

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI

ALINE MAYRA DE SOUSA

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010: EFEITOS E CONTROVÉRSIAS NO
MUNDO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Biblioteca UESPI PHB
Registro Nº M1411
CDD 342.162
CUTTER S 425e
V EX 01
Data 21 / 05 / 15
Visto [assinatura]

PARNAIBA-PI

2013

ALINE MAYRA DE SOUSA

**EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010: EFEITOS E CONTROVÉRSIAS NO
MUNDO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

**Monografia apresentada à banca
examinadora da UESPI - Universidade
Estadual do Piauí, como exigência parcial
para obtenção de grau de bacharel em
direito, sob a orientação da Dra. Lenna
Maria Barbosa de Sousa.**

**PARNAÍBA-PI
2013**

ALINE MAYRA DE SOUSA

**EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010: EFEITOS E CONTROVÉRSIAS NO
MUNDO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

**Monografia apresentada à banca
examinadora da UESPI- UNIVERSIDADE
ESTADUAL DO PIAUÍ, como exigência
parcial para obtenção de grau de bacharel
em direito sob a orientação da Dra. Lenna
Maria Barbosa de Sousa.**

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADOR: LENNA MARIA BARBOSA DE SOUSA

ORIENTADOR EXTERNO

ORIENTADOR EXTERNO

DEDICATÓRIA

A pessoa mais importante da minha vida, que sempre esteve ao meu lado e nunca me deixou desistir, que acreditou em mim e segurou na minha mão, trazendo-me até aqui... A minha amada mãe ANTONIA PEREIRA DE SOUSA, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

A JESUS CRISTO, por seu infinito amor e fidelidade, e por sempre me fortalecer em todos os momentos da minha vida. Meu amado Senhor Jesus Cristo, eu não teria conseguido sem você.

À minha amada mãe, ANTONIA, por todo o amor dedicado a mim. Por nunca ter me desamparado e por todo o incentivo. Pela coragem e força que me ensinou a ter. Pelo exemplo de garra e superação. Mas principalmente, pelo orgulho que tenho em ser sua filha.

Aos meus queridos e amados tios, SALETE MARIA DE SOUSA E MONOEL OLIVEIRA, pelo carinho, amor e amizade. Pelo incentivo e pela força durante todos esses anos, eu amo vocês.

Aos meus avós, ANTONIA E PEDRO, por todo o amor dedicado a mim. Pela imensa torcida. Pelas palavras de incentivo. Por ser a rocha que sustenta a minha casa... a vocês com todo o meu amor e gratidão. Vovó e vovô, eu os amo muito.

Aos demais familiares, por estarem sempre torcendo para que tudo desse certo.

À minha querida amiga Lenna, que sempre esteve ao meu lado. Por todo o seu apoio e amizade.

“Confia no Deus eterno de todo o seu coração e não se apoie na sua própria inteligência. Lembre-se de Deus em tudo o que fizer, e ele lhe mostrará o caminho certo”. (Prov. 3:5-6)

RESUMO

A família é protegida pela Carta Magna como instituição formadora da sociedade, portanto necessita de legislação que protejam e que facilitem as relações familiares e sociais. O estudo tem por finalidade discutir a Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 e suas implicações na sociedade, analisando o casamento e a dissolução sob os aspectos jurídicos e sociais e as questões que norteiam a vida familiar como divisão dos bens e guarda dos filhos. O tema é importante para a vida acadêmica e social, pois pretende explicar as diversas correntes sobre a aplicação da lei quanto ao divórcio em suas diversas modalidades seja consensual ou litigioso, em cartório ou na via judicial, observando os pontos controversos e os pontos convergentes e ao fim chegando a conclusão fundamentada de qual teoria melhor explica a legislação. Para tanto é necessário uma busca na história do casamento, depois do instituto da separação judicial e finalmente do divórcio e da legislação que extinguiu o tempo de separação para a averbação do divórcio. Para a realização do trabalho é realizado um estudo bibliográfico, qualitativo, em livros, artigos científicos, internet, legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: casamento; dissolução; sociedade; legislação.

ABSTRACT

Family is protected by the Magna Carta (Latin for Great Charter) as an institution which makes up society. Therefore, it needs to be legislated in order to gain protection and have its family and social relations made easier. The study aims to discuss the Constitutional Amendment n. 66, created in July 13, 2010 and how it affects society, analyzing marriage and its dissolution under legal and social aspects, in addition to the issues that guide family life, such as distribution of personal belongings and child custody. The subject is important for academic and social life, since it intends to explain the various streams as to the application of law concerning the many modalities of divorce, which can be either consensual or litigious, in a registry office or in court, observing the controversial points, as well as the convergent ones, reaching a grounded conclusion of which theory best explains the legislation in the end. For that, after legal separation, and eventually the divorce, and the law that extinguished the period of separation for the divorce record, a research on the marriage history is needed. The accomplishing of this assignment demanded a bibliographic and qualitative study, whose information could be found in books, scientific articles, material on jurisprudence and legislation and online.

KEY WORDS: Marriage; dissolution; society; legislation.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I.....	12
O CASAMENTO.....	12
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL.....	12
1.2. DISPOSIÇÕES GERAIS	14
1.2.1 Conceito.....	14
1.2.2 Natureza Jurídica do Casamento	15
1.3. CARACTERÍSTICAS	17
1.4. FINALIDADES	19
1.5. IMPEDIMENTOS E SUSPENSÃO	21
1.6. EFEITOS.....	25
CAPÍTULO II.....	29
DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.....	29
2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	29
2.2. A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL (LEI Nº 6.515/77).....	30
2.3. DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO PELA VIA EXTRAJUDICIAL (LEI 11.441/2007)	32
2.4. A SEPARAÇÃO - ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL	
Nº 66/2010.....	34
2.5. O DIVÓRCIO – ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL	
Nº 66/2010.....	36
CAPÍTULO III	38
A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13/10/10.....	38
3.1. ASPECTOS DE RELEVÂNCIA HISTÓRICA.....	38
3.2. EFEITOS OCASIONADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010.	40
3.3. CONTROVÉRSIAS NO MUNDO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO.....	43
3.3.1 A extinção da Separação Judicial	43
3.3.2 A Separação Judicial não deixou de existir.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

O casamento no Brasil, sempre recebeu fortes influências da Religião Católica, assim, durante muito tempo foi considerado um instituto sagrado impossibilitando, inclusive, a separação daqueles que contraíam núpcias, independente do motivo.

A história mostra que apesar da Igreja Católica continuar tendo um grande respaldo frente ao casamento ainda nos dias de hoje, foi no Período Colonial e no Brasil Império que os ditames desta instituição eram tidos como algo inquestionável para os católicos de modo geral, sendo na época o único tipo de união válida.

Com o advento da República, período em que houve definitiva separação entre a Igreja e o Estado aconteceram inovações significativas nesta área. O Decreto 119-A de janeiro de 1890 tornava o Brasil um país laico e não confessional. Por sua vez, o decreto 191 de 24 de janeiro de 1890 dispunha que somente o casamento civil teria validade e posteriormente, o Decreto 521, veio determinar que o casamento civil deveria preceder o casamento religioso de qualquer credo.

Vale registrar que o Código Civil de 1916 foi gestado no século XIX, sob forte influência religiosa e trouxe como novidade, o desquite, que punha fim a sociedade conjugal, contudo por continuar considerando o vínculo íntegro, o casamento permanecia indissolúvel. Somente em 1977, por ocasião da Lei do Divórcio, a indissolubilidade do casamento foi abolida, mas ainda sob a intervenção da Igreja Católica o divórcio foi aprovado com inúmeras restrições, para ser concedido em uma única oportunidade, de modo que o divorciado só podia casar mais uma vez. Nesse momento o desquite foi substituído pela separação judicial como uma etapa intermediária.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 conseguiu avançar reduzindo os prazos para a concessão do divórcio. Diante de tudo que foi exposto, percebe-se que as mudanças rumo à flexibilização do casamento sempre foram muito tímidas e demoradas. A separação judicial, presente ainda no Código Civil de 2002, continuava tornando o processo desgastante e lento.

Contudo, a tão sonhada abolição do instituto da separação judicial ou extrajudicial somente aconteceu com a Emenda Constitucional de 13 de julho de 2010, que no caso, tornou-se objeto deste estudo.

O interesse em estudar este tema surgiu dos inúmeros efeitos e controvérsias provocadas no campo jurídico pela Emenda Constitucional nº 66, que apesar de recente, tem dividido doutrinadores e estudiosos do Direito promovendo discussões tanto dentro do ordenamento jurídico, quanto na sociedade. Discussões essas, que trouxeram consequências impactantes que consagraram a desnecessidade da separação judicial prévia ao divórcio, nem decurso de tempo algum para se chegar ao divórcio.

O tema é relevante para academia, pois traz para os acadêmicos de direito um estudo repleto de controvérsias, que deve ser discutido a fim de chegar a um posicionamento dominante acerca dos aspectos familiares e sociais e das implicações desses estudos no âmbito da aplicação da lei ao caso concreto.

Quanto a questão social, o tema é essencial para discussões a cerca da eficácia das relações do casamento e divórcio e das suas implicações na sociedade, já que a questão está diretamente ligada a vida social, pois o instituto do casamento e sua dissolução reflete em diversas questões familiares.

A importância pessoal do tema reflete-se no interesse pelo Direito de Família principalmente no que diz respeito ao Divórcio e todos os aspectos que o norteiam, especificamente às inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 66/2010, que refletem situações jurídicas e sociais como guarda, divisão de bens, pensão dos filhos.

O objetivo desse trabalho é demonstrar os efeitos e as controvérsias no mundo jurídico contemporâneo, ocasionados pela Emenda Constitucional nº 66/2010, vale dizer, verificar suas consequências jurídicas e seus efeitos sociais. Nesse contexto, o referido tema insere-se como importante no âmbito social por está diretamente ligado ao casamento e conseqüentemente à família que é a base de nossa sociedade.

Para a confecção deste trabalho foi realizada uma pesquisa do tipo bibliográfica, método que permite um significativo acesso às informações, perfazendo todo um campo que engloba: relacionar, referenciar, ler, resumir, todos os assuntos relacionados ao tema em estudo. Para tanto foi realizada uma pesquisa qualificativa, de cunho documental em livros, artigos científicos, sites da internet, legislação e jurisprudências. O período de desenvolvimento, deste trabalho, correspondeu aos meses de setembro à novembro do corrente ano.

Para a confecção deste estudo, foram estruturados três capítulos, o primeiro capítulo trata do Casamento, o segundo capítulo trata da dissolução do Casamento e terceiro capítulo reflete a Emenda Constitucional nº 66 de 13/10/10.

O Capítulo I traz em seu conteúdo, um pouco do instituto do casamento no Brasil, passando pela evolução histórica, desde o Brasil colonial até o advento da Constituição da República de 1988 e do Código Civil de 2002. Depois de mostrar um pouco a evolução histórica, o referido capítulo ainda apresenta o conceito, a natureza jurídica, com suas controvérsias, e também às principais características do casamento. Para finalizar a primeira parte deste trabalho, foram demonstrados as finalidades, os impedimentos e suspensão e os efeitos ocasionados pelo matrimônio.

O Capítulo II vem sob o título da dissolução do casamento, neste ponto foi demonstrado a instituição do divórcio no Brasil com o advento da Lei 6.515/77 e também a instituição do Divórcio e da Separação Extrajudicial que foram introduzidos pela Lei 11.441/07. E por fim, mostrou-se importante para o tema em questão trazer alguns principais pontos da separação e do divórcio antes do advento da Emenda Constitucional nº 66/2010.

O Capítulo III consagra-se a tratar da Emenda Constitucional nº66/2010, os seus aspectos de relevância histórica, seus efeitos e controvérsias no mundo jurídico contemporâneo, trazendo o principal ponto de discussão que é o fim ou não da separação judicial prévia.

Portanto, o tema pretende demonstrar as discussões sobre a inovação da lei da dissolução do casamento e as implicações na sociedade e na vida acadêmica, trazendo as leis e doutrinas atuais para embasamento do presente estudo, a fim de buscar discutir o tema de maneira fundamentada e alcançar os objetivos lançados.

CAPÍTULO I

O CASAMENTO

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

No Brasil colonial, o instituto do casamento sofreu influências da cultura portuguesa, pois como é sabido foram os portugueses os responsáveis pela colonização do país. Nessa linha de raciocínio, com a chegada dos lusitanos ao Brasil, foi introduzida, em nosso país, as tradições culturais e legais para o casamento. Assim, demonstra a brilhante Ana Lúcia Petroni:

Portugal adotava as formalidades do Casamento romano cristão e introduziu, nos costumes brasileiros, as mesmas solenidades. Nesse sentido, durante séculos a Igreja dominou os direitos sobre a instituição do Casamento [...] a cerimônia do Casamento era eminentemente religiosa e obedecia às disposições do Concílio de Trento e também da Constituição do Arcebispado da Bahia, que continuaram a produzir efeitos até mesmo com o advento da proclamação da independência do Brasil.

Sem muitas mudanças em relação ao período colonial, no Brasil imperial, o Casamento continuou a ser regido pelos dogmas da Igreja, período em que, ainda, reconhecia-se somente o Casamento Católico, pois esta era a religião oficial do Estado.

O Decreto de 03 de novembro de 1827 consolidou a obrigatoriedade da observância das normas do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, que regulamentavam o casamento no Brasil, sobre tal assunto aponta Yussef Said Cahali (2005, p.38):

Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, o nosso direito permaneceu sob a influência direta e incisiva da igreja, em matéria de casamento. Assim, o Decreto de 03.11.1827 estatua a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispo da Bahia, reconhecida e firmada desse modo a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais. O casamento na sua origem, formação e constituição, sobrepassava às normas estatais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este o recebia perfeito e acabado das mãos da Igreja e apenas lhe marcava os efeitos jurídicos na sociedade.

Portanto, observa-se que na época a influência da Igreja era quase absoluta, e por assim dizer o casamento era indissolúvel, sem qualquer possibilidade de uma eventual dissolução civil do matrimônio.

Ainda no Império, mais especificamente no ano de 1861, em decorrência de significativas mudanças na sociedade brasileira, devido principalmente a chegada de grandes levas de imigrantes no País, iniciou-se certa flexibilização em relação ao matrimônio. Através

do Decreto 1.144 de 11 de setembro de 1861, passou-se a permitir o casamento de pessoas de religiões e credos diferentes, respeitando às regras de suas religiões, e também de casais não católicos, porque até esse período somente os católicos tinham o direito de casar. Assim aponta Yussef Said Cahali (2005, p.38):

No Brasil Império, o passo mais avançado no sentido da desvinculação deu-se com o Decreto 1.444, de 11.09.1861 (com seu Regulamento 3.069, de 17.04.1863), que regulou o casamento entre pessoas e seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições da respectiva religião.

Sobre o mesmo assunto noticia Monteiro (2003, p.29), que “foi assim que, a 11 de setembro de 1861, surgiu lei regulando o casamento dos acatólicos, a celebrar-se segundo o rito religioso dos próprios nubentes. Tratava-se, sem dúvida, do primeiro passo para a emancipação do casamento da tutela eclesiástica”.

Posteriormente, esse Decreto foi regulamentado pelo Decreto 3.069 de 17.03.1.863, possibilitando três tipos de casamento: o católico, fundado nas normas do Concílio de Trento e das Constituições do Arcebispado baiano; o misto, realizado entre católicos e não católicos, regido pelo direito canônico; e o acatólico, que unia pessoas de crenças diversas.

Durante o Império, tentou-se dispensar o casamento dos votos monásticos. Conforme lembra Petroni (2005, p.32): “Tirá-lo da seara da Igreja e transportá-lo ao âmbito civil”, mas somente com o advento da República o referido instituto perdeu o caráter confessional e deixou de ser regulado pelas normas do Direito Canônico.

O Brasil republicano, iniciado com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, trouxe inovações no tocante ao instituto do Casamento, pois neste período houve a definitiva separação entre a Igreja e o Estado, passando ao Estado Republicano o dever de regular os Casamentos.

Através do Decreto 119-A de janeiro de 1890, o Brasil tornou-se um país laico e não confessional. Nesta direção, foi promulgado o Decreto 181 no dia 24 de janeiro de 1890 dispondo que no Brasil somente o casamento civil teria validade, confirmando em seu artigo 108, que o casamento religioso deixou de ter o seu valor.

Posteriormente o Decreto 521, veio reforçar tais transformações determinando que o casamento civil deveria preceder o casamento religioso de qualquer credo.

Por consequência, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil adotou tal posição estabelecendo a obrigatoriedade do Casamento civil, ao constar no seu artigo 72, §4º que: “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

O Código Civil de 1916 regulou a matéria referente ao Casamento civil, sem aludir ao religioso, conforme dispõe Diniz (2004, p.54):

O Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil, sem fazer qualquer menção ao religioso, que, na seara juscivilística, é inexistente juridicamente, sendo as relações entre os participantes desse vínculo mero concubinato.

No entanto, a Lei Maior de 1934 reconheceu efeitos civis ao Casamento religioso e estabeleceu a gratuidade de sua celebração.

A Lei nº. 1.110/50 veio regular o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, já a Lei 6.015/73 tratou, entre outras matérias, sobre o registro do casamento religioso para efeitos civis.

As posteriores Constituições de 1937, 1946 e 1967 mantiveram os preceitos da Constituição de 1934 e, atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe em seu artigo 226:

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

[...]

§ 2. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Portanto, com o advento da República o Casamento válido no Brasil passou a ser o Casamento civil, e também foi atribuído ao Casamento religioso efeito civil. Atualmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o casamento religioso continua surtindo efeitos civis, se cumpridas às exigências previstas em lei, sendo o vigente Código Civil responsável por estabelecer tais formalidades.

1.2. DISPOSIÇÕES GERAIS

1.2.1 Conceito

Muitos são os conceitos encontrados, na doutrina e na jurisprudência brasileira, sobre o casamento, sem que haja uma definição pacífica. Abaixo estão alguns dos principais conceitos dentre tantos encontrados na rica doutrina civilista.

Para Gonçalves (2010, p.13) “o casamento é a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem a família legítima”.

Para o brilhante Lôbo (2008, p.76) “o casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

Na visão da ilustre doutrinadora Diniz (2010, p.1.051) “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 40), cita brilhantemente o Código Civil português trazendo um interessante conceito:

Elogiável, também, o conceito de casamento encontrado no artigo 1.577º do Código Civil português de 1966, um dos poucos diplomas do mundo a definir tal 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”.

As definições dadas pelos doutrinadores, de certa forma, nos levam a considerar que o casamento é a causa da constituição da entidade familiar, vez que este se forma com a união de duas pessoas de sexo diferente por meio de um acordo de vontades, gerando direito e deveres recíprocos.

Muito embora, na visão clássica, o casamento tenha sido conceituado como a união entre pessoas de sexos distintos, quanto a este ponto o conceito de casamento mudou tendo em vista que é permitido o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

Em decorrência disto, sob a ótica de Tartuce e Simão (2010, p.59-60) “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”.

Portanto, constata-se que o casamento decorre do livre acordo de vontades entre os nubentes, devendo adequar-se às formalidades previstas em lei. Além do mais, o conceito de casamento é um conceito mutável que deve variar de acordo com a evolução da sociedade.

1.2.2 Natureza Jurídica do Casamento

Segundo Gonçalves (2011, p.40) “não há consenso na doutrina, a respeito da natureza jurídica do casamento”.

Devido às divergências, existem três formas diferentes de se analisar a natureza jurídica do casamento pelas quais o casamento pode ser uma modalidade de contrato especial,

uma instituição, ou um instituto que mescla características de um contrato especial com as de uma instituição.

De um lado estão os doutrinadores que defendem a concepção individualista, também chamada contratualista, cuja validade e eficácia dependem do consentimento e da vontade dos nubentes. Do outro, estão os que defendem a concepção institucionalista ou supraindividualista, para a qual o casamento é uma instituição, sendo constituído por um conjunto de regras impostas pelo Estado, as quais as partes têm a faculdade de aderir.

Sob a ótica de que a natureza jurídica do casamento seria contratual, elucidada Pereira (2004, p.57) “o casamento é um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades manifestadas e tendentes a obtenção de finalidades jurídicas”.

Ainda, em relação a concepção contratualista Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.40-41) explica:

Tal concepção representava uma reação à ideia de caráter religioso que vislumbrava no casamento um sacramento. Segundo os seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos. Assim, o consentimento dos contraentes constituía o elemento essencial de sua celebração e, sendo contrato, certamente poderia dissolver-se por um distrato. A sua dissolução ficaria, destarte, apenas da dependência do mútuo consentimento.

Evidencia-se, pois, que a referida corrente considera o casamento um Contrato, ainda que seja um contrato do Direito de Família.

Em oposição a corrente contratual, surge a corrente institucional na qual “o casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preenchidos pela lei”. (DINIZ, 2004, p. 43).

Para Dias (2006, p.130), a corrente institucional: “destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes”. Entende-se então, que o casamento refletiria uma situação jurídica, cujos parâmetros estariam preestabelecidos em lei, constituindo regras impostas pelo Estado.

Para Monteiro (apud GONÇALVES, 2011, p.41), seria o casamento:

uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas pode alterar a disciplina estatuída pela lei

Devido a polêmica ocasionada pelas duas correntes anteriores sobre a natureza jurídica do casamento, se é um contrato ou uma instituição, surgiu uma terceira concepção, de natureza eclética que faz uma mistura das características das outras duas teorias. Ou seja, a

doutrina eclética ou mista surge com a intenção de unir as correntes contratualista e institucional, considerando o casamento um ato complexo.

Santos (apud, GONÇALVES, 2011, p.41-42), afirma:

É um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só agiram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor.

Filia-se também a essa corrente Espínola (apud GONÇALVES, 2011, p. 42):

“Parece-nos, entretanto, que a razão está com os que consideram o casamento um contrato *sui generis*, constituído pela recíproca declaração dos contraentes, de estabelecerem a sociedade conjugal, base das relações de direito de família. Em suma, o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família, reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública”.

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p.60-61):

“Na verdade, o que não se pode admitir é que haja no casamento um contrato puro, pois como visto, a ideia de contrato que ainda prevalece o relaciona a um conteúdo patrimonial (vide o art.1.321 do Código Civil Italiano). Como é cediço, não há no casamento a busca da *patrimonialidade*, mas, muito mais do que isso, de uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC).”

Conclui-se, portanto, que a corrente mista revela um equilíbrio entre os diversos entendimentos acerca da natureza jurídica do Casamento.

1.3. CARACTERÍSTICAS

O casamento é revestido de diversas características, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 43-45), destaca as seguintes características:

a)É ato eminentemente solene. [...] o ato matrimonial é, desse modo, envolvido numa aura de solenidade, que principia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro no livro próprio. Destaca-se a formalidade de celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declara efetuado o casamento mediante palavras sacramentais (CC, art. 1.535). As formalidades exigidas constituem elementos essenciais e estruturais do casamento, cuja inobservância torna o ato inexistente.

b)As normas que o regulamentam são de ordem publica. Ipso facto, não podem ser derogadas por convenções particulares. Com efeito, o casamento é constituído de um conjunto de normas imperativas, cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e a natureza permanente do

homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis. Por essa razão, malgrado a liberdade concedida a toda pessoa de escolher o seu cônjuge, não é dado aos nubentes discutir com o celebrante o conteúdo e a extensão dos seus direitos e deveres, nem impor regras sobre a dissolução do vínculo ou reconhecimento de filho.

c) Estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Assim proclama o art. 1.511 do Código Civil. Implica necessariamente *união exclusiva*, uma vez que o primeiro dever imposto a ambos os cônjuges no art. 1.566 do mencionado diploma é o de *fidelidade recíproca*. A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a consequente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento, dispõe o art. 1.565 do novo Código que, por meio do casamento, *“homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”*.

d) Representa união permanente. Dividem-se nesse ponto os sistemas jurídicos. Predominam atualmente os que consagram a sua dissolubilidade. Poucos são, na realidade, os países que ainda não admitem o divórcio. No Brasil, foi ele introduzido pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao §1º do art. 175 da Constituição de 1969, não só suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial como também estabelecendo os parâmetros da dissolução, que seria regulamentada por lei ordinária, ou seja, pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. A Constituição de 1988 reduziu o prazo da separação de fato para um ano, no divórcio-conversão, criando ainda uma modalidade permanente e ordinária de divórcio direto, desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos. O Código Civil de 2002 proclama que o divórcio é uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal, tendo o condão de dissolver o casamento válido (art. 1.57, IV, e §1º), regulamentando o assunto nos arts. 1.571 a 1.582. A Emenda Constitucional n.66/2010 alterou a redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal, retirando do texto a referência à separação judicial e aos requisitos temporais para obtenção do divórcio.

e) Permite liberdade de escolha do nubente. Trata-se de uma consequência natural do seu caráter pessoal. Cabe exclusivamente aos consortes manifestar a sua vontade, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais (CC, art. 1.542). Reconhece hoje a melhor doutrina que a liberdade de casar-se corresponde a um direito da personalidade, pois que tutela interesse fundamental do homem, consagrado pelo art. 16 da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, e pelo art. 12 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como observa JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA. Aduz o aludido autor que a “liberdade nupcial é um princípio fundamental e de ordem pública, pelo que se considera inadmissível restrição à liberdade pessoal de casar a inserção de cláusula de celibato ou e viuvez em determinados contratos e testamento”.

Dentre as características apontadas por Gonçalves, cabe fazermos algumas considerações, principalmente no que diz respeito a exigência de diversidade de sexos. Como é sabido, depois de inúmeras discussões a respeito do referido tema, hoje, é possível a realização do casamento entre pessoas no mesmo sexo. Por esse motivo, apontar a exigência de sexos distintos para a realização do casamento é, no mínimo, uma visão desatualizada para os dias atuais. É oportuno então destacar a Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013 do CNJ:

[...]

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Além do mais, por ser eminentemente solene, entende-se que este deverá ser celebrado nos moldes da lei que o rege. A característica de ser regido por norma de ordem pública demonstra que ele está acima de qualquer convenção entre os nubentes.

1.4. FINALIDADES

Sobre as finalidades do casamento Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.46), assim inicia em sua obra:

“São múltiplas as finalidades do casamento e variam conforme a visão filosófica, sociológica, jurídica ou religiosa como são encaradas. Segundo a concepção canônica, *matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio proles; secundarius mutuum adiutorium e remedium concupiscentiae*, ou seja, o fim principal do matrimônio consiste na procriação e educação da prole; e o secundário, na mútua assistência e satisfação sexual”.

Para Diniz (2007, p.36) constituem finalidades do Casamento, dentre outras, a instituição da família matrimonial, a procriação dos filhos, a legalização das relações sexuais, a prestação do auxílio mútuo, o estabelecimento de deveres patrimoniais, a educação da prole.

Pode-se extrair do entendimento dos referidos doutrinadores que o casamento é o principal elemento do Direito de Família, sendo o ato originário da família matrimonial, gerando uma conseqüente relação entre o casal, que posteriormente se estenderá aos filhos.

Maria Helena Diniz (2007, p.37), ao se referir a procriação dos filhos, revela ser esta uma finalidade não essencial, pois a falta de filhos não afeta o Casamento. Logo, a prole configura uma conseqüência lógica, natural da relação entre o homem e a mulher. Assim comenta esta brilhante doutrinadora:

“A lei permite união de pessoas que, pela idade avançada ou por questões de saúde, não têm condições de procriar. Se aceitar a procriação como fim essencial do casamento, ter-se-á de anular todos os matrimônios de que não advenha prole, o que perturbaria a estabilidade e a segurança do lar. Mas, esclarece Orlando Gomes, a norma, por outro lado, requer a aptidão física dos nubentes, já que só permite o casamento dos púberes e admite sua anulação se um dos cônjuges for impotente para a prática do ato sexual”.

Ainda sobre a procriação dos filhos, Monteiro (apud, GONÇALVES, 2011, p.46), discorda dos que sustentam ser esta a finalidade exclusiva do casamento:

“que deixa sem explicação plausível o casamento *in extremis vitae momentis* e o de pessoas em idade avançada, já privadas da função reprodutora. Além disso, aceito que a reprodução constitua o fim exclusivo do matrimônio, ter-se-á logicamente de concluir pela anulação de todos os casamentos em que não advenha prole, conclusão profundamente perturbadora da estabilidade do lar e da segurança da família.”

Na mesma linha de raciocínio que embasa as relações familiares para construção de um patrimônio comum, salienta Barros (apud, GONÇALVES, 2011, p. 47) que:

o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal.

Conclui-se, portanto, que embora no passado fosse da natureza do casamento que nascesse prole comum, nos dias atuais a existência de prole já não é o principal elemento perseguido pelo casal, mesmo que permaneça a frustração daqueles que, desejosos por filhos, não os alcancem. Nesse diapasão, caso nasça a prole comum, surge para o casal o dever legal de sustento e educação, não sendo possível, portanto, que a ausência da prole prejudique o matrimônio.

Sobre a finalidade descrita como legalização das relações sexuais, ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 37):

“entre os cônjuges, pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência; a aproximação dos sexos e o convívio natural entre o homem e mulher desenvolvem sentimentos afetivos recíprocos. Com muita propriedade, pondera Domingos Sávio Brandão Lima, a comunicação sexual dos cônjuges é o prazer, com participação, prólogo e seguimento de uma vida a dois, plenificação suprema de dois seres que se necessitam, interação dinâmica entre marido e mulher, pois casamento é o amor”.

Ainda no entendimento de Maria Helena Diniz (2007, p. 37), a prestação do auxílio mútuo:

O matrimônio é uma união entre marido e mulher para enfrentar a realidade e as expectativas da vida em constante mutação; há, então, um complemento de duas personalidades reciprocamente atraídas pela força do sentimento e do instinto que se ajudam mutuamente, estabelecendo-se entre elas uma comunhão de vida e de interesses tanto na dor como na alegria.

O estabelecimento de deveres patrimoniais ou não entre os cônjuges funciona como uma continuação da prestação do auxílio mútuo, tendo em vista que estas finalidades estão intimamente ligadas, conforme ensina Maria Helena Diniz (2007, p.37), explicando o referido fim do Casamento da seguinte maneira:

Como consequência necessária desse auxílio mútuo e recíproco. P. ex.: o dever legal de caráter patrimonial que têm os cônjuges de prover na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens a manutenção da família (CC, art. 1.568) e o não patrimonial, que eles têm de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (CC, art. 1.566, I e V).

Neste aspecto, é certo afirmar que os cônjuges já não guardam a liberdade de antes, pois com o casamento a vida individual desaparece e faz nascer uma vida em comum, trazendo a responsabilidade de ambos assumirem o dever de contribuir para a vida do outro, seja no campo financeiro, material, seja no espiritual, imaterial.

Por fim, a educação da prole, ensina Diniz (2007, p.37), ser obrigação dos pais: “pois no matrimônio não existe apenas o dever de gerar filhos, mas também de criá-los e educá-los para a vida, impondo aos pais a obrigação de lhes dar assistência”.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.511, resume todas as finalidades descritas anteriormente da melhor maneira, deixando clara a principal finalidade do Casamento ao descrever que, o Casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Sendo assim, extrai-se das finalidades acima elencadas que o mais importante é estabelecer uma comunhão plena de vida, baseada e construída principalmente pelo amor existente entre o casal.

1.5. IMPEDIMENTOS E SUSPENSÃO

Os impedimentos matrimoniais estão intimamente ligados ao fato de que o casamento é um instituto que tem grande influência nas relações entre as pessoas e também na sociedade. Segundo o Código Civil Brasileiro de 2002, para que o casamento tenha a sua validade e a regularidade necessária, algumas condições devem ser levadas em consideração, pois estas visam evitar que algumas uniões possam vir a prejudicar a ordem pública. É válido ressaltar que sua inobservância ocasionará a nulidade do casamento.

Para Gonçalves (2011, p.68), “os impedimentos são, portanto, circunstâncias ou situações de fato ou de direito, expressamente especificadas na lei, que vedam a realização do casamento”.

Os impedimentos matrimoniais estão taxativamente regulados no Código Civil Brasileiro, que em seu artigo 1.521 enumera sete impedimentos para o casamento, dividido em três categorias, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.69):

Distribuem-se em três categorias, conforme a enumeração do art. 1.521, I a VII: a) *impedimentos resultantes do parentesco* (incisos I a V), que se subdividem em impedimentos de consanguinidade (*impedimentum consanguinitatis*, entre ascendentes e descendentes e entre colaterais até o terceiro grau – incisos I e IV), impedimento de afinidade (*impedimentum affinitatis*, que abrange os afins em linha reta – inciso II) e os impedimentos de adoção (incisos III e V); b) *impedimento resultante de casamento anterior* (inciso VI); e c) *impedimento decorrente de crime* (*impedimentum criminis*: inciso VII).

Portanto o primeiro dos impedimentos atinge o vínculo de parentesco entre os nubentes, tanto em questão genética quanto moral. Não podem casar ascendentes naturais com seus descendentes, frente o grande risco de nascimento de prole doente e mais, relações desse tipo, caracterizam o incesto, que é ato terminantemente inadmitido pelo Código Civil. Este impedimento demonstra preocupação de natureza eugênica. Sobre esse tema Dantas (*apud*, Gonçalves, 2011, p. 70):

Além das razões morais, existem outras, derivadas da eugenia, ciência que se ocupa da defesa da raça, pois é uma ideia mais ou menos aceita por quase todos os higienistas de hoje que a endogamia familiar favorece a decadência das raças e estimula a transmissão de taras familiares... A exogamia familiar, casamento contraído com pessoa de sangue diverso, favorece o desenvolvimento da raça, do mesmo modo que o casamento com pessoas do mesmo sangue favorece sua decadência.

Com relação ao parentesco civil, que tem como principal exemplo o adotante e adotado, o impedimento se apoia no fato de que a adoção imita a família natural, logo um casamento entre estes acarretaria ofensa a moral familiar. Segundo Gonçalves, “o adotante apresenta-se em face do adotado, aos olhos da sociedade, no lugar de pai”.

É também proibido o casamento entre parentes afins em linha reta, por exemplo, um homem casado é visto nas relações de parentesco de sua esposa como se fosse ela mesma, ou seja, um filho por afinidade. Valendo, como dito anteriormente, a mesma regra para os pais com relação aos filhos adotados, pois a adoção imita a família natural.

Os irmãos consanguíneos e os irmãos adotivos são parentes na linha colateral de segundo grau, para eles o casamento também é vedado. Sobre o impedimento para o casamento entre irmãos aduz Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.71):

As mesmas razões de ordem moral e biológica desaconselham também o casamento de parentes próximos, na linha colateral. A concupiscência estimulada pela proximidade constante se instalaria no ambiente familiar, provocando desvios não desejáveis e o risco de agravamento de malformações somáticas.

Tios e sobrinhos são parentes colaterais de terceiro grau. No entanto, existe a possibilidade de casamento entre eles se ficar comprovada, através de exames médicos, a ausência de riscos para os filhos. Ensina Gonçalves (2011, p. 72) que “é válido o casamento

entre tios e sobrinhos que se submeterem a exame pré-nupcial, atestando o laudo médico a ausência de riscos para a saúde da futura descendência”.

Além destas, também é causa impeditiva do casamento a bigamia. Uma pessoa casada não pode contrair outro matrimônio, o segundo casamento será considerado nulo de pleno direito, razão pela qual não se convalida pelo fato de o primeiro casamento ser desfeito por qualquer motivo como a morte, o divórcio, a anulação ou declaração de nulidade. O Código Civil, em seu artigo 1.521, VI, pontua que, não podem casar, ainda, as pessoas casadas.

Por fim, é impedimento para o matrimônio aquele que decorre de um crime, um exemplo, seria a pessoa que queira se casar com o autor ou partícipe do crime doloso de homicídio tentado ou consumado contra o seu consorte.

As causas suspensivas para o matrimônio são uma alerta aos noivos. Ou seja, eles não estão impedidos de casar, mas apenas não devem contrair núpcias naquele momento por não ser o mais oportuno. Seria inoportuno o momento que decorre de fatos que podem gerar a confusão de bens ou a confusão da paternidade.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 83) aduz:

Causas suspensivas são determinadas circunstâncias ou situações capazes de suspender a realização do casamento, se arguidas tempestivamente pelas pessoas legitimadas a fazê-lo, mas que não provocam, quando infringidas, a sua nulidade ou anulabilidade. O casamento é apenas considerado *irregular*, tornando, porém, obrigatório o regime da separação de bens (CC, art 1.641, I), como sanção imposta ao infrator.

No artigo 1.523 do Código Civil, estão previstas todas as causas suspensivas. A primeira delas diz respeito ao viúvo ou à viúva, que tendo filhos comuns com o falecido, não tenha feito o inventário dos bens do casal e dado partilha aos sucessores, pois o patrimônio do primeiro matrimônio pode se confundir com o do segundo casamento. Neste caso, para aquele, que contrair novas núpcias com inobservância ao inciso primeiro do citado artigo, será obrigatória a adoção do regime de separação total de bens e ainda a prestar hipoteca legal sobre seus imóveis como forma de garantir que eventual prejuízo percebido pelo herdeiro não ficará sem ressarcimento.

Entretanto a causa suspensiva poderá não vigorar, caso seja comprovado que não haverá prejuízo ao herdeiro e também se ficar comprovado a inexistência de patrimônio a ser partilhado.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 85) ensina que:

A jurisprudência tem, efetiva e sabiamente, nos casos de infração à restrição legal, afastado a invalidade do regime da comunhão de bens, se o cônjuge falecido não tiver deixado algum filho, assim como, ainda que tenha deixado algum, se o casal não tiver bens a partilhar. [...] Mesmo existindo filhos e bens, também tem sido

afastada a nulidade quando não há risco de confusão de patrimônios em razão do novo casamento [...].

A causa suspensiva também se aplica à pessoa divorciada que não tenha realizado a partilha de bens do casal, justamente para evitar a confusão entre o patrimônio do casamento dissolvido com o novo matrimônio. No entanto, o divorciado tem o direito de provar que não haverá prejuízo ao ex-cônjuge, afastando a imposição quanto ao regime de bens. Aduz Gonçalves (2011, p. 86) que “para evitar confusão de patrimônios o novel legislador estabeleceu previsão específica de causa suspensiva de casamento para “o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha de bens do casal” (CC, art. 1.523, III)”.

Também é causa suspensiva para o matrimônio, quando a viúva ou a mulher que teve o seu casamento desconstituído em razão de nulidade ou anulação, pretender se casar antes do decurso do prazo de dez meses da data da dissolução do casamento anterior.

Sobre este assunto ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 87):

Trata-se de causa suspensiva que se impõe somente à mulher. O objetivo é evitar dúvida sobre a paternidade (*turbatio sanguinis*), que fatalmente ocorreria, considerando-se que se presumiria filho do falecido aquele que nascesse até “trezentos dias” da data do óbito ou da sentença anulatória ou que declare nulo o casamento. Igual presunção atribuiria a paternidade ao segundo marido quanto ao filho que nascesse até “cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal” (CC, art. 1.597, I e II).

No entanto, a mulher poderá provar que não existe gravidez do marido anterior, sendo assim, não será possível a aplicação da restrição patrimonial.

Por fim, haverá também causa suspensiva para o casamento entre tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com o pupilo ou curatelado. Ficando comprovado que há inexistência de prejuízo ao incapaz, cessa a aplicação da causa suspensiva. Dispõe o inciso IV do art. 1.523 do Código Civil que não devem casar “tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas”. A lição que se extrai desse dispositivo é a de que as pessoas responsáveis por cuidar de outras pessoas, nem os seus parentes não devem contrair matrimônio, tendo em vista principalmente a proteção do matrimônio de quem está sob os cuidados.

1.6. EFEITOS

O instituto do Casamento gera direito e deveres entre os cônjuges, deveres estes disciplinados pela ordem jurídica e que repercutem em suas vidas de forma social, pessoal e econômica.

Espínola (apud, GONÇALVES, 2011, p. 180-181) assim preceitua:

“O casamento irradia, assim, os seus múltiplos efeitos e conseqüências no ambiente social e especialmente nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, e entre estes e seus filhos, como atos de direito de família puros, gerando direitos e deveres que são disciplinados por normas jurídicas. Podes-se, em conseqüência, afirmar que as relações que se desenvolvem como corolário da constituição da família pertencem a três categorias: as da primeira têm cunho *social*; as da segunda têm caráter puramente *pessoal*; e as da terceira são fundamentalmente *patrimoniais*.”

Os efeitos do casamento no âmbito social são aqueles que “projetam-se no ambiente social e irradiam as suas conseqüências por toda a sociedade”. (Gonçalves, 2011, p.181). Sendo que seu principal efeito é a constituição da família legítima ou matrimonial que é a base da sociedade, sendo garantida, pelo Estado, a sua especial proteção conforme estatui o art. 226 da Carta Magna de 1988, que reconhece também a união estável e a família monoparental como entidades familiares. Dispõe o artigo 226:

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

§3º Para efeito da proteção do Estado, reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Além do mais, tem-se como efeito social resultante do casamento a emancipação do cônjuge menor de idade, conforme preceitua o artigo 5º, parágrafo único, II:

Art. 5º A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para menores, a incapacidade:

[...]

II- pelo casamento;

Esses efeitos do ainda estabelecem vínculos de afinidade entre cada consorte ou companheiro e os parentes deste conforme preceitua o artigo 1.595 e seus parágrafos 1º e 2º do Código Civil Brasileiro.

Por fim, ainda sobre os efeitos sociais do Casamento, Carlos Roberto Gonçalves (2011 p.182) aduz que:

Inserese ainda no contexto social o *planejamento familiar*, hoje assegurado constitucionalmente ao casal. Dispõe o art. 226, §7º, da Constituição Federal:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Nessa trilha, o Código Civil Brasileiro de 2002 em seu art. 1.565, §2º, dispõe que: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Sobre efeitos pessoais decorrentes do matrimônio, Gonçalves (2011, p. 183) aduz que “o principal efeito pessoal do casamento consiste no estabelecimento de uma *“comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges”* (CC, art. 1.511).”

Ainda com relação aos efeitos pessoais, ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.185):

No tocante as relações pessoais no casamento, o Código Civil de 2002, ao tratar da “eficácia do casamento” em lugar dos “efeitos jurídicos” enunciados no diploma de 1916, procurou dar consecução ao princípio da plena igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges: não há mais deveres próprios do marido e da mulher assumindo ambos a condição de *“consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”* (art. 1.565). Aos deveres de ambos os cônjuges acrescentou-se o de *“respeito e consideração mútuos”*.

Por se referirem aos direitos e deveres dos cônjuges entre si e destes com relação à sua prole, O artigo 1.566 do Código Civil dispõe: São deveres de ambos os cônjuges: I-fidelidade recíproca; II- vida em comum no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos.

Com relação à fidelidade recíproca, Gonçalves (2011, p.190), aduz que “o dever em apreço inspira-se na ideia da comunhão plena de vida entre os cônjuges, que resume todo o conteúdo da relação patrimonial. Impõe a exclusividade das relações sexuais, devendo cada consorte abster-se de praticá-los com terceiro”.

Conclui-se que tal dever consiste no fato de que os cônjuges devem prestar exclusividade sexual um ao outro, logo o não cumprimento desse dever configura grave violação ao casamento.

Dispõe Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.190), acerca desse efeito:

O dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter *monogâmico* do casamento. É dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta, enquanto os demais deveres reclamam comportamentos positivos. A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, indicando a falência moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge. Se extrapolar a normalidade genérica, pode ensejar indenização por dano moral.

Por entender que o casamento requer coabitação, a ordem jurídica considera a vida em comum no domicílio conjugal como sendo um dever do matrimônio.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 191) ensina:

A vida em comum, no domicílio conjugal, ou dever de *coabitação*, obriga os cônjuges a viver sob o mesmo teto e a ter uma comunhão de vidas. Essa obrigação não deve ser encarada como absoluta [...]. Assim, um dos cônjuges pode ter necessidade de se ausentar do lar por longos períodos em razão de sua profissão, ou mesmo de doença, sem que isso justifique quebra do dever de vida em comum.

A coabitação tem como principal fim, o de que os cônjuges convivam em uma mesma casa, e mantenham relações sexuais. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 192) alerta, entretanto, que tal obrigação não é absoluta:

O cumprimento do dever de coabitação pode variar, conforme as circunstâncias. Assim, admite-se até a residência em locais separados, como é comum hodiernamente. Porém, nele se inclui a obrigação de manter relações sexuais, sendo exigível o pagamento do *debitum conjugale*.

Logo, os principais aspectos da coabitação são a convivência entre os cônjuges e a prestação mútua do débito conjugal, isto é, o direito de ambos os cônjuges de realizarem entre si o ato sexual. Gonçalves (2011, p. 192), chama atenção para o fato de que “a obrigação não envolve o atendimento de taras ou abusos sexuais”.

Outro efeito pessoal decorrente do casamento é a mútua assistência que, pode ser dividido em duas figuras. A primeira delas corresponde ao dever mútuo de assistência financeira, econômica e material, já segunda seria a mútua assistência emocional ou espiritual. Segundo Gonçalves (2011, p.193), “inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual. Envolve o desvelo próprio do companheirismo e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas situações adversas”.

Cabe ressaltarmos, ainda dentro dos efeitos pessoais do casamento, o exercício da direção da sociedade conjugal. A Constituição Federal de 1988 assegurou aos cônjuges igualdade de direitos e deveres. O parágrafo 5º do artigo 226 dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.194) ensina que:

“A igualdade dos cônjuges no casamento, assegurada em nível constitucional, não mais permite qualquer distinção baseada na diversidade de sexos ou em concepção hierarquizada que impute à mulher o dever de obediência e ao marido dever de proteção da mulher, como ocorria outrora”.

Consequentemente, tem-se que essa mudança permitiu a participação da mulher na direção da família, de forma a colaborar e intervir nas decisões pertinentes a vida doméstica.

E mais, atribui-se a ela o papel de sócia, concedendo-lhe direitos e deveres semelhantes aos dos homens.

Com relação ao sustento, guarda e educação dos filhos explica Gonçalves (2011, p.194): “O *sustento* e a *educação* dos filhos constituem deveres de ambos os cônjuges. A *guarda* é, ao mesmo tempo, dever e direito dos pais. A infração ao dever em epígrafe sujeita o infrator à perda do poder familiar e constitui fundamento para ação de alimentos”.

Este dever independe de casamento, pois compete aos pais, casados ou não, garantir não somente a educação formal dos filhos, mas também a formação para as suas vidas; sustentá-los, já que estes não têm condição de um sustento próprio e exercer a guarda, obrigando o guardião a prestar assistência material, moral e educacional. Como também, garante a este o direito de opor-se a terceiros inclusive aos próprios pais.

Por fim válido é mostrarmos o seguinte entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.186), segundo o qual:

“o casamento gera, para os consortes, além dos efeitos pessoais, consequências e vínculos econômicos, consubstanciados no regime de bens, nas doações recíprocas, na obrigação de sustento de um ao outro e da prole, no usufruto dos bens dos filhos durante o poder familiar, no direito sucessório”.

Ou seja, os efeitos patrimoniais do casamento que estão intimamente ligados ao regime de bens adotado pelos cônjuges. Mas não só a estes, pois Código Civil Brasileiro e a doutrina também trazem, outros pontos relevantes que dizem respeito aos efeitos patrimoniais do casamento, acrescentando ainda, a esse efeito o dever de ambos os cônjuges ajudarem-se economicamente, de contribuírem para o sustento da casa e dos filhos, e ainda com relação aos filhos, cabe ao casal administrar os seus bens se ainda menores.

CAPÍTULO II

DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Inicialmente cabe fazermos algumas considerações sobre a dissolução do casamento, especificando a distinção entre o fim da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

As causas para a dissolução da sociedade conjugal estão previstas no artigo 1.571 do Código Civil Brasileiro. E são cinco as causas enumeradas no referido artigo, quais sejam: *pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial; pelo divórcio.*

A sociedade conjugal configura-se como “o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges” (GONÇALVES, 2011, p.201).

Dentre as causas do retromencionado artigo, apenas a separação judicial impossibilita a realização de um novo casamento. Por isso que, ocorrida qualquer das outras causas, a pessoa está qualificada para contrair um novo matrimônio, pois nestes casos verifica-se tanto a dissolução da sociedade conjugal como a dissolução do vínculo matrimonial.

Sobre esse tema, aduz brilhantemente Gonçalves (2011, p. 202) “a separação judicial, embora colocasse termo à sociedade conjugal, mantinha intacto o vínculo matrimonial, impedindo os cônjuges de contrair novas núpcias”.

Acrescenta, em sua obra, Tartuce (2012, p.1117) “por óbvio, sendo dissolvido o casamento, também será a sociedade conjugal. Entretanto, anteriormente não se poderia dizer o contrário. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação de direito, mantinha-se o casamento e o vínculo dele decorrente”.

Cabe o registro de que, a anulação e a declaração de nulidade do casamento têm por objetivo pôr fim à sociedade conjugal e ao vínculo matrimonial que não foram regular e validamente constituídos. Se o casamento for válido ele somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, algumas mudanças foram introduzidas na discussão do fim da sociedade e do vínculo matrimonial. O principal ponto é saber se houve o fim ou não da separação judicial prévia. Mas, este assunto será discutido em capítulo específico.

2.2. A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL (LEI Nº 6.515/77)

Muito embora a luta para a instituição do divórcio no Brasil tenha sido difícil, este foi instituído no ordenamento jurídico pátrio em 1977 com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, e depois regulamentado pela lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Sobre esse importante momento histórico para o Direito de Família no Brasil, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.281):

No Brasil, após uma árdua batalha legislativa, na qual se destacou a tenacidade do senador Nelson Carneiro, lutando durante quase três décadas contra a oposição da Igreja Católica, foi ele introduzido pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao §1º do art. 175 da Constituição de 1969, não só suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial como também estabelecendo os parâmetros da dissolução, que seria regulamentada por lei ordinária. O aludido dispositivo constitucional ficou assim redigido: “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

O então senador Nelson Carneiro, através de sua Emenda, veio revolucionar o Direito de Família Brasileiro, principalmente por tornar possível a dissolução do casamento e permitir que as pessoas pudessem casar novamente. Como era de se esperar, tal emenda enfrentou dura oposição da Igreja e da classe mais conservadora.

Coelho (2006, p. 96) assim define esta fase:

Até 1977, o Brasil era o único país do mundo a adotar, na Constituição, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial. O prestígio desfrutado por esse princípio devia-se, em grande parte, à forte penetração do Catolicismo na sociedade brasileira. Naquele ano, no meio a intenso debate, aprovou-se a emenda constitucional introduzindo o divórcio.

A referida emenda foi aprovada, sendo promulgada no dia 28 de junho de 1977, com a seguinte redação:

Art. 1º. O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 175.

§1º. O casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

§2º. A separação, de que trata o §1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

No entanto, tratava-se de norma de eficácia limitada, posto que a referida Emenda dependia de lei infraconstitucional para produzir efeito, ou seja, ainda não poderia haver

divórcio, até que uma lei a regulamentasse. Alguns meses após a edição da Emenda nº 09, no mesmo ano de 1977, surgiu a lei regulamentadora, a Lei do Divórcio nº 6.515/1977, que permitiu que pessoas divorciadas casassem novamente por uma única vez.

Ressalta-se que para que fosse aprovada a Lei do Divórcio, necessário se fez manter o desquite previsto no Código Civil de 1916, porém com a sua nomenclatura alterada para separação, seja ela consensual ou litigiosa, mantendo-se a mesma característica: dissolução apenas da sociedade conjugal. Assim ensina Venosa (2010, p.161), “A Lei nº 6.515/77, que regulamentou o divórcio, revogou os arts. 315 a 328 do Código Civil de 1916, que cuidavam da dissolução do casamento, passando a denominar separação judicial ao instituto que o Código rotulava como desquite”.

Logo, tal lei passou a disciplinar os institutos do divórcio e da separação, prevendo a extinção do vínculo conjugal pelo divórcio, mas desde que antecedido de prévia separação judicial (exigindo-se o longo prazo de três anos), que, como dito anteriormente, substitua o antigo desquite.

Contudo, a referida lei foi além, uma vez que em seu bojo autorizou a dissolução de todo o vínculo conjugal através do divórcio, isto é, colocou termo a todos os direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, autorizando, inclusive, novo casamento.

Sobre a referida Lei leciona Gonçalves (2011, p.281): “A sua modalidade básica era o divórcio-conversão: primeiramente o casal se separava judicialmente, e depois de três anos requeria a conversão da separação em divórcio”.

A Constituição Federal de 1988, em muito contribuiu para o Direito de Família, principalmente no tocante a dissolução do casamento, uma vez que em seu art. 226, § 6º reduziu o lapso temporal da conversão da separação em divórcio de três para um ano, e, além disso, estabeleceu a possibilidade do divórcio direto, se comprovada a separação de fato por mais de dois anos:

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

(...)

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

Desta forma, a Carta Magna de 1988:

Preservou a obrigatoriedade de haver separação judicial entre o casamento e o divórcio, mas não só reduziu o prazo para um ano, como, além disso, permitiu que fosse possível passar de um ao outro sem o estágio intermediário da separação judicial. Nesse caso, bastava ao casal que comprovasse estar separado de fato há mais de dois anos. (ASSIS, 2010).

Sobre a Carta Magna de 1988, preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.281):

“A Constituição de 1988 modificou, no entanto, esse panorama, reduzindo o prazo da separação judicial para um ano, no divórcio-conversão, e criando uma modalidade permanente e ordinária de divórcio direto, desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos”.

A Lei 7.841 de 1989 revogou o artigo 38 da antiga Lei do Divórcio, que continha a previsão de que só era possível que cada cônjuge se divorciasse uma única vez. Tal regra, no entanto, foi eliminada permitindo divórcios sucessivos. Esta Lei também trouxe nova redação para o artigo 40, excluindo discussões sobre a culpa nas separações.

A Lei Civil de 2002 acompanhou o que preceituou a Constituição Federal de 1988, mantendo a separação judicial e a separação de fato, como requisitos prévios para o pedido de divórcio. Não trazendo nenhum avanço significativo com relação ao tema, desperdiçando o legislador uma excelente oportunidade de extinguir a separação judicial, que não mais se justificava e nem se justifica no atual estágio da sociedade.

Como dito, somente no ano de 2010 a Emenda Constitucional de nº 66 trouxe a baila a discussão sobre o fim ou não da separação judicial prévia. Sobre esse assunto, haverá um capítulo específico que discutirá essas controvérsias jurídicas.

2.3. DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO PELA VIA EXTRAJUDICIAL (LEI 11.441/2007)

Em 2007 foi introduzida, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 11.441 que trouxe a possibilidade de o divórcio ser realizado extrajudicialmente sempre que a dissolução do vínculo matrimonial for consensual, preenchidos mais alguns requisitos previstos na referida Lei. Nasceu, assim, a possibilidade de adoção da via extrajudicial para a promoção da separação ou mesmo do divórcio, desde que decorrente de acordo entre as partes.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 233 - 234), explica:

A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, facultou a realização das separações, divórcios e partilhas consensuais por meio de escritura pública lavrada em cartório de notas, quando todos os interessados forem capazes e concordes com os termos do ajuste, afastando a obrigatoriedade do procedimento judicial.

Com esta novidade trazida no ano de 2007, os serviços notariais (Cartórios ou Tabelionatos de Notas) passaram a ter competência para a prática de determinados atos que, anteriormente, somente podiam ser praticados em juízo, como a separação e o divórcio, inventário e partilha.

A referida lei no seu artigo 3º acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 1.124-A segundo o qual:

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

§1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão no ato notarial.

§3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Sobre o aludido artigo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 234) faz a seguinte observação:

A redação conferida ao dispositivo em apreço, com a utilização do verbo “poderão”, aponta o *caráter facultativo* do procedimento administrativo. A escolha fica a critério das partes. Entende-se, pois, que a Lei nº 11.441/2007, ao criar inventário e partilha extrajudiciais, separações e divórcios também extrajudiciais, mediante escritura pública, não obsta à utilização da via judicial correspondente.

Conclui-se então, que são requisitos para a realização da separação e do divórcio extrajudicial, primeiro a inexistência de filhos menores ou incapazes do casal, pois se houver é obrigatória a via judicial porque nesta há a intervenção do Ministério Público para a defesa dos interesses do menor ou incapaz, que não se fará presente em qualquer dos atos praticados pela via extrajudicial.

Segundo o consenso sobre todas as questões do divórcio e da separação, “a escritura pública deve expressar a livre decisão do casal acerca da partilha dos bens comuns, do quantum e do modo de pagamento dos alimentos que um dos cônjuges pagará ao outro, ou sua dispensa, e da retomada, ou não, do nome de solteiro”. Terceiro a lavratura de escritura pública por tabelião de notas, ou seja, as partes podem comparecer a qualquer Tabelião de Notas, não sendo obrigatório o respeito às regras de domicílio como critério para a definição da competência territorial.

Por fim, o quarto é a observância dos prazos de um ano de separação judicial e de dois anos de separação de fato e a assistência de um advogado, diferente do que ocorre nos atos judiciais, não há aqui outorga de poderes de representação por meio de procuração. Quando se trata de ato extrajudicial, como não se trata de exercício da jurisdição, desnecessária a postulação, o advogado funcionará como assistente das partes envolvidas.

2.4. A SEPARAÇÃO - ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

A separação judicial surgiu no sistema jurídico brasileiro no lugar do antigo desquite, e serve como uma preparação para o divórcio. Como o desquite, a separação judicial não habilita a pessoa para a celebração de um novo matrimônio porque o vínculo do casamento não foi dissolvido. Portanto, conclui-se que a separação judicial põe fim apenas a sociedade conjugal, permanecendo o vínculo matrimonial.

Com a separação judicial cessam os deveres de fidelidade recíprocos, além de cessarem os efeitos do regime de bens, conforme prescreve o artigo 1.576 do Código Civil Brasileiro: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”.

A separação judicial pode se dar pela forma consensual ou pela forma litigiosa. A separação consensual, como o próprio nome já diz, trata-se de hipótese em que os consortes manifestam mútuo consentimento em promover a dissolução da sociedade conjugal.

Esta modalidade de separação encontra previsão nos artigos 1.574 do CC e 1.120 a 1.124 do CPC. De acordo com a lei material, o casamento deverá ter sido celebrado há pelo menos um ano para que possa ser requerida esta modalidade de separação, conforme preceitua o artigo 1.574: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de 1 (um) ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”.

Esta separação será requerida em juízo por meio de petição assinada por ambos os cônjuges e pelos advogados de cada um deles, se não funcionar um só pelos dois. Por ser consensual, não cabe às partes explicar os motivos da separação, bastando para tanto informar em juízo que pretendem por fim a sociedade conjugal. Todos os elementos previstos no artigo 1.121 do CPC devem estar previstos, exceto a partilha de bens que pode ser feita posteriormente.

Artigo 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:

- I-a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;
- II-o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;
- III-o valor da contribuição para criar e educar os filhos;
- IV-a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

Por fim, é válido dizer que a separação judicial consensual poderá ser realizada pela via extrajudicial.

A separação judicial também pode ser realizada pela modalidade litigiosa. Nesse sentido o artigo 1.572 do Código Civil dispõe que: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. Assim, o cônjuge deverá imputar ao outro a prática de conduta que importe em violação dos deveres matrimoniais que tenha tornado a vida em comum insuportável.

A separação litigiosa é dividida em três modalidades, a saber: a separação sanção; a separação falência e a separação remédio.

A separação sanção encontra fundamento nos artigos 1.572, *caput* e 1.573 do Código Civil. Trata-se de separação litigiosa, em que o objetivo é provar que o outro foi o culpado pelo término da sociedade conjugal.

O artigo 1.573 do Código Civil trouxe algumas causas exemplificativas para fundamentar a separação-sanção.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I-adultério;
- II-tentativa de morte;
- III-sevícia ou injúria grave;
- IV-abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V-condenação por crime infamante;
- VI-conduta desonrosa.

Esse rol é meramente exemplificativo, tendo em vista que o parágrafo único desse dispositivo permite ao juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum.

A segunda modalidade de separação litigiosa é a separação falência ou separação ruptura, com previsão no artigo 1.572, § 1º do Código Civil. Esta modalidade terá lugar quando um dos consortes provar em juízo a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade da sua reconstituição. Neste caso, independe da atribuição de culpa, basta a prova dos dois elementos legais. Com relação a prova de impossibilidade de conciliação poderá comprovar um dos consortes que já vive em união estável com outrem. Logo, apesar de se tratar de uma separação litigiosa, pois não decorre de mútuo consentimento, não se confunde com a separação-sanção, porque não tem o objetivo de atribuir culpa ao outro pela separação, mas apenas regularizar o estado de fato.

A terceira modalidade de separação judicial é a separação remédio. O artigo 1.527, §2º, do Código Civil preceitua “o cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne

impossível a continuação da vida em comum, após duração de 2 (dois) de duração da enfermidade e que tenha sido reconhecida de cura improvável”.

Em outras palavras, só será possível a separação remédio se todos os elementos legais se fizerem presentes: tratar-se de doença mental, não sendo fundamento de pedido a existência de doença física; tenha se manifestado há pelo menos dois anos, para demonstrar duração no estado de doente; torne a vida em comum impossível, em razão somente da doença; seja de cura improvável.

2.5. O DIVÓRCIO – ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

O divórcio põe fim à sociedade conjugal e ao vínculo matrimonial permitindo que os cônjuges divorciados possam convolar novas núpcias.

Cahali (2002, p. 991), traz em sua brilhante obra: “Assim como na separação judicial, o divórcio é causa terminativa da sociedade conjugal: porém este possui efeito mais amplo, pois dissolvendo o vínculo matrimonial, abre aos divorciados ensejo a novas núpcias [...]”.

Com o advento da Carta Magna de 1988, duas são as modalidades de divórcio, a saber: divórcio direto e o divórcio por conversão. É válido, então, citar o que prever a Constituição Federal em seu artigo 226, § 6º: “casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

O divórcio direto é aquele em que não há uma manifestação judicial anterior porque os cônjuges encontram-se separados de fato.

De acordo a Lei Maior, basta a prova de separação de fato há mais de dois anos, não impondo, para tanto, qualquer outro elemento. No entanto esta separação de fato por mais de dois anos deve ser contínua, pois se houver interrupções o prazo começará novamente. O Código Civil de 2002 também dispõe, em seu artigo 1.580, §2º, o seguinte:

Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer a sua conversão em divórcio.

[...]

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Conclui-se, portanto, ser admissível o divórcio direto consensual ou litigioso, se ambos propuserem a ação ou somente um deles.

O divórcio conversão, também chamado de divórcio indireto, pressupõe manifestação judicial anterior, decretando a separação judicial, sendo essencial a existência desta ordem judicial anterior.

O Código Civil dispõe em seu artigo 1.580 que qualquer dos consortes poderá requerer o divórcio conversão caso tenha decorrido o prazo de um ano do trânsito em julgado de sentença que decretou ou homologou a separação judicial.

Ainda sobre este assunto conclui-se que não haverá discussão sobre culpa, pois é o que dispõe o §1º do retromencionado artigo: “ a conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou”.

É admissível, nesta modalidade, o divórcio consensual que se caracteriza quando a proposta for feita pelos dois separados. Como também o divórcio litigioso, se intentado por apenas um deles.

Ainda sobre o divórcio, o Código Civil assegura em seu artigo 1.579 que: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo Único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

E mais, o art. 1.581 do CC dispõe que o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

E o artigo 1.582 do Código Civil, dispõe que: “o pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges. Parágrafo Único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão”.

Portanto, constata-se que tanto no divórcio direto quanto no divórcio por conversão, a ação tem natureza personalíssima, somente sendo admitida a representação em caso de incapacidade.

Constata-se, pois que para a decretação do divórcio eram impostas restrições como ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano; ou estarem os cônjuges separado de fato há pelo menos dois anos, ou seja os interessados no divórcio deveriam esperar um certo tempo para enfim se divorciarem. Mas, a discussão sobre o fim ou não da separação judicial será assunto para o próximo capítulo.

CAPÍTULO III

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13/10/10

3.1. ASPECTOS DE RELEVÂNCIA HISTÓRICA

Em 13 de julho de 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66, conhecida como “PEC do Divórcio”, dando nova redação ao artigo 226, §6º da Carta Magna de 1988. Como dito nos capítulos anteriores, o retromencionado artigo trazia em seu teor a necessidade de separação judicial por um ano ou a separação de fato por mais de dois anos para que fosse possível o pedido de divórcio. No entanto, a nova redação suprimiu o requisito da separação judicial e qualquer lapso de tempo como pressuposto para o divórcio, concluindo-se que, por não mais existir um lapso temporal, a exigência de separação de fato, por mais de dois anos, também perdeu o sentido.

Aqui está a comparação entre a redação anterior e a atual do aludido dispositivo constitucional. Anterior redação do artigo 226, §6º da Lei Maior: “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Atual redação do “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Em outras palavras, não mais o legislador fez constar a necessidade do decurso de prazo para que fosse possível o divórcio, dando aos cônjuges a prerrogativa de escolher se querem imediatamente promover a dissolução de seu casamento.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 204) brilhantemente acrescenta que:

Com a supressão da parte final do §6º do artigo 226, a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição Federal, onde figurava como requisito para a conversão desaparecendo ainda o requisito temporal para a obtenção do divórcio; agora exclusivamente direto, por mútuo consentimento ou litigioso.

Nesse sentido, Stolze e Filho (2010, p. 60) expõem que “o divórcio passa a caracterizar-se, portanto, como um simples direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação”.

Portanto, a nova redação dada ao dispositivo somente fez menção ao divórcio como forma de dissolução do casamento, definitivamente extinguindo a separação judicial, que anteriormente foi denominada desquite.

Como se ver, tal Emenda trouxe enorme revolução para o Direito de Família, pois rompeu com antigos dogmas que, historicamente regulava e protegia o matrimônio, no que se refere, à dissolução do casamento civil e suscitou dúvidas principalmente no que diz respeito à prevalência ou não da separação.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.202) as alterações do artigo 226, § 6º da CF de 1988:

Resultou de proposta elaborada pelo o Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM, apresentada em 2005 pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC n. 413/2005) e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC n. 33/2007). A redação inicialmente proposta era a seguinte:

“§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

A Câmara dos Deputados, todavia, acertadamente, suprimiu a parte final do aludido §6º do art. 226 da Constituição Federal, que passou a ter, assim, a final, a seguinte redação:

“§6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Desse modo, a “PEC do Divórcio” passou a ter eficácia imediata e direta, afastando-se a possibilidade de eventuais limitações futuras, que poderiam advir de lei ordinária.

Ainda sobre o momento histórico em que se desencadeou a Emenda Constitucional nº66/2010, Stolze e Filho (2010, p. 50-51), em sua brilhante obra, citam as justificativas apresentadas pelos Deputados quando da apresentação das PEC’s:

A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal,

qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?

O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 413/2005, Deputado Antônio Carlos Biscaia).

Complementando a justificativa da proposta apresentada:

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro).

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a referência 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 (PEC 33/2007, Deputado Sérgio Barradas Carneiro).

Portanto, como se ver acima, a vontade dos legisladores era de suprimir a separação judicial e suas causas subjetivas e objetivas, evitando o desgaste e o sofrimento dos cônjuges durante o processo e ainda, desafogar o judiciário, ou seja, o principal objetivo da Emenda Constitucional nº66/2010 é acabar com os requisitos exigidos para o divórcio.

3.2. EFEITOS OCACIONADOS PELA EMENDA CONSTITUCIOAL Nº 66/2010

Cabe aqui tecermos alguns efeitos que o Advento da Emenda 66/2010 trouxe para aqueles que pretendem o divórcio.

O primeiro efeito, diz respeito às separações judiciais que estavam em curso no momento da promulgação da referida Emenda.

Stolze e Filho, tratam brilhantemente sobre este assunto em sua obra. No entendimento dos referidos autores nos casos em que a separação esteja em curso, se não houver a prolação de sentença, o juiz deverá oportunizar aos interessados (em separação judicial consensual, ou à parte autora, no caso de separação judicial litigiosa), mediante a concessão de prazo a adaptação do processo ao disposto no §6º do art. 226 da Constituição Federal. Se houver recusa ou inércia, o feito será extinto sem resolução do mérito.

Após a manifestação dos interessados o juiz pode levar o processo em diante, sem que mais se fale em processo de separação, mas sim em um processo de divórcio.

Por outro lado, o entendimento diverso é o de que não há necessidade de o juiz abrir vistas para que as partes modifiquem a petição, o juiz de ofício pode transformar a ação de separação em ação de divórcio. Sendo necessário, somente, à informação da modificação para as partes.

O desejo das partes será relevante se ambas mostrarem oposição à transformação, sendo assim, o juiz não poderá decretar o divórcio, mas sim extinguir a ação por ser o pedido impossível.

Nesse sentido, um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acórdão nº 3618327 de 2011:

Diante da nova redação dada ao parágrafo 6º, do artigo 226 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, e da não oposição das partes, inexistente óbice para a decretação direta do divórcio do casal, o que ora se determina, ex officio, expedindo-se o necessário para a devida averbação. A vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo, com a observação de que é decretado, ex officio, o divórcio das partes.

É Válido, ainda, mostrar o excelente pensamento de Maria Berenice Dias (2010, p.133):

O jeito menos burocrático é intimar as partes para que manifestem expressamente a discordância com a decretação do divórcio, com a alerta de que, se ficarem em silêncio, isso significará que concordam com o decreto do divórcio. Assim, quem concorda não precisa sequer se manifestar.

Com relação às pessoas, que já se encontravam separadas juridicamente antes da entrada em vigor da “Emenda do Divórcio”, há dúvidas se deveriam considerarem-se divorciadas ou não. Flávio Tartuce (2012, p. 1.119) entende:

A resposta é negativa, apesar da vigência imediata da nova norma. Isso porque se deve resguardar o direito adquirido de tais pessoas, nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/1989, e de seu art. 6º da Lei de Introdução. Além disso, a separação judicial pode ser tida como um ato jurídico perfeito, que goza da mesma proteção. Em

reforço, não se pode admitir a modificação automática e categórica da situação jurídica, de separado juridicamente para divorciado.

Nesse caso, Stolze e Filho (2010, p. 139), entendem que não se pode “modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas”.

Outro relevante efeito trata do fim da discussão sobre a culpa nos processos de divórcio, pois esta eleva o desgaste emocional, que é desnecessário. A ideia de impor a culpa a um dos consortes nasce do entendimento de que a extinção da culpa poderá levar a um inocente a pagar alimentos a quem lhe causou sofrimento, impedindo uma possível ação por dano moral ou, se for o caso, por dano material. Demonstrando também que os deveres conjugais perderiam a sua força dentro do casamento, passando a meras recomendações.

Por outro lado, culpa pode ser vista como algo que em nada influenciará no divórcio. Se pensarmos, por exemplo, com relação aos alimentos, estes serão devidos por um único motivo, que é a necessidade ou não do outro cônjuge. E com relação às ações por dano moral e material, estas independem de culpa no divórcio, são ações independentes, ou seja, fora do processo de divórcio.

Analisando este ponto, sobre a ideia da doutrina majoritária que entende ter a Emenda Constitucional suprimido a separação e por a culpa está vinculada a esta última, ela também teria sido extinta.

Outro entrave a ser solucionado, diante da entrada em vigor da Emenda nº66/2010, diz respeito a manutenção ou não do conceito de sociedade conjugal. Lôbo (apud TARTUCE, 2012, p.1.118), leciona que:

Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões perdeu sentido o *caput* do artigo 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e *a fortiori* a sociedade conjugal.

Em contrapartida, Flávio Tartuce (2012, p. 1.117) apresenta os seus pontos de vista:

Na questão teórica, a manutenção da sociedade conjugal está amparada na pertinência de sua verificação nas situações relativas ao regime de bens. Dessa forma, como antes se demonstrou, ganha relevo a tese de que a separação de fato põe fim à sociedade conjugal e ao correspondente regime patrimonial entre os cônjuges. Em reforço, conforme outrora exposto, tal sociedade compõe o elemento central do casamento. Veja-se, por exemplo, a regra do art. 1.567 do Código Civil, pela qual a direção da sociedade conjugal será exercida pelo marido e pela mulher em um regime de colaboração, norma que ainda vige.

Do ponto de vista prático, justifica-se a sua permanência no sistema pelas diversas menções legais e concretas ao fim da sociedade conjugal, especialmente em

questões que envolvem outros ramos do Direito Contratual. De início, cite-se o art. 197, I, do CC, pelo qual não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal. Na seara contratual o art. 550 do CC enuncia a anulabilidade da doação do cônjuge ao seu concubino, tendo a ação anulatória prazo decadencial de dois anos a contar da dissolução da sociedade conjugal. Ato contínuo, não se olvide a importância do art. 1.649 do CC, ao consagrar prazo decadencial de dois anos, mais uma vez a contar da dissolução da sociedade conjugal, para a ação anulatória de negócio celebrado sem a outorga conjugal.

Por fim, observa-se que a Emenda Constitucional trouxe inúmeras discussões no campo do Direito de Família, suscitando dúvida e dividindo opiniões.

3.3. CONTROVÉRSIAS NO MUNDO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

A Emenda Constitucional nº66/2010, como dito nos capítulos anteriores trouxe uma importante modificação em um dispositivo da Constituição Federal, trazendo muitas discussões principalmente no ramo do Direito de Família. Segundo o brilhante doutrinador Tartuce (2012, p. 1.104): “A referida Emenda representa uma verdadeira *revolução* para o Direito de Família brasileiro, sendo necessário rever as categorias jurídicas relativas ao tema”.

Como dito nos tópicos anteriores a “Emenda do Divórcio”, alterou o §6º do artigo 226 da Constituição Federal, suscitando dúvidas quanto a extinção ou não da separação judicial. Doutrina e a jurisprudência dividiram-se, e cada uma trouxe o seu entendimento a respeito o tema.

Surgiram então duas correntes de interpretação da separação judicial após a Emenda Constitucional 66/2010. Uma defende que a separação judicial foi extinta, podendo o divórcio ser aplicado diretamente sem qualquer tipo de prazo ou requisito prévio. Nasce o verdadeiro divórcio direto, que independe de qualquer condição temporal. A outra defende que a separação judicial ainda existe, pois a dissolução tanto do vínculo conjugal quanto do vínculo matrimonial ainda é regido pela lei infraconstitucional, que é o Código Civil.

A discussão a respeito da extinção ou não da separação judicial vem causando grandes repercussões, portanto é válido trazer o entendimento dos principais doutrinadores sobre o tema, chegando finalmente ao objeto principal de discussão deste trabalho.

3.3.1 A extinção da Separação Judicial

A corrente majoritária, tanto doutrinária como jurisprudencial, entende que a principal mudança que a Emenda Constitucional 66/2010 trouxe para o ordenamento jurídico foi à

extinção da separação judicial e extrajudicial e ainda a extinção das causas subjetivas e objetivas, a culpa e o tempo, não sendo mais necessário esta para os cônjuges se divorciarem.

Afirma Dias (2010, p. 14) que “finalmente acabou a inútil, desgastante e onerosa separação judicial”. O entendimento da brilhante doutrinadora colabora com a ideia de que não há mais que se falar em separação judicial, pois a “Emenda do Divórcio” suprimiu este instituto.

Na mesma direção, Tartuce (2012, p. 1.106): “como primeiro impacto da *Emenda do Divórcio* a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico”.

Stolze e Filho (2010, p. 56) explicam que “a partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção”. Do entendimento destes brilhantes doutrinadores extrai-se a ideia de que separação judicial não foi recepcionada pela Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 e que, se os artigos do Código Civil, no que consiste a separação judicial, ainda valerem, haveria uma inversão da hierarquia normativa, onde a lei ordinária, o Código Civil, valeria mais que Lei Maior.

Nessa linha de raciocínio é válido mencionar o entendimento do excepcional doutrinador Veloso (apud TARTUCE, 2012, p. 1.107):

Numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, §6º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente.

Dias (2010, p.30) completa: “bom não esquecer que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível”.

Levando em consideração, que toda essa discussão gira em torno da modificação de um dispositivo da Constitucional e também a importância que a Constituição da República representa desde 1988, é relevante descrever a ideia dos doutrinadores aqui mencionados com relação à superioridade do texto constitucional em relação à norma infraconstitucional. Pois

este entendimento é o maior sustentáculo desta corrente que defende o fim da Separação Judicial.

Pois bem, foi com a promulgação da Carta de 1988 que verdadeiramente houve a unificação do direito em torno da Constituição, sendo este o marco para a efetiva constitucionalização do direito. Analisando a história, observa-se que por muito tempo o Código Civil funcionou como a “Constituição” das relações privados. Tepedino defendeu, em uma aula inaugural na cidade do Rio de Janeiro em 1992, que era necessário “buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”. Com isso percebe-se que o espírito de que o eixo de tudo está na Constituição fincou no Direito Brasileiro.

Por fim, é válido citar o brilhante entendimento de Lôbo (apud TARTUCE, 2012, p.1.105) sobre o tema:

No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescrevem o que aquelas já prescreveram. O §6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.

Conclui-se, portanto que para essa corrente, o Código Civil não possui autonomia valorativa frente à Constituição, pois deve está axiologicamente em harmonia com a Lei Maior. Decorrendo tudo isso, da força normativa da Constituição, pois, como é sabido, ela possui poder de modificação da realidade.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 56) analisam a extinção do instituto da separação judicial sob três primas:

Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o *strepitus fori* – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.

Por outro lado, outro ponto deve ser aqui exposto que é a vontade do legislador. Como explicado anteriormente, esta Emenda teve a iniciativa de dois Deputados que justificaram, no projeto da Emenda Constitucional, a vontade de acabar com o processo da separação judicial e suas causas. Pois os anseios da sociedade brasileira estavam voltados para o fim do referido instituto que era usado cada vez menos, não sendo a melhor escolha, a interpretação literal §6º do artigo 226 da Constituição Federal.

Importante notar que o próprio cabeçalho da referida Emenda, embora de natureza exemplificativa, também é no sentido de que a separação judicial resta suprimida do ordenamento, senão vejamos:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010.

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

Assim, a corrente majoritária tem entendido pelo fim da separação judicial, ou seja, é possível dissolver o casamento civil diretamente pelo divórcio, sem qualquer espera de tempo; sem qualquer questionamento de culpa e sem qualquer inútil exposição processual dos casais em litigiosa dissolução. Raros são os que defendem a manutenção deste instituto, assunto que será demonstrado no próximo tópico.

3.3.2 A Separação Judicial não deixou de existir

Por outro lado é minoritária a corrente que defende a manutenção da Separação Judicial no ordenamento jurídico pátrio. Para os que defendem esse entendimento, como Luiz Felipe Brasil Santos, Adelino Augusto Pinheiro Pires, Sérgio Gischkow Pereira, Gilberto Schafer o advento da referida Emenda de nº66/2010 nada mudou, sendo assim tanto a dissolução da sociedade conjugal quanto do vínculo matrimonial ainda seriam regidos pelo Código Civil. Por não ser menos importante para o tema, merecem ser destacados os argumentos que esta corrente defende.

Rodrigues (2011, p.84) entende pela manutenção da separação:

Isso porque os efeitos decorrentes de um e de outros atos são distintos. Com efeito, a dissolução da sociedade conjugal, por ato de vontade dos cônjuges, pode decorrer de divórcio ou de separação. Em ambos os casos haverá a cessação do regime de bens e deverá haver a regulamentação relativa aos alimentos, ao uso do sobrenome do outro e à partilha de bens.

Completa a Rodrigues (2011, p.85):

Mais ainda, justificar a extinção da separação em uma leitura apressada no texto inovador do Poder Constituinte Derivado é dizer que o Estado está legitimado a direcionar a vida privada e impor o divórcio como única forma de dissolução da sociedade conjugal por ato deliberado. Caso contrário, aos cônjuges caberá a separação de fato (que não mais tem outra serventia a não ser gerar um estado marginal à lei dada a ausência de efeitos jurídicos a dita situação) como forma de obter o tempo que pode lhes ser necessário para a reflexão antes de uma decisão apressada após o primeiro confronto do difícil convívio matrimonial.

Para entendermos essa corrente, se faz necessário citarmos os principais argumentos da doutrina e da jurisprudência que a defende. O primeiro dos argumentos encontra respaldo no entendimento de que para a separação ter sido abolida, o legislador devirá tê-la retirado do Código Civil e também do Código de Processo Civil, conforme entende Pereira (2010, s.p): “O mais recomendável é que de imediato se altere o Código Civil, retirando dele, se for o caso, a separação judicial (e, do Código de Processo, a extrajudicial), eliminando os requisitos de prazo para divórcio e definindo se a discussão de culpa permanece ou não”. Ou seja, extinção de tal instituto poderia ter sido realizada pelo legislador apenas alterando as leis infraconstitucionais o que seria de maior valia, pois facilitaria a mudança.

O segundo ponto de argumentação seria pelo fato de que tal Emenda veio apenas desconstitucionalizar os requisitos do divórcio, sendo ela apenas de eficácia mediata, portanto dependente de regulamentação por norma infraconstitucional que seriam, por óbvio, o Código Civil e o Código de Processo Civil. Portanto, a simples mudança constitucional não revoga as normas infraconstitucionais.

Colaborando com esse entendimento, Schafer (2010, s.p.) aduz:

O nosso texto defende a concepção expressa de que o texto constitucional tem aplicabilidade mediata e apenas desconstitucionalizou a matéria. Para este ponto de vista, é fundamental levar em conta que a Constituição continua fazendo referência a um instituto de direito civil: o divórcio. Isso significa que não podemos compreender o texto constitucional sem recorrermos ao direito civil, ou seja, é em virtude do direito civil que sabemos o que é o divórcio, quais são suas modalidades e quais são seus requisitos. Além de regras de direito material, o instituto possui regras processuais próprias, inserindo-se no conceito de leis especiais que tem regulamentação de direito material adjetivo.

Há ainda um terceiro argumento, o qual se fundamenta na LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) em seu artigo 2º, §1º. O mencionado artigo dispõe que a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue e que lei posterior somente revoga a anterior quando expressamente declare ou seja com ela incompatível, ou ainda, ou regule inteiramente matéria que ela tratava. A Constituição Federal de 1988 através da nova redação do artigo 226, §6º, não tratou de nenhum dos requisitos citados anteriormente o que fortalece, para esta corrente, a ideia de que a separação ainda permanece. E mais, alguns doutrinadores entendem que, por o texto constitucional ter mantido a palavra “pode”, a separação judicial ainda persiste, podendo os consortes optar por esse caminho.

Diferente da corrente anteriormente mostrada, os defensores desse entendimento afastam a ideia de que a vontade do legislador deva prevalecer. Importante se faz aqui mostrar o que escreveu brilhantemente Pires (2010, s.p) sobre o tema:

Falar, então, em interpretar a norma constitucional segundo a vontade do legislador, mostra-se com mais razão um contrassenso. A norma constitucional diz o que quer dizer; quanto ao que não quer dizer, se cala ("*lex quod volet dixit; quod non volet tace!*").

Cogitar-se-ia, porventura, em atribuir alguma força jurídica à ementa da Emenda Constitucional n.º 66?

Jamais!

Ementas destinam-se apenas a fazer um comentário resumido sobre a norma, no mais das vezes classificando-a. Ainda que a ementa diga qual seria a finalidade da norma, não tem o condão de fazer a norma subsumir-se a ela.

Lamentavelmente, o constituinte derivado lavrou algo inútil, em sua seara legislativa. O instituto do divórcio, no direito brasileiro, continua sendo disciplinado pelo Código Civil em vigor, que em seu artigo 1.580, *caput* e § 2º, preceitua as três situações permissivas do divórcio: I- após decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial; II- após decorrido 1 (um) ano da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos; e III- no caso de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Quanto à jurisprudência, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é possível encontrar posições que corroboram com a tese neste capítulo exposta, como se pode observar as seguintes decisões pugnam pela manutenção da Separação Judicial:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL.

1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA.

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, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. 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). NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.

Por mais que essa corrente seja minoritária seus argumentos poderão ser levados em consideração, tendo em vista que não há ainda unanimidade sobre esta discussão. Portando mostrando-se possível que se ache o caminho para o divórcio, precedido por uma separação judicial ou de fato com os prazos devidamente respeitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho concluímos que o tema é importante para a sociedade na medida em que pretende explicar os institutos do casamento e do divórcio e suas implicações na vida familiar, bem como a Emenda Constitucional n.º 66 que foi uma inovação quanto a extinção de qualquer período de tempo de separação de fato para o divórcio.

Com o estudo do tema, verificou-se a grande importância do instituto do casamento na vida das pessoas e as grandes consequências que podem vir a ocorrer com a sua dissolução, gerando conflitos que atingem grandes proporções, principalmente por ser o casamento a base de uma família e, por conseguinte da sociedade.

Desde a antiguidade que o casamento é instituto que une as pessoas e que contribui para a formação familiar, e no decorrer dos anos, tornou-se uma prática comum o desquite e posteriormente a separação judicial que finalmente culminou com o divórcio, portanto é necessário estudar ambos os institutos como forma de união e dissolução da sociedade conjugal.

Na sociedade presenciamos diversas situações de casamentos, separação de fato, união estável, concubinato. Antes do advento da lei era necessário uma separação de dois anos de fato para que fosse buscar na via judicial o divórcio, assim uma lei que pretende agilizar o divórcio entre duas pessoas onde o convívio não é mais possível, é de fundamental importância para as relações sociais.

No mais, ainda pode-se ingressar via cartório sem qualquer período de tempo para o divórcio, desde que haja acordo quanto a divisão de bens e não haja filhos menores ou incapazes. Dessa maneira, não resta dúvida de que a lei traz efetividade para as relações familiares e acaba por desafogar a justiça com processos de divórcio que poderiam durar anos e desgaste emocional para as partes.

É importante que novos estudos sejam feitos para que não haja esgotamento do tema em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Vade Mecum*: Legislação Seleccionada para OAB e Concursos. Coordenação de Darlan Barroso e Marco Antônio Araújo Júnior. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação** – 11. ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v.5.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 3 ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** Comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v.5.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil. Família**. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. v.6 Revisada e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5.
- PETRONI, Ana Lúcia. **Dissolução do Vínculo Matrimonial** – (Des) necessidade da separação judicial ou de fato com requisito prévio para a obtenção do divórcio no direito brasileiro- Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.
- RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil: Família e Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2011- (Coleção de Direito Rideel).
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5.