia prazo para essa ação de conversão (imprescritível), portanto os cônjuges podiam ficar judicialmente separados por tempo indeterminado, podendo a qualquer tempo requerer a conversão. A ação de conversão era um processo autônomo em relação à separação judicial, ou seja, exigia distribuição e corria em autos apartados. Embora a lei não fizesse previsão admitia-se a conversão consensual da separação em divórcio mediante escritura pública. (DIAS, 2007).

O pedido de conversão formulado por apenas um dos cônjuges tinha que ser levado a efeito pela via judicial. Para a decretação do divórcio não era necessário a oitiva das partes e tampouco a realização de audiência de conciliação. Na sentença que decretava o divórcio não cabia nenhuma referência à causa da separação (art. 1.580, CC).

Tanto a separação jurídica como a separação de corpos podiam ser convertidas em divórcio. (DIAS, 2007).

### **2.11 Partilha de Bens.**

Sempre quando há patrimônio é necessário a sua partilha e o ideal era que as partes entrassem num acordo no momento da separação, embora a sua não realização não obstruísse a homologação da mesma. A lei nada nos diz a respeito do momento adequado, mas tão somente estabelecia prazos para a separação assim como estabelece para o divórcio. (DIAS, 2007).

Quando forem consensuais as partes já devem indicar/descrever os bens do casal (móveis e imóveis) em petição e apontar a divisão por ambos convencionalmente. Já nas

ações litigiosas, aquele que propor a ação deverá indicar os bens comuns e apresentar a partilha, uma vez que o réu, na contestação, deverá se manifestar sobre os bens e sua divisão. Portanto, além de se resolver acerca da separação/divórcio a sentença resolverá as questões patrimoniais, ocasião em que se estará atendendo ao princípio da economia processual. (DIAS, 2007).

Pelo disposto nos artigos 1.121 §1º e 1.031 do Código de Processo Civil, caso não haja um consenso dos cônjuges no tocante a partilha de bens, quando se tratasse de separação consensual aquela seguiria o rito do inventário e do arrolamento. Esses dispositivos também eram aplicados na hipótese de separação litigiosa e aplica-se no divórcio. No caso de haver consenso sobre a partilha, a mesma poderá ser feita mediante escritura pública (art. 1.124-A do CP). No caso de divergência, antes do inventário será necessária a liquidação por artigos. (DIAS, 2007).

Ocorrida a separação, seja de fato ou judicial, bem como o divórcio, caso não houvesse a respectiva partilha, os bens permaneceriam no chamado estado de mancomunhão, ou seja, pertenceriam a ambos os cônjuges ou companheiros (“mão comum”). (DIAS, 2007).

## **2.12 Lei da Dissolução da Sociedade Conjugal.**

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a referida lei, também conhecida como Lei do Divórcio, está praticamente derogada em virtude da concorrência normativa, uma vez que tanto a separação como o divórcio se encontram regulados naquele. Portanto, parte dela continua em vigor (poucos dispositivos de caráter processual), enquanto outra parte foi extinta em decorrência do novo Código Civil. (DIAS, 2007).

### 2.13 Separação e Divórcio extrajudiciais.

Tem-se admitido que a separação e o divórcio consensuais sejam realizados extrajudicialmente – em cartório - mediante escritura pública perante o tabelião em virtude das recentes alterações no Código de Processo Civil decorrentes da aprovação da Lei 11.441/07 (artigo 1.124-A). Essa lei acabou por desburocratizar o procedimento e trouxe significativos benefícios a população, bem como serviu para desafogar o Judiciário. (DIAS, 2007).

Isso tem facilitado as demandas que envolvem maiores e capazes que não possuem filhos menores ou incapazes, uma vez que podem ser solvidas via administrativa, ou seja, sem a participação do Judiciário (homologação) e do Ministério Público. Assim, por inexistir conflito entre as partes, esses procedimentos são chamados de jurisdição voluntária. (DIAS, 2007).

No tocante a escritura pública, a mesma deverá conter algumas disposições relativas a descrição e a partilha dos bens comuns, a pensão alimentícia, a opção pela manutenção do nome de casado ou a retomada ao nome de solteiro. (DIAS, 2007).

Segundo Silvio de Salvo Venosa

pode até ser possível que os cônjuges discordem sob algum aspecto da separação e não da separação em si, e assim deixem para resolver na via judicial a questão do nome, por exemplo, ou mesmo a partilha, que pode ser realizada posteriormente. (VENOSA, 2003, p. 173/174).

Pelo disposto no § 2º do artigo 1.124-A do CPC os cônjuges devem estar assistidos por advogado comum ou individuais, devendo a qualificação e assinatura constar no ato notarial, pois só assim o tabelião lavrará a escritura. Se ambos forem advogados poderão atuar em causa própria, mas se somente um deles for, necessariamente o outro deverá ser assistido por advogado distinto. (DIAS, 2007).

Embora a lei seja omissa a doutrina entendia que tanto o divórcio direto como o realizado por conversão podiam ser realizados mediante escritura. Da mesma forma, ainda que a separação fosse realizada em juízo, nada impediria que a sua conversão fosse extrajudicial e vice-versa. (DIAS, 2007).

De acordo com o Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo (CNB-SP) – no ano de 2007, ano em que entrou em vigor a Lei 11.441/07, foram realizados 4.080

(quatro mil e oitenta) divórcios consensuais em cartório. No ano seguinte (2008) foram 4.394 (quatro mil, trezentos e noventa e quatro) processos. Já no ano de 2010 foram realizados 9.317 (nove mil, trezentos e dezessete) divórcios nos cartórios de notas do Estado, o que representa um aumento de 109% (cento e nove por cento) em relação ao mesmo período do ano de 2009, ocasião em que foram realizados 4.459 (quatro mil, quatrocentos e cinquenta e nove) divórcios. A pesquisa atribui esse aumento a Emenda Constitucional número 66, uma vez que essa extinguiu os prazos no tocante ao divórcio. Já o número de separações caiu de 4.224 (quatro mil, duzentos e vinte e quatro) para 2.728 (dois mil, setecentos e vinte e oito). (CNB/SP).

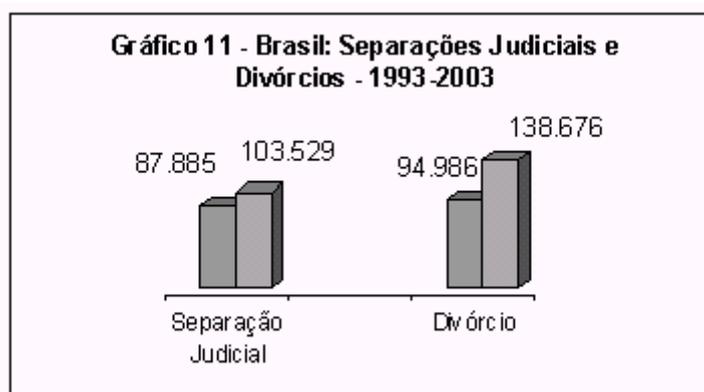
Observa-se que desde a criação da referida lei o número de divórcios realizados em cartório tem aumentado gradativamente, o que demonstra a aceitação da referida emenda e a busca dos cônjuges por meios mais ágeis para por fim ao matrimônio.

#### **2.14 Dados estatísticos da separação e do divórcio no Brasil.**

Numa pesquisa realizada no ano de 2007 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) obteve-se os seguintes dados

para cada quatro casamentos foi registrada uma separação. Embora tenham sido realizados 916.006 casamentos no Brasil, 2,9% a mais do que em 2006 (889.828), o número de dissoluções (soma dos divórcios diretos sem recurso e separações) chegou a 231.329, ou seja, para cada quatro casamentos foi registrada uma dissolução. Há exatamente 30 anos depois de instituído, o divórcio atingiu sua maior taxa na série mantida pelo IBGE desde 1984. Nesse período a taxa de divórcios teve crescimento superior a 200%, passando de 0,46‰, em 1984, para 1,49‰, em 2007. Em números absolutos os divórcios concedidos passaram de 30.847, em 1984, para 179.342 em 2007. Em 2006, o número de divórcios concedidos chegou a 160.848. O aumento do número de divórcios pode ser explicado não só pela mudança de comportamento na sociedade brasileira, mas também pela criação da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que desburocratizou os procedimentos de separações e de divórcios consensuais, permitindo aos cônjuges realizarem a dissolução do casamento, através de escritura pública, em qualquer tabelionato do país. Em 2007, os divórcios diretos, aqueles que não passam por uma separação judicial anterior, representaram 70,9% do total registrado no país. A opção por formalizar as dissoluções a partir do divórcio direto tem se mostrado mais ágil por reduzir os trâmites judiciais e o tempo

para solução dos casos. Em relação à natureza das separações realizadas no Brasil, em 2007, a maior parte delas foi consensual (75,9%). As separações não-consensuais representaram 24,1% do total. Entretanto, no período de 1997 a 2007, observou-se um declínio de 5,9 pontos percentuais nas separações de natureza consensual. Por outro lado, as separações não-consensuais cresceram de 16.411, em 1997, para 24.960 em 2007. Em 2007, a conduta desonrosa ou grave violação do casamento foi o motivo mais frequente nas separações judiciais de natureza não-consensual, 10,5% delas foram requeridas pelas mulheres e 3,2% foram solicitadas pelos homens. A separação de fato foi fundamento da ação de 10,3% do total de separações. A proporção de separações não consensuais requeridas pela mulher (17,5%) foi significativamente maior que as solicitadas pelos homens (6,6%). (IBGE).



Já no ano de 2008, os divórcios diretos representaram 70,1% do total registrado no país enquanto os divórcios indiretos (com separação anterior) representaram 29,8% e 0,1% não tiveram tipo declarado. No mesmo ano, 14,5% das dissoluções foram realizadas em tabelionatos, sendo que o número de dissoluções de casamentos chegou a 290.963, somando as 102.873 separações e os 188.090 divórcios - ambos valores englobando processos judiciais e escrituras. Em relação a 2007, houve crescimento de 24,9% de escrituras de separações e de 33,9%, de escrituras de divórcios, realizadas em tabelionatos. Em relação à natureza das separações realizadas no Brasil, em 2008, a maior parte delas foi consensual (76,2%). Contudo, observou-se um declínio das separações consensuais, comparando 1998 a 2008, chegando a uma diferença de 4,9 pontos percentuais. Essa redução ocorreu em função da opção cada vez mais frequente pelo divórcio judicial direto ou a sua realização no tabelionato, o que evita uma etapa judicial e burocrática. As separações judiciais de natureza não consensual foram, na maior parte dos casos, requeridas pela mulher. Em 2008, para o Brasil, o percentual foi de 71,7%. (IBGE).

De acordo com os dados estatísticos apresentados acima podemos observar que a aprovação da emenda constitucional veio em boa hora, uma vez que a separação vinha sendo uma opção pouco utilizada pelos casais brasileiros, tendo em vista a demora na solução do conflito amoroso (decorso de lapso temporal exigido em lei) e os gastos excessivos.

### **3. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL (PEC) DO DIVÓRCIO**

#### **3.1 Alteração Constitucional.**

Faremos uma breve análise das emendas constitucionais, as quais vem reguladas no artigo 60 da Constituição Federal de 1988. No que se refere a alteração dela decorrente podemos afirmar que se trata de iniciativa privativa e concorrente, pois somente as pessoas mencionadas nos incisos I a III do referido artigo poderão propô-la, ou seja, 1/3 (um terço) – no mínimo – dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República ou mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Caso seja proposta por pessoas diversas haverá inconstitucionalidade por vício formal subjetivo. (LENZA, 2008)

O §2º desse artigo traz o seu quórum de aprovação: a proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em 2 (dois) turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em cada turno 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros. (LENZA, 2008).

Sua promulgação ocorrerá através das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal com o seu respectivo número de ordem (§3º). Caso uma proposta de emenda seja rejeitada ou havida por prejudicada a matéria só poderá ser objeto de discussão/apresentação na próxima sessão legislativa (§5º). (LENZA, 2008).

Com a aprovação da Emenda Constitucional n. 66, houve uma alteração no §6º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe acerca da dissolubilidade do casamento civil. Esse artigo passou a vigorar com a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Observamos que se suprimiu o requisito da separação judicial prévia por mais de 1 (um) ano, bem como a comprovação da separação de fato por 2 (dois) anos.

Tendo em vista a alteração constitucional, as únicas formas existentes e válidas passíveis de por fim ao casamento – vínculo e sociedade conjugal – são o divórcio, consensual ou litigioso, e a morte.

A redação originária do referido parágrafo estabelecia que o casamento civil podia ser “dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos”. É nítido que esses artifícios almejavam desestimular o fim do casamento.

O artigo 175 da Constituição Federal de 1967-69 estabelecia no seu §1º que o “casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Dessa forma é perceptível que no tocante a dissolução da sociedade conjugal houve uma série de evoluções constitucionais, pois nas primeiras constituições o tema sequer foi abordado. A Constituição de 1824 nem mencionou o assunto, enquanto que a de 1891 se restringiu a reconhecer o casamento civil. A primeira a abordar o assunto foi a de 1977, na qual o divórcio só era possível mediante prévia separação judicial pelo lapso temporal de 3 (três) anos e não havia o divórcio direto. Já na de 1988 a separação judicial passou a ser uma faculdade conferida aos cônjuges e não mais uma exigência para a obtenção do divórcio, ocasião em que podiam convertê-la em divórcio após o lapso temporal de 1 (um) ano contado da separação de fato ou da separação de corpos ou reconciliar-se e não convertê-la em divórcio. Havia também a possibilidade do divórcio direto (sem prévia separação judicial), desde que transcorrido o lapso temporal de 2 (dois) anos, igualmente contados da separação de fato.

Já com a Emenda Constitucional 66/10 a separação judicial deixou de ser contemplada no referido diploma legal, desaparecendo também o lapso temporal exigível para o divórcio, remanescendo assim o divórcio direto, seja consensual ou litigioso.

### **3.2 Evolução Histórica.**

Desde o ano de 1999 a matéria já vinha sendo objeto de discussão no Poder Legislativo através da PEC nº 22/99, que também buscava alterar o §6º do art. 226 da CF. Por primeiro, objetivava-se unificar o prazo da separação judicial e da separação de fato para um ano, haja vista que a última só se convertia em divórcio após o lapso de dois anos. (LARA, 2010).

De acordo com Paula Maria Tecles Lara:

Essa PEC foi arquivada e, após 3 (três) anos, foi desarquivada para que a PEC nº 413/2005 fosse apensada a ela, que visava também a alteração do referido dispositivo, mas com o objetivo de extinguir a necessidade da separação judicial ou de fato para a dissolução do casamento civil pelo divórcio. (LARA, 2010).

A PEC nº 413/05 foi encampada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia, que propôs a seguinte redação ao §6º do art. 226 da CF: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. (LARA, 2010).

Idêntico conteúdo fora proposto no ano de 2007 pelo também Deputado Sérgio Barradas Carneiro – PEC nº 33/07 – e por tratarem da mesma matéria, esta foi apensada a de nº 413/05, que por sua vez já se encontrava apensada a de nº 22/99. (LARA, 2010).

Na análise de Paulo Lôbo

A ‘PEC do Divórcio’ resultou da proposta elaborada por grupo de juristas, sob patrocínio da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, encampada, em 2005, pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05), e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07). (LÔBO, 2009, p. 06).

A “PEC do Divórcio” fora aprovada pela Câmara dos Deputados, em primeiro turno, no dia 20/05/09 (vinte de maio de dois mil e nove) com 375 (trezentos e setenta e cinco) votos a favor. Em segundo turno ocorrido no dia 02/06/09 (dois de junho de dois mil e nove) a mesma recebeu 315 (trezentos e quinze) votos favoráveis, 88 (oitenta e oito) contra e 5 (cinco) abstenções. (Novidades Legislativas, 2009).

Ocorre que sua redação original foi alterada durante a votação nos dois turnos pela Câmara dos Deputados – suprimiu-se a expressão *na forma da lei* -, uma vez que

remetendo para a lei ordinária regular sua forma, mesmo excluindo a separação jurídica de seu texto poderia proporcionar interpretações diversas e minimizar a mudança pretendida [...], evitando qualquer dúvida no sentido de que a separação jurídica foi abolida. (CARVALHO, 2010).

Encerrado o procedimento na Câmara dos Deputados, enviou-se o referido projeto ao Senado Federal no dia 09/06/09 (nove de junho de dois mil e nove), ocasião em que lhe atribuíram o número 28/09. (Novidades Legislativas, 2009).

No Senado Federal a referida matéria foi aprovada em primeiro turno no dia 02/12/09 (dois de dezembro de dois mil e nove) em votação quase unânime. Já no segundo turno, ocorrido no dia 13/07/10 (treze de julho de dois mil e dez) as Mesas da Câmara e do Senado a promulgaram conjuntamente, atribuindo-lhe a emenda constitucional a numeração 66/10, ocasião em que se dispensou a sanção presidencial. (Novidades Legislativas, 2009).

Destacamos as justificativas determinantes na decisão do legislador constituinte contida na proposta:

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, [...] evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para melhor solução dos problemas decorrentes da separação. (LÔBO, 2009. p. 07).

Outra justificativa determinante é que:

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes 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. (MEIRELLES, 2008).

Em suma, as duas finalidades primordiais da sua aprovação são: a extinção da separação judicial do nosso ordenamento jurídico, uma vez que é um instituto antigo (herdado da Lei do Divórcio de 1977) e, portanto, desnecessário na atualidade, o que

acaba se tornando oneroso e sofrível aos cônjuges, bem como a extinção das causas subjetivas e objetivas, quais sejam a culpa e o tempo, respectivamente.

### **3.3 Extinção da Separação Judicial.**

Diante da alteração constitucional a única forma possível de dissolução da sociedade conjugal em que mantinha-se o vínculo desapareceu, uma vez que a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate de forma isolada da dissolução da sociedade conjugal tendo em vista a sua incompatibilidade com a norma constitucional.

Tanto a Constituição originária quanto a emenda constitucional revogam a legislação infraconstitucional antecedente. Dessa forma, a nova redação do §6º da CF revogou as seguintes normas do Código Civil (efeito ex-nunc): artigo 1.571, III e §2º; 1.572 e 1.573; 1.574 e 1.576; 1.577 e 1.578; 1.580; 1.702 e 1.704. (LÔBO, 2009).

Consideram-se revogadas as expressões “separação judicial” ou “separado judicialmente” contidas nas seguintes normas do Código Civil: artigos 10, I; 25; 27; 792; 793; 980; 1.562; 1.571, §2º; 1.580; 1.583; 1.584; 1.597, II; 1.632; 1.683; 1.721; 1.775; 1.830 e 1.831. Porém, os referidos artigos continuam a produzir seus efeitos. (LÔBO, 2009).

A extinção da separação judicial traduz a desnecessidade de dois processos judiciais distintos, uma vez que implica em gastos excessivos e maiores dissabores a serem suportados pelos cônjuges que se vêem obrigados a conviver por mais tempo.

Some-se ainda a constatação prática de que apenas alguns casos das separações revertem-se em reconciliação – fato devidamente demonstrado no capítulo anterior.

Embora essa seja a interpretação predominante outras surgiram na aplicação da nova regra constitucional. Dimas Messias de Carvalho as menciona:

➤ “continua existindo a separação jurídica, judicial e administrativa, coexistindo com o divórcio direto sem exigência de prazos” (CARVALHO, 2010) – corrente minoritária que justifica a manutenção da separação pela indissolubilidade do casamento sob o prisma da crença religiosa, bem como pela possibilidade de

reconciliação e pela necessidade de um prazo de reflexão para o casal decidir pela dissolução ou não do casamento;

➤ “aplica-se a legislação ordinária no divórcio e a separação jurídica, exigindo-se os mesmos requisitos (prazos e causas), já que a EC 66/2010 apenas prevê que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”. (CARVALHO, 2010).

Para o referido autor a questão só será pacificada quando houver “um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em última instância ou alteração na legislação ordinária”, pois os defensores de cada corrente apresentam argumentos consistentes nas suas conclusões. (CARVALHO, 2010).

### **3.4 Extinção das Causas Subjetivas e Objetivas.**

Outro efeito prático decorrente da adoção da EC 66/10 é a desnecessidade de se comprovar a culpa do outro cônjuge pelo término da sociedade conjugal, bem como o transcurso do lapso temporal exigido em lei, portanto não há que se falar em causa ou prazo para o divórcio. (LÔBO, 2009).

Ocorre que no tocante a culpa tem-se discutido eventual importação da sua discussão para o divórcio (art. 1.572, CC). Como a emenda não deixou claro, dois posicionamentos desapontaram entre os renomados doutrinadores civilistas.

Para aqueles que sustentam a supressão do debate da culpa no divórcio a justificativa que prepondera é a morosidade processual injustificada para colocar fim ao vínculo matrimonial, impeditiva da sua extinção célere.

Nesse sentido Paula Maria Tecles Lara: “quando não se aborda mais o instituto da separação, retira-se do ordenamento todos os questionamentos acerca da culpa pelo fim do casamento”. (LARA, 2010). Para a referida autora a culpa persistirá apenas para fins indenizatórios.

De forma igualitária, Carlos Roberto Gonçalves preleciona:

A inovação constitucional impede a discussão sobre a culpa, uma vez que ação de divórcio não a admite e a separação de direito deixou de existir. Poderá ela ser discutida, todavia, em ação indenizatória por danos materiais e morais, de um cônjuge contra o outro, uma vez que a culpa é elemento da responsabilidade civil. Poderá ser discutida, também, nas hipóteses de anulabilidade do casamento por vícios da manifestação da vontade aplicáveis ao casamento, como a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Nesses casos, a culpa importará na perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e no cumprimento das promessas feitas no pacto antenupcial (CC, art. 1.564). (GONÇALVES, 2011, p. 211).

No entanto esse não é um entendimento pacífico, pois de acordo com Gladys Maluf Chamma Amaral Salles

é prematura a interpretação de alguns renomados juristas que afirmam que com a PEC do divórcio nunca mais se poderá discutir a culpa na ruptura da vida em comum. [...] a vedação da discussão da culpa no divórcio se aplica apenas aos casos de conversão de separação, judicial ou não, em divórcio. Nos casos de divórcio direto defendemos ser possível, sim, examinar a culpa e todos os demais temas próprios da separação, tais como alimentos, guarda de filhos, partilha, etc. (SALLES, 2010).

No mesmo sentido podemos citar Flávio Tartuce, o qual acredita “que o melhor seria a manutenção de um sistema dualista, com e sem culpa, mesmo com a aprovação da PEC do Divórcio.” (TARTUCE, 2010).

O referido doutrinador elenca algumas razões, dentre elas a seguinte:

Juridicamente a culpa é conceito que persiste e que será mantido no Direito das Obrigações, no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil. Desse modo, obviamente, a categoria deve ser preservada para extinguir os vínculos conjugais no Direito de Família. Entender o contrário fere o razoável e uma visão unitária do ordenamento jurídico privado. Eventuais argumentos históricos de conquistas não podem dar, ao Direito de Família, tal suposto privilégio. Aliás, fica a dúvida se afastar a culpa e conceber um modelo unitário é mesmo uma vantagem. (TARTUCE, 2010).

Para o civilista em questão sem a análise da culpa a responsabilidade civil decorrente do casamento restaria prejudicada, pois se a mesma atribui o dever de indenizar, também deve ser utilizada na dissolução da união. (TARTUCE, 2010).

Observamos que os direitos eram aviltados conforme a parcela de culpa do cônjuge pela separação. Assim, aquele que fosse considerado culpado possuía de forma limitada o direito de convivência com os filhos e o seu poder familiar era reduzido, além

da supressão dos alimentos, mesmo que deles necessitasse para sobreviver. (DINIZ, 2009).

Apesar do Código Civil amenizar esses efeitos, os mesmos não foram extintos por definitivo uma vez que o culpado, em regra, perde o direito ao sobrenome do outro consorte conforme dispõe o artigo 1.578, desde que requerido pelo cônjuge inocente e não acarretando-lhe prejuízo.

É perceptível que com o avanço do direito brasileiro e a adoção da EC 66/10 se deu menos importância ao culpado pela separação, tanto que a guarda já não mais podia a ele ser negada, assim como a partilha de bens já não mais se pautava nesse critério.

Quanto as causas objetivas, quais sejam: ruptura da vida em comum por mais de 1 (um) ano ou doença mental de um dos cônjuges deflagrada após o casamento - nos casos de separação judicial – (art. 1.572, §§1º e 2º) -, ou ainda separação de fato por mais de 2 (dois) anos na hipótese de divórcio direto também foram extintas (art. 1.580, §2º CC). (LÔBO, 2009).

Referidos efeitos são de grande valia para a história do Direito de Família, a qual ficou negativamente marcada por anos pelos lamentáveis conflitos conjugais na tentativa de imputar ao outro cônjuge a culpa pela falência da sociedade conjugal e assim desfrutar dos direitos então previstos ao inocente.

Some-se ainda o desnecessário transcurso do lapso temporal previsto em lei na tentativa do casal reconciliar-se, pois trata-se de uma decisão de cunho íntimo, sendo inadmissível a intromissão do Estado, ainda que seja na tentativa de preservar a família. Ninguém mais apropriado do que o próprio casal para saber se há chance ou não de reconciliarem-se, independentemente de qualquer prazo previsto em lei.

### **3.5 Tipificação Legal do Divórcio e suas Características.**

Com a aprovação e a entrada em vigor da Emenda Constitucional desapareceu a modalidade do divórcio por conversão (após prévia separação de corpos pelo prazo de dois anos), remanescendo apenas 3 (três) tipos de divórcio na atualidade (LÔBO, 2009):

➤ **Divórcio judicial litigioso:** ocorre diante da falta de acordo entre os cônjuges acerca da separação – um é a favor e o outro não - ou sobre as questões a ela inerentes (alimentos, guarda e etc). Caso haja filhos menores essa será a única alternativa cabível aos cônjuges, mesmo que estejam de acordo no tocante as demais questões essenciais, uma vez que visa preservar o interesse dos menores. (LÔBO, 2009);

➤ **Divórcio judicial consensual:** ocorre quando há consenso do casal, o qual almeja única e exclusivamente a chancela estatal. Nesse caso incube ao juiz verificar se o acordo é livre e se não está eivado de vício de consentimento, resolvendo-se então as questões essenciais. (LÔBO, 2009);

➤ **Divórcio extrajudicial consensual (Lei 11.411/07):** é aquele realizado por escritura pública e lavrada por notário. Os cônjuges deverão estar assistidos por advogado ou defensor público, desde que não haja filhos menores e que haja acordo sobre as questões essenciais. (LÔBO, 2009).

### **3.6 Situação Jurídica dos Separados Judicialmente mas não Divorciados.**

Uma questão relevante e que pode causar dúvida diz respeito a situação daqueles que estão separados judicialmente e aguardando o antigo prazo determinado em lei para uma possível reconciliação do casal.

Sabemos que o novo texto constitucional acabou com qualquer prazo anteriormente exigido para a obtenção do divórcio, bem como extinguiu a separação judicial e as regras a ele relativas em razão da sua incompatibilidade com o atual sistema jurídico.

Diante disso podem surgir os seguintes questionamentos: a permanência ou não do estado civil de separados judicialmente/administrativamente; a possibilidade da conversão da separação em divórcio, bem como a do restabelecimento do casamento e, finalmente, se os processos judiciais ou administrativos de separação poderão continuar tramitando para se alcançar o objetivo proposto.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira

O estado civil daqueles que já eram separados judicialmente continua sendo o mesmo, pois não é possível simplesmente transformá-los em divorciados. Portanto, o estado civil ‘separado judicialmente/administrativamente’ continua existindo para aqueles que já o detinham quando o novo texto constitucional entrou em vigor. [...] Caso queiram transformá-lo em estado civil de divorciados poderão, excepcionalmente, converter tal separação em divórcio ou simplesmente propor Ação de Divórcio, o que na prática tem o mesmo resultado. [...] Neste mesmo raciocínio poderão ainda usar a faculdade de que lhes oferecia o artigo 1577 e a Lei n. 11.441/2007: restabelecerem a sociedade conjugal. Obviamente que a partir daí já estarão submetidos às novas regras e princípios decorrentes da instalação da Emenda Constitucional n. 66/2010. Os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei n. 11.441/2007) deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento. (PEREIRA, 2010).

Já para Paulo Lôbo

Os separados judicialmente (ou extrajudicialmente) continuarão nessa qualidade, até que promovam o divórcio (direto), por iniciativa de um ou de ambos, mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas. Em virtude do princípio da eficácia imediata da nova lei, que vigora no Brasil, os fatos passados constituídos sob o império da norma antiga permanecem como estavam, sem retroatividade (salvo se a norma constitucional assim determinasse). (LÔBO, 2009. p. 14).

Note-se que os cônjuges separados podem manter ou não as condições anteriormente estipuladas ou decididas na separação judicial, haja vista que são mutáveis, podendo o juiz decidir de modo diferente de modo a preservar o melhor interesse dos filhos menores. (LÔBO, 2009).

### **3.7 Posicionamentos Doutrinários.**

Por se tratar de um tema que está diretamente relacionado com o cotidiano da população brasileira surgiram as mais variadas opiniões a respeito da Emenda Constitucional 66/10, dentre as quais destacamos as seguintes: para Rodrigo da Cunha Pereira, representante do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM –

[...] estamos completando trinta anos, desde a adoção da Lei do Divórcio entre nós, e deve existir um limite da intervenção do Estado na vida privada das pessoas, inclusive no que tange à decisão dos cônjuges no sentido de não mais permanecerem casados. Não deve haver discussões, em juízo, sobre a responsabilidade – culpa – pela falência do matrimônio. O sistema dualista para romper o vínculo legal do casamento [...] tem suas raízes e justificativas principalmente em uma moral religiosa. Não se justifica mais em um Estado laico manter esta duplicidade de tratamento legal. A tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos ocidentais é que o Estado interfira cada vez menos na vida privada e na intimidade dos cidadãos. Se não há intervenção do Estado na forma e no modo de as pessoas casarem, por que ele interfere tanto quando o casamento termina? (PEREIRA, 2010).

Para o referido jurista não faz sentido a manutenção do instituto de separação judicial em nosso ordenamento jurídico, pois significa mais gastos financeiros, mais desgastes emocionais e contribui para o emperramento do Judiciário, na medida em que significa mais processos desnecessários.

Também favorável pelo fim do instituto da separação judicial podemos mencionar Lucio Flavio Joichi Sunakozawa - presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - e Maria Berenice Dias - Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - sendo que para a última, ao contrário daqueles que alegam a banalização do casamento em virtude da adoção da Emenda Constitucional

o divórcio não tem o condão de colocar em risco a instituição da família, mas, ao contrário, estimula a criação de novas famílias, visto que os divorciados reúnem condições jurídicas para convolar novas núpcias.” (DIAS, 2009).

Maria Berenice Dias preleciona que a estipulação de prazos para a obtenção do divórcio e as alegações de culpa pela separação afrontam dois princípios previstos na Constituição Federal: o da liberdade e o da privacidade. Para a referida autora se não há prazo para casar nada justifica a imposição de prazos para que o mesmo acabe. Por fim assevera que tal medida traduz economia processual e, conseqüentemente, desafogamento do Poder Judiciário, uma vez que os “processos de separação automaticamente se transformarão em ação de divórcio. E como para a sua concessão não cabe a identificação de culpados, não haverá mais necessidade da produção de provas e inquirição de testemunhas.” (DIAS, 2009).

Para Newton Teixeira de Carvalho, professor e juiz da 1ª Vara de família de Belo Horizonte, não há mais que se falar em separação no direito brasileiro, pois qualquer interpretação divergente revogaria a própria Constituição. (*apud* CARVALHO, 2010).

Dimas Messias de Carvalho defende que

a separação jurídica não foi recepcionada pela EC nº 66/10, restando abolida do ordenamento jurídico brasileiro, devendo, no caso concreto, ser extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por impossibilidade jurídica superveniente constitucional (CARVALHO, 2010).

Para Virgílio Ricardo Coelho Meirelles

este prazo imposto pela lei apenas aumenta o sofrimento das partes emocionalmente envolvidas em um processo de dissolução da sociedade conjugal, sejam os sofrimentos dos próprios nubentes como também filhos e pessoas próximas, pois nem sempre este rompimento é amigável. [...] Desta forma e de acordo com valores da sociedade brasileira atual, irá se evitar expor a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias que inevitavelmente são revelados quando trazidos ao espaço público dos tribunais, como também toda a carga de constrangimentos que provocam a publicidade, que na maioria dos casos contribui para o agravamento da crise e dificulta o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. (MEIRELLES, 2008).

Também favoráveis a supressão da separação judicial do direito brasileiro encontram-se os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Para o advogado de direito de família Maurício Maluf Barella a emenda “pode favorecer os cartórios, pois os processos serão mais rápidos”, mas também trará um outro efeito, qual seja a banalização do casamento. (*apud* MANDELLI, 2010).

### **3.8 Consequências.**

De acordo com Demóstenes Torres (DEM-GO) - presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado -, com a vigência da nova lei de divórcio os processos

de separação judicial se extinguirão, assim como aqueles em que o casal já obteve a decisão, mas aguardavam o lapso temporal para convertê-la em divórcio. (ODA, 2010).

Do ponto de vista prático, especialistas em direito de família afirmam que a aprovação da EC 66/10 significa a redução pela metade dos custos com o processo, bem como o desafogamento do Judiciário, pois os processos serão mais rápidos.

A jurista e juíza da Vara de Família de Goiânia/GO, Maria Luiza Povia Cruz, baseada no entendimento de que o nosso ordenamento já não mais contempla a separação determinou a intimação de todas as partes que estavam em processo de separação a fim de que transformassem suas ações em pedido de divórcio. Idêntico entendimento tem sido acolhido nas varas de família das comarcas de Salvador, Maceió e Belo Horizonte. (*apud* CARVALHO, 2010).

De acordo com a orientação de Newton Teixeira de Carvalho, no tocante às ações de separação em andamento, o juiz deve facultar as partes, no prazo de 10 (dez) dias, que requeiram a conversão do pedido de separação em divórcio, caso contrário os autos deverão ser extintos por impossibilidade jurídica do pedido. Com relação aos pedidos de separação ajuizados após a EC 66/2010, os autos deverão ser extintos de plano sob o mesmo argumento. (CARVALHO, 2010).

### **3.9 Jurisprudências.**

Mostraremos adiante a postura adotada pelos nossos tribunais após a aprovação da Emenda Constitucional 66/10, o que nos permitirá observar que não só a doutrina civilista, mas também os magistrados ainda não possuem uma interpretação uniforme no tocante a extinção ou não da separação do ordenamento jurídico brasileiro.

Ementa: Apelação. Emenda Constitucional nº 66. Divórcio. Pela entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, não há mais necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto. Precedentes jurisprudenciais. Apelo Provido. Em Monocrática. (Apelação Cível nº 70040164071, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova).

Ementa: Agravo de Instrumento. Família. Separação Consensual. Alteração para divórcio direto. Aplicação imediata da emenda constitucional nº 66/2010. Possibilidade. Norma de eficácia plena e imediata, sendo desnecessária regulamentação por legislação infraconstitucional. Agravo Provido. Por maioria. (Agravo de

Instrumento nº 70039741319, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/04/2011).

Ementa: Apelação Cível. Divórcio Direto. Audiência de Ratificação. Necessidade. A EC nº 66/2010, que deu nova redação o art. 226, §6º, da CF não importou em automática revogação dos requisitos temporais do divórcio e a abolição do instituto da separação judicial – como sustentam muitos – não ficariam com isso revogados os dispositivos processuais aplicáveis ao pleito divorcista, como o que trata da necessária realização da audiência de ratificação. Deram Provimento. Por Maioria. (Apelação Cível nº 70041223488, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 31/03/2011).

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de Divórcio Direto. Emenda da Inicial. Descabimento. Aplicação da Emenda Constitucional nº 66/2010. A Emenda Constitucional n. 66/2010 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal estabelecendo que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, suprimindo os requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou de separação de fato por mais de dois anos. Possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio independente de prazo de separação prévia do casal. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento nº 70040364887, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luis Dall’Agnol, Julgado em 23/03/2011).

Ementa: Apelação Cível. Pedido de Restabelecimento de Sociedade Conjugal. Sentença de Extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido pelo advento da EC 66/2010. Nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal que não retira a vigência da legislação infraconstitucional. Sentença Desconstituída. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº 70039476221. 2. E mesmo que assim não fosse entendido, o certo é que, no caso, o casal separou-se judicialmente em data anterior à vigência da EC 66/10. Logo, a sua condição é de separados judicialmente, soando desarrazoado atribuir efeitos de divórcio à separação judicial ocorrida antes da EC 66/10, que, no caso, em última análise, é o que faz o ilustre sentenciante, ao negar ao casal a possibilidade de restabelecer a sociedade conjugal, único elo rompido pela separação judicial! Declaração de voto do desembargador vogal, que acompanha o relator pela conclusão, diante das peculiaridades do caso, mas diverge dos pressupostos da fundamentação. Deram provimento à apelação. Unânime. (Apelação Cível nº 70039827159,

Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/01/2011).

## CONCLUSÃO

Diante do que fora minuciosamente exposto, podemos concluir que a Emenda Constitucional nº 66/2010, que idealizou o fim da separação, bem como das causas subjetivas e objetivas para obtenção do divórcio (culpa e tempo), ainda não goza de aceitação e interpretação unânime entre doutrinadores, magistrados e aplicadores de direito.

É que por se tratar de uma ciência humana, o direito sempre permite as mais variadas interpretações quando se cria ou altera uma determinada norma jurídica em vigor, e com o ramo do direito de família não é diferente, ainda mais por estar intimamente relacionado com o cotidiano do povo brasileiro, o que desperta o interesse tanto dos leigos como dos não-leigos.

Embora três correntes doutrinárias tenham apontado – conforme observamos mediante jurisprudências e posicionamentos doutrinários -, acreditamos que a sua aprovação não deixa dúvidas no tocante a sua aplicação.

Ainda que o Código Civil não tenha promovido alterações nos dispositivos que regem o término da sociedade conjugal, a modificação constitucional não permite interpretações dissonantes das leis infraconstitucionais.

Acreditamos que a sua aprovação trouxe um significativo avanço na legislação brasileira, pois não se pode ignorar a evolução da sociedade brasileira, ocasião em que não mais se admite que as legislações em vigor continuem retrógradas de modo a regular algo que nos dias de hoje não tem tanta aplicação.

Se é certo que nas décadas anteriores a sociedade sofria forte influência estatal e religiosa, sobretudo da Igreja Católica na manutenção da sociedade conjugal, hoje a facilitação está amparada em direitos individuais dos cônjuges, entre eles o da liberdade de escolha e de opinião, ambos fruto do Estado Democrático de Direito.

A interferência do Estado nas relações conjugais se mostra totalmente descabida nos dias de hoje, pois só casal pode reconhecer a falência ou não da sociedade conjugal, afinal são eles que convivem diariamente com os mais variados problemas matrimoniais. Assim, já não mais se admite a identificação de culpados ou fixação de prazos para o rompimento definitivo do vínculo matrimonial.

A fixação de prazos só adia o sofrimento do casal, que na maioria das vezes já não mais compartilham de uma relação sadia em decorrência da ausência de qualquer tipo de afeto, fidelidade, respeito, consideração e amor recíproco, o que pode prejudicar uma futura relação de amizade ou até mesmo de visitação decorrente de filhos havido na constância do casamento.

A maior preocupação é que tanto as pessoas como os aplicadores de direito distorçam a finalidade almejada pela emenda e a utilizem de modo a banalizar o casamento, pois a sua aprovação não significa que deixou-se de reconhecer o valor da união entre as pessoas, afinal dela necessitamos para alcançarmos a tão almejada felicidade, deixando de lado os valores individuais.

O rompimento do vínculo conjugal permite que outra família seja instituída e regida pelo ordenamento jurídico, retirando qualquer vínculo preexistente.

Do ponto de vista prático, a aprovação da emenda ainda possibilita uma economia processual por parte dos cônjuges e a celeridade do Judiciário em causas praticamente definidas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 4. ed. rev. e acres. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso Concreto: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – CNB/SP. *Número de divórcios em cartórios de notas de São Paulo cresceu 109% no ano passado*. Disponível em: <[http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4956&Itemid=83](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4956&Itemid=83)> Acesso em: 15 ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Até que fim*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. v.6. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8. ed. v. 6. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=283](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=283)> Acesso em: 17 jun. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: <<http://dirfam.blogspot.com/2009/12/dados-estatisticos-relacionados.html>> Acesso em: 23 fev. 2011.

JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Romano*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JUNIOR, Luiz Carlos de Assis. *A inviabilidade da manutenção da separação como requisito para o divórcio frente à autonomia privada*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=592>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à Emenda Constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. “PEC do Divórcio”: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Editora Magister, v. 11, ano XI, ago./set. 2009.

MANDELLI, Mariana. *Processo de divórcio pode ficar 50% mais barato. O Estado de São Paulo*, São Paulo, 09 jul. 2010. Caderno Vida, p. 15.

MEIRELLES, Virgílio Ricardo Coelho. *Constrangimentos serão evitados sem separação judicial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=388>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

NOVIDADES LEGISLATIVAS – divórcio direto no Brasil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Editora Magister, v. 10, ano XI, jun./jul. 2009.

ODA, Felipe. *Congresso promulga ‘divórcio a jato’*. *O Estado de São Paulo*, Brasília, 14 jul. 2010. Caderno Vida, p. 17.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2.010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70040164071. Relator: Rui Portanova. Rio Grande do Sul, 29 de março de 2011. maio 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 70039741319. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Rio Grande do Sul, 27 de abril de 2011. maio 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70041223488. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 31 de março de 2011. abr. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 70040364887. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Rio Grande do Sul, 23 de março de 2011. abr. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70039827159. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 27 de janeiro de 2011. fev. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70013292107. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Rio Grande do Sul, 11 janeiro de 2006. jan. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70025094707. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, 22 de outubro de 2008. out. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70000897520. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Rio Grande do Sul, 24 de maio de 2000. maio 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70000104661. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 24 de novembro de 1999. nov. 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70024360810. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, 30 de julho de 2008. ago. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 70042369017. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Rio Grande do Sul, 28 de julho de 2011. ago. 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 27. ed. v. 6. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

TARTUCE, Flávio. *Debate – A PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 8. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2008.