

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Alessandra Salinet da Costa

O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E A
(NÃO) EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO COMO
FORMA DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.

Passo Fundo
2012

Alessandra Salinet da Costa

O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E A
(NÃO) EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO COMO
FORMA DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.

Monografia jurídica apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob
orientação da professora Me. Renata Holzbach
Tagliari.

Passo Fundo
2012

Aos meus pais, Eledir e Ivanildo,
pelo amor, pelo exemplo de vida e honestidade,
pelo apoio incondicional que sempre me deram e principalmente
por terem abdicado de muitas coisas pensando no futuro de seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela saúde, pelas oportunidades que me concedeu durante minha vida e por estar ao meu lado e de minha família em todos os momentos, me concedendo força nos mais difíceis.

Aos meus avós, João e Ceni, Ivo e Amélia, pelo exemplo de vida calcada em princípios que um dia transmitirei aos meus filhos.

Aos meus pais, Eledir e Ivanildo, obrigada por tudo, por me ensinarem os principais valores da vida, pelo amor, apoio, dedicação, carinho, compreensão, incentivo, por acreditarem sempre em mim. Espero poder retribuir todo o esforço creditado em mim durante toda minha vida, em especial, nos últimos cinco anos.

Ao meu irmão, Vinicius, pela compreensão, carinho e paciência.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo geral analisar se a Emenda Constitucional 66/2010 excluiu, ou não, o instituto da separação como forma de dissolução da sociedade conjugal e tem como objetivos específicos estudar a história, o conceito, a natureza jurídica, bem como demonstrar as diferenças entre as figuras jurídicas da separação e do divórcio, diferenciando regras e princípios. Ainda, far-se-á uma análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que surgiram com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, a qual suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, tendo como marco teórico os princípios da autonomia da vontade, igualdade e solidariedade familiar. O problema jurídico a ser estudado é se com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 o instituto da separação foi excluído do ordenamento jurídico como forma de dissolução da sociedade conjugal. Foi utilizado como método de procedimento, o histórico e como método de abordagem, o dialético e o hermenêutico. Diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, opta-se pela corrente que defende a permanência da separação como forma de dissolução da sociedade conjugal.

Palavras-chave: Casamento. Divórcio. Emenda Constitucional 66/2010. Separação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 CASAMENTO E DIVÓRCIO	08
1.1 Noções históricas.....	08
1.2 Conceito.....	14
1.3 Natureza jurídica do casamento.....	19
1.4 Diferenças entre a separação e o divórcio	21
2 PRINCÍPIOS	25
2.1 Diferenças entre regras e princípios	25
2.2 Autonomia da vontade.....	30
2.3 Igualdade	34
2.4 Solidariedade	38
3. CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010: BREVES CONSIDERAÇÕES	43
3.1 Posicionamentos doutrinários.....	43
3.2 Enfoque jurisprudencial.....	49
3.3 Tomada de posição: do pedido de divórcio x manutenção da figura da separação.....	56
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se permanece a separação como forma de dissolução do casamento após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, a qual suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, ao dar nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal.

É imprescindível a utilização do método histórico, porquanto busca explicações nos acontecimentos do passado e verifica as influências nas sociedades posteriores. Como método de abordagem foi utilizado o método dialético, porque consiste na discussão, no debate e é a maneira de interpretar, bem como, é o modo de pensar as contradições da realidade, neste caso as contradições acerca da alteração da redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal. Ainda, utiliza-se o método dialético posto o modo de compreender a realidade como contraditória e em transformação, bem como método de abordagem, o método hermenêutico, que consiste na interpretação.

Importante destacar que o direito a dissolução do casamento está diretamente relacionado com os princípios basilares do direito de família, como o princípio da igualdade e o princípio da solidariedade familiar e também está relacionado com o princípio da autonomia da vontade que é mais utilizado no campo do Direito contratual, todavia, aplica-se por analogia ao Direito de família e, em especial ao casamento, devido à natureza jurídica híbrida do mesmo. Este princípio nos remete à liberdade de escolha na forma de dissolução do casamento, desta forma, presente no estudo como marco teórico da pesquisa.

Deve-se destacar a importância social deste tema, sendo que com o passar do tempo, cresce o índice de dissolução do casamento, bem como, relevante destacar a maneira de pensar das pessoas que vai sendo alterada com o passar dos anos. Vale lembrar que antigamente a igreja católica tentava preservar o casamento, alegando que era sinônimo de família e este, deveria ser mantido a todo custo. Porém, hoje prevalece a família afetiva, portanto, se isso não está sendo possível as pessoas tem liberdade de dissolver o casamento.

A motivação pessoal é devido ao assunto versar sobre uma problemática que provoca dois posicionamentos, gerando discussões interessantes que fazem refletir sobre a possibilidade da dissolução do casamento ser de duas formas, quais sejam, a separação e o divórcio devido a

permanência da separação na Lei Infraconstitucional, para alguns doutrinadores, e apenas o divórcio para outros alegando que a Constituição Federal é nossa Lei Maior e, por consequência disso, prevalece sobre as disposições do Código Civil.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos, tratando, inicialmente da história, do conceito e da natureza jurídica do casamento e do divórcio, bem como, das diferenças entre a separação e o divórcio.

O conceito de casamento não é permanente, pois varia com o passar dos tempos, sendo entendido, basicamente, como um contrato entre o casal com a finalidade de construir uma família, onde ambos tem deveres e direitos iguais. Já o divórcio é uma forma de dissolução do casamento. Quanto à natureza jurídica do casamento, podemos adiantar que é um contrato porque decorre da natureza humana e é especial porque não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial.

O segundo capítulo desta pesquisa visa demonstrar a diferença entre princípios e regras, bem como, conceituar os princípios da autonomia da vontade, da igualdade e por fim, da solidariedade familiar. Impende destacar que o princípio da autonomia da vontade é mais utilizado no campo do Direito contratual, todavia, aplica-se por analogia ao Direito de família e, em especial ao casamento, devido à natureza jurídica híbrida do mesmo.

O terceiro capítulo deste trabalho tem por escopo, inicialmente, fazer uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da permanência, ou não, da separação como forma de dissolução do casamento após a alteração constitucional, para, ao final haver a tomada de posição sobre a discussão.

Dessa forma a presente pesquisa pretende responder o seguinte problema jurídico, se com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, a qual suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, permanece ou não a separação como forma de dissolução do casamento.

1. CASAMENTO E DIVÓRCIO

Este capítulo tem por escopo analisar a evolução histórica, o conceito, a natureza jurídica do casamento e do divórcio e, por fim, as diferenças entre divórcio e separação. Faz-se necessária esta análise, por dois motivos, para uma melhor compreensão do assunto e por se tratar de matérias de suma importância para a realização desta pesquisa.

O casamento e o divórcio são matérias de grande importância no âmbito do Direito de família, tanto é, que sofreram alterações significativas conforme o contexto histórico em que foram estudadas. Sendo assim, necessária a análise do casamento e do divórcio nos vários contextos históricos em que se inseriram para uma melhor compreensão da presente pesquisa.

1.1 Noções históricas

Inicialmente, os primitivos tinham como preocupação, a subsistência, em virtude disso o casal dividia as tarefas. Posteriormente, tendo em vista a família romana que era unida pela identidade de culto e se mantinha por muitas gerações, prevalecia, nesta época, a figura do *pater*, a figura do homem, que era o chefe de família, ele decidia tudo, enquanto as mulheres não tinham autoridade nenhuma, mesmo após a morte do marido, posto que eram subordinadas pelos filhos e na falta destes, pelos parentes próximos do marido. Tal como alude Silvio de Salvo Venosa:

As sociedades primitivas tinham como preocupação básica a satisfação das necessidades primárias. Com meios técnicos rudimentares para enfrentar os rigores da natureza, o problema central do homem primitivo era prover sua própria subsistência. O homem e a mulher dividiam as tarefas, por isso o indivíduo solteiro era uma calamidade para a sociedade desta época. Para os povos primitivos, o solteiro é uma raridade. [...] a família romana não era necessariamente unida pelo vínculo de sangue, mas pela identidade de culto. Era um grupo numeroso formado por um ramo principal e ramo secundário, este formado por serviçais e clientes que conservavam sua unidade baseada na religião comum. Essa união religiosa se mantinha ao largo de muitas gerações. Nem a morte

separava seus membros, pois cultuavam os mortos em sepulcros próximos aos lares, como parte integrante deles. O *pater* exercia a chefia da família como orientador maior do culto dos deuses Lares, acumulando as funções de sacerdote, legislador, juiz e proprietário. Dele era o *jus puniendi* com relação aos integrantes da família. A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era fixada pela linha masculina. Durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai; após o casamento, ao marido. O pai tinha o direito de lhe designar um tutor ou marido para após sua morte. A viúva subordinava-se aos filhos e, na ausência destes, aos parentes próximos do marido falecido. Nesse cenário, o matrimônio solene era o laço sagrado por excelência¹.

Ainda, segundo Silvio de Salvo Venosa, nessa mesma época, existia como forma de união a *confarreatio*, a *coemptio*, o *usus* e posteriormente o *sine manu*. A *confarreatio* era considerada uma cerimônia religiosa, a *coemptio* era um negócio jurídico formal, utilizado para os negócios, como por exemplo, pela compra e venda, uma espécie de venda da mulher por quem detinha o poder sobre ela. Já o *usus* considerava que, passado um ano de convivência a mulher se submetia ao poder do marido.

Essas três espécies de matrimônio eram consideradas *cum manum*, porquanto a mulher perdia a relação de parentesco com a família do pai e passava a se submeter, unicamente, a família do seu marido. Porém, com o passar do tempo o *usus* foi abolido e a *confarreatio* e a *coemptio* tornaram-se excepcionais.

Posteriormente, passa a ser usada a partir do período da República a forma de união chamada *sine manu* que desonera a mulher dos vínculos com a família do marido e não tem nenhuma exigência, como a convivência.²

No mesmo sentido são as palavras de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva:

Historicamente, o casamento começa a interessar em Roma, onde se achava perfeitamente organizado. Inicialmente, havia a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*. A primeira era o casamento da classe patricia, correspondendo ao casamento religioso. [...] A *coemptio* era o matrimônio da plebe, constituindo o casamento civil. [...] Finalmente, o *usus* era a aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de usucapião. [...] Às referidas formas contrapunha-se ainda o casamento celebrado *sine manu*, em que a mulher continuava a pertencer ao lar paterno. Chegou-se, por fim, ao matrimônio livre, em que apenas se requeriam capacidade dos contraentes,

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

² *Ibidem*, p. 23-24.

consentimento destes e ausência de impedimentos. Tal a situação, quando a Igreja começou a reivindicar seus direitos sobre a instituição matrimonial³.

Noutra época, existiu um período em que a Igreja Católica foi titular dos direitos matrimoniais, onde os princípios canônicos regiam os casamentos. Com o decorrer do tempo chegaram os imigrantes, e estes, traziam consigo novas crenças. Então, a partir da Lei nº 1.114, passa-se a ter três tipos de ato nupcial, o católico, o misto e o acatólico, tal como descreve Maria Helena Diniz:

Aqui no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia. Com a imigração, novas crenças foram introduzidas em nosso país. Assim, em 19 de julho de 1858, Diogo Vasconcelos, Ministro da Justiça, apresentou um projeto de lei, com o objetivo de estabelecer que os casamentos entre pessoas não católicas fossem realizados de conformidade com as prescrições de sua respectiva religião. Esse projeto, em 1861, transformou-se na Lei n. 1.114, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, dando um grande impulso à instituição do casamento civil. Praticavam-se, então, três tipos de ato nupcial: o *católico*, celebrado segundo normas do Concílio de Trento, de 1563 e das Constituições do Arcebispado baiano; o *misto*, entre católico e acatólico, sob a égide do direito canônico; e o *acatólico*, que unia pessoas de seitas dissidentes, de conformidade com os preceitos das respectivas crenças. [...] Com o advento da República, o poder temporal foi separado do poder espiritual, e o casamento veio a perder seu caráter confessional; com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país, no seu art. 108, não mais era atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso⁴.

Em uma análise as Constituições brasileiras, depreende-se que a Constituição de 1891 somente reconhecia o casamento civil. Já a Constituição de 1934 possibilitou que se atribuísse efeitos civis ao casamento religioso, desde que observada a lei. No entanto, a Constituição de 1946, condicionou o disposto anteriormente à observância dos impedimentos e das prescrições da lei, desde que registrado o ato e requerido por alguém interessado. Posteriormente, a Constituição de 1967 manteve o casamento religioso com efeitos civis, na mesma linha seguiu a Constituição de 1988. Por fim, quebrou-se a indissolubilidade do casamento, tal como ensina Maria Helena Diniz:

³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, no seu art. 72, § 4º, estatuiu: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”, constituindo o religioso apenas um interesse da consciência individual de cada um. Deu-se, então, a generalização do casamento civil, celebrado paralelamente ao religioso, hábito social que perdura até hoje. 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. Considerando desaconselháveis as duplas núpcias, a Constituição de 34, em seu art. 146, possibilitou que se atribuisse ao casamento religiosos efeitos civis desde que observadas as prescrições legais. [...] A Constituição de 46, no art. 163, § 1º, com a redemocratização do país, manteve a concessão anterior, condicionando-a à observância dos impedimentos e às prescrições da lei, se assim o requeresse o celebrante ou qualquer interessado, com inscrição do ato no Registro Público. Em seguida, a Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950, regulamentou por completo o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, quando os nubentes requeressem sua inscrição no Registro após sua realização. [...] A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n. 1/69, no art. 175, §§ 2º e 3º, manteve o casamento religioso com efeitos civis, e pela Emenda Constitucional n. 9/77 quebrou a indissolubilidade do matrimônio (art. 175, § 1º), prevendo sua dissolução nos casos expressos em lei. A Constituição de 1988, no art. 226, § 1º, estatui que o casamento é civil e gratuita a celebração, acrescentando, no § 2º, que o religioso tem efeito civil, nos termos da lei. [...] Apesar disso o povo brasileiro insiste em continuar com os dois casamentos – civil e religioso – sendo raros, embora crescentes, os casos em que usa o matrimônio religioso nos dois efeitos: eclesiástico e civil⁵.

Houve uma época em que a única forma de constituir uma família era com o casamento, sendo este, indissolúvel. Admitia-se o desquite, porém a constituição de novo casamento era proibida. Com o passar do tempo o desquite transformou-se em separação, surgindo então a separação e o divórcio como formas de dissolver o casamento, porém, eram exigidos requisitos, tais como, determinado lapso temporal ou que fosse identificado o culpado, porquanto não poderia este ajuizar a ação e também sofrer as penalidades por ter ensejado causa ao fim do matrimônio. Mas o contexto mudou e a Constituição Federal Brasileira de 1988 mudou o conceito de família, deixando de ser constituída apenas pelo casamento, conforme preceitua Maria Berenice Dias:

Quando da edição do Código Civil de 1916, era de tal ordem a sacralização da família, que havia um único modo de constituir-se: pelo casamento. [...] Somente era reconhecida a família unida pelos *sagrados* laços do matrimônio. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir relacionamentos outros era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento. Mesmo com o advento da lei do divórcio, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em separação,

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52-53.

passando a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos prazos, ou a identificação de um culpado pela separação, o qual não podia intentar a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam o culpado pela separação. Também se sujeitava a tais penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação de responsabilidades. Mas nova realidade se impôs, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo perfil da sociedade, que a Constituição de 1988 alargou o conceito de família para além do casamento. Passou a considerar como entidade familiar relacionamentos outros. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais – formados por um dos pais com seus filhos – como à união estável – relação de um homem e uma mulher não sacralizada pelo matrimônio (CF 226, § 3º). Com isso, deixou de ser o casamento o único marco a identificar a existência de uma família. [...] Assim, no atual estágio da sociedade, soa bastante conservadora a legislação que, em sede de direito das famílias, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente o casamento, como se fosse o destino de todos os cidadãos⁶.

Outrossim, no tocante a história do divórcio, impende destacar a batalha com a Igreja, a qual era contrária ao divórcio. Várias tentativas restaram inexitosas, porquanto esbarravam na oposição da Igreja. Para que essa forma de dissolução do vínculo matrimonial fosse aceita foram feitas algumas concessões aos antídorcionistas, tais como, que só poderia realizar o divórcio uma única vez, porém este dispositivo restou revogado e o divórcio acabou sendo aceito pela sociedade brasileira.

Nesse sentido são as palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

A história do divórcio no Brasil traduz uma árdua e calorosa batalha legislativa e social, decorrente de longa e histórica tradição antidivorcionista, sustentada basicamente pela Igreja, que erige o casamento em sacramento. As várias tentativas de admissão do divórcio no Brasil sempre esbarravam na oposição da Igreja Católica e especificamente no fato de a indissolubilidade do matrimônio pertencer à ordem constitucional, dificultando sua emenda. [...] O divórcio veio para nosso ordenamento quando a sociedade e a opinião pública em geral estavam plenamente preparadas para sua introdução. Para que o instituto do divórcio fosse admitido, várias concessões foram feitas aos antídorcionistas, como, por exemplo, a polêmica regra do art. 38 da Lei nº 6.515/77, segundo a qual o divórcio poderia ser formulado uma única vez, dispositivo revogado pela Lei nº 7.841/89. [...] Na época da promulgação da Emenda nº 9, de 28-6-77, e da Lei nº 6.515/77, que a regulamentou, acreditava-se que uma pletera de casos de divórcio abarrotaria nossas cortes. Nada disso aconteceu. Como em outros países, o divórcio foi absorvido de forma tranquila pela sociedade brasileira. Nada se alterou, salvo a regularização de milhares de uniões de desquitados tidas como concubinárias na época, de forma paulatina, sem a caudal esperada⁷.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 146-147.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 205-206.

Inicialmente, existiu o divórcio canônico, que resultava apenas na separação de corpos. Após, o Código Civil de 1916 trouxe a figura do desquite, porém, não rompendo com o vínculo matrimonial, conseqüentemente, impedindo o novo casamento. Posteriormente, com o advento da Emenda 9/77, veio o divórcio vincular, que possibilitava novo casamento e permitia a dissolução do vínculo matrimonial suprimindo o princípio da indissolubilidade do matrimônio.

Já a Lei 6.515/77 exigia um lapso temporal de separação de três anos para que fosse possível o divórcio. A Constituição Federal, diminuiu este prazo para dois anos de separação de fato e um ano nos casos previstos em lei, como no caso do divórcio conversão. Criou o divórcio direto desde que existissem elementos comprobatórios da separação de fato por mais de dois anos.

Nesse sentido são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

O decreto n. 181, de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, previa o divórcio *a thoro et mensa* (divórcio canônico), que acarretava somente a *separação de corpus*, mas não rompia o vínculo matrimonial. O Código Civil de 1916 previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, sem também o rompimento do aludido vínculo. O divórcio vincular, que dissolve o vínculo e permite novo casamento, somente passou a ser aplicado no Brasil com a aprovação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição de 1969, suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, e após a sua regulamentação pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. O referido § 1º passou a ter a seguinte redação: “§ 1º *O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos*”. A Constituição de 1988 tratou do assunto no § 6º do art. 226, do seguinte teor: “§ 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*”. Reduziu-se, assim, o prazo da separação judicial para um ano, no divórcio-conversão, criando-se uma modalidade permanente e ordinária de divórcio direto, desde que comprovada a separação judicial passou a ser facultativa, uma vez que os cônjuges poderiam optar pelo divórcio direto, comprovando a separação de fato por mais de dois anos. A separação judicial tinha, pois, a finalidade de ser convertida em divórcio, após um ano da separação judicial, e de permitir a reconciliação do casal, antes da sua conversão em divórcio⁸.

Assim, toda a evolução ocorrida na sociedade com o decorrer dos tempos, conforme se observa, conduziram a relevantes alterações no Direito de família, no tocante a constituição do casamento e sua dissolução, como se estudará, mais adiante, na presente pesquisa.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 203-204.

1.2 Conceito

O casamento possui várias definições, porquanto se modifica conforme as divagações históricas, políticas e sociológicas. Logo, o conceito de casamento não é permanente, pois, varia conforme a época. É considerado um negócio jurídico formal, sua importância inicia nas formalidades anteriores a celebração, passando pela conclusão que é um ato material até os efeitos que, por conseguinte, deságuam entre os cônjuges, os deveres recíprocos atinentes aos filhos.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

Inúmeras são as definições de casamento, instituto que permite divagações históricas, políticas e sociológicas. [...] Evidentemente, a conceituação de casamento não pode ser imutável. No passado, por exemplo, quando inexistente o divórcio entre nós, cabível nas definições a referência à indissolubilidade do vínculo. Destarte, a noção de casamento não pode ser imutável, como sói acontecer com a compreensão de todos os fenômenos sociais que se modificam no tempo e no espaço. O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc⁹.

Depreende-se do Direito Romano duas definições clássicas, a de Modestino e a de Justiniano. Para ambos o casamento era indissolúvel. Porém, as épocas mudaram e o conceito de casamento se modificou com o decorrer do tempo. Portanto, casamento passa a ser um vínculo entre os cônjuges que se unem espiritualmente e materialmente com a finalidade de dar existência a uma família. Essas são as palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

Inúmeras são as definições de casamento. Do Direito Romano decorrem duas definições clássicas, a de Modestino (*As núpcias são a união do marido e da mulher em consórcio para toda vida pelo direito humano e pelo direito divino* – Digesto, 23, II, fr. I) e a de Justiniano (*As núpcias ou o matrimônio são a união do homem e da mulher, a qual (união) mantém um hábito indivisível de vida*). [...] Casamento é o vínculo entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24-25.

família. Estes são os elementos básicos, fundamentais e lapidares do casamento. [...] Qualquer definição que resgatar o vínculo jurídico entre homem e mulher com vistas a uma plena comunidade de vida, é válida e sustentável¹⁰.

Para Washington de Barros Monteiro, o casamento tem por finalidade a união de esforços da mulher e do homem para reprodução e a criação dos filhos. Diversamente, entende Regina Beatriz Tavares da Silva que não pode ser assim, porquanto, alguns casais optam por não terem filhos, então, define o casamento como sendo a união de dois seres humanos, baseada no afeto, onde ambos possuem direitos e deveres materiais, pessoais e recíprocos. Nesse sentido:

O professor Washington de Barros Monteiro conceituou o casamento como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos. Pondere-se, no entanto, que a reprodução não pode, atualmente, ser havida como finalidade do casamento, em razão da opção, não mais incomum, dos casais de não terem filhos. A ajuda mútua, esta sim, sempre foi e será não só finalidade, mas também efeito jurídico do casamento. Por isso, a coautora Regina Beatriz Tavares da Silva conceitua o casamento como a comunhão de vidas entre dois seres humanos, que tem em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais¹¹.

O casamento tem várias finalidades, entre elas a prestação do auxílio mútuo, a educação da prole, o estabelecimento de deveres, a legalização das relações sexuais. Assim são as palavras de Maria Helena Diniz:

Assim dentre os *fins* do matrimônio temos: a) *A instituição da família matrimonial*, [...] b) *A procriação dos filhos*, [...] c) *A legalização das relações sexuais* entre os conjuges, [...] d) *A prestação do auxílio mútuo*, [...] e) *O estabelecimento de deveres* patrimoniais ou não entre os cônjuges, [...] f) *A educação da prole*, [...] g) *A atribuição do nome* ao cônjuge (CC, art. 1.565, § 1º) e aos filhos; a *reparação de erros do passado* recente ou não; a *regularização de relações econômicas*; a *legalização de estados de fato*¹².

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. São Paulo: RT, 2005. v. 5. p. 47-48.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38-40.

O Código Civil brasileiro traz, em seu artigo 1.511¹³, no livro especial, destinado para o Direito de família, um conceito de casamento. Tal como perfilha Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

Do dispositivo inaugural do Livro Especial destinado ao Direito de Família, art. 1.511 do Código Civil, extrai-se uma conceituação do casamento pelo efeito que se lhe reconhece: o de “estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Claramente, pois, o legislador define o que seja casamento e quais são, intrinsecamente, seus pressupostos de existência e de validade¹⁴.

Importante destacar que o Código Civil Português, também conceitua o casamento em seu artigo 1.577, aludindo que o casamento é um contrato entre um homem e uma mulher com a finalidade de construir uma família. O casamento é uma instituição social que muda conforme as pessoas que vivem em determinada época. Destaca Carlos Roberto Gonçalves:

O casamento, como todas as instituições sociais, varia com o tempo e os povos. [...] Elogiável, também, o conceito de casamento encontrado no art. 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”¹⁵.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e considerando a tradição, o matrimônio é a entidade familiar mais importante. Também é conceituada como sendo um ato jurídico negocial, público, complexo e solene, onde um homem e uma mulher por vontade própria constroem uma família e o Estado a reconhece. Tal como observa Paulo Lôbo:

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. [...] No direito brasileiro atual, após a Constituição de 1988, como vimos no capítulo anterior, o casamento – ou o matrimônio – é uma das entidades

¹³ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 10.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 37-40.

familiares, certamente a mais importante, tendo em vista a longa tradição de sua exclusividade¹⁶.

O casamento é um contrato especial de direito de família, pelo qual os cônjuges constituem uma família onde ambos têm direitos e deveres recíprocos, com a finalidade de realizarem seus planos de vida. Essas são as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Assim, fixada a sua natureza jurídica, podemos então, com maior segurança, definir o casamento como sendo *um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida*¹⁷.

No tocante a conceituação do divórcio, este pode ser realizado por sentença judicial ou por escritura pública. Tal como alude Maria Helena Diniz “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV e § 1º)¹⁸, que se opera mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”¹⁹.

Nesse sentido Paulo Lôbo, acrescenta que o divórcio é um meio voluntário para finalizar com o casamento²⁰. Ainda no mesmo sentido, ensina Maria Berenice Dias, ao dizer que o divórcio, dissolve o matrimônio e está previsto no Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.571:

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 116-117.

¹⁸ Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;
 II - pela nulidade ou anulação do casamento;
 III - pela separação judicial;
 IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336.

²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149.

O divórcio dissolve o vínculo do casamento (CC 1.571 § 1º). [...] O divórcio está acanhadamente regulado no Código Civil. Afirma a lei que o divórcio é uma das causas do **término da sociedade conjugal** (CC 1.571, IV), além de ter o condão de **dissolver o casamento** (CC 1.571, § 1.º)²¹. (Grifo do autor)

Neste mesmo viés, fundamentado com o dispositivo previsto no Código Civil brasileiro, são as palavras de Carlos Roberto Gonçalves “O novo Código Civil limita-se a proclamar que o divórcio é uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal, tendo o condão de dissolver o casamento válido (art. 1.571, IV e § 1º)”²².

Considerando a lei vigente o divórcio é uma forma voluntária de acabar com o casamento, basta a vontade do casal ou de apenas um dos cônjuges. O divórcio é considerado pela doutrina como uma medida dissolutória do casamento e, por conseguinte, ocorre a extinção dos deveres conjugais. Importante destacar que a extinção do vínculo matrimonial através do divórcio possibilita a constituição de novo casamento. Assim perfilha Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, a extinção de deveres conjugais. Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, apta a permitir, por consequência, a constituição de novos vínculos matrimoniais²³.

Depreende-se, portanto, que o conceito de casamento sofre modificações ao longo dos tempos, já o divórcio, é uma forma de dissolução do casamento, não cabendo maiores discussões. Outrossim, para dar continuidade a pesquisa, mister seja analisado a natureza jurídica do casamento.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 321-322.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 282.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 518.

1.3 Natureza jurídica do casamento

Considerando as várias opiniões doutrinárias no tocante a natureza jurídica do casamento, este subtítulo tem por objetivo apresentar o maior número de concepções doutrinárias acerca deste assunto que é de suma importância para esta pesquisa.

Três são as teorias explicativas quanto a natureza jurídica do casamento: a teoria clássica ou contratual, que defende que o casamento é um contrato celebrado entre os cônjuges observada a lei. A teoria institucional, que alude ser o casamento uma instituição natural humana, através da qual os objetivos podem ser alcançados, também observado a lei. E, por fim, a teoria mista ou eclética, que une as anteriores afirmando que o casamento é um negócio jurídico em sua celebração e é uma instituição em relação aos seus efeitos. Assim perfilha Roberto Senise Lisboa:

Há controvérsias sobre a natureza jurídica do casamento. [...] O casamento é ordinariamente explicado como sendo um contrato, uma instituição ou um instituto jurídico de natureza híbrida. São teorias explicativas do casamento: a) a *teoria clássica ou contratual*, defendida entre nós por Pontes de Miranda, Eduardo Espínola e Silvio Rodrigues, segundo a qual o casamento é um contrato celebrado entre sujeitos de direito de sexos diferentes, para a comunhão de seus bens e a satisfação dos seus interesses, conforme eles deliberarem, porém sempre em observância à lei. [...] b) A *teoria institucional*, segundo a qual o casamento é uma instituição natural humana, por meio da qual os objetivos intrínsecos à personalidade dos cônjuges de sexos diferentes podem ser atingidos, observada a lei. [...] c) A *teoria mista ou eclética*, segundo a qual o casamento é um negócio jurídico no momento da sua celebração, porém uma instituição quanto aos seus efeitos. É o que sustenta Maria Helena Diniz. [...] Trata-se o casamento, destarte, de um negócio jurídico que versa tanto sobre aspectos patrimoniais como extrapatrimoniais, que refletem sobre os cônjuges e seus parentes, somente podendo ser desfeito por morte e nas demais causas previstas na legislação em vigor²⁴.

Considerando o casamento como o pilar da constituição de uma sociedade civilizada e como a mais importante transação humana, Maria Helena Diniz, diante da polêmica que existe em razão da natureza jurídica do casamento ser contrato ou instituição, filia-se a corrente que considera o matrimônio uma instituição social, conforme depreende-se a seguir:

²⁴ LISBOA. Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de família e sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. p. 67-69.

Bastante polêmica é a questão da natureza jurídica do casamento: contrato ou instituição? [...] Por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, que o considera como uma *instituição social*²⁵.

Diante das várias opiniões doutrinárias em relação à natureza jurídica do casamento, Sílvio de Salvo Venosa, em uma síntese das doutrinas, afirma que o casamento-ato é um negócio jurídico e o casamento-estado é uma instituição. “A natureza jurídica do casamento é dos temas nos quais medram tradicionalmente muitas opiniões doutrinárias. [...] Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”²⁶.

Washington de Barros Monteiro²⁷ defendia a natureza institucional do casamento, porquanto considerá-lo contrato seria compará-lo com uma venda ou a uma sociedade, ainda, o contrato é um acordo de vontades, enquanto no casamento não basta a vontade tem que ter a intervenção da autoridade civil para sancionar e homologar este acordo, manifestado pelos nubentes.

Diante das várias discussões no que tange a natureza jurídica do casamento, dentre eles está o questionamento se o casamento é um instituto de direito público ou de direito privado e ainda, as divergências doutrinárias são tantas que surgiram três correntes.

Primeiro a doutrina individualista, que entende ser o casamento um contrato, a segunda é a doutrina institucional que destaca o conjunto de normas imperativas que os nubentes aderem e por fim, a terceira corrente, a eclética, que diz ser o casamento um ato complexo, sendo ele um contrato na sua formação e uma instituição no seu conteúdo. O casamento decorre de um acordo de vontades e é um negócio de direito de família, porquanto não são suficientes os pressupostos dos contratos de direito privado para explicar a sua natureza jurídica. Essas são as palavras de Maria Berenice Dias:

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40-42.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25-26.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2**: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

Muito se discute ainda sobre a natureza jurídica do casamento. O primeiro questionamento que surge é se o casamento – considerado o ato mais solene do direito brasileiro – é um instituto de **direito público** ou de **direito privado**. Mas as dúvidas não terminam aí. As divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejaram o surgimento de **três correntes**: (a) a doutrina **individualista**, influenciada pelo direito canônico, vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente **institucional**, destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e a terceira corrente doutrinária chamada (c) **eclética**, vê o casamento como ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo. [...] Os pressupostos dos contratos de direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo direito das famílias. Assim, talvez, a ideia de **negócio de direito de família** seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Ainda que o casamento não faça surgir apenas direitos e obrigações de caráter patrimonial ou econômico, não se pode negar que decorre de um acordo de vontades²⁸. (Grifo do autor)

Entendemos que é um contrato porque decorre da natureza humana e é especial, pois não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial. Feita esta análise, importante agora, analisar as diferenças entre as formas de dissolução do matrimônio, a separação e o divórcio, no intuito de dar continuidade a presente pesquisa.

1.4 Diferenças entre a separação e o divórcio

Impende destacar na presente pesquisa as diferenças entre a separação e o divórcio, que são formas de dissolução da sociedade e do vínculo matrimonial, porquanto é de suma importância essa diferenciação.

Uma das diferenças entre a separação e o divórcio é a possibilidade de casar-se novamente, o que ocorre apenas com os casais que optam pelo divórcio. Outra diferença entre as formas de dissolução do vínculo matrimonial, separação e divórcio, é o estado civil em caso de morte de um dos cônjuges, porquanto os separados são considerados viúvos e os divorciados continuam sendo divorciados.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 150-151.

Ocorrendo a morte de um depois da separação, o sobrevivente assume a condição de viúvo. Essa conclusão tem justificativa lógica: advindo a morte de um do par, não há a possibilidade de decretação do divórcio. Desse modo, é necessário reconhecer que a morte libera o separado para novo casamento. O mesmo não acontece quando ocorre o falecimento de um dos cônjuges depois do divórcio. Os divorciados continuam sendo assim identificados mesmo depois da morte do ex-cônjuge, porquanto o casamento já estava dissolvido. [...] Como persiste íntegra a sociedade conjugal de quem está separado judicialmente, nada impede a reconciliação, com o retorno ao estado de casado. Desimporta se a separação foi judicial ou administrativa, consensual ou litigiosa. O casal mantém o direito de buscar, a qualquer tempo, o restabelecimento do casamento (CC 1.577)²⁹.

Cabe ressaltar ainda, que dissolvida a sociedade conjugal pela separação existe a possibilidade de reconciliação por simples petição, o que não ocorre em caso de divórcio, onde os cônjuges deverão fazer novo processo de habilitação. Nesse sentido perfilha Rodrigo da Cunha Pereira:

A diferença essencial é que não se pode casar quem apenas se separou judicialmente, enquanto com o divórcio é possível casar novamente. [...] Há outras pequenas diferenças: se o cônjuge separado judicialmente morre, o estado civil do sobrevivente é viúvo, ao passo que o divorciado continua sendo divorciado; [...] se os divorciados pretendem reatar o casamento, terão que fazer novo processo de habilitação, como se estivessem casando pela primeira vez, enquanto os separados judicialmente podem voltar ao estado civil anterior por meio de uma simples petição ao juiz, conforme dispunha o artigo 1.577 do CCB/2002³⁰.

O pedido de reconciliação é um requerimento, que será reduzido à termo e assinado pelo casal e posteriormente será homologado por sentença. Com a reconciliação tudo voltará a ser como era antes da separação, no entanto, poderão alterar o regime de bens, mediante autorização judicial. Diferentemente ocorre com os casais que se divorciam, porquanto não existe a possibilidade de reconciliação, posto que deverão se casar novamente, logo, poderão escolher um novo regime de bens. Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

O requerimento deve ser formulado por ambos os cônjuges, perante o juízo competente, que é o da separação judicial, sendo reduzido a termo assinado pelos cônjuges e homologado por sentença, depois da manifestação do Ministério Público. Não se exige o

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 321-642.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio, o direito intertemporal. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 17, ago./set. 2010. p. 6.

comparecimento pessoal das partes perante o juízo. Com a reconciliação, os cônjuges voltarão a usar o nome que usavam antes da dissolução da sociedade conjugal. O regime de bens também será o mesmo, porque o restabelecimento far-se-á nos exatos termos em que a sociedade fora constituída. Se, porém, o casal se divorciou, poderá unir-se novamente com outro regime de bens, mas não pelo restabelecimento da sociedade conjugal, e sim mediante novo casamento. É possível, todavia, em caso de separação judicial, a alteração do regime de bens por ocasião da reconciliação, mediante autorização judicial, se houver “pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros” (CC, art. 1.639, § 2º). Preceitua o art. 101 da Lei dos Registros Públicos, aludida no item anterior, que o ato de restabelecimento de sociedade conjugal será também averbado no Registro Civil³¹.

No mesmo sentido, quanto aos efeitos da separação e do divórcio, perfilha Eduardo de Oliveira Leite:

Os efeitos da separação judicial atingem tanto a pessoa dos cônjuges quanto o seu patrimônio, por isso fala-se em efeitos pessoais e efeitos patrimoniais: Efeitos pessoais: a) Põe termo aos deveres recíprocos do casamento; b) Impede a mulher de continuar a usar o nome do marido (regra geral); c) Impossibilita a realização de novas núpcias; d) Autoriza a conversão em divórcio, cumprido o prazo de um ano de vigência da separação. Efeitos patrimoniais: a) Põe fim ao regime matrimonial de bens; b) Substitui o dever de sustento pela obrigação alimentar; c) Extingue o direito sucessório entre os cônjuges; d) Pode dar origem à indenização por perdas e danos se ocorrerem prejuízos morais ou patrimoniais. A sentença do divórcio produz os seguintes efeitos: a) Dissolve definitivamente o vínculo matrimonial; b) Põe fim aos deveres conjugais; c) Extingue o regime matrimonial; d) Faz cessar o direito sucessório; e) Não admite reconciliação entre os cônjuges; f) Possibilita novo casamento aos divorciados; g) Mantém inalterados os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos³².

Os cônjuges separados podem alterar o regime de bens, ao passo que os divorciados para escolherem o regime de bens deverão ter feito a partilha, caso contrário, o regime será o da separação de bens. Assim alude Maria Berenice Dias:

A manutenção do instituto da separação por mais de 30 anos teve como única “vantagem” a possibilidade de o casal revertê-la, caso houvesse a reconciliação. Como a separação não terminava de todo com o vínculo matrimonial, era assegurado o direito de os cônjuges volverem ao casamento, sem precisarem casar novamente. Nada mais do que a

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 279-280.

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. São Paulo: RT, 2005. v. 5. p. 149-150.

consagração do que se pode chamar de “cláusula de arrependimento”. Esse benefício da separação, porém, era deveras insignificante, até porque raras são as reversões de que se tem notícia. [...] Conquanto o casamento se restaure nos mesmos termos em que foi constituído, nada impede que aproveitem os cônjuges o procedimento da reversão para pleitear **alteração do regime de bens**, bastando o atendimento aos requisitos legais (CC 1.639, § 2º). Tendo o casal se divorciado, havendo arrependimento, eles precisam **casar novamente**, o que, além de mais prático e mais barato – já que o casamento é gratuito -, também é mais romântico (CF 226, § 1º). Porém, para terem a liberdade de escolha do regime de bens é necessário que tenham procedido à partilha. Caso não tenha sido levada a efeito a divisão do patrimônio do primeiro casamento, o regime matrimonial será obrigatoriamente o da separação de bens (CC 1.641 I e 1.523)³³. (Grifo do autor)

Portanto, considerando a análise acima exposta, depreende-se que são várias as peculiaridades do divórcio e da separação. Feita esta análise, no tocante as diferenças da separação e do divórcio, mister seja estudado alguns princípios que regem o Direito de família, no intuito de dar continuidade a presente pesquisa que trata de um assunto de suma importância. Esta análise acerca dos princípios será feita no capítulo a seguir.

³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos tribunais, 8 ed. rev. e atual., 2011. p. 306-307.

2. PRINCÍPIOS

O segundo capítulo tem por objetivo analisar as diferenças entre princípios e regras e conceituar os princípios da autonomia da vontade, da igualdade e, por fim, da solidariedade. Faz-se necessário este estudo para uma melhor compreensão do assunto e por se tratar de matérias de fundamental importância para esta pesquisa.

Todavia, antes de analisar a conceituação dos princípios da autonomia da vontade, da igualdade e da solidariedade, necessário diferenciar regras e princípios para uma melhor compreensão da aplicabilidade destes na esfera do Direito de família.

2.1 Diferenças entre regras e princípios

Os princípios, sejam expressos, dispersos ou implícitos possuem uma dimensão ética e política. Dessa forma, exigem um esforço bem maior do que a aplicação das regras, porquanto são abstratos, e, por conseguinte, aplicados a vários casos concretos. Assim são os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira ao aludir que “Portadores de dimensão ética e política, os princípios – sejam expressos, sejam dispersos, sejam implícitos – exigem um esforço muito maior do que a mera aplicação das regras, visto que, por serem abstratos, aplicam-se a uma gama de hipóteses concretas”³⁴.

Diante das várias distinções entre princípios e regras temos as diferenças, quanto ao campo de atuação e quanto à natureza da orientação que oferecem. Em relação à primeira, os princípios estão presentes em todas as esferas, tanto criminal como cível, estão em todas as jurisdições. Já as regras, regulam determinado fato, podem até serem usadas em outros campos, mas através da analogia.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. v. 5. p. 54.

Nesse sentido Cassiano Garcia Rodrigues:

Há várias distinções doutrinárias visando a distinção das regras e dos princípios. Dentre elas: I - campo de atuação; II - quanto à natureza da orientação que oferecem. **Quanto ao campo de atuação.** As regras regulam determinado fato ou determinada situação jurídica. Podemos dizer que a regra é “o tiro certo”. O legislador enxergando o fato legisla regulamentado aquele fato. Podemos dizer que quando um determinado fato “borbulha” na sociedade, a atividade do legislador tem que ser colocada em prática. O campo de incidência da regra está prefixado, de forma que pode até ser utilizada noutro campo, mas através do sistema da analogia (que pressupõe a inexistência de lei específica para aquele caso a ser aplicado). A problemática das regras visarem o “tiro certo” é que, por vezes, a sociedade evoluirá e o Direito que deriva dos fatos da sociedade não acompanhará referida evolução, de forma que tenhamos leis ineficazes ou que não abarquem determinada situação. Assim, nos dias atuais tem ganhado relevância no plano do direito material (regras de conduta) as regras com conceito indeterminado ou com cláusulas indeterminadas, já que fundadas na equidade e na análise do caso concreto. Afora isto, para as leis antigas e desatualizadas, somente caberá à jurisprudência adequá-la através da hermenêutica para a situação fenomênica da atualidade. Já o princípio seria o “tiro no escuro”. O princípio tem um campo de abrangência amplíssimo de forma que, por vezes, um entra em rota de colisão com o outro e, é esta colisão que nos interessa para o texto. Aqui, não podemos dizer, como regra, que um determinado princípio pertença ao âmbito criminal ou cível. Ele está no sistema jurídico e em todas as jurisdições. Justamente porque os princípios são, por assim dizer, um sistema aberto, já que tem alto de abstração e tenta por regular todos os aspectos da vida social e imagináveis, não temos dúvidas que esta abstração coloca, não raramente, os princípios em rota de colisão³⁵. (Grifo do autor)

Em relação à natureza da orientação que oferecem, quando ocorrer a colisão entre os princípios haverá a ponderação, ou seja, será escolhido o que melhor se aplica para aquele caso concreto, e os demais não serão excluídos. Já com as regras é diferente porquanto, uma será excluída, se resolvendo, assim, pela dimensão de validade. Assim preceitua Cassiano Garcia Rodrigues:

Quanto à natureza da orientação que oferecem ou “critério do conflito normativo”. As regras não admitem meio termo. Para elas ocorre aquilo denominado pela doutrina de “tudo ou nada”. Significa dizer que ela é válida ou não. Quando conflitantes, um exclui o outro. Eles não convivem entre si e não se toleram. O conflito entre regras se resolve pela dimensão de validade. Diferentemente do que ocorre para o princípio, porque, quando dois ou mais princípios colidirem não haverá exclusão de um deles, mas sim, haverá a ponderação de forma que todos continuarão no sistema jurídico, no entanto, diante do maior peso de um deles, prevalecerá sobre os demais, de forma a ser aplicado

³⁵ RODRIGUES, Cassiano Garcia. **Regras e Princípios.** Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/webfiles/producao/GP/artigos/20090211134929.pdf>> Acesso em 25 julho 2012.

para aquele determinado caso concreto. A colisão entre princípios se resolve pela dimensão de peso. É um critério de escolha³⁶. (Grifo do autor)

As regras tendo sido satisfeitas, ou não, deve ser feito o que ela dispõe, pois contém determinações daquilo que é fático e juridicamente possível. Já os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, pois a medida de sua satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa forma, verifica-se que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, conforme ensina Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio³⁷.

A diferença entre regras e princípios é complexa, porquanto não é, completamente, esclarecedora. No entanto, impende destacar que os princípios são compatíveis com vários graus de concretização, de acordo com os condicionalismos fáticos e jurídicos. Em caso de conflito, os princípios coexistem, ou seja, permitem o balanceamento de interesses e valores, levando em conta o seu peso e sua ponderação para aquele caso concreto.

Enquanto as regras, impõem, permitem ou proíbem, ou seja, prescrevem uma exigência. Essa prescrição é, ou não, cumprida. As regras, em caso de colisão, excluem-se, porquanto se uma regra tem validade deve ser cumprida integralmente. Nesse sentido são os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho:

³⁶ Ibidem.

³⁷ ALEXY, Robert apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 71.

A distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma “família” e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa. [...] Os **princípios** interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das **regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem-se, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos³⁸. (Grifo do autor)

Quando duas ou mais regras podem ser aplicadas para um mesmo caso concreto, tem-se que escolher se será aplicada uma ou outra e ao aplicar uma, exclui-se a outra, tornando-se esta excluída, inválida, porquanto as regras contêm determinações com baixa densidade de generalização, diferente dos princípios que tem alto grau de generalidade e são mandatos de otimização. Nesse sentido perfilha Roberty Alexy:

Os **princípios** são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm **alto grau de generalidade**, mas também por serem **mandatos de optimização**. [...] Quando, aparentemente, duas regras incidem sobre o mesmo fato, é aplicada uma ou outra. Segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade, aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida. As regras podem ser cumpridas ou não, contem determinações de âmbito fáctico e jurídico com **baixa densidade de generalização**³⁹. (Grifo do autor)

Os princípios são ordenações que fazem parte do sistema de normas e significam o início. Enquanto as normas protegem situações de vínculo ou de vantagem, reconhecendo as entidades ou as pessoas a opção de satisfazer seus interesses, de exigir seus direitos através de atos ou,

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1161.

³⁹ ALEXY, Robert apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58-59.

ainda, exigindo ação ou a desistência de outrem. Em contrapartida também, vinculam os sujeitos a obrigações.

Nesse sentido alude José Afonso da Silva:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. [...] As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas⁴⁰.

Conceitualmente, Humberto Ávila considera regras e princípios, normas. Contudo, as regras são normas descritivas, com a finalidade de decisão e abrangência, onde sua aplicação exige a avaliação da relação centrada nos princípios ou na finalidade entre os fatos e as normas. Por fim, outra diferença entre princípios e regras é que as regras são retrospectivas e os princípios são prospectivas. Nesse sentido:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido⁴¹.

Portanto, considerando o acima exposto, depreende-se que são várias as diferenças entre regras e princípios, sendo que a principal diferença é quando ocorre a colisão. Pois com as regras, ocorre a exclusão de uma e com os princípios ocorre apenas a ponderação, ou seja, será escolhido o princípio que melhor se aplica para aquele caso concreto e os demais, não aplicados para aquele caso permanecem válidos.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91-92.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78-79.

2.2 Autonomia da vontade

Impende destacar na presente pesquisa o conceito do princípio da autonomia da vontade, tendo em vista várias posições doutrinárias, pois é um princípio muito importante no âmbito do Direito de família.

As pessoas têm direito a uma vida privada e ao exercício da sua autonomia. Logo, autonomia privada é uma atribuição de autodeterminação dada à pessoa pelo ordenamento, porém com limites nas leis e na Constituição. Esses limites são dados pelo Estado, observado a Constituição. Na esfera do Direito de família, é benéfica a intervenção estatal para fortalecer os vínculos. Caso fosse diferente talvez um dos cônjuges negaria alimentos, se apenas a sua vontade prevalecesse. Assim perfilha Luiz Carlos de Assis Junior:

Conceitualmente, a autonomia privada corresponde à esfera jurídica atribuída à pessoa pelo ordenamento na qual cabe a ela própria a autodeterminação nos limites legais e constitucionais. É cristalino que a pessoa tem direito ao exercício da sua autonomia privada nos limites da Constituição e leis infraconstitucionais-constitucionais e, mais que isso, tem direito a uma vida privada. A limitação da autonomia privada é realização do Estado, dado o intervencionismo nas relações privadas. No entanto, o intervencionismo estatal não pode ignorar os limites constitucionais ao seu poder de intervenção; só assim estará garantida a real conformação e adequação da autonomia privada em razão dos interesses da própria pessoa como fim último do direito. [...] Em sendo a família tida como primeira base da sociedade e tendo em vista a vontade como norte das relações privadas numa época oitocentista, a razão estaria mesmo com o Estado ao intervir para fortalecer os vínculos. Não fosse assim, a mera vontade poderia levar os cônjuges a negar apoio mútuo ou alimentos quando fosse necessário⁴².

O indivíduo ao exercer sua autonomia privada deve respeitar os direitos de terceiro. Em virtude da dignidade da pessoa humana, todos têm direito de fazer escolhas no exercício de seus direitos. Pode ser excluído todo terceiro que se intrometer na liberdade das pessoas, com fundamento no princípio da exclusividade. Porém, essa autonomia não é ilimitada. A autonomia da vontade deu lugar à autonomia privada. Autonomia é o poder que as pessoas têm de escolher o

⁴² ASSIS JUNIOR. Luiz Carlos de. **A inviabilidade da manutenção da separação como requisito para o divórcio frente à autonomia privada**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=592>> Acesso em 11 abril 2012.

que entender ser melhor para si, com o objetivo de ser feliz, lembrando que essa autonomia tem limites e deve respeitar os direitos de terceiro. Assim alude o mesmo autor:

No exercício de sua autonomia privada, no entanto, o indivíduo deve respeitar os direitos de terceiros, os limites que formam os interesses que não lhe pertencem, sob pena de arcar com os danos decorrentes do exercício de sua autonomia. Com efeito, no exercício de seus direitos fundamentais e direitos de personalidade, com fundamento na dignidade da pessoa humana, todo ser humano tem direito de fazer escolhas. E, tendo em vista o princípio da exclusividade, excluir todo e qualquer terceiro que possa intrometer na sua liberdade de conduzir a própria vida, inclusive no seio das relações familiares. Por outro lado, frise-se, o exercício do direito à vida privada, de conduzir a vida da maneira que mais convir à própria pessoa, não é ilimitado. [...] Tendo em vista que a autonomia da vontade deu lugar à autonomia privada, o direito de família, em especial, a separação, deve ser repensado à luz dessa autonomia privada. Por meio da autonomia privada, o indivíduo pode autodeterminar sua vida, conduzi-la da forma como melhor lhe convir em busca de sua felicidade, sempre respeitando os direitos de terceiros e as limitações constitucionais à sua liberdade⁴³.

O princípio da autonomia da vontade é utilizado, em sua maioria no campo do Direito contratual, todavia, aplicando-se por analogia ao Direito de família e, em especial ao casamento, tendo em vista a natureza híbrida do mesmo.

Desde o Direito romano existe a liberdade de contratar, ou não, e em sendo o caso de contratar, cabe a escolha de com quem contratar e o que contratar. O fundamento do princípio da autonomia da vontade está na ampla liberdade de contratar, no poder que as pessoas têm de disciplinar seus interesses que refletem num acordo. Assim ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato. O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica⁴⁴.

⁴³ ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos de. **A inviabilidade da manutenção da separação como requisito para o divórcio frente à autonomia privada**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=592>> Acesso em 11 abril 2012.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 41.

O contrato advém da autonomia privada e da livre iniciativa. A liberdade de contratar se manifesta no plano pessoal, porquanto, a pessoa escolhe com quem contratar. Existem três modalidades que envolvem a liberdade contratual, quais sejam, a própria liberdade de contratar, com quem contratar e, por fim, o conteúdo desta contratação. Assim ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade. [...] O contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre-iniciativa. [...] Essa liberdade de contratar, por sua vez, manifesta-se no plano pessoal, ou seja, na liberdade de *escolher a pessoa com a qual contratar*. [...] Assim, envolvem-se nessa ideia de liberdade contratual e suas limitações por preceitos de ordem pública, três modalidades distintas que podem ser didaticamente compreendidas da seguinte forma: a) a própria liberdade de contratar [...] b) a mencionada liberdade de com quem contratar [...] c) a liberdade de estabelecimento do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar⁴⁵.

O princípio da autonomia da vontade foi inspirado no Código Francês. A liberdade de contratar pode ser vista de duas formas. Pela possibilidade de contratar, ou não, estipulando o conteúdo do contrato e pela escolha da modalidade do contrato. As partes podem se valer de contratos típicos que são os previstos no ordenamento jurídico e atípicos que não tem previsão mas que poderão ser criados. Nesse sentido alude Sílvio de Salvo Venosa:

Esse princípio clássico, inspirado no Código francês, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, é posto hoje em nova berlinda. Desapareceu o liberalismo que colocou a vontade como o centro de todas as avenças. No entanto, a liberdade de contratar nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios de ordem pública. Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos). Em tese, a vontade contratual somente sofre limitação perante uma norma de ordem pública⁴⁶.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p.69-73.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2. p. 383.

No caso do Direito de família, pode-se destacar o casamento como modelo de contrato típico e a união estável como contrato atípico, visto a possibilidade de criação de cláusulas particulares quando do contrato de convivência entre os companheiros.

No mesmo sentido perfilha Maria Helena Diniz ao ensinar que o princípio da autonomia da vontade tem por base a liberdade contratual que é o poder dos contratantes de estabelecerem, mediante um acordo determinada disciplina de interesse de ambos com o objetivo de buscar efeitos protegidos pela ordem pública. Abrange também, a liberdade de contratar, ou não, a escolha de com quem contratar e por fim, estabelecer o conteúdo do contrato. Esta contratação tem por limite as normas de ordem pública e os bons costumes. Como se vê a seguir:

No qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. [...] Além da liberdade de criação do contrato, abrange, portanto: *a*) a liberdade de contratar ou não contratar, isto é, o poder de decidir, segundo seus interesses, se e quando estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual. [...] *b*) a liberdade de escolher o outro contraente [...] e *c*) a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo qualquer uma das modalidades contratuais reguladas por lei. [...] Os contraentes deverão sujeitar sua vontade: *a*) às *normas de ordem pública* [...] e *b*) aos *bons costumes*⁴⁷.

Tendo em vista o exposto, conclui-se que em razão do princípio da autonomia da vontade, as pessoas tem liberdade de escolherem se querem ou não contratar, com quem contratar e o que contratar, enfim, as pessoas são livres para fazerem suas escolhas com limites. Vale ressaltar que este princípio é mais utilizado no campo do Direito contratual, todavia, aplica-se por analogia ao Direito de família e, em especial ao casamento, devido à natureza jurídica híbrida do mesmo.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-43.

2.3 Igualdade

É de suma importância para esta pesquisa a conceituação do princípio da igualdade. Dessa forma, o subtítulo a seguir tem por objetivo trazer vários posicionamentos doutrinários acerca do conceito deste princípio que tem grande importância no âmbito do Direito de família, após a evolução histórica.

O princípio da igualdade é direcionado ao legislador, à administração pública, à administração da justiça e às pessoas. O primeiro fica proibido de editar normas contrárias a este princípio constitucional. Já à administração pública tem o escopo de criar políticas públicas que supere as desigualdades existentes. Enquanto à administração da justiça, visa impedir desigualdades. E, por fim, este princípio é direcionado às pessoas que ficam com o dever de observarem o seu cotidiano.

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori normativo*) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. [...] O princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável⁴⁸.

O princípio da igualdade está explícito na Constituição Federal, em seu artigo 5º, I⁴⁹, e está entre os direitos fundamentais da pessoa humana. No Código Civil este princípio está

⁴⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

previsto no primeiro artigo dedicado ao direito de família. Essas são as palavras de Lourival Serejo:

Igualdade de direitos e deveres. Não há dúvida de que a igualdade jurídica dos cônjuges inscreve-se hoje entre os direitos fundamentais da pessoa humana. Na Constituição de 1988 esse princípio aparece em sua forma mais explícita: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (art. 5º, I). [...] Logo no primeiro artigo do Livro dedicado ao Direito de Família dispõe o novo Código Civil: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” A efetiva igualdade dos cônjuges é uma decorrência da nova ordem familiar, onde se busca a autenticidade de uma relação sadia e uma “comunhão plena de vida”⁵⁰.

A Constituição Federal prevê a igualdade em seu preâmbulo, como se não bastasse reafirmou em seu artigo 5º⁵¹. E mais, foi repetitiva em seu artigo 5º, I⁵² e artigo 226, § 5º⁵³. O Código Civil prevê o princípio da igualdade em relação ao Direito de família, mas pautada pela solidariedade entre seus membros e não pela pura e simples igualdade entre iguais.

Vários são os dispositivos que se referem ao princípio da igualdade no Código Civil, entre eles, o artigo 1.511⁵⁴, que alude sobre a organização da família, o artigo 1.566⁵⁵ que estabelece deveres recíprocos, atribuídos de forma igual para o marido e para a mulher e o artigo 1.565,

⁵⁰ SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 53-54.

⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...]

⁵³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...]
⁵⁴ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁵⁵ Art. 1.566. 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.

§1º⁵⁶ que assegura o direito a qualquer dos nubentes optar pelo sobrenome do outro, entre outros dispositivos. Assim preceitua Maria Berenice Dias:

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5º): *todos são iguais perante a lei*. E foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que **homens e mulheres** são iguais em direitos e obrigações (CF 5º, I), decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226, § 5º). Assim, é a carta constitucional a grande artifice do princípio da isonomia no direito das famílias. [...] Atendendo à ordem constitucional, o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros. A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de **direitos e deveres dos cônjuges** (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em **mútua colaboração** (CC 1.567). São estabelecidos **deveres recíprocos** e atribuídos igualmente tanto ao marido quanto à mulher (CC 1.566). Também em nome da igualdade é permitido a qualquer dos nubentes acrescentar ao seu o **sobrenome** do outro (CC 1.565, § 1º). É acentuada a paridade de direitos e deveres do pai e da mãe no respeitante à **pessoa** (CC 1.631) e **bens dos filhos** (CC 1.690). Assim, não havendo acordo, não prevalece a vontade de nenhum deles. Devem socorrer-se do juiz para a solução dos desacordos. Com relação à **guarda dos filhos**, nenhum dos genitores tem preferência (CC 1.583 e 1.584)⁵⁷. (Grifo do autor)

O Código Civil enfatiza a igualdade, de direitos e deveres, entre marido e mulher e este princípio é constitucional porquanto tem respaldo na Constituição Federal. A igualdade deve ser interpretada analisando as diferenças entre a mulher e o homem. O princípio da igualdade tem por escopo evitar tratamento diferente a pessoas que estejam na mesma situação.

Nesse sentido afirma Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

A tônica do Código em vigor é a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, por isso que o art. 1.567 estabelece que compete a ambos a direção da sociedade conjugal, em mútua colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos. Em caso de eventual divergência, não mais prevalece a vontade do homem, sendo facultado a qualquer dos cônjuges recorrer à solução judicial. Nessa igualação de direitos, permite-se a ambos os nubentes, querendo, acrescentar ao seu o sobrenome do outro, conforme dispõe o § 1º do art. 1.565 do Código. [...] A regra isonômica tem respaldo em solene disposição da Constituição Federal de 1988, conforme expresso no art. 226, § 5º. [...] Ao explicitar os deveres conjugais, o Código Civil restringe-se aos deveres mútuos, que competem igualmente tanto ao marido quanto à mulher. [...] O conceito de

⁵⁶ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

[...]

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 65-66.

igualdade, repisado com ênfase na Constituição e no Código Civil de 2002, há de ser interpretado em consonância com as naturais diferenças existentes entre homem e mulher. [...] O que se pretende evitar, com a regra da isonomia jurídica, é o tratamento diferente a pessoas que estejam em situação essencialmente igual⁵⁸.

Para que se possa ter uma sociedade solidária, democrática e justa, necessário que a igualdade seja material, que aconteça na prática e não apenas formal, prevista em lei. Em razão do princípio da igualdade o regime de organização familiar é o regime colaborativo, deixou de ser o regime de subordinação como era antigamente, porquanto não existe distinção entre os cônjuges, ambos podem colaborar conforme suas possibilidades. Este princípio também é aplicado à união estável e qualquer outro arranjo familiar. Assim ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Ora, a isonomia que se busca não pode apenas aninhar-se *formalmente* em texto de lei, mas deve, sim, fazer-se *materialmente* presente na sociedade brasileira, que se pretende erigir – um dia, Deus permita – como solidária, justa e democrática. [...] O mesmo princípio, por óbvio, será aplicado na união estável ou em qualquer outro arranjo familiar, impondo um *regime colaborativo* – e não de subordinação – entre os denominados “chefes de família”⁵⁹.

Atualmente, existe a cogestão familiar, onde a mulher possui os mesmos direitos que seu marido tomando decisões conjuntamente com seu cônjuge. Isso ocorreu em decorrência do fim do patriarcalismo e também devido a emancipação da mulher. Esses são ensinamentos de Roberto Senise Lisboa:

Com o fim do patriarcalismo e a emancipação da mulher, confere-se a ela a igualdade de direitos em relação ao seu marido, durante a constância do casamento. Isso significa que não há mais o estado de sujeição no qual a cônjuge virago se encontrava, podendo ela tomar as decisões em conjunto com o seu consorte. Institui-se, assim, o regime de *cogestão familiar*⁶⁰.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 12-16.

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 79-81.

⁶⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

Conforme exposto, o princípio da igualdade é um princípio constitucional que assegura igualdade entre o homem e a mulher, diferente de antigamente onde o homem mandava e a mulher obedecia, tornando a família um núcleo de suporte mútuo, de afeto e de colisão de interesses igualitários, fortalecendo-a na sua essência.

2.4 Solidariedade

O princípio da solidariedade, no âmbito do Direito de família deve ser entendido como a solidariedade recíproca do casal. Em alguns artigos do Código Civil fica claro o princípio da solidariedade, como o artigo 1.513⁶¹ que refere a uma comunhão de vida através da família e o artigo 1.566⁶² que refere sobre a mútua assistência moral e material, esses são alguns exemplos de dispositivos que representam o princípio da solidariedade. Assim alude Paulo Lôbo:

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. [...] A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. [...] No Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente perpassadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 do Código Civil tutela “a comunhão de vida instituída pela família”, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos “poder” dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade⁶³.

⁶¹ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

⁶² Art. 1.566. 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.

⁶³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63-64.

Este princípio é de fundamental importância, pois está previsto em dispositivos da Constituição Federal, por exemplo, quando alude no preâmbulo uma sociedade fraterna. Também está previsto quando impõe aos pais deveres para com seus filhos, bem como quando refere o amparo as pessoas idosas. Além da Lei Maior o princípio da solidariedade está previsto no Código Civil, quando alude que o casamento é uma plena comunhão de vidas, bem como quando fala de obrigação alimentar.

Logo, a solidariedade possui conteúdo ético, compreendendo a reciprocidade e a fraternidade. É o que cada pessoa deve a outra e tem origem nas relações afetivas. Assim ensina Maria Berenice Dias:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a **fraternidade** e a **reciprocidade**. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna, Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF 229), consagra o princípio da solidariedade. O dever de amparo às pessoas idosas (CF 230) dispõe do mesmo conteúdo solidário. A lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao dispor que o **casamento** estabelece plena comunhão de vidas (CC 1.511). Também a obrigação alimentar dispõe deste conteúdo (CC 1.694). Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de **alimentos**. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar⁶⁴. (Grifo do autor)

Especificamente, o princípio da solidariedade no âmbito do Direito de família está presente quando se trata da proteção dos grupos familiares, de crianças e adolescentes e, por fim, de idosos. Portanto, não se resume apenas ao artigo 3º, I da Constituição Federal⁶⁵, pois deve-se fazer uma interpretação acerca deste princípio.

Nesse sentido são os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 66-67.

⁶⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

O *princípio da solidariedade* encontra assento no art. 3º, inciso I, da CRFB. Para o Direito de Família, vai além, assumindo como fundamento os arts. 226, 227 e 230 da Constituição Federal. [...] No âmbito de coexistir, fala-se, então, em solidariedade: na proteção dos grupos familiares (art. 226, CF), na proteção das crianças e adolescentes (art. 227, CF) e na proteção dos idosos (art. 230, CF). Portanto, pode-se afirmar que, no âmbito do Direito de Família, o princípio da solidariedade vai além, não se resumindo apenas ao que dispõe o art. 3º, I, CRFB; seu real significado decorre de uma interpretação sistemática da Lei Maior⁶⁶.

A solidariedade, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana determina o amparo e a assistência entre a família. O princípio da solidariedade é peculiar do Direito de família, é uma forma de responsabilidade social e traduz a afetividade que une as pessoas que fazem parte de uma família. Isso pode ser visto na obrigação alimentar entre os parentes. Nesse sentido preceituam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Outro princípio peculiar do Direito de Família, de fundamental importância, é o princípio da solidariedade familiar. Esse princípio, não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar. [...] A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores⁶⁷.

Decorrem do princípio da solidariedade o respeito e a afeição, sendo a afeição a ligação que existe entre as pessoas de uma família em razão dos sentimentos que as unem e o respeito é entendido como sendo, neste caso, a consideração ou importância que se dá as pessoas que constituem a família.

Os membros de uma relação familiar possuem direitos e deveres, portanto, para lhe serem asseguradas as necessidades básicas, necessário se faz a cooperação mútua, inclusive, com exigibilidade em juízo, se for o caso. Assim perfilha, Roberto Senise Lisboa:

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5. p. 57-58.

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 93.

Decorrências do *princípio da solidariedade familiar*, a afeição e o respeito de um membro da entidade familiar pelo outro devem ser desenvolvidos objetivando o máximo estreitamento das relações entre os cônjuges e os parentes. *Afeição* é a ligação existente entre os membros da família por decorrência dos sentimentos que os unem. Já a noção de respeito é equívoca, podendo denotar a preservação da honra, dever esse, inclusive, que subsiste em uma relação familiar. No entanto, a expressão deve ser canalizada para o que interessa nessa parte do presente estudo. *Respeito* é, nesse sentido, a consideração ou importância que se dá a um membro da entidade familiar, pouco importando se o parentesco é em linha reta ou colateral. [...] A afeição é um sentimento que se tem em relação a determinada pessoa ou a algum bem. Afeiçãoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor. [...] O respeito, por outro lado, é dever inerente à preservação da honra subjetiva da pessoa, que tem o direito de não ser injuriada por outra. E, por isso, pode ser exigido, assegurando-se o direito moral da personalidade do interessado. [...] Nas relações familiares, os cônjuges, conviventes e parentes possuem deveres e direitos cujo fundamento é a solidariedade familiar. Cooperação mútua ou recíproca passaram a ser palavras de ordem, suscetíveis de exigibilidade em juízo, para os fins de asseguramento das necessidades básicas materiais e imateriais dos integrantes da família⁶⁸.

O mesmo doutrinador ensina que o princípio da solidariedade familiar decorre do princípio da solidariedade social, podendo ser analisado sob os aspectos externo e interno, o primeiro diz que cabe ao poder público e a sociedade realizarem políticas de atendimento, no intuito de suprir as necessidades dos menos abastados e dos marginalizados.

No âmbito interno, entende-se que cada pessoa da família tem que cooperar para que o outro consiga o mínimo necessário para seu desenvolvimento. A solidariedade é constituída de valores passados de pai para filho, que logicamente irão seguir o mesmo caminho de seus ascendentes. A solidariedade interna sofre oscilações de uma família para outra em razão das peculiaridades de cada família e de cada membro que a constitui. São exemplos de solidariedade a prestação de alimentos, o afeto, a profissão, o lazer, a educação entre outros.

O *princípio da solidariedade familiar* é decorrência do princípio constitucional da solidariedade social. Esse princípio pode ser analisado sob o aspecto externo e interno. Externamente, a solidariedade social determina que incumbe ao poder público e à sociedade civil a realização de políticas de atendimento às necessidades familiares dos menos abastados e dos marginalizados. Além disso, considerando-se a aplicação do mencionado princípio na relação familiar, pode-se dizer que cada membro da entidade familiar tem de cooperar para que o outro consiga concretizar o mínimo necessário para o seu desenvolvimento biopsíquico. Logicamente, a solidariedade familiar é construída sob valores traçados pelos ascendentes em favor dos descendentes. E estes, por seu turno, acabarão por trilhar caminho parecido com aquele que lhes foi ensinado. Muito embora o parâmetro de solidariedade interna sofra uma oscilação de uma entidade

⁶⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46-47.

familiar para outra em virtude dos padrões culturais vigentes e da procedência de cada integrante da família, sua subsistência e a concessão de auxílio para que se possa ter a oportunidade de se atingir o nível de desenvolvimento esperado pelo interessado. Enfim, a assistência material e imaterial entre os membros da entidade familiar devem sempre se fazer presentes nas relações jurídicas existentes. Impõe-se a solidariedade familiar para os fins de alimentos, educação, profissão, lazer, afeto etc⁶⁹.

Portanto, considerando a análise acima exposta, depreende-se que o princípio da solidariedade é peculiar do Direito de família traduzindo a afetividade que une as pessoas de uma família. Feita esta análise, mister seja estudado as posições doutrinárias e jurisprudenciais no tocante a Emenda Constitucional 66/2010, que dispõe em seu texto os princípios ora expostos, bem como modifica o contexto de dissolução do casamento procedido até então, sem, contudo, dissolver a família, posto que esta está concretizada nos princípios e não apenas na norma da Emenda Constitucional.

⁶⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010: BREVES CONSIDERAÇÕES

O terceiro capítulo desta pesquisa tem por objetivo analisar os posicionamentos doutrinários, bem como o enfoque jurisprudencial acerca da Emenda Constitucional 66/2010, a qual suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos para a concessão do pedido de divórcio.

Faz-se necessário este estudo no intuito de analisar se, com o advento da Emenda Constitucional permanece, ou não, a separação como forma de dissolução do vínculo matrimonial, matéria esta de fundamental importância para esta pesquisa.

3.1 Posicionamentos doutrinários

Vários são os doutrinadores que defendem a posição da manutenção da figura da separação como requisito prévio para a proposição do divórcio, posto que permanecem no Código Civil os artigos referentes à separação, e com isso, as partes podem optar em fazer o divórcio ou a separação, porquanto a Emenda Constitucional 66/2010 apenas excluiu os requisitos para o divórcio. Dessa forma, a extinção dos requisitos não quer dizer que o direito infraconstitucional foi revogado. Assim são os ensinamentos de Gilberto Shafer:

O fato de eliminar requisitos, portanto, não significa a revogação do direito infraconstitucional. Mais do que nunca, a EC 66 significa uma grande mudança: não há mais requisitos constitucionais para o divórcio, ou seja, há a liberdade de o legislador dispor sobre o assunto [...] de qualquer forma aceitar a tese do divórcio direto (sem conversão), não significa dizer que acabou a separação judicial ou extrajudicial. A separação, enquanto não abolida pelo legislador, pode ser utilizada por todas as pessoas

que não queiram se divorciar por motivos religiosos, por esperança de voltar a conviverem juntos, porque ela admite restabelecimento da sociedade conjugal.⁷⁰

Apesar de existente a Emenda Constitucional 66/2010, ainda é cedo para comemorar, porquanto, necessário se faz, a retirada do instituto da separação judicial da legislação ordinária. Nesse sentido são os ensinamentos do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos:

[...] a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) - como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 - está agora aberta a porta para que esta seja modificada. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta! Contemos um pouco, pois, nosso entusiasmo com a Emenda Constitucional nº 66/2010. Ela é, sem dúvida, extremamente importante, mas um próximo e indispensável passo necessita ser dado para que se alcance o objetivo de eliminar os entraves legais ao exercício da liberdade no seio das famílias, extirpando institutos anacrônicos como a separação judicial⁷¹.

Na mesma posição, Walsir Edson Rodrigues Junior e Dieler Nunes ensinam que “não gera nenhum prejuízo para quem quer que seja a permanência não obrigatória da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico”.⁷² Logo, a existência não obrigatória da separação na lei não gera prejuízo a nenhuma pessoa.

Assim, para esses doutrinadores é facultativa a separação, porquanto existentes no Código Civil e no Código de Processo Civil os dispositivos referentes a essa forma de dissolução do vínculo conjugal. Logo, pode-se usar a separação como forma de dissolução do vínculo matrimonial, enquanto perdurar sua previsão na legislação infraconstitucional. Nesse sentido:

⁷⁰ SHÄFER, Gilberto. **A redação dada pela emenda constitucional 66, de 2010.** Disponível em <http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?option=com_content&view=article&id=333:a-redacao-dada-pela-emenda-constitucional-66-de-2010&catid=80:artigos&Itemid=63> Acesso em 16 agos. 2011.

⁷¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio: Cedo para comemorar.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso em 02 nov. 2011.

⁷² NUNES, Dierle; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Emenda Constitucional nº 66 e a possibilidade jurídica do pedido de separação judicial e de separação extrajudicial. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 18, out./nov., 2010. p. 17.

[...] no caso específico da separação judicial, que se pode constatar, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, é a ausência atual de sua previsão expressa na Constituição, fator que não retira do ordenamento sua previsão e funcionamento facultativo, ao menos enquanto não forem revogados os preceitos que a regem no Código Civil e no Código de Processo Civil.⁷³

Em decorrência do constituinte ter optado por um Estado democrático de Direito, deve permanecer a separação como forma de dissolução do casamento. Dessa forma, os cônjuges poderão ter opções de escolha na hora da decisão, podendo optar pelo divórcio ou pela separação.

Tendo em vista estarem presentes no Código Civil brasileiro os artigos referentes à separação, bem como, que essa existência não causa nenhum prejuízo a ninguém, deve permanecer a separação como forma de dissolução do casamento cabendo aos cônjuges optar pela separação ou pelo divórcio. Nesse sentido:

[...] os procedimentos judiciais ou extrajudiciais de separação mantêm base normativa no ordenamento jurídico brasileiro e não geram nenhum prejuízo para quem quer que seja, pois só serão possíveis mediante a vontade dos cônjuges. Basta que um dos cônjuges prefira o divórcio para que a separação fique sem possibilidade de produzir efeitos jurídicos. Entretanto, se os dois quiserem a separação, possibilidade jurídica para tanto existe.⁷⁴

Considerando a legislação vigente e a autonomia que as pessoas possuem, não há como impedir que utilizem o instituto da separação como forma de dissolução do casamento, tendo em vista que vivemos num Estado democrático de Direito, posto que “tendo em vista sua previsão legislativa e a autonomia privada dos sujeitos, não se pode impedir, num Estado Democrático de Direito, que uma minoria possa utilizá-lo”.⁷⁵

Portanto, alguns argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem a permanência da separação como forma de dissolução do casamento, são, o respeito a autonomia dos cônjuges, para que esses possam escolher a melhor forma para dissolver as suas relações afetivas, a permanência dos dispositivos referentes à separação na legislação infraconstitucional, a necessidade de revogação dos dispositivos para que se possa excluir a separação e, por fim,

⁷³ Ibidem, p. 24.

⁷⁴ Ibidem, p. 27.

⁷⁵ Ibidem, p. 27.

alegam que a existência do instituto da separação não atrapalha, apenas fica à disposição de quem optar por essa forma de dissolução do vínculo matrimonial.

Em contrapartida temos a corrente doutrinária que nos diz que não há razão de existir a separação, passando-se a ser o divórcio a única forma de dissolução do casamento, porquanto a Constituição é nossa Lei maior e se nela está previsto, não há o que se discutir.

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 não existe mais a forma de dissolução do vínculo matrimonial através da separação, nem seus requisitos subjetivos e objetivos. A Emenda Constitucional 66/2010 está acompanhando o desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido afirma Mariana Chaves:

[...] em epítome, entendemos que: a separação judicial deixou de existir, não sobrevivendo nem mesmo como procedimento opcional. Com ela, foram-se os requisitos subjetivos para a obtenção do divórcio (indicação do cônjuge culpado). E outro não foi o destino do requisito objetivo (tempo), com a nova dicção do texto constitucional. Dessa forma é de se concluir que a PEC do divórcio em boa hora emergiu, expurgando procedimentos desnecessários, acompanhando o real momento vivido pela sociedade.⁷⁶

Nessa mesma linha, para Rodrigo da Cunha Pereira, os artigos referentes à separação judicial previstos no Código Civil brasileiro estão automaticamente revogados, bem como os artigos previstos em leis esparsas relacionadas com a separação, pois estes deverão ser lidos desconsiderando-se à expressão separação judicial. Nesse sentido:

[...] não faz mais sentido a manutenção da separação judicial. [...] Basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente [...] O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia a separação judicial [...] A interpretação das normas secundárias, ou seja, infraconstitucional, deve ser compatível com o comando maior da Carta Política. O conflito com o texto constitucional atua no campo da não recepção. [...] Mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem. Ademais, em uma interpretação sistemática, não se pode estender o que o comando constitucional restringiu. Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional [...] O novo texto constitucional, além de acabar com todo e

⁷⁶ *Ibidem*, p. 16-17.

qualquer prazo para o divórcio, pelas razões aqui já expostas, tornou a separação judicial e as regras que a regiam incompatível com o sistema jurídico.⁷⁷

Também, nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “o divórcio, diretamente concedido, atende com recomendável imediatidade e plena eficiência aos anseios de quem pretende se livrar de uma relação afetiva falida”.⁷⁸ Ainda, referem que é benéfica para os cônjuges uma dissolução menos gravosa e burocrática para que cada um possa viver suas novas vidas na busca da felicidade.

[...] ao facilitar o divórcio, não se está com isso banalizando o instituto do casamento. Pelo contrário. O que se busca, em verdade, é a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que os integrantes da relação possam, de fato, ser felizes ao lado de outras pessoas.⁷⁹

Na mesma corrente, Maria Berenice Dias refere que a nova sistemática tem dois benefícios, quais sejam, o proveito a todos e um desafogo ao Poder Judiciário, portanto deve ser aplicada imediatamente, porquanto já existe regulamentação, pois o divórcio está previsto no Código Civil e na Lei do divórcio.

[...] a alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada mais é preciso para implementar a nova sistemática [...] Além do proveito a todos, a medida vai produzir significativo desafogo do Poder Judiciário.⁸⁰

Com o advento desta Emenda Constitucional decorreram duas modificações, quais sejam, o fim da separação judicial como forma de dissolver o vínculo matrimonial e a extinção do requisito temporal. Nesse sentido são as palavras de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano:

⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio, o direito intertemporal. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 17, ago./set. 2010. p. 8-12.

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 539.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 540.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>> Acesso em 25 agos. 2011.

[...] da sua leitura, constatamos duas modificações de impacto: 1. fim da separação judicial (de forma que a única medida juridicamente possível para o descasamento seria o divórcio); 2. extinção do prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial (eis que não há mais referência à separação de fato do casal)⁸¹.

Fernanda Aparecida Corrêa Otoni ensina que com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 o divórcio passa a ser realizado de forma rápida e eficaz, bem como há a garantia da celeridade, da economia processual e da dignidade da pessoa humana. Ensina também que o divórcio possibilita que os casais repensem bem antes de decidirem pôr fim ao vínculo matrimonial. E por fim, alude que o lapso temporal é desnecessário, uma vez que o relacionamento já acabou⁸².

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 deixa de existir a separação como forma de pôr fim ao casamento, sendo desnecessária a regulamentação de lei infraconstitucional. Dessa forma, a única forma de dissolução do vínculo matrimonial é o divórcio. Em relação as ações de separação anteriores a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010 poderão ser convertidas em divórcio, independentemente de lapso temporal. Assim ensina Karen Beatriz Taveira Barros:

Para concluir, vale relembrar que a Emenda Constitucional 66/2010 extinguiu a separação do panorama jurídico, não necessita de regulamentação de lei infraconstitucional, para tanto o único meio para pôr fim ao casamento é o divórcio. Quanto às ações de separação que já tramitavam antes da promulgação da emenda, podem ser convertidas em divórcio, sem ter que esperar a fluência do antigo prazo⁸³.

Outrossim, considerando que o texto Constitucional assegura o fim do vínculo matrimonial de forma mais efetiva, simples, com tempo e custo menor, desnecessário permanecer a separação, seja judicial, seja consensual. Nesse sentido são os ensinamentos de César Leandro de Almeida Rabelo:

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**: As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 537.

⁸² OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **Divórcio**: fim da separação judicial? Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/EC%2066_2010%20Divórcio%2023_12_2011.pdf > Acesso em 08 out. 2012.

⁸³ BARROS, Karen Beatriz Taveira **A Emenda Constitucional nº 66/2010**: o fim da separação de direito. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/845> > Acesso em 08 out. 2012.

Ademais, não existe razão lógica de se manter o instituto da separação judicial ou consensual, visto que o texto constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo de forma mais simples, efetiva, com menor custo e tempo, evitando maiores desgastes psicológicos⁸⁴.

Por fim, Tiago Felipe Vargas Simões refere que com a Emenda Constitucional 66/2010 o legislador observou três pontos relevantes, o jurídico, o psíquico e, por fim, o econômico. O divórcio permite novo casamento, que passa a ser desnecessário dois momentos para a extinção do vínculo afetivo e, por fim, acaba com gastos excessivos para os cônjuges.

[...] ao possibilitar que o divórcio seja decretado de forma direta (judicial ou extrajudicialmente), o legislador atentou para três pontos importantíssimos, a saber: *jurídico* (o divórcio extingue tanto a sociedade quanto o vínculo matrimonial e permite novo casamento); *psíquico* (o divórcio direto põe fim à necessidade de dois momentos para a extinção do vínculo matrimonial) e; *econômico* (o divórcio direto acaba com gastos desnecessários) [...] É imprescindível que todos tenham a consciência de que a separação acabou e que qualquer exigência sobre ela se tornou despicienda a partir da EC n.º 66/2010.⁸⁵.

Portanto, esta corrente defende a afronta da Constituição Federal brasileira com relação aos artigos referentes à separação na legislação infraconstitucional e a facilidade e rapidez do procedimento como argumentos para defender que a única forma de dissolução do casamento é o divórcio.

3.2 Enfoque jurisprudencial

Importante agora demonstrar o posicionamento dos tribunais brasileiros acerca da Emenda Constitucional 66/2010, a qual suprimiu o requisito da prévia separação judicial por

⁸⁴ RABELO, César Leandro de Almeida. **Separação e a Emenda Constitucional nº 66/2010: incompatibilidade legislativa.** Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Separação%20EC%2066_2010.pdf> Acesso em 08 out. 2012.

⁸⁵ SIMÕES, Tiago Felipe Vargas. **A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a nova regra do divórcio.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>> Acesso em 25 agos. 2011.

mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, para dar continuidade a presente pesquisa.

Em uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul depreende-se que há divergência entre os desembargadores no tocante a subsistência, ou não, da separação como forma de dissolução do vínculo matrimonial.

Inicialmente, vale ressaltar que quanto a divergência existente com relação a dispensa dos requisitos temporais para obtenção do divórcio, esta Corte de Justiça, por intermédio deste mesmo Colegiado, já sumulou seu entendimento no enunciado nº 37⁸⁶.

O advento da Emenda Constitucional 66/2010, não ensejou a automática revogação da legislação infraconstitucional, porquanto somente poderia ocorrer essa revogação após as devidas alterações na disciplina contida no Código Civil. Essa revogação ocorreria se houvesse manifesta incompatibilidade entre o novo dispositivo constitucional e a legislação ordinária. Logo, o advento da Emenda Constitucional não suprimiu do direito positivo brasileiro o instituto da separação judicial conforme o relator do incidente de prevenção ou composição de divergência que segue, tendo em vista os argumentos acima elencados por ele.

No entanto, não é o que entende o Desembargador Rui Portanova, que foi vencido no referido incidente de prevenção ou composição de divergência. O iminente magistrado entende que a separação foi excluída do ordenamento jurídico alegando que foi em nome da moral e dos bons costumes que o legislador excluiu o instituto da separação judicial, também referindo em seus fundamentos que o fim da separação judicial ajusta o ordenamento jurídico à realidade. E, por fim, argumenta que não há o porque manter um instituto falido como a separação, por causa de algumas questões processuais, que por outras vias o direito pode oportunizar soluções.

Dessa forma, em razão da segurança jurídica houve a uniformização de entendimento, sendo editada a Súmula 39⁸⁷ no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de que a Emenda Constitucional 66/2010 não exclui do ordenamento jurídico a separação, porém

⁸⁶ Enunciado nº 37. A partir da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, é possível postular, a qualquer tempo, divórcio direto, sem que seja necessário perquirir acerca dos prazos de um (1) ano ou de dois (2) anos, previstos no art. 1.580 do CC.

Referência: Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência nº 70044094639, julgado em 16.12.2011. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização DJ nº 4784, de 07.03.2012, Capital, 2º Grau, p. 82.

⁸⁷ Súmula 39. A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual).

dispensa os prazos entre um instituto e outro, conforme se depreende dos precedentes que seguem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERMANÊNCIA DA SEPARAÇÃO, APÓS A EC 66/2010 QUE RETIROU REQUISITO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA LIMINAR DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. O entendimento majoritário da Corte é no sentido da permanência do instituto da separação judicial, mesmo após a EC 66/2010, que retirou os requisitos temporais para concessão do divórcio. Súmula 39 do TJRS. Demonstrada verossimilhança da alegação de necessidade e o potencial risco de dano de difícil reparação à subsistência da agravante, deve ser deferido o pedido de alimentos provisórios em antecipação de tutela liminar. PARCIALMENTE PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) - DECISÃO MONOCRÁTICA - (Agravado de Instrumento Nº 70049258817, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 01/06/2012)
Assunto: 1. TUTELA ANTECIPADA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CONCESSÃO. 2. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. PRAZOS. IMPLEMENTO. INEXIGIBILIDADE. REQUISITO TEMPORAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N.66 DE 2010. INTERPRETAÇÃO. SUBSISTÊNCIA NO ORDENAMENTO JURIDICO . DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E LEO ORDINÁRIA. INCOMPATIBILIDADE. INOCORRÊNCIA⁸⁸.

INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. 1. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial. 2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais ! 3. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. Uniformiza-se o entendimento deste 4º Grupo Cível no sentido da preservação do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, dispensados, no entanto, os requisitos temporais, tanto para a modalidade consensual quanto para a litigiosa. CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70045892452, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/04/2012)

Assunto: 1. SÚMULA. EDIÇÃO. REQUISITOS. 2. EMENDA CONSTITUCIONAL N.66: UMA LEITURA POLITICAMENTE INCORRETA. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA. 3. NOVO DIVÓRCIO. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA. 4. EMENDA CONSTITUCIONAL N.66 DE 2010. VIGÊNCIA. LEI INFRACONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO. 5. DIVÓRCIO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL OU PROVA DO DECURSO DE PRAZO PARA O DIVÓRCIO DIRETO. DESNECESSIDADE. 6. ASSUNÇÃO DE

⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravado de Instrumento n. 70049258817**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 01 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 9 out. 2012.

COMPETÊNCIA. 7. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. PETIÇÃO INICIAL. EMENDA. MODIFICAÇÃO DO NOME DA AÇÃO. MANIFESTAÇÃO DA PARTE. INTIMAÇÃO. DETERMINAÇÃO PELO JUIZ. DESCABIMENTO. 8. SEPARAÇÃO JUDICIAL. INSTITUTO. SUBSISTÊNCIA NO ORDENAMENTO JURIDICO. EMENDA CONSTITUCIONAL N.66 DE 2010. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E LEI ORDINÁRIA. INCOMPATIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. 9. PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA. INCIDENTE. CONHECIMENTO. 10. PROCESSO. EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. 11. SEPARAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS. PRAZOS. IMPLEMENTO. INEXIGIBILIDADE. DESNECESSIDADE. REQUISITO TEMPORAL⁸⁹.

No mesmo sentido é o entendimento da Corte de Justiça do Estado de Santa Catarina, porquanto conforme se depreende da decisão a seguir, com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 a separação não foi extirpada do direito positivo como forma de dissolução do vínculo matrimonial, apenas possibilitou aos cônjuges a dissolução direta do casamento através do divórcio sem a necessidade de cumprir os requisitos até então exigidos. Nesse sentido segue jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. NORMA DE EFICÁCIA IMEDIATA. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DA SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. IMPRESCINDIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA AUTORA PARA SE MANIFESTAR ACERCA DO INTERESSE NO PROCEDIMENTO CONVERSIVO. RECURSO PROVIDO.

Conforme entendimento doutrinário dominante, merece destaque o fato de que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, deixou de ser requisito objetivo a prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou a comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Contudo, a Emenda Constitucional 66/2010 não extirpou do direito positivado o instituto jurídico da separação (judicial ou consensual), mas apenas possibilitou aos interessados a dissolução direta do matrimônio por meio do divórcio, dispensados da observância do cumprimento de requisitos legais objetivos até então exigidos (artigos 1.574 e 1.580, ambos do Código Civil).

Assim, por não ser viável a conversão, de ofício, da separação judicial em divórcio direto litigioso, deve-se anular a sentença de primeiro grau para que se possibilite à autora manifestar-se acerca do seu interesse no procedimento conversivo. (Apelação

⁸⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70045892452**, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 9 out. 2012.

Cível Nº 2011.015014-1, Primeira Câmara de Direito Cível, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Joel Figueira Júnior, Julgado em 30/08/2011)⁹⁰.

Para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a extinção dos requisitos no texto constitucional não tem o condão de excluir as regras de direito ordinário, pois são compatíveis com a nova disposição. A alteração feita pela Emenda Constitucional 66/2010 abre caminho para alterações nas regras de direito ordinário, que por si só não revoga. A referida revogação somente ocorreria se houvesse incompatibilidade entre a lei ordinária e o novo dispositivo constitucional, o que não é o caso, conforme se verifica nos precedentes a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - DIVÓRCIO DIRETO - NÃO COMPROVAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE 2 (DOIS) ANOS -CF, ART. 226, § 6º, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC N. 66/2010 - REVOGAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA - NORMAS LEGAIS ORDINÁRIAS COMPATÍVEIS COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O § 6º do art. 226 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda n. 66/2010, ao dispensar o requisito de "prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos" para a obtenção do divórcio, não revogou a legislação civil.

2. Regramento ordinário preservado pela nova ordem constitucional, porquanto se mantém perfeitamente compatível com a modificação feita pela Emenda n. 66.

3. Recurso a que se dá provimento, para julgar improcedente o pedido inicial. (Apelação Cível nº 10028100013672001 – 00136720820108130028 (1), 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Áurea Brasil, Julgado em 20/09/2012)⁹¹.

APELAÇÃO CÍVEL - DIVÓRCIO CONSENSUAL - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - SEPARAÇÃO JUDICIAL - ABOLIÇÃO DO INSTITUTO - INOCORRÊNCIA - ARTIGO 40, §2º DA LEI 6.515/77 - NORMA COGENTE - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA - RECURSO PROVIDO.

A emenda constitucional de nº 66/2010 não suprimiu a necessidade de realização da audiência de conciliação para formalização do divórcio consensual, eis que não aboliu o instituto da separação judicial, permanecendo, por conseguinte, hígidos os dispositivos infraconstitucionais correlatos, inclusive o artigo 40, §2º, da Lei nº 6.515/77, norma de caráter cogente, cuja observância não se subordinada à discricionariedade do julgador.

⁹⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2011.015014-1**, Primeira Câmara de Direito Cível. Relator: Des. Joel Figueira Júnior. Florianópolis, 27 de jul. de 2011. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>> Acesso em: 10 out. 2012.

⁹¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10028100013672001 – 00136720820108130028 (1)**, 5ª Câmara Cível. Relator: Áurea Brasil. Belo Horizonte, 20 de set. de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=114&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=EC66&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique na lupa para pesquisar as referências cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 10 out. 2012.

(Apelação Cível nº 10105110037519001 – 00375196520118130105 (1), 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Afrânio Vilela, Julgado em 05/06/2012)⁹².

Contrariamente, para o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a separação foi excluída, sendo o divórcio a única forma de se pôr fim ao casamento. Esta Corte de Justiça entende que deve haver a aplicação imediata e eficácia plena da Emenda Constitucional 66/2010 com fundamento na economia e celeridade processual, conforme se depreende da jurisprudência que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS C/C ALIMENTOS PROVISÓRIOS - SENTENÇA QUE DECRETOU A SEPARAÇÃO JUDICIAL DO CASAL - PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO - POSSIBILIDADE - SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, QUE SUPRIMIU DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO A NECESSIDADE DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COMO CONDIÇÃO PARA A OBTENÇÃO DO DIVÓRCIO - SUPRESSÃO - EXPLICITAÇÃO EXISTENTE NO PREÂMBULO - INCONTROVÉRSIA - INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA ADEQUAÇÃO DO PEDIDO AO NOVO TEXTO DA NORMA CONSTITUCIONAL - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO – (Apelação Cível Nº 8. 835811-8, 12ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Clayton Camargo, Julgado em 04/04/2012)⁹³.

No mesmo sentido entende o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afirma que a separação não foi recepcionada com o advento da Emenda Constitucional 66/2010. Esta Corte de Justiça ensina que esta norma é de aplicação imediata e não exige nenhum requisito para o divórcio, seja de natureza subjetiva ou objetiva. Outrossim, entende este Tribunal de Justiça que basta a vontade de um dos cônjuges para ser decretado o divórcio, sendo incabível a discussão da culpa, conforme precedente que segue:

Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional n. 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos demais capítulos. Recurso provido. (Agravo de

⁹² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10105110037519001 – 00375196520118130105 (1)**, 2ª Câmara Cível. Relator: Afrânio Vilela. Belo Horizonte, 05 de jun. de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=64&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=ec66/2010&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique na lupa para pesquisar as referências cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 10 out. 2012.

⁹³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 8. 835811-8**, 12ª Câmara Cível. Relator: Clayton Camargo. Curitiba, 04 de abr. de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>> Acesso em: 10 out. 2012.

Instrumento nº 0357301-80.2010.8.26.0000 - 990.10.357301-3, 8ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Caetano Lagrasta, Julgado em 10/11/2010)⁹⁴.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme decisão a seguir entende que com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 a separação foi excluída como forma de acabar com o vínculo matrimonial, não cabendo, assim, nenhuma discussão acerca da legislação infraconstitucional.

APELAÇÃO. SEPARAÇÃO. DIVÓRCIO. CONVERSÃO. OBRIGAÇÕES. DESCUMPRIMENTO. ÓBICES. DESCARACTERIZAÇÃO. DEFERIMENTO. EMENDA 66/10. SENTENÇA. CONFIRMAÇÃO. RECURSO. DESPROVIMENTO. POSSÍVEL É A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO, MESMO ANTE O DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELAS PARTES, O QUE NÃO CONSTITUI ÓBICES PARA O DEFERIMENTO DA CONVERSÃO, MÁXIME APÓS A VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10. (Apelação nº 0037057-3/2003, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça da BA, Relator: Emilio Salomão Pinto Reseda, Julgado em 2011)⁹⁵

Por fim, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entende que o instituto da separação não mais existe no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, porquanto o poder constituinte reformador conferiu à referida Emenda Constitucional eficácia plena e aplicabilidade imediata, integral e direta. Outro fundamento para esta decisão são os princípios da celeridade e da economia processual, pois não há mais requisitos para serem cumpridos, evitando assim, a prática de diligências inúteis e a demora na prestação jurisdicional, tudo isso se verifica no precedente a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO DE CORPOS EM DIVÓRCIO. INÉPCIA DA INICIAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE NORMA DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. 1. Evidenciado que a exordial satisfaz todos os requisitos indispensáveis a provocar a jurisdição e a prolação do decism, não se vislumbrando nenhuma das hipóteses

⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0357301-80.2010.8.26.0000 - 990.10.357301-3**, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Caetano Lagrasta. São Paulo, 10 de nov. de 2010. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=25E3B528E2976574661D473833FD3BCF> > Acesso em: 10 out. 2012.

⁹⁵ BAHIA. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0037057-3/2003**, 5ª Câmara Cível. Relator: Emilio Salomão Pinto Reseda. Salvador, 2011. Disponível em: < http://www7.tjba.jus.br/template/popup_servicos.wsp?tmp.id=155 > Acesso em: 10 out. 2012.

enumeradas no art. 295, parágrafo único e seus incs. do CPC, não há falar em inépcia da petição inicial. 2. Inexiste sonegação do direito de defesa, materializada pela violação ao contraditório e ampla defesa por não oportunizada manifestação acerca de documento público (decisão liminar previamente concedida), cuja matéria já era conhecida, não traduzindo, portanto, em qualquer prejuízo à parte. 3. Supressão do requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos, com o advento da emenda constitucional n° 66/2010, que conferiu nova redação ao artigo 226, § 6° da CF/88. 4. Permissibilidade da pessoa casada ingressar com pedido de divórcio independentemente do tempo de separação, eis que prefalado instituto foi banido do ordenamento jurídico pátrio. 5. Constatado que o poder constituinte reformador conferiu à emenda n° 66/2010 eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, posto que dotada de todas as possibilidades de produzir seus efeitos jurídicos essenciais, desde sua entrada em vigor, incontroverso que aplicável, também, aos processos em tramitação. 6. Manutenção do decreto de divórcio em observância aos princípios da celeridade e economia processual, independentemente de observância de qualquer lapso temporal, ao fito de evitar diligências inúteis e morosidade na prestação jurisdicional. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n° 386504-39.2009.8.09.0051, 3ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça da GO, Relator: Stenka I. Neto, Julgado em 2011)⁹⁶.

Dessa forma, após a análise jurisprudencial acima exposta, verifica-se que existem divergências acerca da subsistência, ou não, do instituto da separação como forma de dissolução do vínculo matrimonial após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, a qual suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, conclusão esta unânime para todos os doutrinadores. Sendo assim, após a pesquisa jurisprudencial, passar-se-á a análise do foco do presente estudo, qual seja, a tomada de posição sobre o tema.

3.3 Tomada de posição: do pedido de divórcio x manutenção da figura da separação

Importante agora, levando em conta os posicionamentos doutrinários e o entendimento jurisprudencial acima exposto, concluir, se permanece, ou não, a separação como forma de dissolução do vínculo matrimonial após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, a qual

⁹⁶ GO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 386504-39.2009.8.09.0051**, 3ª Câmara Cível. Relator: Stenka I. Neto. Goiania, 2011. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoese&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>> Acesso em: 10 out. 2012.

suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos.

Inicialmente, impende destacar que a Emenda Constitucional 66/2010, alterou o artigo 226, § 6º⁹⁷ da Constituição Federal. Antes da referida Emenda Constitucional a redação do artigo mencionado era “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”. Após o advento da Emenda Constitucional 66/2010 a redação do dispositivo ficou assim “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Dessa forma, verifica-se que a Emenda Constitucional 66/2010, excluiu os requisitos que antes eram exigidos antes de decretar o divórcio, quais sejam, a prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos.

Feito o esclarecimento acima, mister seja feita uma análise dos fundamentos utilizados pelas duas correntes que surgiram após a referida Emenda Constitucional.

Um dos argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem que o instituto da separação permanece como forma de dissolução do casamento é que os artigos do Código Civil, do Código de Processo Civil, bem como das leis esparsas subexistem, mesmo após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, podendo assim os cônjuges optarem pela separação, posto haver embasamento legal pertinente ao pedido.

Um segundo argumento utilizado pelos doutrinadores que defendem a permanência da separação como forma de terminar com o vínculo matrimonial é que com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 apenas foi excluído os requisitos que eram exigidos a anteceder o divórcio, ou seja, a prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, logo, não foi excluído o instituto da separação e sim os requisitos anteriormente exigidos.

Outrossim, neste mesmo viés, vale ressaltar o posicionamento jurisprudencial que aludiu que a Emenda Constitucional 66/2010 não excluiu as regras de direito ordinário porque são compatíveis com a nova disposição. Logo, por si só a referida Emenda Constitucional não revoga

⁹⁷ Artigo 226, § 6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

tais dispositivos. A Emenda poderia revogar se houvesse incompatibilidade entre a lei e a Constituição Federal.

Ainda, para esta corrente, a permanência do instituto da separação como forma de dissolver o vínculo matrimonial não prejudica ninguém, apenas fica à disposição de quem quiser exercer esta opção, já que vivemos em um Estado democrático de Direito e as pessoas gozam de discricionariedade.

Todavia, para a corrente que defende que o instituto da separação foi excluído do ordenamento jurídico pátrio, um dos fundamentos utilizados é que, sendo a Constituição Federal a nossa Lei maior, não há discussão acerca deste assunto, prevalecendo o comando constitucional, restando, conseqüentemente prejudicado os dispositivos infraconstitucionais.

Ainda, entendem pelo fim do casamento de forma efetiva, simples, com tempo e custos menores, tendo em vista que é desnecessário os requisitos, da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, e com a garantia dos princípios da celeridade e da economia processual.

Dessa forma, possível atender com recomendável imediatidade e plena eficiência aos anseios dos cônjuges. O proveito de todos e o desafogo do judiciário também são benefícios que entende essa corrente de doutrinadores que a extinção da separação traz.

Por fim, o poder constituinte reformador conferiu à Emenda Constitucional 66/2010 eficácia plena e aplicabilidade imediata, integral e direta, conforme se depreende do entendimento jurisprudencial, noutro momento analisado, que também segue a corrente que defende a extinção da separação.

Feita esta junção de argumentos doutrinários e jurisprudenciais, tenho que a corrente que defende a permanência do instituto da separação como forma de dissolução do vínculo matrimonial, após o advento da Emenda Constitucional 66/2010 é a mais correta, tendo em vista que os argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem esta corrente possuem teor jurídico mais convincente durante a realização da pesquisa, posto que entendemos pela preservação da autonomia da vontade das partes quando do término do casamento, decisão esta de cunho estritamente pessoal.

CONCLUSÃO

Após a realização da presente pesquisa que teve como tema a análise da Emenda Constitucional 66/2010 que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal suprimindo o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, conclui-se a importância do estudo porquanto é um assunto de suma importância acadêmica e para a sociedade em que vivemos, posto que a dissolução do casamento é algo que acontece diariamente entre os casais nos dias de hoje.

Ao estudar a história do casamento e do divórcio percebe-se que toda a evolução ocorrida na sociedade com o decorrer dos tempos conduziram a relevantes alterações no Direito de família, no tocante a constituição do casamento bem como sua dissolução.

Em relação ao conceito de casamento depreende-se que não é permanente, pois varia com o decorrer dos tempos, sendo entendido como um contrato entre o casal com a finalidade de construir uma família, onde ambos tem deveres e direitos iguais. No tocante a natureza jurídica percebe-se que é um contrato especial porque decorre da natureza humana e não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial.

Outrossim, no decorrer da pesquisa, depreendem-se que existem diferenças entre a separação e o divórcio, entre elas, a possibilidade de casar-se novamente, o que ocorre apenas com os casais que optam pelo divórcio e o estado civil que, em caso de morte de um dos cônjuges, os separados são considerados viúvos e os divorciados continuam sendo divorciados.

Uma parte da presente pesquisa foi dedicada ao estudo dos princípios. Inicialmente, foi feita uma diferenciação entre princípios e regras, e posteriormente, realizando-se a conceituação dos princípios da autonomia da vontade, da igualdade e da solidariedade familiar. Sendo que o princípio da autonomia da vontade é mais utilizado no campo do Direito contratual, todavia, aplica-se por analogia ao Direito de família e, em especial ao casamento, devido à natureza jurídica híbrida do mesmo.

E, por fim, no terceiro capítulo da pesquisa fez-se uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da permanência, ou não, da separação como forma de dissolução do casamento após a alteração constitucional.

Cabe ressaltar que há divergências acerca deste tema, tendo a doutrina e a jurisprudência se dividido em duas correntes, uma que entende que a separação permanece e a outra entendendo que a separação foi extirpada do ordenamento jurídico com o advento da Emenda Constitucional 66/2010.

Por fim, optou-se pela corrente que defende a permanência da separação como forma de dissolver o casamento posto que tal prerrogativa não prejudica ninguém, apenas fica à disposição de quem quiser optar pela separação em vez do divórcio, já que vivemos em um Estado democrático de Direito e as pessoas gozam de discricionariedade.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos de. **A inviabilidade da manutenção da separação como requisito para o divórcio frente à autonomia privada**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=592>> Acesso em 11 abril 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0037057-3/2003**, 5ª Câmara Cível. Relator: Emilio Salomão Pinto Reseda. Salvador, 2011. Disponível em: <http://www7.tjba.jus.br/template/popup_servicos.wsp?tmp.id=155> Acesso em: 10 out. 2012.

BARROS, Karen Beatriz Taveira. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: o fim da separação de direito**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/845>> Acesso em 08 out. 2012.

BITTENCOURT, Ana Paula Gavioli; PAIVA, João Pedro Lamana. **As novas dimensões do divórcio e a Emenda Constitucional nº 66/2010: uma interpretação sistemática**. Disponível em <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15540:artigo-as-novas-dimensoes-do-divorcio-e-a-emenda-constitucional-no-662010-uma-interpretacao-sistemica-por-joao-pedro-lamana-paiva-e-ana-paula-gavioli-bittencourt-&catid=32:artigos&Itemid=12> Acesso em 18 de agos. 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 15 ago. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 25 jul. 2012.

BRASIL. Constituição, 1988. **Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010**. Dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm> Acesso em 20 set. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>> Acesso em 25 agos. 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil: As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

_____. **Novo curso de direito civil: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

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

_____. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 386504-39.2009.8.09.0051**, 3ª Câmara Cível. Relator: Stenka I. Neto. Goiania, 2011. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoese&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>> Acesso em: 10 out. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de família**. São Paulo: RT, 2005. v. 5.

LISBOA. Roberto Senise. **Manual de direito civil: Direito de Família e Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10028100013672001 – 00136720820108130028 (1)**, 5ª Câmara Cível. Relator: Áurea Brasil. Belo Horizonte, 20 de set. de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=114&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=EC66&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique na lupa para pesquisar as referências cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 10 out. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10105110037519001 – 00375196520118130105 (1)**, 2ª Câmara Cível. Relator: Afrânio Vilela. Belo Horizonte, 05 de jun. de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=64&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=ec66/2010&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique na lupa para pesquisar as referências cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 10 out. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil 2: Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Dierle; RODRIGUES Júnior, Walsir Edson. Emenda Constitucional nº 66 e a possibilidade jurídica do pedido de separação judicial e de separação extrajudicial. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 18, out./nov. 2010.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **Divórcio: fim da separação judicial?** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/EC%2066_2010%20Divórcio%2023_12_2011.pdf> Acesso em 08 out. 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 8. 835811-8**, 12ª Câmara Cível. Relator: Clayton Camargo. Curitiba, 04 de abr. de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar> > Acesso em: 10 out. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio, o direito intertemporal. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 17, ago./set. 2010.

RABELO, César Leandro de Almeida. **Separação e a Emenda Constitucional nº 66/2010: incompatibilidade legislativa**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Separação%20EC%2066_2010.pdf> Acesso em 08 out. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70045892452**, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 9 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70049258817**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 01 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 9 out. 2012.

RODRIGUES, Cassiano Garcia. **Regras e Princípios**. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/webfiles/producao/GP/artigos/20090211134929.pdf>> Acesso em 25 julho 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2011.015014-1**, Primeira Câmara de Direito Cível. Relator: Des. Joel Figueira Júnior. Florianópolis, 27 de jul. de 2011. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do> > Acesso em: 10 out. 2012.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio: Cedo para comemorar**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso em 02 nov. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0357301-80.2010.8.26.0000 - 990.10.357301-3**, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Caetano Lagrasta. São Paulo, 10 de nov. de 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=25E3B528E2976574661D473833FD3BCF> > Acesso em: 10 out. 2012.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2 ed. rev. e atual . Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SHÄFER, Gilberto. **A redação dada pela emenda constitucional 66, de 2010**. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?option=com_content&view=article&id=333:a-redacao-dada-pela-emenda-constitucional-66-de-2010&catid=80:artigos&Itemid=63> Acesso em 16 agos. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÕES, Tiago Felipe Vargas. **A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a nova regra do divórcio**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>> Acesso em 25 agos. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.