

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Géssica Dal Ponte

O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL FRENTE À  
EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Casca  
2012

Géssica Dal Ponte

O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL FRENTE À  
EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Monografia 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 a orientação da professora Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca  
2012

À minha família pelo amor, carinho, apoio e compreensão em todos os momentos e por oportunizar a realização de um sonho.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, por oportunizar a concretização de um sonho. Pelo amor, carinho, apoio e compreensão.

A Deus, pelo dom da vida e pela transformação da realidade em um sonho que se renova a cada amanhecer.

À professora orientadora, Me. Nadya Regina Gusella Tonial, pelo incentivo no desenvolvimento da pesquisa, pela força e segurança que me transmitiu e principalmente pela amizade.

Às colegas Cristiane e Eliane, pelo companheirismo nas horas de estudo e pelos momentos de alegria compartilhados.

Ao namorado, Alessandro Cardias Dal Molin, pelo amor e carinho dedicados e por ter compreendido minha ausência nos momentos de estudo.

A todos que, de alguma forma, participaram do desenvolvimento deste trabalho.

“É sempre amor mesmo que acabe  
Com ele onde quer que esteja  
É sempre amor mesmo que mude  
É sempre amor, mesmo que alguém esqueça o que  
passou.”

(Carlinhos Carneiro-Rodrigo Pilla)

## RESUMO

O presente estudo constitui-se na análise da Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal, com vistas a apreciar a aplicabilidade ou não da separação judicial após sua supressão no texto da Lei Maior. Como consequência, a alteração causou grande divergência em relação à possibilidade de ser realizado diretamente o divórcio, sem a necessidade da separação judicial, dividindo a doutrina em correntes opostas. Assim, de uma perspectiva constitucional, aborda-se o novo regime da separação e do divórcio, tendo como marco teórico o princípio da liberdade e da autonomia privada, preceituando a proibição de qualquer pessoa, seja de direito público seja privado, interferir no poder decisório de uma família. Tudo isso, visto sob um viés dialético e hermenêutico, com intuito de pensar as contradições da Emenda Constitucional n. 66/2010 através da análise dos diversos fatores que a compõe, usando o procedimento documental e o estudo de caso da Comarca de Casca. Constata-se que a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 66/2010, por si só, não possui o condão de retirar do ordenamento jurídico a separação de direito, traduzindo-se em mera recomendação à aplicabilidade do divórcio direto, possibilitando que as partes requisitem a separação, de forma rápida e sem prazos previstos na lei ordinária com fundamento na autonomia privada e como forma de respeito à dignidade da pessoa humana.

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

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 O CASAMENTO NO SISTEMA JURÍDICO ATUAL .....</b>	<b>9</b>
1.1 Evolução dos modelos familiares e sua repersonalização .....	9
1.2 O casamento civil à luz dos princípios constitucionais .....	16
1.3 A validade e os efeitos do casamento .....	20
<b>2 DO TÉRMINO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....</b>	<b>26</b>
2.1 A separação judicial no Código Civil de 2002 .....	26
2.2 O divórcio e sua regulamentação infraconstitucional.....	34
2.3 Os efeitos decorrentes da separação judicial e do divórcio .....	40
<b>3 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 E SEUS REFLEXOS SOBRE O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL .....</b>	<b>46</b>
3.1 A alteração constitucional do divórcio e sua aplicação na Comarca de Casca .....	46
3.2 A existência da separação judicial frente à emenda constitucional n. 66/2010.....	52
3.3 A inexistência da separação judicial frente à emenda constitucional n. 66/2010 .....	60
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>70</b>
<b>ANEXO A – Entrevista à magistrada da Comarca de Casca .....</b>	<b>75</b>
<b>ANEXO B – Levantamento de dados na Comarca de Casca .....</b>	<b>78</b>
<b>ANEXO C – Levantamento de dados no Tabelionato de Notas de Casca .....</b>	<b>82</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a novel sistemática introduzida pela Emenda Constitucional n. 66/2010 que alterou a redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal, estabelecendo o divórcio como única forma de término de casamento, bem como suprimindo os prazos antes necessários para que o mesmo fosse decretado.

Desse modo, justifica-se o estudo do tema proposto em face da questionável modificação do término do casamento introduzida pela Emenda Constitucional n. 66/2010, na medida em que vigora o divórcio como regra e a separação de direito como exceção. Assim, percebe-se que o casamento, antes indissolúvel, hoje é desfeito com facilidade, momento que a sociedade e o próprio direito têm como valor maior o respeito à pessoa. Logo, não existe fundamento em dificultar a dissolução de um casamento em que não exista mais o afeto entre os cônjuges.

Objetiva-se, nesta pesquisa, observar a existência ou não da figura da separação de direito diante da Emenda Constitucional n. 66/2010, verificando sua coexistência com o divórcio direto bem como analisando os motivos que levaram o legislador a realizar a alteração no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal. Quer-se examinar o alcance dessa modificação com as consequências provocadas por ela, tanto na doutrina, quanto na prática. Busca-se, ainda, revelar a atuação prática na aplicação do objeto da Emenda Constitucional, através da análise dos dados levantados na Comarca de Casca/RS, bem como demonstrar a possibilidade de ser realizada a separação judicial ou extrajudicial após a modificação do texto constitucional.

Nesta senda, percebe-se que a problemática envolvendo o texto alterado pela Emenda Constitucional n. 66/2010 encontra divergência na doutrina e na prática, ocasionando a divisão do assunto em correntes opostas, cada qual tratando o texto do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, à sua maneira e mediante elementos de convicção próprios. Nota-se, ainda, grande divergência acerca da possibilidade de ser realizada a separação, seja judicial, seja extrajudicial, após sua supressão do texto constitucional. Questiona-se então: a Emenda Constitucional n. 66/2010, que modificou a redação do artigo 226, § 6º da Constituição Federal, manteve a figura da separação judicial como forma de término do casamento?

Para responder a questão, utilizam-se, conjuntamente, os métodos de abordagem hermenêutico, com objetivo de buscar a compreensão da Emenda Constitucional pela

interpretação de diversos fatores, e o dialético, com objetivo de interpretar a norma de forma dinâmica, pensando as contradições do ordenamento jurídico e debatendo, através de opiniões opostas, a realidade que está em constante alteração. Os métodos de procedimento são o documental, pela análise da doutrina a respeito do assunto, bem como o estudo de caso verificando a realidade do tema proposto na Comarca de Casca. Assim, para realização do trabalho, utiliza-se leitura e pesquisa bibliográfica e também pesquisa de campo com levantamento de dados e posições.

O estudo tem como marco teórico a autonomia privada e encontra-se dividido em três capítulos, tratando sobre: o casamento no sistema jurídico atual; o término da sociedade conjugal; e a Emenda Constitucional n. 66/2010 e seus reflexos sobre o instituto da separação judicial. Assim, primeiramente, aborda-se a evolução dos modelos familiares e sua consequente visão sob um viés constitucional e despatrimonializado. Por fim, estuda-se o casamento civil à luz dos princípios constitucionais que o regem, evidenciando sua validade e seus efeitos.

Em um segundo momento, provoca-se o estudo em relação ao término da sociedade conjugal, analisando os efeitos que decorrem da separação judicial e do divórcio. Ainda, destaca-se a regulamentação da separação e do divórcio no Código Civil de 2002.

O terceiro e último capítulo busca elucidar a divergência trazida pela Emenda Constitucional através da análise dos motivos que fundamentam a sua origem. Na sequência, analisa-se a aplicabilidade da Emenda Constitucional na Comarca de Casca, por meio de dados judiciais e extrajudiciais. Por derradeiro, ainda no último capítulo, analisam-se as opostas correntes doutrinárias que se formaram em torno do objeto da Emenda, discutindo a existência ou não da separação judicial frente à Emenda Constitucional n. 66/2010.

Cabe afirmar, entretanto, que o presente estudo não tem por objetivo esgotar o assunto, na medida em que o tema exige maior reflexão para demonstração de outras questões que envolvem a análise da Emenda Constitucional n. 66/2010. Busca-se então, incentivar a realização de novos estudos sobre a matéria em questão.

## 1 O CASAMENTO NO SISTEMA JURÍDICO ATUAL

A família apresenta-se como forma estruturadora da sociedade moderna, tornando-se a base das relações sociais. Essa estrutura, criada em tempos mais remotos, hoje se apresenta por vários modelos e sofre mudanças consideráveis, evoluindo na forma e na sua composição, bem como na conduta dos seus membros.

A evolução da sociedade, em geral, vem acompanhada das transformações no seio familiar. Desde os primórdios, destarte, houve íntima ligação entre a sociedade e a família. Essas transformações possuem relação com a vida social, política e religiosa de cada época, logo, o modelo de família atual reflete a realidade do Estado e da sociedade.

A família sempre foi núcleo básico da humanidade, sendo essencial para uma formação emocional do homem. E, atualmente, é considerada o centro da sociedade, merecendo proteção do Estado e levando consigo a dignidade da pessoa humana como principal fundamento.

### 1.1 Evolução dos modelos familiares e sua repersonalização

A estrutura das famílias, com o decorrer dos anos, sofreu e ainda sofre diferentes transformações na sua forma e composição. Foi necessária uma adequação do direito no sentido de acompanhar as novas concepções familiares que se formaram ao longo do tempo.

No direito romano, o regime familiar apresentava-se rigorosamente patriarcal<sup>1</sup>, os descendentes de um chefe de família a ele ficavam submetidos. Esse patriarca<sup>2</sup> detinha todo o poder sobre os componentes do grupo familiar inclusive e principalmente sobre a mulher<sup>3</sup> que, na época, não tinha voz ou poder. (MATIELLO, 1998, p. 12).

---

<sup>1</sup> Este regime patriarcal não surgiu como inovação, uma vez que em tempos mais antigos este modo de coordenação e de convivência social já existia, ou seja, a concentração dos poderes por parte do homem no comando do lar e o rigoroso regime em que a mulher e os filhos permaneciam subordinados aos comandos do varão. (MATIELLO, 1998, p. 12).

<sup>2</sup> “O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes.” (WALD, 2000, p. 09).

<sup>3</sup> A mulher, no direito romano, apresentava-se como coadjuvante na relação familiar, ficando submetida sempre ao poder do homem, o patriarca, que comandava em absoluto. Quando jovem, ficava submetida ao poder de seu pai, verificando assim o parentesco de cognação, e após o casamento submetia-se ao marido, agora chefe de sua família, verificando o parentesco

Nesse período, formou-se uma visão familiar de unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, em que o patrimônio, inicialmente uno, era destinado ao uso de toda família, porém administrado somente pelo chefe. Esse patrimônio evoluiu, posteriormente, para patrimônios individuais, mas ainda assim administrados pelo seu patriarca, que cada vez mais se firmava como autoridade e expositor de deveres (WALD, 2000, p. 09).

Desse modo, observa-se que a estrutura familiar<sup>4</sup> formava um Estado em miniatura, tendo um chefe que ditava ordens enquanto os demais se submetiam ao seu poder em todos os âmbitos e situações que pudessem acontecer. (MATIELLO, 1998, p. 12).

Com a evolução dessa civilização, a severidade existente e as regras ora impostas foram sendo atenuadas pela necessidade de mudança, bem como pela criação de patrimônios e de sociedades mais autônomas. Passou a existir uma visão mais cristã no direito romano, em que as diferenças foram desaparecendo e a preocupação maior passou a ser a moralidade de cada um e de cada entidade. (GONÇALVES, 2009, p. 15).

Após, destaca-se a noção de família no direito canônico como um ato sagrado, formado pelo casamento que, uma vez realizado sob as bênçãos de Deus, não podia ser dissolvido, tornado homem e mulher uma só carne. (WALD, 2000, p. 13). Essa mesma tese foi defendida em muitos concílios<sup>5</sup>, fortalecendo a ideia de indissolubilidade absoluta do matrimônio e da figura proibida do divórcio. (CAHALI, 1995, p. 26).

A possibilidade de separação para essa concepção de família surgiu posteriormente e só era realizada diante de autoridade religiosa superior, nos casos em que havia o adultério, a heresia, dentre outros problemas que tornassem impossível a vida a dois. (WALD, 2000, p. 15).

A partir de então passou a haver uma evolução, mesmo que mínima, de que o casamento, em hipóteses determinadas, pudesse ser dissolvido. Tal aspecto abriu espaço para novas visões e para avanços no rompimento no vínculo matrimonial.

---

por agnação. A agnação vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneas, que é o filho natural e o filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo. A agnação era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra. Com o passar dos anos e a mudança no regime de vida nessa época, a mulher começou a ganhar mais espaço, porém ainda submetida aos poderes de um chefe, mas com o mínimo de autonomia. (WALD, 2000, p. 12).

<sup>4</sup> No direito romano a justiça era feita pelo chefe da família administrando-a dentro dos limites de sua casa, dando origem a formação de uma entidade política, mesmo que ainda não explícita. Verifica-se que nesta época a família configurava-se como uma unidade política, em que a reunião dos chefes, apresentava a figura do Senado. (WALD, 2000, p. 10).

<sup>5</sup> Concílio é a: “Assembléia de prelados católicos em que se tratam assuntos dogmáticos, doutrinários ou disciplinares. Reunião de toda uma igreja cristã, pela convocação de uma representação determinada, para definir e deliberar sobre pontos atinentes à missão que lhe é própria. [...]” (FERREIRA, 1999, p. 520).

Na sequência, em virtude de acordo entre Estado e Igreja, o casamento conseguiu ganhar nova leitura, momento que foi permitido coexistir, assim, o matrimônio civil e o religioso. Esse primeiro passou a dominar a concepção leiga de casamento. Entretanto, conservou todos os conceitos básicos de família deixados pela doutrina da Igreja, que ainda hoje se encontram presentes no direito brasileiro. (WALD, 2000, p. 17).

Nesta senda, o formato hierárquico foi cedendo lugar a uma democratização, transformando as relações familiares em objetos de igualdade e respeito mútuo. O que se passa a valorar é o traço fundamental do afeto, inserido cada vez mais profundamente, no ambiente de convivência dos membros familiares. (DIAS, 2007, p. 29). Logo, na visão moderna, tem-se o afeto como função básica das famílias, elemento que aproxima a instituição jurídica da instituição social, transformando a intimidade entre o casal em um valor. (LÔBO, 2011, p. 20).

Entendendo, portanto, a figura do afeto como um valor, compreende-se que a falta dele levou a um considerável aumento do número de divórcios, tornando-se permitido para que houvesse a dissolução do casamento. Também, as uniões dos casais que não são feitas pelo casamento passaram a ser aceitas, não tendo mais o matrimônio lugar exclusivo sob o prisma social e jurídico. (VENOSA, 2005, p. 22).

Assim, a qualificação de família como legítima e ilegítima<sup>6</sup> não tem mais lugar na visão moderna, pois apresentam-se outros tipos de entidades familiares, ou seja, a família constituída através do casamento, da união estável<sup>7</sup> ou até mesmo por um dos genitores somente e seus filhos. (MONTEIRO, 2011, p. 28).

Dentre esses novos modelos familiares destaca-se a união estável<sup>8</sup>, que transformou-se em instituto frequentemente usado para formação da família, conferindo aos companheiros direitos iguais aos concedidos ao cônjuge, evidenciando que a família, considerada como base da sociedade, não mais pode ser conceituada como originária apenas do casamento. (WALD, 2000, p. 30).

---

<sup>6</sup> Na antiguidade, famílias legítimas e ilegítimas seriam aquelas constituídas respectivamente através do casamento e da relação estranha a ele. Essa distinção não mais prospera no direito brasileiro uma vez que encontra-se ultrapassada. (MATIELLO, 1998, p. 15).

<sup>7</sup> Artigo 266, § 3º da Constituição Federal de 1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>8</sup> “A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento. É um estado de fato, que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia”. (LÔBO, 2011, p. 168).

Diante dessa evolução temporal, constata-se a queda progressiva da estrutura familiar formada pelo casamento, como entidade familiar. Atualmente, a formação das famílias mudou e mais de metade dos casais vive em outros tipos de entidades conjugais, o que indica uma mudança relevante com a visão antiga. (LÔBO, 2011, p. 22).

Na realidade atual a intervenção estatal passou a ser observada em atos que envolvem a vida familiar, principalmente com relação aos filhos. Essa aproximação retrata alterações na família e revela uma preocupação maior com a formação da criança, podendo e devendo, se necessário, intervir para livrar as mesmas de influências nefastas que possam sofrer junto aos pais. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 22).

Porém, é preciso demarcar os limites dessa intervenção para que as normas estabelecidas não influenciem e nem privem as pessoas de sua vida particular e não vinculem seus atos a uma robotização, vislumbrando somente as imposições estatais. É preciso analisar a intervenção do Estado como forma fiscalizadora apenas e menos interventora, deixando que as famílias se desenvolvam e convivam livremente aos olhos e proteção do Estado. (DIAS, 2007, p. 30).

Assim, é evidente a evolução sofrida pelas entidades familiares, em um comparativo com a visão anteriormente vivida e a realidade moderna, ficando perceptível que essa mudança trouxe melhorias e avanços capazes de tornar mais fácil a formação das famílias nos dias atuais. Nessa linha, a constitucionalização do direito de família representou significativo avanço social e jurídico, elevando a proteção desse sagrado instituto ao patamar máximo do ordenamento jurídico.

O direito civil, portanto, passou a ser protegido constitucionalmente, trazendo maiores garantias às pessoas que agora são vistas como ser humano e não mais pelo seu patrimônio, somente. Preceitos e mudanças trouxeram certa evolução a assuntos que antes não tinham qualquer regulamentação na Carta Maior.

A partir da intervenção estatal na vida econômica e social das pessoas tornou-se perceptível que mudanças ocorreram no âmbito jurídico<sup>9</sup>, afetando, principalmente, o direito civil. O Estado passou a agir de forma imperativa, protegendo determinados direitos na Constituição Federal. (NETO, 2006, p. 31).

---

<sup>9</sup> “Em suma, não havia uma constitucionalização do direito civil; o que ocorria era o tratamento pela Constituição Federal de institutos de direito civil, sendo que a unidade hermenêutica, com a interpretação das regras de direito civil de acordo com os princípios constitucionais, não tinha, como não pode ter, o condão de retirar a autonomia desse ramo do direito.” (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 25-26).

Diante da necessidade de inserir um caráter fundamental às regras do direito civil e uma garantia maior as mesmas, foi necessária uma proteção superior, inserindo-as na Constituição Federal, o que gerou a constitucionalização do direito civil. (LORENZETTI, 1998, p. 253).

Desse modo, antes da constitucionalização, as famílias eram vistas de forma individualista, com as mesmas concepções e formas, baseadas nas sociedades matrimoniais. Após esse fenômeno, afastou-se essa visão e as normas existentes no direito de família passaram a ter por fundamento a norma constitucional<sup>10</sup>. (DIAS, 2007, p. 36).

É necessário frizar, no entanto, que as normas inseridas no texto constitucional alteraram o conteúdo das matérias abordadas, atendendo as exigências da sociedade brasileira na época. A família, antes hierarquizada, passou a tomar forma igualitária no seu plano interno e deixou de ter o perfil codificado de constituir-se unicamente pelo casamento, passando a ter uma visão plural quanto a sua origem. (RAMOS, 1998, p. 10).

No Código Civil anterior, elementos como o consenso, a solidariedade e o respeito à dignidade<sup>11</sup> das pessoas não tinham qualquer proteção. Com a constitucionalização, apresentaram-se como fundamento de uma imensa mudança, sendo regulamentados de forma expressa na Constituição Federal<sup>12</sup>. (LÔBO, 2011, p. 33).

A Constituição Federal, dessa maneira, alcançou os temas sociais juridicamente relevantes, buscando sua proteção e a garantia de sua efetividade. Tais assuntos, antes sem qualquer proteção, foram elencados de forma expressa na Carta Magna, sendo protegidos e garantidos. (DIAS, 2007, p. 36).

Procedeu, a Constituição Federal de 1988, um grande alargamento no modo de ver as famílias, trazendo, principalmente, igualdade entre os cônjuges para praticar livremente os atos de disposição e de administração de suas profissões e afastando o ideal de que a mulher era simples colaboradora do marido na administração familiar. (DIAS, 2007, p. 36).

---

<sup>10</sup> Houve uma maior proteção ao direito de família, agora protegido constitucionalmente. “A norma constitucional deixa de ser uma regra que unicamente continha elementos de Direito Público para se referir também às relações entre os particulares.” (LORENZETTI, 1998, n. 254).

<sup>11</sup> “A repersonalização traz a tona que o conceito de pessoa humana é aberto, sendo composto, por um lado, por fatores biológicos que determinam sua inclusão na espécie humana e, por outro lado, pela especificidade de pertencer a uma realidade familiar, social, política e econômica que lhe é própria, a qual evolui e se modifica a cada momento histórico.” (TONIAL, 2009, p. 78).

<sup>12</sup> Artigo 226 e parágrafos da Constituição Federal de 1988: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Nesta senda, inovou incluindo a união estável em seu texto<sup>13</sup> como modalidade de relação familiar. Esta não se coaduna com a mera eventualidade na relação, ombreia-se ao casamento em termos de reconhecimento jurídico, firmando-se como forma de família, protegida constitucionalmente. (STOLZE; GAGLIANO, 2012, p. 428).

Da mesma forma, proclamou que a família é a base da sociedade, evidenciando assim a proteção a essa entidade. A constitucionalização das famílias trouxe liberdade, justiça e solidariedade como valores que fundam as famílias atuais, e dão lugar a uma concretização da dignidade da pessoa humana e o respeito a cada um de seus membros. (LÔBO, 2011, p. 36).

O fenômeno da constitucionalização do direito de família desencadeou a repersonalização do direito civil, dando à dignidade da pessoa humana um lugar de destaque, tornando-a mais importante do que as relações patrimoniais. (LÔBO, 2011, p. 22). A repersonalização mudou a forma de vislumbrar o sujeito, deixando de ser mero detentor de direitos para uma análise da sua dignidade. (TONIAL, 2009, p. 67).

Observa-se que o patrimônio foi o centro formador das relações jurídicas privadas levando a sociedade a ser valorada pelo que produzia e pelos bens que possuía. Tal concepção fez com que o homem fosse visto como um conjunto de bens, deixando de analisar seu caráter e sua dignidade. Esse fato exigiu que houvessem mudanças no sentido de tornar o homem um ser mais digno, sendo visto pela análise de seu íntimo e não de suas posses. E a repersonalização trouxe o processo de despatrimonialização do direito civil, não com o intuito de excluir o conteúdo patrimonial do direito, mas para que o sistema econômico funcionasse, direcionado para produzir a dignidade da pessoa humana. (RAMOS, 2000, p. 16).

Até então, a propriedade e o patrimônio<sup>14</sup> formavam a essência do indivíduo e seus bens eram analisados e considerados uma extensão da personalidade. Se não possuíssem bens, possuíam a força de trabalho e essa força passava a ser uma extensão da propriedade desse indivíduo. Vigorava o patrimonialismo, os bens do sujeito, deixando de lado o valor maior da dignidade da pessoa humana. (FACHIN; RUZIK, 2003, p. 92).

Tal dignidade passou a representar o fundamento do Estado com a Constituição Federal de 1988. A pessoa humana começou a ser vista no ordenamento jurídico como centro formador da sociedade, merecendo ser amparada e receber os meios necessários para o seu

---

<sup>13</sup> Artigo 266, e § 3º da Constituição Federal de 1988: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>14</sup> Houve uma superioridade do patrimônio inserido com centro das relações pessoais, por ele era conhecido e dele advinham todas as suas relações com objetos exteriores. Somente diante dele se poderia exercer direitos e este era considerado o seu poder jurídico de forma absoluta. (CUNHA, 2002, p. 237).

desenvolvimento pleno, como forma de construir uma sociedade mais justa e igualitária. (TONIAL, 2009, p. 67).

Enfim, a pessoa foi vista pelo ser. A visão de ter que existia nas disposições do Código Civil, determinada, principalmente, na propriedade, perdeu valor e passou a ter caráter meramente complementar. Logo, a preocupação com o patrimônio não encontra mais lugar na nova visão social, em que os interesses de cunho pessoal se tornam relevantes diante das relações de patrimônio. (MEIRELLES, 1998, p. 11).

Essa concepção de sociedade humana e não patrimonializada<sup>15</sup> foi adotada pelo Código Civil de 2002<sup>16</sup>, promovendo a repersonalização do direito civil, trazendo o homem para o centro do ordenamento jurídico, afastando a concepção de patrimônio como objeto formador de personalidade, elegendo a pessoa humana como objeto central do direito brasileiro.

Dessa maneira, a repersonalização do direito civil trouxe uma nova forma de pensar a família e a sociedade, inserindo-a no ordenamento jurídico valorizado sua essência por meio do respeito à dignidade. Assim, atualmente, a família funda-se na solidariedade, na cooperação, respeito e afeto de cada membro do grupo familiar. (LÔBO, 2011, p. 27).

Tais fenômenos, tanto na repersonalização quanto da constitucionalização do direito trouxeram avanços a partir da garantia constitucional conferida à direitos essenciais, bem como uma modificação na forma de ver a sociedade, analisando o direito e seu sujeito de forma despatrimonializada e humanizada, estabelecendo direitos e garantias, visando a humanização da forma de viver da sociedade.

---

<sup>15</sup> “O patrimônio deixou de estar no centro do direito civil e passou-se a considerar de forma mais ampla a dignidade da pessoa humana, dando valor ao direito de personalidade de cada um, do homem inserido em si mesmo. O despatrimonializar do direito civil trouxe como consequência o maior relevo à pessoa humana.” (NETO, 2006, p. 33-34).

<sup>16</sup> “O Código Civil de 2002, apesar de apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte a presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o imóvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”.” (LÔBO, 2011, p. 24).

## 1.2 O casamento civil à luz dos princípios constitucionais

O casamento, base das famílias, é um dos institutos mais importantes do direito privado. É estruturador da sociedade, organizando-a de forma moral, social e cultural. Assim, funda-se na união entre um homem e uma mulher, visando o auxílio mútuo entre os mesmos, de modo que a partir de sua integração possa constituir-se uma família.

Conceitualmente, trata-se de um ato jurídico solene, mediante o qual um homem e uma mulher constituem uma família, de acordo com sua livre manifestação de vontade, amparado pelas garantias proporcionadas pelo Estado. O que o torna peculiar é a formalidade que envolve todo esse instituto, sendo que sua eficácia depende da implementação do requisito próprio do registro público, que é exclusivamente civil. Diferencia-se das demais entidades formadoras das famílias por elas poderem ser constituídas de forma livre, como fatos sociais aos quais o direito empresta consequências jurídicas. (LÔBO, 2011, p. 100).

Como base no ambiente familiar verifica-se a dignidade da pessoa humana,<sup>17</sup> princípio indispensável ao desenvolvimento do lar e formador de um grupo familiar organizado e hierarquizado focado cada vez mais na afeição entre seus componentes. (DINIZ, 2005, p. 22).

É, sem dúvida, o princípio macro, de onde se irradiam os demais. De grande complexidade de entendimento e de difícil compreensão em palavras, engloba o valor nuclear da ordem constitucional, (DIAS, 2007, p. 59) representando o princípio orientador de todas as relações familiares. (SEREJO, 2004, p. 07).

Assim, a dignidade é instrumento indispensável para que se possa criar na família um alicerce, elegendo o respeito aos mesmos, como princípio de valor inestimável do qual se retira a força necessária para que se possa construir uma família sólida.

Diante disso, verifica-se a dignidade da pessoa humana como princípio de garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar, mesmo que por muitas vezes, a dura realidade da vida não permita que princípio tão importante possa ter sua efetividade plena e concreta para proporcionar o mínimo de decência necessária. (LÔBO, 2011, p. 62).

A proteção da dignidade da pessoa humana se faz necessária em todos os tipos de entidades familiares e encontra, na base do lar, lugar apropriado para fazer surtir seus efeitos,

---

<sup>17</sup> Artigo 1º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]”.

protegendo constitucionalmente a família, independentemente de sua origem. (DIAS, 2007, p. 59).

Ressalta-se que a defesa da dignidade se manifesta pelo princípio da igualdade, não permitindo que haja qualquer distinção ou discriminação entre as pessoas, estabelecendo direitos iguais entre todos os cidadãos, visto que todos são iguais perante a lei.<sup>18</sup> (MORAES, 2006, p. 120).

Logo, na família, o princípio da igualdade trouxe profunda transformação, colocando a figura do homem e da mulher em paridade na tomada de decisões. Revela-se de grande importância por retirar a autocracia que cabia ao chefe da família, fazendo-o ficar em posição de coordenação e tornando o ambiente familiar um lugar de tomada de decisões em comum acordo entre cônjuges ou conviventes. (DIAS, 2005, p. 18).

Desse modo, o poder que exercia o marido de decidir somente por sua convicção, cedeu lugar a uma autoridade conjunta, exercida pelo homem e pela mulher em pé de igualdade, não mais sendo justificável a submissão diante das decisões do marido. Observa-se que frente a esse princípio há uma equivalência de papéis e a tomada de decisões deve ser dividida igualmente. (DINIZ, 2005, p. 19).

O princípio da igualdade, previsto no § 5º do artigo 226 da Constituição Federal, também leva a analisar as diferenças existentes entre os componentes do grupo familiar e dos próprios modelos familiares. Assim, vê-se que homem e mulher são diferentes, as entidades familiares são diferentes e esse princípio traz a convicção de que mesmo diante das diferenças deve prevalecer a igualdade em face do respeito devido ao gênero humano.

Todavia, essa igualdade não apaga a diferença biológica entre os gêneros, pois o grande objetivo é considerar saudáveis as diferenças que, indubitavelmente, ficam evidenciadas entre o homem e a mulher. Logo, não deve a mulher ter tratamento diferenciado para que possa ser invocada a igualdade entre os cônjuges; é preciso que se reconheçam as diferenças. (DIAS, 2007, p. 63).

---

<sup>18</sup> Artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988: “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: [...]”

Há necessidade de concretização da igualdade substancial<sup>19</sup>, que exige que os desiguais sejam tratados em conformidade com a sua desigualdade para então buscar uma igualdade de direitos. (MORAES, 2006, p.121).

Também, destaca-se o princípio da liberdade, ou seja, o livre poder de escolha, de tomada de decisões, a autonomia conferida aos cônjuges para decidir dentro de suas convicções.

O princípio da liberdade floresceu na relação familiar e passou a assegurar direitos antes não permitidos.<sup>20</sup> Diante dele verificou-se a possibilidade de dissolver os casamentos mal sucedidos, bem como, após esse passo, constituir nova entidade familiar. (DIAS, 2007, p. 60).

A liberdade tomou forma e pôde permear o ambiente das famílias de maneira significativa, pela Constituição Federal de 1988, que permitiu constituir uma família, mesmo que não fosse fundada no casamento, sem qualquer imposição por parte do direito público ou privado. O Estado parou de interferir diretamente na vida das famílias, atuando apenas para propiciar recursos ao exercício dos direitos e das decisões tomadas por quem faz parte do ambiente familiar. (DINIZ, 2005, n. 22).

Assim, tal princípio visa coordenar, organizar, e limitar as liberdades da coletividade, para conseguir proporcionar as liberdades individuais. Só existirá liberdade se coexistir com a igualdade. A ausência dessa resultará na dominação, momento que estarão às pessoas sujeitas a comandos, desaparecendo a liberdade. (DIAS, 2007, p. 62).

A necessidade de igualdade entre os membros da família conduz ao princípio da solidariedade familiar, criando um vínculo de sentimento e proporcionando que os componentes se completem em uma oferta de ajuda, apoiando-se com similaridade nos interesses que são coletivos da família. (LÔBO, 2011, p. 62).

A solidariedade é assegurada constitucionalmente quando menciona em seu preâmbulo uma sociedade mais fraterna, em que cada um deve ao outro atitudes de ajuda recíproca, servindo o elemento ético como fonte da família. Da mesma forma, a lei

---

<sup>19</sup> Artigo 226 § 5º da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

<sup>20</sup> Não era admitido que seus membros pudessem tomar livremente suas decisões para prática de qualquer ato, se este contrariasse o modelo de sociedade da época, que era o patriarcal. “[...] a mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos menores estavam submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. [...]” (LÔBO, 2011, p. 69).

civil<sup>21</sup> garante o princípio da solidariedade ao dispor em seu texto que o casamento civil estabelece plena comunhão de vidas. (DIAS, 2007, p. 63).

A solidariedade no núcleo familiar deve ser entendida como reciprocidade entre os companheiros, principalmente quando se tratar de assistência moral e material com relação aos filhos. Assistência solidária em relação aos mesmos até sua idade adulta, mantendo, educando, amparando, para garantia de uma boa formação social. Tais valores são a base da formação de uma pessoa, pois o interesse e auxílio mútuos são essenciais para formação e estruturação familiar. (LÔBO, 2011, p. 65).

Assim, mais do que prestar assistência aos membros do ambiente singular em sua formação, a solidariedade compreende o dever de reciprocidade em relação aos alimentos e ao sustento dos filhos. Essa obrigação alimentar representa a concretização do princípio, uma vez que formada uma família, ambos deve ajudar a prover o sustento dos frutos dessa união. Dessa forma, tem-se na solidariedade familiar um alicerce, sendo necessário para que cônjuges e filhos tenham na família estrutura plena para a vida. (DIAS, 2007, p. 65).

Para consolidar na estrutura familiar a dignidade, a liberdade e a solidariedade, é necessário que haja um elemento que fundamenta todos esses princípios, a afetividade que confere estabilidade na comunhão de vidas, independentemente do caráter patrimonial ou biológico.

A afetividade alcança seu lugar no ordenamento jurídico quando se analisa que as famílias, atualmente, podem ser constituídas por outras formas que não o casamento. O afeto une e enlaça duas pessoas e garante, assim, uma união plena de vida, como se casamento fosse. (DIAS, 2007, p. 67). E, com base nesse princípio, a família é um núcleo moldado pela afetividade que vincula seus membros, traduzindo um ambiente necessário para que os projetos de vida se realizem. (STOLZE; GAGLIANO, 2012, p. 477).

A base das relações familiares constitui-se no afeto. É preciso que no seio da família haja, constantemente, uma renovação de amor sucessiva, pois esse é que irá propiciar um relacionamento saudável e pleno. As famílias estão passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba, pois funda-se no afeto e não na forma como foi originada. Logo, a afetividade é seu elemento estruturador. (DINIZ, 2010, p. 25).

---

<sup>21</sup> Artigo 1.511 do Código Civil de 2002: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

No que se refere aos filhos, os laços de afeto derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, filho nada mais é do que aquele que é reconhecido como tal pelo afeto existente entre estes e seus pais, com o claro objetivo de garantir a felicidade como um direito que deve ser alcançado. (DIAS, 2007, p. 68).

O Código Civil<sup>22</sup> em seu texto impede que seja considerada como verdade real somente a biológica. Os laços familiares, sejam eles de sangue, sejam mesmo de outra origem têm a mesma dignidade e são regidos também pelo princípio da afetividade. A força da afetividade ganha amparo na aparente fragilidade, pois é, indubitavelmente, o único elo que liga as pessoas nas relações familiares. (LÔBO, 2011, p. 73).

Tais princípios norteadores da sociedade conjugal merecem aplicação concreta, possibilitando que as garantias individuais, previstas na Lei Maior, sejam efetivadas e usufruídas pela sociedade. Estão estreitamente ligados uns aos outros compondo uma unidade de princípios coexistindo em harmonia, como um escudo protetor contra qualquer violação pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.

### **1.3 A validade e os efeitos do casamento**

O casamento é um ato jurídico complexo, solene, pelo qual um homem e uma mulher buscam constituir uma família. Para que haja o reconhecimento desse ato, se fazem necessários alguns requisitos, sem os quais o casamento se torna um ato inválido.

Representa um ato peculiar por depender para sua constituição de declaração e manifestação de vontade de ambas as partes além de ser necessária sua oficialização para surtir efeito. Tal fato difere o casamento das demais entidades familiares que podem ser constituídas livremente, de forma informal, surtindo efeitos posteriores. (LÔBO, 2011, p. 100).

O direito admite duas formas de casamento, o civil e o religioso com efeito civil. Porém, para que o casamento religioso possa ter validade<sup>23</sup> como o civil, se faz necessária sua

---

<sup>22</sup> Artigo 1.593 do Código Civil de 2002: “O parentesco é natural ou civil, resulte de consanguinidade ou outra origem.”

<sup>23</sup> No entendimento doutrinário, a validade do casamento depende de dois requisitos: “a manifestação de vontade em concordância entre homem e mulher para estabelecer um vínculo conjugal além da declaração do juiz de direito ou outra entidade permitida que declare que ambos estão casados. Dessa forma, cumprindo os requisitos pode-se determinar o ato do casamento como válido.” (LÔBO, 2011, p. 101).

inscrição no Registro Civil de Pessoas Naturais, desde que tenha sido feita, anteriormente, a habilitação dos nubentes. (DIAS, 2005, p. 17). O casamento é civil, mesmo que a celebração tenha se dado de forma religiosa, pois desde a proclamação da República foi retirada do poder da religião a regularização do mesmo. (LÔBO, 2011, p. 100).

A habilitação<sup>24</sup> para o casamento é procedimento de suma importância, pois requer que sejam apresentados certos documentos que, de acordo com a lei, determinarão a validade do ato. Deverá essa, ser realizada por ambos os nubentes, declarando expressamente sua vontade, além de se fazer necessária a comprovação de idade núbil, através da apresentação de termo de nascimento. (VENOSA, 2005, p. 72).

Ainda é necessária a apresentação do estado, do domicílio e da residência dos contratantes, bem como da autorização dos pais ou responsáveis pelos nubentes se estes não tiverem a idade núbil ou forem incapazes. (RIZZARDO, 1994, p. 14).

Do mesmo modo, são indispensáveis para que se torne válido o processo de habilitação a declaração de duas testemunhas maiores que afirmem conhecer os nubentes e não haver contra eles qualquer impedimento<sup>25</sup>, bem como a certidão de óbito do cônjuge falecido, se este se encontrar em segundas núpcias, para evitar que seja realizado casamento de pessoas já casadas. (VENOSA, 2005, p. 75).

Uma vez homologada a habilitação dos nubentes de acordo com o Código Civil<sup>26</sup>, poderá ser celebrado o casamento, o qual deverá ser registrado dentro de noventa dias de sua celebração. Não sendo registrado, ficarão sem validade os atos já praticados, sendo necessário repetir o procedimento de habilitação, cumprindo todas as formalidades legais, para conferir os efeitos civis ao casamento religioso. (GONÇALVES, 2002, p. 31). O procedimento de habilitação somente irá se completar com o registro dos editais no cartório que houver

---

<sup>24</sup> “Interessa ao Estado que as famílias se constituam regularmente. Por isso, cerca o casamento de uma série de formalidades. As formalidades preliminares dizem respeito ao processo de habilitação, que se desenvolve perante o oficial do Registro Civil (Código Civil artigo 1.526). Destina-se a contatar a capacidade para o casamento, a inexistência de impedimentos matrimoniais e dar publicidade à pretensão dos nubentes.” (GONÇALVES, 2002, p. 03).

<sup>25</sup> Impedimentos são circunstâncias que impossibilitam a realização de determinado casamento. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.521 prevê sete impedimentos, que, desobedecidos, fulminam de nulidade o casamento. Prescreve o citado preceito legal que não podem casar: I) os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II) os afins em linha reta; III) o adotante com que foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV) os irmãos, unilaterais e bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V) o adotado com o filho adotante; VI) as pessoas casadas; VII) o cônjuge sobrevivente com o condenado por tentativa de homicídio contra o consorte.” (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 131).

<sup>26</sup> “Se após o prazo de quinze dias da publicação dos editais não houver oposição de impedimentos matrimoniais ou de causas suspensivas, o oficial do registro deverá, uma vez cumpridas às formalidades dos artigos 1.526 e 1.527 e homologada a habilitação pelo juiz, passar uma certidão declarando que os nubentes estão habilitados para casar dentro de noventa dias contados da data em que aquela foi expedida (Código Civil, artigo 1.532). O certificado de habilitação é a prova documental da conclusão satisfatória do processo de habilitação. Indicando a aptidão dos nubentes para o casamento. [...]” (DINIZ, 2009, p. 1068).

publicado, para que o ato seja garantido e seguro, podendo ser fornecida a certidão a quem solicita. (VENOSA, 2005, p. 81).

Depois de realizada a habilitação para o casamento em conformidade com a lei, também é indispensável a sua celebração. Após a designação do dia e hora a ser realizado, o juiz<sup>27</sup> de competência do lugar onde se registrou a habilitação fará a celebração do ato nupcial. (DINIZ, 2005, p. 102).

A publicidade da celebração do casamento é da natureza do ato, pois é de interesse do Estado que as pessoas saibam quem se casa, além de ser necessária para a celebração a presença de duas testemunhas, podendo ser elas as mesmas que participaram do processo de habilitação. (LÔBO, 2011, p. 114).

O ato do casamento deve ser realizado por livre e espontânea vontade dos nubentes que serão questionados a esse respeito pelo oficial do registro para que fique claro e declarado que nada os coage a agir de tal forma. (DINIZ, 2005, p. 103).

Verifica-se que nenhum desses atos têm qualquer significado se não houver, posteriormente à celebração, o registro de casamento, que declarará a existência de escritura pública de pacto antenupcial, quando houver. Também, será objeto do registro o nome atual de ambos os cônjuges, caso modifiquem o nome anterior. (LÔBO, 2011, p. 117). O assento será lavrado imediatamente após a cerimônia, para que haja a assinatura do juiz, cônjuges e testemunhas. (DINIZ, 2005, p. 105).

Com isso, sem os devidos ritos e passos a serem seguidos pelos cônjuges quando da tomada de decisão em contrair matrimônio, este não produzirá seus efeitos desejados e não será considerado válido perante a sociedade e diante da lei.

Da mesma forma, cumpre ressaltar que o casamento traz muitas consequências que se projetam em todas as relações existentes entre os cônjuges, sejam elas sociais, sejam econômicas ou mesmo entre pais e filhos. Esses efeitos, conseqüentemente, serão refletidos no ambiente familiar.

---

<sup>27</sup> Segundo Arnaldo Rizzardo: “Há, para a celebração, o juiz de paz, geralmente uma pessoa havida como cidadã proba e de certos conhecimentos na circunscrição do registro civil, escolhida e designada segundo as leis de organização judiciária de cada unidade da Federação. Nada impede, especialmente em vista do atual sistema de igualdade estabelecido pela Constituição, que a nomeação incida na pessoa de uma mulher”. (1994, p. 82).

Como principal consequência da relação matrimonial, surge o laço de união entre o casal, que gera relação de direitos e deveres<sup>28</sup> para ambos os cônjuges. Um dos efeitos gerados por esses direitos e deveres é o de fidelidade recíproca, que decorre do caráter monogâmico que tem o casamento, do dever de respeito com o consorte, bem como se abster de contrair relações fora do casamento, pois esse é o alicerce da vida conjugal. (DINIZ, 2005, p. 130).

O sentido de fidelidade recíproca envolve uma entrega por parte dos cônjuges não somente física, mas uma dedicação exclusiva de entrega, tanto de forma material, quanto espiritual. Deve haver um compartilhamento de lutas e esforços para idealização de uma vida conjunta. Logo, a fidelidade precisa ser vista não apenas em uma dimensão meramente física, mas também espiritual, envolvendo a vida conjunta dos cônjuges. (RIZZARDO, 1994, p. 180).

Esse dever perdura enquanto subsistir o casamento, o que torna necessário respeito na relação, extinguindo-se, somente, quando o casamento se dissolver, pela morte, nulidade, anulação, ou divórcio do casal. (GONÇALVES, 2002, p. 49).

Dessa relação matrimonial surge, também, o dever de vida em comum entre os cônjuges. Esse dever tem sentido mais amplo do que a simples convivência no mesmo lar, envolve a comunhão de vida entre as partes. (RIZZARDO, 1994, p. 180). A vida em comum no domicílio conjugal decorre não somente da união física entre o casal, mas também de espírito, e somente em situações que comportem exceções é de se admitir que tal preceito não seja aplicado. O dever de coabitação entre as partes é indispensável, sendo ineficaz qualquer acordo que convencie o contrário, sempre respeitando a vontade do cônjuge, que não pode ser obrigado a permanecer em determinada situação sob pena de ferir sua liberdade. (VENOSA, 2005, p. 166).

O simples afastamento de um dos consortes por motivo justificado não leva à quebra desse dever. O que caracteriza a falta do dever de coabitação é a intenção de não mais regressar e não manter a vida em comum sob mesmo teto. (GONÇALVES, 2002, p. 49). Verifica-se, assim, que esse dever não é absoluto, embora a regra seja a vida em comum no

---

<sup>28</sup> Segundo Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “A tônica do Código em vigor é a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, por isso que o artigo 1.567 estabelece que compete a ambos a direção da sociedade conjugal, em mútua colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos. [...]” (2005, p. 12).

mesmo ambiente, mas diante de exceções<sup>29</sup> deve-se verificar a vontade das partes para então observar se houve a quebra da coabitação. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 224).

Constituem deveres de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos.<sup>30</sup> Aos pais incumbe velar pelo futuro dos filhos, preparando os mesmos para os embates da vida. A infração ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos, leva os cônjuges a sofrer efeitos penais e civis<sup>31</sup>, podendo ser ele substituído no poder familiar depois de analisada a gravidade de sua falta. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 231).

Esses encargos que incumbem aos pais no sustento e criação dos filhos devem ser levados a efeito com amor, carinho e dedicação e se convertem em direitos para ambos os pais, que só poderão ser privados da convivência com os filhos, por sentença judicial e em atenção aos interesses dos menores. (DINIZ, 2010, p. 148).

Essa obrigação será cumprida se fornecidos os meios necessários para a boa formação e criação dos filhos. Verifica-se que a presença dos pais é de suma importância, pois não há um meio jurídico que ordene ou force a dar assistência na formação psicológica de cada filho. (RIZZARDO, 1994, p. 185).

Não menos importante é o dever de mútua assistência que existe entre os consortes, devendo ambos auxiliarem-se reciprocamente, seja material ou moralmente, quando um ou outro necessitar. (GONÇALVES, 2002, p. 51).

Não existe mais a posição do homem com mais deveres, ficando a mulher em segundo plano, como parte mais frágil. A mútua assistência corresponde a um quadro de funções que vão ser definidos de acordo com o trabalho e as condições que cada consorte tem. (RIZZARDO, 1994, p. 184).

O poder familiar compete conjuntamente a ambos, não sendo mais o marido quem exerce com exclusividade, mas sim com a colaboração da mulher, e apenas na falta de um

---

<sup>29</sup> Artigo 1.569 do Código Civil de 2002: “O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.”

<sup>30</sup> De acordo com Yussef Said Cahali: “[...] incumbe aos genitores, a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à sobrevivência dos mesmos; [...]” (1995, p. 66).

<sup>31</sup> “O sustento e educação dos filhos constituem deveres de ambos os cônjuges. A guarda é, ao mesmo tempo, dever e direito dos pais. A infração ao dever em epígrafe sujeita o infrator à perda do poder familiar e constitui fundamento para a ação de alimentos. Em tese, configura também causa para a separação judicial.” (GONÇALVES, 2008, p. 178).

deles é que o outro poderá exercer direitos e deveres com exclusividade<sup>32</sup>. (DINIZ, 2010, p. 148).

Tanto os deveres quanto os direitos que cabem a cada uma das partes são efeitos gerados da decisão de contrair matrimônio. Uma vez estabelecidos, cabe aos mesmos observância e lealdade no seu cumprimento. O casamento existe a partir da manifestação de vontade de querer se casar de ambas as partes, formando uma família e, para isso, precisa apresentar todos os requisitos necessários especificados no Código civil brasileiro.

Assim como são necessárias formalidades para que o casamento possa ter validade e eficácia, elas também precisam estar presentes no caso de decidirem, os cônjuges, não mais permanecer casados. A separação e o divórcio são as instituições que permitem que os laços criados pelo casamento sejam rompidos.

---

<sup>32</sup> “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.” Durante o casamento, tendo os cônjuges a capacidade plena, será exercido o poder familiar em igualdade de condições e simultaneamente por ambos que terão igual poder decisório dentro da família, buscando sempre atender aos interesses essenciais dos filhos.” (DINIZ, 2009, p. 1156).

## 2 DO TÉRMINO DA SOCIEDADE CONJUGAL

A sociedade conjugal que se forma com o casamento, pode ter seu término realizado pelo falecimento de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação e pelo divórcio, tanto pela via judicial quanto administrativa. Porém, para que um dos cônjuges possa adquirir novas núpcias, exige-se que o estado civil do mesmo seja de divorciado ou viúvo, pois essas são as formas vigentes de acabar com os laços que o casamento criou.

Tanto a figura da separação como a do divórcio tem o condão de terminar, através da vontade manifesta de uma ou de ambas as partes, com a união que se formou pelo casamento. Ambas apresentam forma prescrita, buscando o fim de uma relação que não tem mais o intuito de continuar. A primeira, de forma mais branda, ainda possibilita que os laços entre o casal sejam reconstituídos, enquanto a segunda não permite, sendo necessária a realização de novo casamento.

### 2.1 A separação judicial no Código Civil de 2002

A separação judicial apresenta-se como uma forma de terminar a sociedade conjugal existente entre os cônjuges, põe fim ao casamento, mas não rompe os laços existentes entre o casal, ou seja, não extingue o vínculo jurídico.

Anteriormente, a Lei n. 6.515/77 estabelecia os casos em que a ruptura do matrimônio podia acontecer. Tal lei trouxe uma inovação ao elencar em seu artigo 2º<sup>33</sup> a separação judicial como forma de término da sociedade conjugal, visto que anteriormente a expressão utilizada era desquite.

Após, com a edição do Código Civil de 2002, o instituto da separação passou a ser disciplinado nos artigos 1.571 a 1.580. Em especial o artigo 1.571, inciso III<sup>34</sup>, prevê a separação como forma de término da sociedade conjugal, com a peculiaridade de não possuir

---

<sup>33</sup> Artigo 2º da Lei 6.515 de 1977 – “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.”

<sup>34</sup> Artigo 1.571 do Código Civil de 2002, inciso III: “A sociedade conjugal termina: III - pela separação judicial.”

o condão de encerrar a relação matrimonial existente entre os cônjuges por inteiro, visto que permanece entre o casal uma relação conjunta que os impede de adquirir novas núpcias com pessoa diversa. (DINIZ, 2010, p. 284).

A separação representa um ato que põe fim a alguns deveres que existiam entre os cônjuges durante a vigência do casamento, como a coabitação, a fidelidade recíproca, e o regime de bens, mas não extingue os demais deveres elencados no artigo 1.566<sup>35</sup> do Código Civil como a mútua assistência, guarda e educação dos filhos e o respeito e consideração mútua, que permanecem até que se faça o divórcio, tornando definitiva a separação do casal. (GONÇALVES, 2002, p. 54).

Ao deparar-se em situação infeliz, em que não mais cabe a convivência em casal, pode uma ou ambas as partes requerer ao Judiciário a separação. A ação de separação judicial é personalíssima, cabendo somente aos cônjuges ingressar, sem a possibilidade de ser feita por outrem em nome destes, a não ser nos casos previstos em lei, como o de incapacidade, em que este será representado por seu curador. (VENOSA, 2005, p. 193).

Desse modo, a separação judicial pode ser requerida por ambos os cônjuges, em comunhão de vontades, ou seja, por mútuo consentimento do casal, a cerca dos assuntos que envolvem tal ato. Essa forma é conhecida como separação consensual ou amigável, tendo procedimento típico de jurisdição voluntária<sup>36</sup>, em que as partes buscam única e exclusivamente a homologação por parte do juiz, de um acordo anteriormente firmado entre elas. Não há que se pensar em litígio, apenas requer a celebração de acordo, e sua respectiva homologação<sup>37</sup>. (GONÇALVES, 2012, p. 227).

No direito material a separação consensual vem disciplinada pelo caput do texto do artigo 1.574 do Código Civil<sup>38</sup>. Percebe-se que o legislador estabeleceu ao casamento um verdadeiro prazo de validade, de modo que as partes, mesmo que infelizes, não podem conjuntamente desfazer o casamento com período inferior a um ano. Logo, se livremente decidiram casar-se deveriam dispor da mesma liberdade para pôr fim ao casamento. Diante

---

<sup>35</sup> Artigo 1.566 do Código Civil de 2002: “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.”

<sup>36</sup> Vide Artigos 1.121 a 1.124 do Código de Processo Civil.

<sup>37</sup> Como trata em sua obra Ernane Fidélis dos Santos: “A separação consensual, ou por mútuo consentimento, se realiza em forma contratual, pela vontade das partes. O juiz participa do ato apenas para valer por sua regularidade e para impor observância a princípios de ordem pública. A sentença homologatória de separação é deliberatória e somente atesta a validade do ato.” (2007, p. 414).

<sup>38</sup> Artigo 1.574 do Código Civil de 2002: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.”

disso, o que a lei chama de separação consensual, de consenso pouco tem, quanto ao prazo, não podendo as partes agir livremente de acordo com sua vontade no tempo que acharem devidamente necessário ao seu relacionamento. (DIAS, 2007, p. 276).

Permite assim, a norma jurídica, que o casal se separe consensualmente somente após período superior a um ano de casamento, propondo ação conjunta para legalizar a relação de convivência entre o casal. Seguindo as normas previstas nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil<sup>39</sup>, devem os cônjuges, ao ingressar judicialmente, requerer a separação diante de petição assinada por ambos, por seus advogados, de comum acordo sobre guarda, visita e alimentos dos filhos, alimentos entre os cônjuges, bens, dívidas e nome dos cônjuges, mencionando a espontaneidade com que praticam tal ato, mas sem necessidade de expor os motivos, além de convencionar as cláusulas e condições que o fazem. (DINIZ, 2005, p. 283).

Na constância do casamento, conseqüentemente, as partes adquirem em conjunto tanto direitos quanto deveres que devem ser mencionados quando decidem separar-se. Conforme o regime de bens que optaram, devem trazer à baila os bens a serem partilhados, descrevendo-os na petição de separação para que a mesma possa ser homologada<sup>40</sup>. (VENOSA, 2005, p. 198). Entretanto, esse encargo não é rígido, de modo que, não havendo acordo à partilha, ela pode ser realizada posteriormente à separação. (DIAS, 2007, p. 277).

De outra forma, devem os consortes disciplinar minuciosamente quanto à guarda dos filhos, deixando clara a forma como serão realizadas as visitas, se compartilhada ou não, tratando inclusive do modo em período de férias escolares e datas especiais, por exemplo. Isto

---

<sup>39</sup> Artigo 1.120 do Código de Processo Civil: “A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges. Artigo 1.121 do Código de Processo Civil: A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà: I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos; IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter. § 1º Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX. § 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. Artigo 1.122 do Código de Processo Civil: Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade. § 1º Convencendo-se o juiz de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam a separação consensual, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, o homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem a fim de ratificar o pedido de separação consensual. § 2º Se qualquer dos cônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará autuar a petição e documentos e arquivar o processo. Artigo 1.123 do Código de Processo Civil: É lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação judicial, lhe requererem a conversão em separação consensual; caso em que será observado o disposto no art. 1.121 e primeira parte do § 1º do artigo antecedente. Artigo 1.124 do Código de Processo Civil: Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados.”

<sup>40</sup> “[...] A sentença de separação judicial importará a partilha de bens proposta pelos cônjuges e homologada pelo juiz (Código Civil, artigo 1.575 e parágrafo único). Se os cônjuges não chegarem a um acordo sobre a partilha de bens, essa circunstância não obsta a homologação judicial da separação, porque já se decidiu que a partilha dos bens pode ser feita depois de homologada a separação consensual, por sentença em inventário judicial. [...] E, além disso, se o divórcio é possível sem que haja prévia partilha de bens (Código Civil, artigo 1.581), isso também deverá ser permitido relativamente à separação judicial.” (DINIZ, 2005, p. 284).

posto, se as partes transigirem quanto a um acordo, ou silenciarem quanto ao assunto, deverá o juiz, aplicar o que dispõe o artigo 1.584<sup>41</sup> do Código Civil, atribuindo a guarda<sup>42</sup> a quem apresentar melhores condições de exercê-la. (GONÇALVES, 2012, p. 230)<sup>43</sup>.

Ainda, a petição de separação consensual deve conter cláusula que discipline a pensão alimentícia a ser paga aos filhos, bem como o auxílio que podem as partes necessitar após o afastamento do outro do domicílio conjugal. Contudo, se com o afastamento do provedor do sustento da família, a mulher vier a ser prejudicada, deve prevalecer o que menciona o artigo 1.121 inciso IV<sup>44</sup> do Código de Processo Civil, cabendo ao homem pagar pensão à mesma. A omissão de qualquer declaração quanto à pensão paga pelos consortes não impede que a homologação do acordo seja declarada. Quanto ao nome que usará o cônjuge após a separação, se optar por retornar ao nome de solteiro deve ser mencionado no acordo a ser homologado, sendo que o silêncio levará a crer que a parte optou por conservá-lo. (GONÇALVES, 2012, p. 231).

Assim sendo, a separação consensual forma um negócio jurídico bilateral<sup>45</sup> em que as partes, de comum acordo, além de decidir não mais continuar uma vida em comum no casamento, regulam também as consequências desta decisão e as condições que disciplinam a vida após a separação. (VENOSA, 2005, p. 199).

---

<sup>41</sup> Artigo 1.584 do Código Civil de 2002: “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

<sup>42</sup> O magistrado deverá procurar atender a solução que melhor se adapte ao menor, fazendo com que seja resguardado seu bem-estar e conforto na relação familiar, contudo, cabe observar a vontade dos genitores expressa na petição. A sentença faz coisa julgada nos termos do artigo 471 do Código de Processo Civil, inciso I, podendo ser alterada se a situação de fato apresentada modificar-se. (VENOSA, 2012, p. 187). Dispõe o artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.”

<sup>43</sup> “Cabe aos pais disciplinar, não somente sobre os alimentos, mas também sobre a guarda e o sujeito de visitas, descrevendo com minúcias as formas de convivência das férias escolares e festividades religiosas, como o período natalino. Os pais devem decidir sob a guarda e qual deles ficarão com os filhos. Os filhos em tenra idade devem ficar preferencialmente com a mãe. [...]” (VENOSA, 2012, p. 187).

<sup>44</sup> Artigo 1.121 inciso IV do Código de Processo Civil: “A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà: IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.”

<sup>45</sup> Segundo Humberto Theodoro Júnior: “Trata-se de autêntico negócio bilateral, cujas partes são exclusivamente os cônjuges. [...]” (2012, p. 370).

A separação também pode apresentar-se como litigiosa quando as partes, descontentes com a convivência no casamento, não chegam a um acordo quanto à sua ruptura. Esse pedido pode ser feito a qualquer tempo<sup>46</sup>, sendo regulamentado pelo artigo 1.572 do Código Civil<sup>47</sup>, que permite a qualquer dos cônjuges ingressar judicialmente para o término do casamento, imputando ao outro algum ato que importe violação dos deveres do casamento. (GONÇALVES, 2005, p. 59).

A separação litigiosa ocorre por meio de processo de conhecimento, baseado em uma sentença que impõe a ruptura forçada da sociedade conjugal. Essa sentença reconhece a procedência do pedido de um dos cônjuges que manifesta a vontade de não mais continuar na constância do casamento. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 370). A sentença que decreta a separação é constitutiva, pois altera a situação jurídica havida anteriormente, fazendo com que os efeitos decorrentes da separação comecem a surgir a partir de então. Porém, como o recurso cabível dessa decisão recebe sempre o efeito suspensivo, seus efeitos valerão, nesse caso, somente após o trânsito em julgado da mesma. É importante frisar que, havendo anteriormente a separação de corpos por parte do casal, os efeitos já se operam a partir dela. (SANTOS, 2007, p. 414).

Em conformidade com as causas previstas em lei, ter-se-ão três espécies de separação litigiosa. A primeira dela refere-se ao caput do artigo 1.572 do Código Civil, conhecida como separação-sanção, podendo ser requisitada a qualquer tempo após a realização do casamento. Esse artigo permite a decretação da separação judicial por culpa de um dos cônjuges, originária de grave violação dos deveres do casamento, e confere ao juiz certo poder discricionário de avaliar o ato que deu causa à insuportabilidade da vida em casal. Faz-se necessário que fique provada que essa violação foi a causa da tomada de decisão de não mais permanecerem casados. (GONÇALVES, 2012, p. 244).

---

<sup>46</sup> Conforme explica Maria Helena Diniz: “Permite o artigo 1.572 do Código Civil a separação judicial a pedido de um dos cônjuges, mediante processo contencioso, qualquer que seja o tempo de casamento, estando presentes hipóteses legais, que tornam insuportável a vida em comum [...]” (2012, p. 317).

<sup>47</sup> Artigo 1.572 do Código Civil de 2002: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável. § 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.”

Assim procedendo, quis a lei deixar claro que não é toda conduta desonrosa ou toda violação dos deveres do casamento, capaz de ensejar a separação, mas somente aquela que importe em tornar insuportável a vida em comum. (PEREIRA, 2007, p. 251).

Dessa maneira, são cumulativos os pressupostos para que essa forma de separação seja concedida, sendo necessários, portanto, além da descrição da conduta que ensejou a separação, a identificação de que qualquer dever do casamento foi violado, bem como a comprovação de que esse agir tornou insuportável a vida em comum. É preciso que se englobem todos os pressupostos em um só, de forma que, tornem claro que devido àquelas circunstâncias é que se deu cabo da relação conjugal. (DIAS, 2005, p. 282).

Deve o autor identificar no rol do artigo 1.573 do Código Civil<sup>48</sup>, o que lhe deu causa ao pedido da separação. Porém, essa indicação feita pelo artigo, de forma tarifada, deve ser considerada no mínimo retrógrada, uma vez que segue a linha do Código Civil de 1916. Ademais, seu parágrafo único permite que o juiz autorize outros motivos, que não os elencados na lei ordinária, se tornarem insuportável a vida em comum. Assim, o referido rol do artigo 1.573 apresenta-se desnecessário e inútil, pois é resultado de um único fato gerador da separação, o fim do afeto. (DIAS, 2005, p. 283).<sup>49</sup>

A própria exigência de pesquisa de culpa representa um retrocesso da legislação, de modo que o direito da família brasileiro apresenta formas facilitadoras de dissolução do casamento, podendo ser realizado mediante simples prova de um ano ininterrupto de separação de fato, sem sequer cogitar a culpa, ou pelo divórcio direto mediante dois anos ininterruptos de separação de fato. Seja por que representa uma intromissão na vida das pessoas ou mesmo por que não há como atribuir a um só dos cônjuges a culpa da separação, é que a jurisprudência vem entendendo que não se faz necessária a apreciação de culpa muito menos que o juiz indique um culpado. (GONÇALVES, 2012, p. 245). Por estas razões é que merece ser mantida a orientação traçada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>50</sup> ao decretar a

---

<sup>48</sup> Artigo 1.573 do Código Civil de 2002: “Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

<sup>49</sup> Explica Silvio de Salvo Venosa que: “Na verdade, todo o artigo mostrou-se inútil, não só por que a matéria estava solidificada na doutrina e a jurisprudência dos últimos anos, como também porque o parágrafo permite que o juiz considere outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. [...] Desse modo, em linhas gerais, qualquer ato que implique violação do dever de fidelidade, mútua assistência e convivência poderia lastrear o pedido de separação, devendo o requerente comprovar que tal ato tornou a vida em comum insuportável.” (2012, p. 193).

<sup>50</sup> Assim entende a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Manifestando os cônjuges o propósito de obter do juiz o decreto de separação, e não provados os motivos que eles apresentaram, mas configurada a insuportabilidade da vida conjugal, parece que a melhor solução é decretar-se a separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no artigo 5º da Lei n. 6.515, de 26.12.77, deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de separação-remédio. A solução tem sido admitida em precedentes dos nossos tribunais, assim

separação do casal sem imputar a um deles a culpa diante de evidenciada a insuportabilidade da vida em comum manifestada por ambos os cônjuges.

Outra forma de separação litigiosa é a separação-falência, presente no artigo 1.572 do Código Civil em seu § 1º<sup>51</sup>, que se efetiva quando qualquer dos cônjuges provar que a ruptura da vida em comum já é algo fatídico há mais de um ano e que desta maneira, não há mais o desejo e nem a possibilidade de sua reconstituição, sendo desnecessário que se apresente o motivo que levou a essa ruptura, muito menos que se impute culpa a um dos consortes. Busca, simplesmente, legalizar uma separação que de fato já se apresenta. (DINIZ, 2012, p. 326).

A norma exigia que o tempo de afastamento do domicílio conjugal, apresentando a ruptura do casamento, fosse ininterrupto, sendo que lapsos pequenos de abandono do lar deveriam ser desconsiderados para esta finalidade. (VENOSA, 2012, p. 196). Porém, foi suprimido o termo “consecutivo” do texto legal, entendendo-se que, desta forma, autorizou a soma dos períodos de separação para integralização do prazo autorizador. (GONÇALVES, 2012, p. 264).

Não se faz necessário, da mesma forma, que se comprove a culpa por parte do cônjuge que veio a ter dado causa a separação de fato. Essa modalidade de separação se fundamenta, exclusivamente, em circunstância objetiva, que é a separação de fato por mais de um ano, sendo desnecessária a indagação de qualquer procedimento culposo. (PEREIRA, 2007, p. 253).

Entende-se por ruptura da vida em comum: o afastamento físico dos cônjuges, residindo cada um em domicílio diverso. Mas, pode restar caracterizada, mesmo que os cônjuges permaneçam residindo sob mesmo teto, em razão dos filhos ou mesmo por outro motivo, desde que não mais exista entre eles uma vida de casal. Porém, esta convivência sob mesmo teto torna-se matéria de prova, uma vez que a facilidade em fraudar tal situação se mostra muito provável. Devem ser analisadas, cuidadosamente, as circunstâncias de cada caso, sendo comprovado que, mesmo estando as partes residindo sob mesmo teto, existe uma

---

como informado por Yussef Said Cahali no seu excelente “Divórcio e Separação”, 10. ed. p. 60. Também foi a adotada no paradigma, do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, e está contemplada no Código Civil de 2002, cujo artigo 1.573, parágrafo único, permite a separação quando o juiz verificar a presença de outros fatos (além da conduta reprovável do cônjuge, enumerados nos incisos do artigo) que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Por isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento em parte, para decretar a separação do casal, com a oportuna partilha dos bens comuns. Custas por metade, com exigibilidade suspensa em favor da mulher, que litiga com a assistência, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50, compensados os honorários. É o voto.” (BRASIL, 2002, p. 03).

<sup>51</sup> Artigo 1.572 e § 1º do Código Civil de 2002: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.”

efetiva separação de fato e uma ruptura da vida em comum do casal. (GONÇALVES, 2012, p. 265).

Ainda, tem-se uma terceira possibilidade de separação litigiosa, cabível diante de grave doença mental por uma das partes, presente no § 2º do artigo 1.572 do Código Civil<sup>52</sup>. Baseia-se na ideia de que o casamento, diante das condições de fato e circunstâncias em que se encontra, não mais atende as finalidades a que foi destinado. Porém, a doença mental grave não deveria ser causa que fundamente a separação, uma vez que quando as pessoas se unem é para que o outro ampare e preste solidariedade no momento mais preciso. (PEREIRA, 2007, p. 255). Mas, quando uma das partes, por algum motivo, perde a razão e o pleno discernimento das suas faculdades mentais, não há que se negar que o fim a que é destinado o casamento também desaparece. (GONÇALVES, 2012, p. 267).

Necessário se faz que a moléstia que acomete uma das partes tenha sido constatada durante a constância do casamento, como de cura improvável, e que este motivo enseje uma impossibilidade de convivência. A guarda e educação dos filhos, nesse caso, fica com quem tem total capacidade de conferir aos mesmos uma formação sadia. (VENOSA, 2012, p. 196).

Ressalta-se que a separação judicial permite que, independente do motivo, as partes de comum acordo, restabeleçam a sociedade conjugal ora desfeita e voltem ao estado de casados. A reconciliação deve ser realizada mediante requerimento de ambas as partes nos próprios autos da separação e homologada por sentença judicial. (WALD, 2000, p. 162). Não se faz necessário o comparecimento dos cônjuges em juízo para decretação da reconciliação, e uma vez homologado perante o juízo competente, voltam as partes a deter as mesmas atribuições que pertenciam anteriormente, como o nome de casados bem como o regime de bem usado durante a constância do casamento. (GONÇALVES, 2012, p. 280).

Nesta senda, verifica-se que a separação judicial consensual ou litigiosa, coloca fim à sociedade conjugal existente entre o casal, permanecendo, porém, certos laços que os ligam e que só serão totalmente rompidos quando da decisão de divórcio. De outra forma, permite a reconciliação daqueles que, por qualquer motivo, decidem reaver o casamento rompido anteriormente. Ampla e facilitadora é sua estrutura, deixando livre acesso às partes de decidir,

---

<sup>52</sup> Artigo 1.572 do Código Civil de 2002: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.”

a qualquer momento, dentro das condições da lei, o que lhes torna agradável em determinado momento ou condição de sua vida.

Ambas as formas de término da sociedade conjugal, seja a separação, seja o divórcio, na sua forma judicial, ou extrajudicial, representaram um avanço societário na forma de analisar as famílias, deixando de lado a visão conservadora e partindo para uma visão de sociedade livre, possibilitando às partes agir de acordo com suas vontades sem a intervenção direta e constante do Estado. Tais avanços continuam a facilitar o término do casamento e a possibilidade de constituir vida nova, como se apresenta na Emenda Constitucional n. 66 de 2010, trazendo mais facilidade e rapidez na busca da felicidade das partes.

## **2.2 O divórcio e sua regulamentação infraconstitucional**

A evolução da sociedade e a sua conseqüente mudança na estrutura das famílias trouxe a necessidade de encontrar soluções para os casos em que a vida em comum já não se apresenta suficientemente agradável ao casal. Assim, o divórcio apareceu como uma maneira de dissolver o casamento e o vínculo existente entre o casal quando espontaneamente, uma ou ambas as partes não mais deseja permanecer na situação de casado.

Foram quase dois séculos de luta pela emancipação do Brasil como Estado Democrático de Direito e pelas garantias dos direitos individuais. A Igreja, no Brasil Império, apresentou-se com poder significativo, sendo necessárias inúmeras tentativas para a diminuição de sua interferência na vida privada das pessoas. E, nessa premissa, o divórcio no Brasil é uma conquista política e social, acompanhando a evolução da sociedade em cada período do tempo. (SANTOS, 2011, p. 58).

Sob o regime do Código Civil de 1916, inspirado em prerrogativas religiosas, o vínculo matrimonial uma vez criado com o casamento não podia ser dissolvido, alegando ser, a família, constituída pelo casamento indissolúvel entre as partes. Tal alegação também foi reiterada nas Constituições Federais de 1937, 1946 e 1967. (SANTOS, 2011, p. 60). Posteriormente, em 1975, admitiu-se a ruptura do casamento pelo desquite<sup>53</sup>, porém,

---

<sup>53</sup> Segundo Paulo Lôbo: “Sob o regime do Código Civil de 1916, apenas era admitido o desquite - denominação introduzida para autorizar a separação de corpos -, que permitia a dissolução da sociedade conjugal, mas não o casamento. Com o desquite, os cônjuges legitimavam a separação de corpos, partilhava-se o patrimônio comum, definia-se o sistema de guarda dos filhos e arbitravam-se os alimentos. O desquite poderia ser amigável ou litigioso. Impedidos de casar

permanecendo laços e criando a ficção de existência de um vínculo. (PEREIRA, 1998, p. 111). A disciplina do divórcio no Brasil aconteceu em meio a oposições político-legislativas e só pôde ter vigência desde que suas possibilidades fossem limitadas e restritas, rompendo a resistência da Igreja Católica. (CAHALI, 1995, p. 1112).

O divórcio<sup>54</sup> foi instituído oficialmente pela Emenda Constitucional n. 9 de 28 de junho de 1977, ganhando maior evidência depois de ser regulamentado pela Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977<sup>55</sup> que normalizou a dissolução do vínculo que o casamento gera entre as partes, possibilitando que ambas possam casar novamente. (PEREIRA, 1998, p. 111).

A referida norma gerou discussão e polêmica<sup>56</sup> com sua instituição, principalmente pela grande influência religiosa que ainda pairava sobre o Estado. Indubitavelmente, causou repulsa por parte dos seguidores da Igreja, uma vez que permitiu extinguir por inteiro os vínculos do casamento e autorizar que a pessoa casasse novamente. Até então quem casava, permanecia com o vínculo matrimonial para o resto da vida e, em caso de separação, os bens eram partilhados, a convivência sob o mesmo teto findava, mas nenhuma das partes poderia recomeçar sua vida ao lado de outra pessoa pelo casamento. (SANTOS, 2011, p. 61).

A Constituição Federal de 1988, sem mencionar motivo aparente, ampliou as possibilidades de ruptura do casamento, entretanto estipulou limites à sua aceitação<sup>57</sup>. (CAHALI, 1995, p. 1113). Assim, mesmo que com algumas restrições, o divórcio apresentava-se como uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal com o poder de dissolver o casamento válido que foi realizado anteriormente. (GONÇALVES, 2002, p. 74).

No Código Civil de 2002 essa forma de dissolução da sociedade conjugal encontra-se elencada no artigo 1.571 em seu inciso IV e novamente evidenciada no § 1º,<sup>58</sup> podendo

novamente, os desquitados caíam no limbo da ilegitimidade de suas novas uniões familiares repercutidas no número gigantesco de concubinatos, considerados meras sociedades de fato.” (2011, p. 149-150).

<sup>54</sup> Preceitua Maria Helena Diniz que: “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (Código Civil, artigo 1.571, IV e § 1º), que se opera mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”. (2012, p. 360).

<sup>55</sup> Conforme Washington de Barros Monteiro e Regina Tavares da Silva: “[...] deixou de vigorar o princípio da indissolubilidade do casamento, possibilitando o advento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e deu outras providências.” (2011, p. 328).

<sup>56</sup> “O divórcio é um dos institutos jurídicos que mais tormentosas questões levantaram em todas as legislações em que foi admitido, pois não trata unicamente de uma questão jurídico-social, mas de um problema global que toca profundamente a religião e a política. As várias legislações atuais, como regra geral, o admitem com maior ou menor amplitude.” (VENOSA, 2011, p. 158).

<sup>57</sup> Passados dez anos da instituição do divórcio no Brasil, deparou-se com a conclusão de que sua admissibilidade não havia causado um aumento e nem um fator novo para maior ruptura do casamento. É certo que nos maiores centros houve um grande número de pedidos, não tão numerosos que se pudesse identificar como uma catástrofe na estruturação familiar. (CAHALI, 1995, p. 1113).

<sup>58</sup> Artigo 1.571 do Código Civil de 2002: “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.”

apresentar-se de duas formas: o divórcio indireto, conhecido como conversão, e o divórcio direto. (GONÇALVES, 2002, p.76).

O primeiro encontrava amparo na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 266, § 6º<sup>59</sup> que permitia a dissolução do casamento após prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Ainda, o artigo 1.580<sup>60</sup> do Código Civil de 2002 regulamentou essa espécie de divórcio, trazendo como requisito a nova separação judicial ou de corpos.

O divórcio conversão permite que a prévia separação judicial se transforme em divórcio, ou seja, o casal que já se encontra separado judicialmente e não tem mais a vontade e a possibilidade de voltar a ter uma vida em comum pode divorciar-se. Assim, o divórcio acontece indiretamente uma vez que entre a separação e a decretação já existe a certeza de uma separação judicial realizada e a ausência de vontade entre as partes de readquirir a vida em comum. (DINIZ, 2010, p. 342). Neste caso, o pedido de divórcio deve ser postulado nos autos da separação.

Esta conversão pode ser realizada tanto de forma consensual, diante de um acordo firmado entre as partes, quanto de forma litigiosa em que ocorrerá a citação do outro cônjuge e a prolação de uma sentença. (VENOSA, 2005, p. 226). No primeiro caso, haverá a conversão da separação em divórcio, sem outras cláusulas de maior complexidade, dispensando a audiência de ratificação do casal, bastando existir a procuração outorgada ao advogado das partes para que este promova o pedido de homologação. (MADALENO, 2009, p. 329). Assim, o divórcio surge como uma forma de transformar uma situação de fato que se reflete na separação judicial, uma vez que a passagem do lapso temporal revela que a reconciliação não será possível e que é necessário o desenlace matrimonial de forma total. (DINIZ, 2005, 320).

De outro lado, a conversão litigiosa<sup>61</sup> traz a possibilidade de o juiz conhecer diretamente do pedido, quando não se fizer necessário produzir provas em audiência, ou não

---

<sup>59</sup> Artigo 226, §6º da Constituição Federal de 1988: “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.”

<sup>60</sup> Artigo 1.580 do Código Civil de 2002: “Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.”

<sup>61</sup> Nessa forma de divórcio, pode-se evidenciar que a parte que o requerer deve fundar-se na comprovação de um fato, sendo ele a separação por mais de dois anos somente. A afirmativa de que houve por parte do outro cônjuge a prática de um ato culposo não enseja razão a esse pedido, não há a possibilidade de divórcio direto litigioso se fundado na prática de ato culposo atribuído a outra parte. Para tanto deve ser feita anteriormente a separação judicial e posteriormente sua conversão em divórcio. (WALD, 2002, p. 182).

houver contestação pela outra parte. (GONÇALVES, 2002, p. 76). É decretado através de uma sentença proferida em um processo com procedimento de jurisdição contenciosa, em que uma das partes, separada a mais de um ano, não aceita que esta seja convertida em divórcio e assim rompa com os laços que ainda ligam o casal. (DINIZ, 2010, p. 343).

A sentença que converter a separação judicial em divórcio não pode ser negada se verificado o decurso do prazo de um ano da separação judicial necessário para que o mesmo se faça. (GONÇALVES, 2002, p. 76). A mesma só produzirá efeitos quando da sua averbação no registro público competente, onde se tenha realizado o casamento. (DINIZ, 2010, p. 345).

Já o divórcio direto, originalmente, quando introduzido no ordenamento brasileiro, era disciplinado apenas pelo artigo 40 da Lei n. 6.515/77<sup>62</sup>, que permitia o pedido de divórcio após cinco anos de separação de fato do casal e tendo esta separação iniciado antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 09/77. Com a Constituição de 1988 houve um avanço, autorizando que o divórcio direto fosse facilitado<sup>63</sup>, sendo necessário apenas dois anos da separação de fato para sua decretação. (VENOSA, 2012, p. 211). Assim, o divórcio direto diferencia-se da forma indireta por resultar de um estado de fato dos cônjuges que, se encontrando na modalidade de separados por mais de dois anos, podem requerer o divórcio. (DINIZ, 2010, p. 344).

Nessa linha, o artigo 1.580<sup>64</sup> do Código Civil, em seu parágrafo segundo, possibilita que as partes postulem o divórcio desde que já comprovada a separação de fato do casal por mais de dois anos, nos termos da redação antiga do parágrafo 6º do artigo 226<sup>65</sup> da Constituição Federal.

Em suma, verifica-se a possibilidade de ambos os cônjuges, em conjunto, requererem a transformação da separação em divórcio, pela sua forma consensual. Neste caso, cabe aos cônjuges fornecer os dados que permitam a comprovação da separação, seguindo o procedimento existente nos artigos 1.520 a 1.524 do Código de Processo Civil. Decorrido o

---

<sup>62</sup> Artigo 40 da Lei n. 6.515/77, antes da regulamentação pela Lei n. 7.841/89: “No caso de separação de fato, com início anterior a 20 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.”

<sup>63</sup> Lei n. 7.841/89, artigo 40: “No caso de separação de fato, e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.”

<sup>64</sup> Artigo 1.580 do Código Civil de 2002: “Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. § 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

<sup>65</sup> Redação antiga do artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º - o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

devido trâmite processual, o juiz pronunciará sentença constitutiva de divórcio. (PEREIRA, 2007, p. 228). Já, no divórcio litigioso<sup>66</sup>, ou a pedido de apenas um dos cônjuges, a defesa pode referir-se apenas à falta de lapso temporal de dois anos de separação de fato.

Ressalta-se que o prazo verificado para que aconteça o divórcio diante da existência de prévia separação de fato por mais de dois anos, devem ser ininterruptos, de outra forma cada interrupção acarretará em uma nova contagem de prazos. (VENOSA, 2005, p. 231). Para que possa haver a consumação do divórcio requerido será necessária a verificação do trânsito em julgado da sentença que o decretar e, posteriormente, a realização do registro na certidão de casamento. (LÔBO, 2011, p. 155).

Ambas as formas de divórcio, sejam elas direta ou indireta, sejam judicial ou extrajudicial, têm o condão de resolver a situação existente entre as partes diante da sua vontade de não mais reaver uma vida em comum, dissolvendo o vínculo, momento em que as partes ficam livres para contrair outras núpcias e constituir nova família sem acarretar, assim, qualquer prejuízo a nenhuma delas.

Ainda salienta-se que após o ano de 2007, com a edição a Lei n. 11.441, foi possibilitado às partes dissolver o vínculo matrimonial de forma extrajudicial, através de escritura pública realizada no Tabelionato de Notas<sup>67</sup>.

Tal processo encontra-se disciplinado no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil<sup>68</sup>, que permite a realização da separação e do divórcio consensuais, desde que não haja filhos menores do casal (VENOSA, 2012, p. 173), bem como que os cônjuges sejam maiores, capazes e acordes das decisões tomadas, além da declaração de que o fazem livremente.<sup>69</sup> (FARIAS, 2007, p. 07). Também necessitam estar assistidos por advogado, sendo que o

---

<sup>66</sup> Esta forma é pouco comum, uma vez que estando ambas as partes afastadas uma da outra, e sem possibilidade de reaver o casamento anteriormente realizado, não há a necessidade de criar desavenças que já foram resolvidas. (GONÇALVES, 2012, p. 213).

<sup>67</sup> Conforme relata Cristiano Chaves de Farias: “Sem dúvida, essa boa nova processual (que, a toda evidência está inserida nesse grande espectro de reformas processuais antes aludido) efetiva a busca por um processo civil mais célere e concreto, por certo, constitui notável avanço da legislação brasileira, importando, reflexamente, em maior racionalização das atividades do Ministério Público no processo civil, além de desafogamento das assoberbadas prateleiras do judiciário, especialmente quando considerada a grande quantidade de ações consensuais propostas em nossos foros.” (2007, p. 07-08).

<sup>68</sup> Artigo 1.124-A do Código Civil de 2002: “A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

<sup>69</sup> Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva: “Deve ser declarado pelos cônjuges que sua vontade é livre e espontânea, sua ciência das consequências e seu firme propósito de pôr a sociedade ou o vínculo conjugal, sem hesitação e com recusa de reconciliação, assim como ausência de filhos menores e emancipados do casal.” (2012, p. 32).

mesmo profissional pode representar ambas as partes. Como não há a intervenção do magistrado e do Ministério Público, a responsabilidade de tal profissional fica redobrada. (DIAS, 2011, p. 330).

Essa forma de procedimento extrajudicial é facultativa, não representa uma imposição e sim uma opção, ficando a critério dos cônjuges escolher. Essa livre escolha se justifica pela possibilidade de ser realizado pela via judicial com a segurança do segredo de justiça, ou na via extrajudicial, salientando que os atos praticados pelo tabelião são públicos. (MADALENO, 2009, p. 332). Optando pela via extrajudicial, podem as partes escolher livremente o tabelionato, não existindo regras que fixem competências para tanto. (DIAS, 2011, p. 332).

Trata-se, portanto, de um negócio jurídico lavrado por meio de escritura pública, em que as partes deliberam<sup>70</sup> sobre o conteúdo e cláusulas dissolutórias, sejam elas de conteúdo pessoal ou econômico, abrangendo a partilha dos bens, a obrigação de prestar alimentos, se for o caso, e sobre o direito de usar o nome do outro, tudo mediante assistência de advogado. (FARIAS, 2007, p. 86).

A escritura e demais atos notariais são gratuitos àqueles que se mostrarem pobres no sentido legal. Essa gratuidade não abrange apenas a lavratura da escritura, mas também a eventual averbação de seu teor. Também é indispensável para o ato, a presença dos cônjuges no tabelionato para lavratura da escritura, comprovando que é de livre vontade que o fazem<sup>71</sup>. (NETO, 2008, p. 126).

Cabe ressaltar que a escritura pública de separação e divórcio extrajudiciais independe de homologação judicial. O traslado extraído da própria escritura é título hábil para averbação do divórcio junto ao Registro Público do casamento e para o registro de imóveis, caso haja partilha de bens. (LÔBO, 2011, p. 159).

Seguindo os requisitos acima citados, a possibilidade de realização do divórcio e separação por escritura pública traz grandes benefícios aos casais, possibilitando a extinção do vínculo matrimonial de forma mais simplificada e rápida e sem intervenção do judiciário.

---

<sup>70</sup> Segundo Paulo Lôbo: “[...] a escritura deve expressar a livre decisão do casal acerca do valor e do modo de pagamento dos alimentos que um dos cônjuges pagará ao outro, ou sua dispensa, a descrição e a partilha dos bens comuns e se o cônjuge que tiver adotado o sobrenome do outro mantê-lo ou retomará o de solteiro. Não há necessidade de alusão aos bens particulares de cada cônjuge, de acordo com o regime de bens adotado, mas sua explicitação não prejudicará a escritura. [...]” (2011, p. 158).

<sup>71</sup> Rolf Madaleno traz em sua obra a consideração trazida pelo Provimento n. 04/2007 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que exige o comparecimento pessoal dos cônjuges para que o ato notarial seja lavrado, não sendo admitida a sua representação. (2009, p. 338).

### 2.3 Os efeitos decorrentes da separação judicial e do divórcio

Ao encerrar a sociedade conjugal existente entre as partes, pela separação judicial ou pelo divórcio, conseqüentemente surgem efeitos relacionados à pessoa do cônjuge, aos filhos desses e em relação aos bens existentes de propriedade do casal que devem ser vislumbrados e respeitados. Ambas as formas de dissolução do casamento apresentam efeitos semelhantes, com algumas peculiaridades entre si.

O primeiro efeito refere-se aos deveres recíprocos que foram assumidos quando do início do casamento, como o dever de coabitação e de fidelidade recíproca entre os cônjuges, sempre muito importantes na relação matrimonial, os quais deixam de ser obrigatórios com seu término. (DINIZ, 2005, p. 303). Nessa senda, está o artigo 1.576 do Código Civil<sup>72</sup> quando dispõe que a separação judicial cessa o compromisso de coabitação e fidelidade recíproca entre o casal.

Assim, nos termos do referido artigo, a separação judicial, o divórcio e, após o advento da Lei n. 11.441/07<sup>73</sup>, também a separação e o divórcio extraconjugal, possibilitam o termo final de tais deveres, ficando os cônjuges liberados, em tese, dos laços que foram assumidos durante o casamento, bem como desligados econômica e financeiramente entre si. Porém, essa premissa apresenta-se equivocada, uma vez que não é a sentença de separação, mas sim a

<sup>72</sup> Artigo 1.576 do Código Civil de 2002: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Parágrafo único - O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.”

<sup>73</sup> Lei n. 11.441/07: “Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio por via administrativa. Artigo 1º: Os artigos 982 e 983 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: Artigo 982: Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. Artigo 983: O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte. Parágrafo único - (Revogado). Artigo 2º: O artigo 1.031 da Lei 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação: Artigo 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do artigo 2.015 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos artigos 1.032 a 1.035 desta Lei. Artigo 3º: A Lei 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 1.124-A: A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º - A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º - A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. Artigo 4º: Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Artigo 5º: Revoga-se o parágrafo único do artigo 983 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.”

separação de fato e a separação de corpos que encerram os deveres conjugais. Nesta análise deficiente, quem, por motivos particulares, optar pela separação judicial litigiosa fica obrigado a permanecer ligado aos laços que o casamento criou, representando uma imposição estatal ao cônjuge que não mais deseja manter o casamento. Ora, há razão na convivência do casal desde que o ambiente seja harmônico e a condição se dê voluntariamente. Já estando, ao menos uma das partes, afastada do lar, leva consigo os deveres que ora existiam, livrando o consorte, desde já, de tal encargo. (MADALENO, 2009, p. 262-263).

Constitui um efeito próprio da separação e do divórcio a cessação do dever de coabitação, não mais sendo necessário, e muitas vezes tornando-se impossível, a vida em comum no domicílio conjugal. Uma vez separados ou divorciados tornam-se, com relação um ao outro, pessoas estranhas, desaparecendo o dever de permanecer em convivência de domicílio singular. Cada qual mantém residência própria, preservando-se a inviolabilidade até mesmo contra o outro, deixando cada parte livre para praticar seus atos longe da observância do ex-cônjuge. (DINIZ, 2010, p. 312).

Também não mais persiste o dever de fidelidade<sup>74</sup> que existia entre os cônjuges. Uma vez separados ou divorciados, desaparecem entre eles as obrigações recíprocas que existiam quando da vida em comum. (CAHALI, 1995, p. 842). Em qualquer sociedade, desde que desapareçam os efeitos do afeto entre o casal, não mais subsiste o dever de colaboração de um com outro de forma igualitária e emocional como verificado quando do início do casamento como um dos deveres entre os mesmos. Decretado o divórcio ou a separação, encerra-se a situação econômica e afetiva que advém da formação da sociedade conjugal. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 344).

Porém, outros efeitos permanecem ligados às partes, tornando-se deveres de ambos, dispostos no artigo 1.566 do Código Civil<sup>75</sup>. Diante deles, devem os consortes prestar mútua assistência, ter mútuo respeito e consideração<sup>76</sup>, bem como a colaboração na guarda e na educação dos filhos. (GONÇALVES, 2012, p. 221).

---

<sup>74</sup> Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva: “O dever de fidelidade perdura enquanto subsista a sociedade conjugal. Terminada esta pela morte, pela anulação do casamento ou pela separação judicial, readquire o cônjuge, juridicamente, pela liberdade sexual, conforme estabelece o artigo 1.576 do Código Civil. [...] O dever de fidelidade subsiste entre o casal enquanto existir verdadeira comunhão de vidas, no sentido amplo da expressão, entre os cônjuges ou companheiros. Para a ocorrência da infidelidade é essencial que ambos ou pelo menos uma das partes mantenha a *affectio maritalis*. [...]”. (2012, p. 58).

<sup>75</sup> Artigo 1.566 do Código Civil de 2002: “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.”

<sup>76</sup> “O dever de mútua assistência é, para muitos, o mais importante e variável dos efeitos. É o vínculo espiritual que liga os cônjuges e lhes dá altíssimo valor ético. Entre os cônjuges, há um altíssimo dever de assistência moral e material, cabendo a ambos manter os proventos da família e contribuição das despesas do casal.” (WALD, 2002, p. 146).

Este último, o mais importante dos efeitos gerados pela dissolução da sociedade conjugal, trata da guarda e educação dos filhos. O não cumprimento desse dever, além de ensejar a separação do casal, pode acarretar medida de ordem penal e mesmo a suspensão do poder familiar<sup>77</sup>. (WALD, 2002, p. 147). Logo, verificada a separação por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto, será homologado o que as partes acordam, uma vez seja presente o melhor interesse da criança. Diante da ausência desta prerrogativa, pode o juiz deixar de homologar o acordo e não decretar a separação ou o divórcio do casal<sup>78</sup>. De outro modo, pode decretar o divórcio ou a separação, mesmo que as partes não hajam acordado previamente sobre a guarda e educação dos filhos, aplicando analogicamente o disposto no artigo 1.584 do Código Civil.<sup>79</sup>(GONÇALVES, 2012, p. 291).

Se o magistrado concluir que a responsabilidade para o cuidado dos filhos pode ser conferida a ambos os pais, deixará os filhos menores aos cuidados especialmente da mãe, salvo se esta decisão acarretar prejuízo moral para as crianças. Uma vez estipulada a guarda, somente circunstâncias que possam comprometer a saúde, a segurança e a criação digna dos menores podem ensejar uma mudança. (WALD, 2002, p. 172).

Desse modo, o magistrado, ao determinar a guarda, deve observar única e exclusivamente, o bem estar do menor, buscando atender seus direitos essenciais, como um bom ambiente de convivência e um espaço em que a sua personalidade não seja afetada pela ruptura do casamento. O que deve prevalecer na decisão da guarda é a busca em preservar o interesse do filho, que deve ser criado em um local que lhe proporcione bem estar físico e mental, seja este com a mãe, seja com o pai ou mesmo com um terceiro<sup>80</sup>. (GONÇALVES, 2012, p. 311).

---

<sup>77</sup> A suspensão do pátrio poder acarreta a privação do exercício do poder familiar, por tempo determinado, de todas as suas atribuições ou mesmo de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou mesmo de todos eles. É desta forma, uma sanção que tem único interesse de preservar os filhos, deixando-o afastado das más influências de quem viola o dever de exercer o poder familiar de acordo com a lei. (DINIZ, 2012, p. 613).

<sup>78</sup> Artigo 1.574, § único do Código Civil de 2002: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.” Desta forma também versa o artigo 1.590: “As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estende-se aos maiores incapazes.”

<sup>79</sup> Artigo 1.584 do Código Civil de 2002: “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.”

<sup>80</sup> Nesta senda, percebe-se que a guarda pode ser concedida a um terceiro, na inviabilidade ou impossibilidade de decretar a um dos genitores, desde que este terceiro revele compatibilidade com a natureza da medida, considerando o grau de parentesco, a relação de afinidade com a criança e a preferência existente. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 481).

Por sua vez, o genitor que ficar desprovido da guarda e criação da criança terá o direito à visita<sup>81</sup>, buscando atender a melhor forma de prevalecer com a relação afetiva existente entre pais e filhos. (WALD, 2002, p. 172).

No que tange ao nome do cônjuge com relação ao seu consorte, recebeu nova regulamentação no Código Civil. Antes do advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, esse assunto apresentava-se disposto no artigo 1.571, § 2º do Código Civil<sup>82</sup>, permitindo, assim, que o cônjuge divorciado permanecesse com o sobrenome do outro, caso não houvesse a renúncia a esse direito ou se sua perda não fosse acarretada em virtude de sentença judicial de separação, já que o divórcio, antes da Emenda e da modificação do artigo 226, § 6º da Constituição Federal,<sup>83</sup> era somente conversivo. A redação do artigo 1.578 do Código Civil<sup>84</sup> em seu caput fazia referência com relação à culpa na separação judicial, mas nada relatava sobre o assunto em caso de divórcio. Assim sendo, após o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, a perda do sobrenome só ocorrerá se decretada a culpa e desde que não estejam presentes as exceções<sup>85</sup> ali estipuladas, também para o divórcio. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 348-349).

Dessa forma, uma vez verificada a culpa do cônjuge pela separação voltará este a usar o sobrenome de solteiro, desde que seja expressamente requerido pela parte vencedora da ação. Porém, essa mudança não deve acarretar prejuízo para a parte vencida, conforme os casos do artigo 1.578 do Código Civil, como o prejuízo para sua identificação, distinção entre o seu nome e o nome de seus filhos ou dano grave reconhecido na decisão judicial. (DINIZ, 2010, p. 312).

Todas essas regras podem ser adotadas tanto por um dos cônjuges, quanto por outro, diante da isonomia existente na norma constitucional, que equipara os direitos entre homens e

<sup>81</sup> Artigo 1.589 do Código Civil de 2002: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único – O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança e do adolescente.”

<sup>82</sup> Artigo 1.571 do Código Civil de 2002: “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. § 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.”

<sup>83</sup> Artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

<sup>84</sup> Artigo 1.578 do Código Civil de 2002: “O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º - O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. § 2º - Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.”

<sup>85</sup> O cônjuge que for considerado culpado pela separação judicial deverá voltar a usar o sobrenome de solteiro, se a parte vencedora da demanda assim requerer, e se não forem verificados as exceções do artigo 1.578 do Código Civil. (MADALENO, 2009, p. 264).

mulheres, deixando a livre escolha do casal, quando de sua união, adotar o sobrenome do outro, seja este o do marido ou da mulher. (GONÇALVES, 2002, p. 72).

Quando o casal opta por dissolver a relação matrimonial entre ambos, deve-se atentar para os bens que formaram o patrimônio. Quanto a este, deve-se resolver a situação econômica à luz do regime de bens adotado, sendo realizada a partilha de bens<sup>86</sup> do casal na forma em que ambos acordarem ou conforme decidir o juiz. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 297).

Surgem, assim, particularidades a serem observadas com relação aos efeitos de ambas as formas de dissolução do vínculo conjugal: na separação, vislumbram-se consequências que não se caracterizam estruturalmente no divórcio pela forma como se realiza e por representar atitude mais branda, como a possibilidade de reconciliação<sup>87</sup> mesmo após o trâmite processual. Havendo, por ambas as partes esse interesse, pode-se reaver o casamento, nos mesmos moldes em que foi constituído e mantido assim, o mesmo regime de bens, caso não se faça pedido diverso nesse sentido. Tal situação encontra-se amparada no artigo 1.577 do Código Civil<sup>88</sup>, que ressalva que o direito adquirido por terceiros antes da reconciliação, não ficará prejudicado de forma alguma. (VENOSA, 2012, p. 204).

O divórcio, por sua vez, apresenta como efeito principal, o poder de pôr termo ao casamento e aos efeitos civis que esse gera. A separação encerra a sociedade conjugal, porém o vínculo existente entre os cônjuges permanece<sup>89</sup> até a realização do divórcio, pois uma vez registrado o casamento no registro civil produzirá efeitos até ser decretado seu fim. (WALD, 2002, p. 188).

---

<sup>86</sup> Questão controversa acerca da partilha refere-se às quotas recebidas pelo cônjuge, estas têm o condão de tornar o receptor sócio perante a empresa. (CAHALI, 2002, p. 176). Se a sociedade for de pessoas, só será esse considerado sócio se os demais sócios assim anuírem. Se estes, porém, não anuírem, os cônjuges tornam-se entre si, subsócios, existindo sociedade entre eles, porém não sendo este sócio dos demais, alheio a sociedade. (DINIZ, 2010, p. 315). “Quotas e ações são bens jurídicos, tendo valor econômico e, desse jeito, compõem o patrimônio comum da unidade afetiva, devendo compor a partilha, na hipótese de divórcio ou dissolução. Contudo, quotas e ações não são apenas bens jurídicos; são também títulos societários, ou seja, são títulos que dão direito a partilhar a coletividade social, participando de suas deliberações e de outros atos da vida societária. Esse direito não se comunica com o cônjuge ou convivente. Apenas o titular das quotas ou ações é sujeito dos direitos e deveres relativos à atuação societária. [...] Embora quotas e ações possam compor o patrimônio comum de cônjuges ou conviventes, não há comunhão na condição de sócio e, assim, nos direitos e deveres societários. A comunhão está restrita aos direitos patrimoniais decorrentes da participação societária.” (MAMEDE, 2011, p. 53).

<sup>87</sup> Conforme Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro: “Quis o legislador, como se vê, facilitar a reconciliação entre os cônjuges, permitindo-a a qualquer tempo, independente de causa da separação, e só exigindo que a reconciliação seja requerida nos autos da separação. [...]” (2008, p. 532).

<sup>88</sup> Artigo 1.577 do Código Civil de 2002: “Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.”

<sup>89</sup> Com a separação apenas são desconstituídos os efeitos civis gerados pelo casamento em função do registro realizado, subsiste ainda o ato matrimonial como simples casamento, mas sem a produção de seus efeitos. (CAHALI, 1995, p. 1492).

Diante do divórcio desaparece, também, a possibilidade de os cônjuges reconciliarem-se após um arrependimento de um ato praticado. De forma alguma fica impedido que, consciente e motivadamente após o rompimento possam as partes, em concordância, reaver a vida em comum, mas essa possibilidade somente se dará se contraírem novas núpcias, com todos os trâmites formalmente exigidos. Assim, há também a possibilidade de ambos os cônjuges, se esta for sua vontade manifesta, adquirir novo casamento com pessoa diversa da que casou anteriormente, sem que haja para isso qualquer impedimento. (DINIZ, 2010, p. 354).

Uma vez verificado o divórcio e não havendo novo casamento entre as partes os direitos e deveres em relação aos filhos não apresentarão modificação, quaisquer que sejam, mesmo que ambos os pais venham a casar novamente. (WALD, 2002, p. 189). Assim, aquele que estiver na guarda de seus filhos, não a perde somente pelo ato de novo casamento, devendo ser verificado para tanto que a situação em que se encontram os filhos se mostre inconveniente ou os prejudique. Verifica-se, ainda, que com a morte do genitor que detinha a guarda dos menores o outro passará a tê-la, somente podendo perdê-la pelos mesmos motivos que não se permitiria que convivessem com o genitor falecido. (CAHALI, 1995, p.1492).

A sentença de separação e de divórcio passará a produzir todos os seus efeitos depois que for registrada no registro público competente. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 350).

Dessa maneira, tanto a separação quanto o divórcio, uma vez realizados, geram efeitos que se refletem não somente nas partes que figuram na relação matrimonial, mas também no patrimônio e nos filhos. Quando cessados esses efeitos, ambas as partes voltam ao estado em que se encontravam anteriormente ao casamento, levando vidas distintas e independentes entre si.

### **3 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 E SEUS REFLEXOS SOBRE O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

No intuito de satisfazer de maneira substancial todas as garantias inerentes à prestação jurisdicional, e com o objetivo de facilitar a concretização dos direitos individuais, o legislador procurou, ao longo do tempo, criar normas capazes de suprir essas necessidades sociais imperativas.

Assim, no ano de 2010, inovou na forma de legislar, propondo uma Emenda Constitucional causadora de grande impacto na seara do direito de família, quando objetivou, em seu texto, suprimir a separação de direito da esfera jurídica.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66, abriu-se uma discussão a respeito da permanência ou não da separação judicial como forma de dissolução do casamento. Muitos doutrinadores questionaram se, após a mudança do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, este instituto ainda encontra-se presente no ordenamento jurídico ou se havia sido suprimido do sistema legal, dando lugar ao divórcio como única forma de término da sociedade conjugal.

Toda mudança gera expectativa por parte da sociedade e não poderia ser diferente com a alteração realizada na Constituição Federal. Dessa forma, faz-se necessária a análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, na busca da posição que mais se adapte à realidade da sociedade atual.

#### **3.1 A alteração constitucional do divórcio e sua aplicação na Comarca de Casca**

A Emenda Constitucional n. 66/2010, deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal<sup>90</sup>, ocasionando grande mudança na seara do direito de família, especialmente quando comparado com a redação anterior<sup>91</sup> do texto constitucional. Dentro de

---

<sup>90</sup> Artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

<sup>91</sup> Artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

uma ideia de vanguarda, partiu de uma duplicidade de formas de dissolução do casamento para uma forma unitária na concessão do término da relação conjugal.

Em decorrência dessa mudança, alastrou-se uma discussão acerca do tema, levantando posicionamentos divergentes por parte de doutrinadores e juristas. Alguns apóiam a alteração como uma inovação facilitadora na busca de dirimir conflitos e outros manifestam-se contra, alegando que é drástica e impede a autonomia de vontade das partes.

Em seus precedentes históricos, a Constituição Federal de 1988 representou grande avanço quando permitiu o divórcio direto, mesmo que ainda subordinado à causa de separação de fato de dois anos, e manteve a separação judicial como forma de dissolver o casamento, mesmo que facultativamente, tendo, assim, duas finalidades: a de converter-se em divórcio, após um ano da decisão de separação judicial ou de separação de corpos e permitir a reconciliação entre os mesmos, antes de ser realizado o divórcio por conversão.

Diante disso, partiu-se da análise de que não mais se sustenta a permanência de um sistema dual de término da relação matrimonial, no qual a separação representa apenas um meio para chegar ao fim do casamento pelo divórcio, possuindo natureza exclusivamente conversiva. (LÔBO, 2011, p. 150).

Partindo dessa premissa, foi que o Instituto Brasileiro de Direito de Família propôs um anteprojeto de Emenda Constitucional, que iniciou sua tramitação na Câmara dos Deputados, no ano de 2005, visando simplificar essa forma dual de dissolução da sociedade conjugal, com intuito de suprimir com a separação de direito do ordenamento jurídico, restando apenas o divórcio, sem prazos, para pôr fim ao casamento. Essa proposta foi motivada pelo reconhecimento de que não há mais justificativa<sup>92</sup> para a sua permanência, pois não se sustenta manter uma duplicidade entre dissolução da sociedade conjugal e de término do casamento. (CARNEIRO, 2007, p.02). Assim, o texto da redação original da proposta referia: "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei."

Essa alteração da Carta Maior, com a supressão da separação e dos requisitos para o divórcio, do texto legal, fundou-se na tentativa de unificação no divórcio, de todas as formas de separação, através da análise dos juristas, de não haver motivos para submissão de dois

---

<sup>92</sup> Em sua justificativa relata o senhor Antonio Carlos Biscaia que: "Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta." (2005, p. 02).

processos judiciais que só resultam em despesas e tormentos inevitáveis entre o casal.<sup>93</sup> Ademais, segundo eles, a alteração evitaria que a intimidade dos cônjuges fosse revelada, reduzindo os constrangimentos e facilitando um melhor entendimento para a solução dos problemas que decorrem do fim do casamento. Fundamentou-se, ainda, ser necessário que a lei regulasse os efeitos jurídicos advindos da separação, em relação à guarda dos filhos, alimentos e o patrimônio adquirido em conjunto e, para isso, não se faz necessário dois processos judiciais, bastando que o divórcio, seja amigável ou litigioso, para dirimir todos esses conflitos. (BISCAIA, 2005, p. 02).

As manifestações dos parlamentares em suas justificativas salientam a ideia de ser um clamor da sociedade o pedido do divórcio direto, por desburocratizar a possibilidade de terminar o casamento. Ainda, a exigência de um processo de separação<sup>94</sup> traduz-se em uma desnecessária submissão psicológica que causa dano na alma das pessoas envolvidas.<sup>95</sup> (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 52).

O parecer que analisou a proposta de Emenda Constitucional resultou favorável, sob a premissa da maturidade social para decisão dos atos da vida privada. Aduz-se, assim, que não há separações ou divórcios simplesmente por que tais institutos existem, tampouco não é a existência do divórcio que desfaz os casamentos, muito menos a imposição de prazos ou separação intermediária que o impedirá. A doutrina revela que a existência de prazos e a imposição de alguma condição para a realização do divórcio, ferem o princípio da economia processual<sup>96</sup>, causando ao Judiciário um ônus desnecessário, devendo ser alterada a norma, conforme propõe a Emenda, sem causar nenhum prejuízo para o tema disciplinado. (TORRES, 2009, p. 03).

Cumprido ressaltar, ainda, que o projeto aprovado pelo Senado suprimiu do texto original da Emenda a expressão “na forma da lei”, que se apresentava na parte final do

---

<sup>93</sup> “A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resultava em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. [...] evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.” (LÔBO, 2011, p. 150).

<sup>94</sup> Rodrigo da Cunha Pereira relata que: “Se o casamento acabou é preciso vivenciar o processo psíquico de separação e depois o processo em seu sentido objetivo, judicial ou extrajudicial. Processo é um caminho percorrido e a percorrer em que as pessoas ao longo deste caminho vão elaborando suas perdas, suas dores, enfim, fazendo um necessário ritual de passagem.” (2011, p. 02).

<sup>95</sup> Este também é o entendimento de Luiz Edson Fachin apresentado em entrevista concedida a Revista Leis e Letras: “Dentre os vários ganhos, é possível citar o seguinte: a diminuição dos procedimentos burocráticos para cancelar o fim do vínculo matrimonial; objetivação das rupturas, sem discussão sobre culpas ou falhas que supervalorizam os supostos danos emocionais e carregam juízos preconceituosos da condição feminina; [...]” (2010, p. 23).

<sup>96</sup> “O processo civil deve se inspirar no ideal de propiciar as partes uma justiça barata e rápida [...]. O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional.” (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 42).

sugerido dispositivo, pelo fato de que, na sua aprovação, deparar-se-ia com um sério risco de minimizar a mudança pretendida ou torná-la sem efeito, por conferir demasiado espaço para interpretações tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 54).

Dessa forma, em julho de 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 66, que alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, assim dispendo: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Pretendeu-se, assim, suprimir com a separação como forma de dissolução do casamento bem como com o lapso temporal necessário de um ano contados da separação judicial e de dois anos contados da separação de fato para a obtenção do divórcio, conforme consta da ementa<sup>97</sup> da reforma constitucional. (GONÇALVES, 2012, p. 282).

A aprovação da Emenda Constitucional, alterando as regras necessárias para decretação do divórcio, significou, para a maioria dos doutrinadores, uma evolução relevante para o direito de família. A aceitação da proposta apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família apresentou-se como uma vitória significativa, a ponto de dar ao casal direitos e responsabilidades. Com ela, as pessoas deixam de ser tuteladas, severamente, pelo Estado e têm mais autonomia em suas escolhas para analisar a manutenção ou não do vínculo que foi criado com o casamento. (PEREIRA, 2010, p. 24).

Logo, a Emenda Constitucional n. 66/2010, pretendeu facilitar a realização do divórcio no Brasil objetivando ocasionar mudanças consideráveis a serem observadas, como a extinção da separação judicial e da exigência de prazos da separação de fato para a decretação do divórcio.

A exclusão da separação e dos prazos encontra amparo na interpretação autêntica e histórica em que se objetivou a Emenda Constitucional, levando a ser analisada, também, a discussão da culpa no término da relação matrimonial.

Assim, conforme mencionou o deputado Sérgio Barradas Carneiro em sua justificativa:

---

<sup>97</sup> Ementa da Emenda Constitucional n. 66/2010: “Dá nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos”.

Levantamentos feitos de separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultam em julgamento de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos. Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento de afeto ou do desamor? (2007, p. 02).

Dessa forma, coloca-se a não discussão da culpa como uma das possíveis conquistas obtidas com a aprovação da Emenda Constitucional.

A finalidade da Emenda Constitucional n. 66 foi de retirar totalmente do corpo normativo da Constituição Federal, a única referência que havia com relação à separação judicial. O objetivo foi maior no sentido de não apenas retirar os prazos, mas também de eliminar a separação como requisito obrigatório ou voluntário, para a obtenção do divórcio. (PEREIRA, 2011, p. 28). Porém, não se manifestou expressamente nesse sentido, criando uma dualidade de entendimentos que tratam a respeito do tema, levando discussões sobre a permanência, ou não, da separação como forma de término do casamento.

Resta claro que a promulgação da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 levantou margem a dúvidas, falhando o legislador ao elaborar lei, acalentando dúvidas e divergências em sua interpretação. Duas são as correntes doutrinárias que emergiram dessa interpretação, uma apoiada na ideia de que a separação judicial restou abolida do ordenamento jurídico diante do novo texto constitucional, bem como os prazos necessários para a decretação do divórcio e a abolição da culpa. Outra afirma que a nova redação do texto constitucional deixou margem a interpretações, já que o ordenamento jurídico infraconstitucional, ainda confere às partes o direito legal de optar pela separação, sendo esta, instituto ainda vigente, porém sem a exigência de qualquer prazo.

A divergência que se fundou não ocorre somente no âmbito doutrinário do direito, permeando, também, a esfera prática, deixando os juízes, manifestamente, duvidosos de qual caminho devem seguir quando surgirem as situações peculiares que a Emenda Constitucional desencadeou, devendo ser feita uma análise do caso prático no qual presencia-se a dualidade de entendimentos aplicados, em torno do objeto da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Assim, em função da discussão que se alastrou, foi promovida pela Associação Paulista dos Magistrados uma enquete que ouviu mais de quinhentos juízes, tendo como resultados 292 respostas de que a nova legislação não extinguiu a separação judicial e 265 constataram que esta estaria abolida. (CAHALI, 2011, p. 71).

Partindo dessa duplicidade de posicionamentos, e com o intuito de analisar o caso prático, foi desenvolvida na Comarca de Casca uma pesquisa com entrevista da juíza titular Doutora Simone Ribeiro Chalela, bem como levantamento de dados a respeito da aplicação da Emenda Constitucional no Judiciário e no Tabelionato de Notas desta cidade.

No caso prático da Vara Judicial de Casca, a magistrada analisou a Emenda Constitucional como premissa maior, entendendo a separação como um instituto em desuso por representar empecilho à concessão do divórcio que pode acontecer de maneira fácil e rápida pelo objeto da Emenda. Defendeu, primeiramente, em suas decisões, que não havia por que manter um instituto defasado que se alicerçava somente como meio de conferir às partes um prazo de reflexão.

Contudo, após a análise mais profunda do texto da Emenda, alterou sua visão, aplicando o entendimento da jurisprudência que se firmou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de que a separação ainda está vigente e, portanto, pode ser aplicada no caso concreto se as partes assim desejarem.

A juíza da Comarca de Casca ressalta, em sua entrevista<sup>98</sup>, que o instituto da separação ainda é aplicado diante da impossibilidade de o juiz impor sua vontade sobre aquela que apresentarem as partes. Na prática forense não impõe o divórcio aos consortes, somente os esclarece acerca da alteração na legislação, para que manifestem sua concordância ou não na transformação da separação em divórcio.

Ainda, a pesquisa no Cartório da Distribuição da Vara Judicial de Casca revelou que no ano de 2011 até junho de 2012 foram distribuídos 03 processos de separação judicial e 27 de divórcio<sup>99</sup>. De fato, a procura pela separação ocorre, agindo a magistrada, de acordo com o Código Civil e segundo o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conferindo a separação às partes.

Também procedeu-se pesquisa no Tabelionato de Notas da cidade de Casca, que aponta para a aplicabilidade da separação consensual se forem cumpridos todos os requisitos para que seja realizada extrajudicialmente. Informou o tabelião que será conferido esse direito às partes se assim requisitarem, seguindo o que a lei ordinária determina. De outro modo, se as partes optarem pelo divórcio, aplicar-se-á a Emenda Constitucional n. 66/2010. Observando os dados, percebe-se que do ano de 2011 até junho de 2012, a inovação

---

<sup>98</sup> Vide pesquisa, Anexo A.

<sup>99</sup> Vide pesquisa, Anexo B.

constitucional foi bem aceita pela sociedade, de modo que o divórcio direto foi requisitado cinco vezes, enquanto que nenhuma escritura pública de separação foi realizada.<sup>100</sup>

De fato, na pesquisa realizada deparou-se com a possibilidade de conceder a separação judicial quando postulada, por ser um direito das partes optar por um instituto que tem garantia plena na lei ordinária. Porém, o que se mostrou mais frequente foi a procura pelo divórcio direto, tanto no âmbito judicial, quanto extrajudicial. Portanto, na Comarca de Casca o instituto da separação ainda é reconhecido e utilizado na Vara Judicial e no Tabelionato de Notas.

Assim, a dúvida na aplicabilidade da inovação constitucional ainda paira, e, nesta senda, faz-se necessário analisar os posicionamentos através do pensamento doutrinário, buscando a corrente que melhor se adapte aos anseios da sociedade atual, demonstrando os possíveis caminhos a serem seguidos no fim do casamento.

### **3.2 A existência da separação judicial frente à Emenda Constitucional n. 66/2010**

Diante da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, muito se discutiu sobre a permanência da separação judicial como forma de término da sociedade conjugal, sendo esta, motivo de dúvida. Parte dos doutrinadores entende que esta é figura ainda vigente no ordenamento jurídico, sofrendo apenas alterações no que se refere aos prazos exigidos e à culpa.

Na tentativa de promover maior acessibilidade na busca de dirimir conflito e dar maior ênfase ao divórcio, surgiram, ao longo do tempo, propostas de Emenda Constitucional visando proporcionar facilidade na busca do fim do casamento. Assim, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 66/2010, que entrou em vigor na data de 14 de julho, alterando o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, dispondo que: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Consta, também, expressamente na ementa da referida Emenda que: “Dá nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação

---

<sup>100</sup> Vide pesquisa, Anexo C.

judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos”.

A nova redação do artigo 226, § 6º da Constituição Federal, causou demasiado impacto na esfera do direito de família quando estabeleceu a possibilidade de se dissolver o casamento, através do divórcio, sem que fossem necessárias as antigas providências a serem tomadas, como a exigência do prazo de um ano da separação judicial ou de dois anos da separação de fato. (OLIVEIRA, 2010, p. 01).

Dessa forma, a Emenda Constitucional surgiu como facilitadora do divórcio entre as partes, eliminando qualquer tipo de separação, seja judicial, seja extrajudicial, como requisito para que o mesmo se faça. Ambos os cônjuges podem, livremente, requisitar o divórcio quando assim acharem necessário. (RODRIGUES JÚNIOR; NUNES, 2010, p. 10).<sup>101</sup>

Porém, parte da doutrina entende que suprimir a separação como requisito<sup>102</sup> para o divórcio não leva a crer que a mesma não possa mais ser utilizada como forma de dissolução da sociedade conjugal, fazendo-se necessária apenas uma adaptação da norma infraconstitucional, para que possa conviver harmonicamente, com o texto da Emenda. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 329).

Assim, os defensores de sua permanência alegam que a separação continua presente no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos como procedimento opcional ou facultativo, alegando que o verbete “pode”, encontrado na redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal é fator, mais do que suficiente, para que a separação sobreviva, já que deixou margem às partes para desfazer os laços que as ligam, de outra forma que não pelo divórcio<sup>103</sup>. Substanciais são os argumentos que levam a crer que a separação não foi abolida e que a Emenda Constitucional diz respeito apenas ao requisito da prévia separação e não ao instituto de si. (CHAVES, 2011, p. 12).

Dessa mesma forma, mencionam Monteiro e da Silva:

---

<sup>101</sup> Como afirma Regina Beatriz Tavares da Silva em sua obra: “Assim, o divórcio deixou de estar atrelado àquela natureza conversiva, tendo sido eliminados os requisitos objetivos da prévia separação judicial por um ano e os da separação de fato por dois anos”. (2011, p. 16).

<sup>102</sup> Assim, tal texto dá nova redação ao artigo constitucional que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, deixando de lado os requisitos antes necessários, como a prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada a separação de fato por mais de dois anos, mas tão somente isso, coexistindo a separação judicial com o divórcio direto, como forma de dissolução, quando assim for da vontade das partes. (SILVA, 2011, p. 16).

<sup>103</sup> Como menciona Euclides Benedito de Oliveira: “Demais disso, pondera-se que a nova redação constitucional faculta o divórcio, mas não obriga à sua adoção, deixando, pois caminho aberto a outras hipóteses que igualmente levam à extinção do casamento, como a situação de nulidade ou de anulação, e a ausência definitiva, além do evento morte, postos como causas extintivas da união conjugal no artigo 1.571 do Código Civil. De igual forma, persistem a separação de fato e a separação de corpos por decisão judicial, muito embora não sejam exigíveis como pressupostos para obtenção do divórcio.” (2010, p. 02).

Sobre a manutenção da separação em nosso ordenamento jurídico, retoma-se o teor da ementa da Emenda Constitucional n. 66/2010, segundo a qual somente foram suprimidos os requisitos temporais de um ano de separação judicial ou de dois anos de separação de fato. Não ocorreu a supressão da figura da separação. [...] (2011, p. 332).

Salienta-se, ainda, que a pretensa extinção da separação de direito resulta de um total desprezo pelos precedentes históricos que traz os direitos de família, pois, em todas as suas fases, foi remarcado pela notável antinomia entre as duas formas de dissolução do casamento, embora na linguagem popular, dar fim ao casamento seja a pretensão de ambas as opções. (CAHALY, 2011, p. 73).

Explica Cahaly que as justificativas do embasamento da reforma constitucional estão revestidas de promiscuidade e insuficiência de argumentos. A fundamentação concentra-se nas vantagens demonstradas na apresentação do divórcio direto em contraposição com o divórcio conversão, extrapolando com considerações a respeito da separação judicial, que não merecia ser objeto da Emenda, uma vez que se encontra disciplinada no Código Civil. Nessa banda, salienta-se que nova redação da disposição Constitucional continua não apresentando nenhuma pertinência com a separação, não fazendo, agora, nenhuma referência a mesma, prevista, como sempre esteve, de forma autônoma e exclusiva, somente no Código Civil. (2011, p. 72).

Afere-se que houve avanços ao facilitar o divórcio. Contudo, a mudança ocasionada pela alteração constitucional foi somente essa, conferir mais facilidade. De fato, o Estado não deve impor qualquer obstáculo<sup>104</sup> para que as pessoas maiores e capazes, agindo de acordo com suas vontades, busquem dissolver seu casamento. Deve deixá-las agir com a mesma liberdade que lhes é concedida para constituí-lo. Mas, essa facilidade conferida não se traduz na extirpação da separação judicial e extrajudicial de ordenamento jurídico uma vez que seu embasamento legal encontra-se preservado na norma infraconstitucional. (RODRIGUES JÚNIOR; NUNES, 2010, p. 27).

Percebe-se, destarte, que é direito das partes ter por opção uma forma de dissolução do casamento que possibilite o restabelecimento da sociedade conjugal por meio de simples petição, em caso de incerteza da decisão tomada, antes de romper definitivamente o vínculo

---

<sup>104</sup> De acordo com Euclides Benedito de Oliveira: “[...] Diminui a ingerência do Estado-Juiz na vida do cidadão, quando vire cinzas o fogo do amor e nada justifique soprar o litígio diante da vida conjugal desfeita. Significa o improrrogável respeito à privacidade e aos direitos individuais dos que pretendam o divórcio em vista da finitude da relação humana e da incessante busca de uma nova chance de recomeço para o lócus da felicidade no encanto da vivência familiar.” (2010, p. 03).

existente entre eles por meio do divórcio. A manutenção da separação visa objetivos maiores e sua exclusão traria consequências exorbitantes, como a perda do direito à liberdade, que é garantia dada às partes, de acordo com a Constituição Federal no artigo 5º, inciso VIII<sup>105</sup>. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 332).

Assim, os defensores da separação argumentam que diante desse direito de agir livremente, é impossível, pelo pluralismo social, frente aos diferentes projetos de vida, impedir que os cônjuges adotem uma solução menos drástica antes do fim do vínculo conjugal, preferindo anteriormente ao divórcio, a separação judicial. A decisão estatal não pode interferir de tal forma no poder e direito decisório de cada cidadão, direito este, revestido de proteção constitucional.<sup>106</sup> (RODRIGUES JÚNIOR; NUNES, 2010, p. 13).

Por seu turno, afirmam Nery Júnior e Nery que os artigos que tratam da separação no Código Civil não foram revogados, em especial o artigo 1.580<sup>107</sup>, continuando a ser opção das partes, que embasadas neste, devem ter preservado o direito de promover sua separação, seja esta judicial, seja extrajudicial<sup>108</sup>. O artigo 1.571 do Código Civil, norma infraconstitucional, menciona que “a sociedade conjugal termina: I- pela morte de um dos cônjuges; II- pela separação judicial; III- pelo divórcio.” Dessa forma, encontra-se amparo legal para fundamentar os pedidos de separação, não sendo a mesma suprimida do ordenamento jurídico após o advento da Emenda. O sistema infraconstitucional de forma alguma se demonstra incompatível com o divórcio, de modo que traz em seus dispositivos todas as medidas necessárias para que o processo de separação corra seu curso e seja conferido às partes. (2011, p. 1159).

Não se pode negar às partes o direito de optar por um instituto que é disciplinado pela legislação civil, que tem características próprias, simplesmente pela alegação de que esta

<sup>105</sup> Artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”

<sup>106</sup> Conforme menciona Yussef Said Cahali em sua obra: “Mas não se pode negar aos cônjuges – únicos interessados – o direito de optar por um instituto que é disciplinado, com características próprias, pela legislação civil, sob o argumento de sua derrogação, revogação tácita, ou ineficácia por não receptividade.” (2011, p. 73).

<sup>107</sup> Artigo 1.580 do Código Civil de 2002: “Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.”

<sup>108</sup> Artigo 1.124-A do Código de Processo Civil: “A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

supostamente tenha sido abolida do ordenamento jurídico pela sua não recepção ou inconstitucionalidade. Assim como ninguém é impedido de se divorciar quando achar conveniente, da mesma forma não está impedido de se separar, se tem motivos para tanto. Quem pretende mantê-la ativa afirma que a norma infraconstitucional é vigente e atuante, que os artigos do Código Civil continuam em vigor, para sustentar o pedido das partes. (CAHALI, 2011, p. 73).

A Emenda Constitucional veio a gerar dois posicionamentos antagônicos no que se refere à possibilidade de discussão da culpa na dissolução do vínculo conjugal. Quem defende o desaparecimento da separação culposa argumenta que se trata de uma antiga reivindicação da sociedade brasileira que clamava pelo fim da busca de um responsável pelo término do casamento. Mas, não se considera justa a eliminação da espécie culposa de separação, baseada no grave descumprimento dos deveres<sup>109</sup> do casamento.<sup>110</sup> Decorre dessa espécie, o direito à pensão alimentícia em conformidade com o artigo 1.704 do Código Civil<sup>111</sup>. Sua derrogação acarretaria o encargo de prestar alimentos por uma das partes àquela que descumpriu gravemente seus deveres, causando sofrimento demasiado e o fim do casamento. A supressão desta espécie de dissolução do casamento acarretaria a violação do direito à dignidade da pessoa humana<sup>112</sup>, protegido constitucionalmente. (MONTEIRO; DA SILVA, 2010, p. 331).

Nesta senda, vê-se que não há como eliminar um conceito que trata do descumprimento das regras de conduta, pois isso traria a transformação dos deveres familiares em meras recomendações, em regras de cunho estritamente moral, em que as violações, ocasionada por um deles, não acarretariam qualquer consequência. Não faz sentido eliminar a culpa nas relações familiares e na ruptura do casamento, pois mesmo quem defende a ausência dela admite que ela equivale ao descumprimento consciente de norma de conduta, merecendo sanção pelo descumprimento do dever. (SILVA, 2011, p. 29).

---

<sup>109</sup> Artigo 1.566 do Código Civil de 2002: “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.”

<sup>110</sup> Artigo 1.572 do Código Civil de 2002: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”

<sup>111</sup> Artigo 1.704 do Código Civil de 2002: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único - Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”

<sup>112</sup> Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. [...]”

A questão religiosa também se envolve na discussão do tema. É admitida pela religião católica a possibilidade de separação judicial por ainda manter o vínculo existente entre as partes e assegurar a possibilidade de reaver o matrimônio. De outro modo, não admite a realização do divórcio. Assim, o fim da separação judicial como forma de dissolução da sociedade conjugal, para os adeptos do catolicismo, equivaleria a suprimir com a possibilidade de regularizar o estado civil das partes, segundo sua crença. Se esta viesse a ser eliminada do ordenamento jurídico, seria desrespeitado o direito de regularizar o estado civil, segundo seus preceitos. (MONTEIRO; DA SILVA, 2011, p. 333).

As situações de fato, criadas antes da Emenda, merecem ser analisadas. Os que se encontram na situação de separados judicialmente, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional, não são considerados divorciados, pois tal decisão levaria a fraudes incontáveis por deixar no passado, e sem efeito, as regras que regulamentam a separação. Alega-se que a conversão da separação judicial em divórcio deve permanecer no ordenamento jurídico para que se preserve o que foi estabelecido na separação judicial. (SILVA, 2011, p. 18).

Os defensores da permanência da separação alegam que os artigos do Código Civil que tratam da separação não estão revogados.<sup>113</sup> Essa revogação ocorreria se houvesse uma

---

<sup>113</sup> É o que faz referência os artigos do Código Civil: “Artigo 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. Artigo 1.572 - Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável. § 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal. Artigo 1.573 - Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Artigo 1.574 - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. Parágrafo único - O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Artigo 1.575 - A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens. Parágrafo único - A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida. Artigo 1.576 - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Parágrafo único - O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão. Artigo 1.577 - Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único - A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens. Artigo 1.578 - O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o

manifesta incompatibilidade entre o novo dispositivo constitucional e a legislação ordinária. No caso, não houve revogação<sup>114</sup> expressa nem inteira regulação na matéria que trata o Código Civil. Não se flagra incompatibilidade entre a atual redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal e a norma infraconstitucional, isso por que a nova regra fica limitada a declarar a nova forma como o casamento pode ser dissolvido, nada falando a respeito da derrogação da separação de direito do ordenamento jurídico. (BRASIL SANTOS, 2011, p. 04).

Logo, a Emenda Constitucional n. 66/2010 limitou-se a admitir a possibilidade do divórcio direito, afastando-se a exigência de prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. Por seu turno, não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto as disposições legais que regulamentam a separação judicial e extrajudicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, não afetando o vínculo matrimonial. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. (CHAVES, 2010, p. 09).

Dessa forma, entendendo-se pela sobrevivência da separação no direito civil brasileiro subsiste, também, a possibilidade de ser feita por escritura pública, conforme prevê a Lei n. 11.441/07, que guarda perfeita compatibilidade com o sistema do divórcio direito como previsto no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal. (CAHALY, 2011, p. 1571).

Nesse sentido, é a decisão do Conselho Nacional de Justiça, que na Resolução n. 120 de 30 de setembro de 2010 alterou o dispositivo da Resolução n. 35 de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei n. 11.441/2007, pelos serviços notariais e de registro, dispondo no artigo 52 que: “os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.”

---

sobrenome do outro. § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado. Artigo 1.579 - O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único - Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo. Artigo 1.580 - Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. § 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

<sup>114</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, § 1º: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior.”

No estado do Rio Grande do Sul, há entendimentos já pacificados a respeito do objeto da Emenda Constitucional n. 66 de 2010. A Súmula n. 37 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>115</sup> revela a eliminação dos prazos estipulados para concessão do divórcio. Dessa maneira, mostra-se favorável à facilitação do divórcio, desburocratizando a dissolução da sociedade conjugal.

A inovação mostrou-se ainda maior, merecendo aplausos por parte dos defensores desta corrente quando pacificou a preservação, da separação como forma de dissolução da sociedade conjugal, não sendo esta banida do ordenamento jurídico. O 4º Grupo Cível, a partir de uma interpretação lógico-sistemática, alega que não há como entender preservados os requisitos temporais em face da Súmula n. 37. De outro modo deve permanecer a separação conjugal como opção aos cônjuges diante de não haver incompatibilidade entre a nova redação do artigo e a norma infraconstitucional. Subsiste, assim, a separação, até que seja objeto de modificação por lei específica, porém, sem os prazos anteriormente exigidos. (BRASIL SANTOS, 2011, p. 05).

Neste diapasão, pacificando o entendimento no Tribunal de Justiça gaúcho foi editada Súmula de n. 39 dispondo que: “A Emenda Constitucional n. 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do artigo 266 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).” Portanto, não cabe ao julgador indeferir o pedido de separação fundado em sua extirpação do ordenamento jurídico, devendo, nestes casos, prevalecer a norma infraconstitucional, que ampara de forma legal o pedido dos consortes.

Pelos motivos apresentados, verifica-se a existência da separação judicial como forma vigente de dissolução da sociedade conjugal, devendo ser usada sempre que os cônjuges assim decidirem, diante da sua permanência no texto do Código Civil e por não ter sido revogada pelo novo texto constitucional, devendo coexistir com o divórcio direito de forma equiparada. Quanto aos prazos exigidos, entende-se terem sido revogados, não devendo existir qualquer empecilho que atrapalhe a decretação do divórcio.

Divergindo com essa corrente, outra se forma, concluindo que a separação não tem mais lugar no ordenamento jurídico, sendo o divórcio a única forma de dissolver o casamento.

---

<sup>115</sup> Súmula n. 37 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A partir da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, é possível postular, a qualquer tempo, divórcio direto, sem que seja necessário perquirir acerca de prazos de um (1) e de dois (2) anos, previstos no artigo 1.580 do Código Civil.”

### 3.3 A inexistência da separação judicial frente à Emenda Constitucional n. 66/2010

A Emenda Constitucional n. 66/2010 levou parte dos doutrinadores a repensar a dissolução do casamento de forma a considerar que com o advento da mesma, a separação judicial está abolida do ordenamento jurídico, restando somente o divórcio para colocar fim ao casamento, de forma direta e sem impedimentos.

Anteriormente a Emenda Constitucional n. 66/2010, o divórcio só poderia ocorrer depois de estarem, as partes, separadas judicialmente a mais de um ano ou separadas de fato a mais de dois anos. O novo texto constitucional dispôs sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, retirando os requisitos da prévia separação judicial ou a comprovada separação de fato. Com a Emenda, o divórcio passou a ser fácil, imediato, assim que o casal resolver terminar o casamento sem a necessidade de analisar motivos ou prazos para tanto. (SANTOS, 2011, p. 45).

Simão explica que houve significativa mudança quanto ao valor<sup>116</sup> contido na norma constitucional, os prazos, analisados como forma para evitar um fim precipitado e impensado do casamento, desaparecem do sistema. A nova redação do artigo 226 § 6º da Constituição Federal, afirma-se, dá maior liberdade ao cidadão brasileiro, que pode decidir sobre sua vida sem a necessidade de esperar para tanto. (2010, p. 16).

Assim também menciona Dias:

“Após a Emenda Constitucional 66/10, o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. Acabou o desarrazoado prazo de espera, pois nada justifica impor que as pessoas fiquem dentro de uma relação quando já rompido o vínculo afetivo.” (2011, p. 77).

Para essa corrente doutrinária, manter o instituto da separação com a imposição temporal, bem como exigir sua transformação em divórcio após o decurso de um ano, afrontam, nitidamente, o princípio da liberdade, bem como restringe a autonomia da vontade das partes de decidir de acordo com seus preceitos. (DIAS, 2010, p. 06).

---

<sup>116</sup> Sem a necessária espera para a decretação da separação “celebra-se a ênfase nas relações que devem ser de correspondência, e não de prisão e submissão a interesses que, quando não complementares e não correspondidos, podem tornar-se egoístas, ensejando o ressentimento e a conversão do amor em ódio.” (GROENINGA, 2010, p. 08).

De fato, facilitar o divórcio às partes foi o objetivo do legislador quando aprovou a Emenda Constitucional, alegando não mais se justificar a sobrevivência da separação de direito. Criou-se, com ela, uma duplicidade de dissolução da sociedade conjugal e de dissolução do casamento que nos dias atuais não mais se sustenta. (CARNEIRO, 2012, p. 02).

Com isso, a alteração constitucional deu maior liberdade<sup>117</sup> de agir nas relações matrimoniais, fazendo com que o Estado interfira cada vez menos, prevalecendo a autonomia privada. E essa é a tendência dos ordenamentos jurídicos, que evoluam para interferir cada vez menos na intimidade dos cidadãos, pois, se não há intervenção estatal na forma como as pessoas se casam, tampouco deve haver quando resolvem romper este vínculo. (PEREIRA, 2011, p. 27).

Note-se, ainda, que a manutenção da separação significa mais gastos, mas desgastes emocionais e, como na maioria dos casos resulta posteriormente em divórcio, provoca um emperramento do Judiciário com processos desnecessários. (PEREIRA, 2010, p. 07). Além de um desafogo, haverá maior celeridade e menor burocracia dos feitos judiciais após a implementação do divórcio direto, sem causas ou prazos. (FACHIN, 2010, p. 23).

Assim, segundo essa corrente, mais uma vez justifica-se a necessidade de extirpação da separação, de forma que causará também um alívio ao Poder Judiciário, devendo o juiz, nos processos de separação em andamento, dar ciência às partes de que o mesmo será convertido em divórcio, bastando o silêncio dos cônjuges para verificar a concordância com a decisão. (SANTOS, 2011, p. 66). Porém, a maioria dos magistrados está intimando as pessoas para que alterem o pedido, querendo. Quanto aos que se encontram na situação de separados, atualmente, entende-se que esse estado civil continua a existir, pois não há como tornar-se automaticamente divorciado, sendo necessária a conversão da separação em divórcio, ou então começar um novo processo e simplesmente divorciar-se. (PEREIRA, 2010, p. 06).

As mudanças trazidas não visam apresentar-se como uma forma de banalização do casamento, mas de uma facilitação da sua dissolução quando a vida em casal não for mais agradável. (SIMÃO, 2010, p. 17).

Assim, parte da doutrina entende que a separação desapareceu após a inovação constitucional, uma vez que não faz mais sentido mantê-la. Apresenta-se como medida menos profunda que o divórcio, dissolvendo-se com ela tão somente a sociedade conjugal, os deveres

---

<sup>117</sup> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho mencionam em sua obra que: “Trata-se de uma completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante.” (2012, p. 540).

entre os cônjuges, mas não finalizando o casamento. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 55). A separação judicial, diante disso, desaparece inclusive como requisito para a conversão em divórcio, sendo suprimido o requisito temporal, dando lugar a uma forma simples de término do casamento, que passou a ser direto, por mútuo consentimento, ou litigioso. (LÔBO, 2011, p. 151).

De fato, se extinta a separação judicial, não há mais que se falar também em separação extrajudicial, presente no âmbito administrativo, regulado pela Lei n. 11.441/2007. Logo, os tabeliães precisarão ficar atentos ao novo sistema, pois não mais deverão lavrar escrituras de separação, mantendo-se, porém, aquelas que foram formalizadas antes do advento da Emenda. Se, por equívoco ou desconhecimento, após a Emenda, o Tabelião lavrar escritura de separação, esta não terá validade jurídica, por conta da supressão da separação do ordenamento jurídico, sendo configurada hipótese de nulidade absoluta por impossibilidade jurídica do objeto<sup>118</sup>. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 71).

Essa Emenda mostra-se como um amadurecimento do sistema jurídico brasileiro, transformando o divórcio em um direito, realmente, que pode ser decretado independente da vontade do outro cônjuge. Antes, era necessário que o indivíduo permanecesse casado para cumprir o tempo de separação em desrespeito a sua vontade pessoal. Agora, não mais precisa fazer acordos ou sentir-se refém da vontade ou do tempo do outro. Basta declarar sua vontade e se divorciar. (PEREIRA, 2010, p. 05).

É possível argumentar que a separação permanece enquanto não forem revogados os artigos que a trazem no Código Civil, por que a nova redação da Constituição não teria expressamente a excluído. Mas, não se pode interpretar a norma desligando a mesma do contexto normativo que a envolve, nem tão pouco interpretar a norma infraconstitucional em desacordo com a Carta Magna, seria optar por uma inversão da hierarquia das leis, querendo que o Código Civil tenha mais força que a própria Constituição. (LÔBO, 2011, p. 152).

Assim, afastando-se a separação do texto constitucional, revoga-se, também, todos os dispositivos do texto infraconstitucional que se referiam ao tema. Caem por terra argumentos maciços apresentados por quem alega sua permanência, de forma que sequer é necessário

---

<sup>118</sup> Artigo 166, inciso II do Código Civil de 2002: “É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

serem expressamente excluídos para afastar de vez a tentativa de restringir o divórcio. (DIAS, 2010, p. 36).

Explica Carvalho que a separação judicial não foi recepcionada pela Emenda Constitucional, sendo assim abolida do ordenamento jurídico. (2011, p. 98). A realidade trazida por essa corrente é que a Constituição Federal eliminou de seu bojo a única referência que fazia à separação. Não ficou apenas limitada a suprimir os prazos, mas também acabou com o requisito obrigatório ou voluntário de prévia separação ao divórcio por conversão. (GONÇALVES, 2012, p. 209).

Ora, se a separação persistia no sistema jurídico como forma de viabilizar o divórcio, como um fim, um meio, um caminho para tal, e se agora o divórcio pode ser obtido pura e simplesmente, a todo tempo e sem qualquer restrição, não há razão ou utilidade em manter-se paralelamente a anacrônica figura da separação de direito. (VELOSO, 2010, p. 01-02).

Em suma, com a nova disciplina normativa do divórcio, perdem força as normas legais que tratavam da separação e este instituto passa a ser excluído, seja pela revogação tácita, como é parte do entendimento, seja por inconstitucionalidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 59).

Dessa forma, para essa corrente, a separação judicial foi abolida do ordenamento jurídico, não tendo mais função alguma, já que a Emenda traz uma forma facilitadora de terminar o casamento sem a espera de prazos nem a imposição de separação prévia. A Emenda Constitucional veio para beneficiar as relações familiares e torná-las mais simples, acabando com conflitos e imposições culposas desnecessárias que só deixavam margem a mágoas e discussões.

Observa-se que a Emenda Constitucional do Divórcio, prevista no artigo 226, § 6º da Constituição Federal, é questão que ainda causa divergência na doutrina e que sua aceitação sem a análise dos aspectos que tratam da separação no Código Civil, fere o princípio da liberdade, garantido na Carta Magna.

Conclui-se, portanto, que o texto constitucional atual, apresentado pela Emenda, exigiu uma mudança de postura do aplicador do direito que, agora, atrelado às mudanças ocasionadas, precisa adequar-se ao novo modo de terminar o casamento. Essa nova ordem constitucional, contudo, irá refletir no campo do direito civil, exigindo uma adequação da norma infraconstitucional, para que possa conviver harmonicamente com o objeto da Emenda, sem causar impasses ou empecilhos à aplicação do divórcio.

Desse modo, defende-se que a separação judicial não desapareceu, devendo ser aplicada quando as partes requisitarem. Não há que se sustentar sua supressão do ordenamento jurídico uma vez que a lei ordinária encontra-se ainda vigente e ampara esses pedidos.

Deve-se atentar ao fato de que o Estado não deve interferir diretamente na vida das pessoas, de modo que se amparadas legalmente, devem seguir o caminho que melhor lhes aprouver na busca da felicidade. E, assim, mesmo que agora ausente do texto da Lei Maior, a separação judicial vige no ordenamento jurídico, alicerçada no Código Civil, conferindo a garantia e a autenticidade dos pedidos.

## CONCLUSÃO

O presente estudo constata a mudança ocasionada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, suprimindo os prazos anteriormente estipulados para que o divórcio fosse decretado, corroborando para que o sofrimento, decorrente do término do casamento, seja rapidamente superado.

Verifica-se que a estrutura das famílias sofreu e ainda sofre constantes alterações, sendo necessária uma adequação do direito no sentido de acompanhar sua evolução no tempo. A sociedade conjugal, decorrente do casamento, apresenta-se como a forma estruturada da sociedade, tornando-se a base das relações familiares. Essa estrutura, criada em tempos mais remotos, a partir da evolução da concepção patriarcal do direito romano e da visão de indissolubilidade absoluta do casamento do direito canônico, sofreu alterações conforme a vida social, política e religiosa de cada época.

Logo, o modelo da família atual reflete a realidade do Estado, é considerada o centro da sociedade e merece proteção, pois tem na dignidade da pessoa humana o principal fundamento. A hierarquia apresentada nas concepções antigas foi cedendo lugar à democratização, o que levou a família a formar-se por outros modos que não o casamento, bem como diminui a interferência estatal, que passou a atuar apenas como agente fiscalizador e facilitador da formação das famílias nos dias atuais.

A família ganhou visão constitucionalizada, o que representou significativo avanço social e jurídico, elevando a proteção desse sagrado instituto ao patamar máximo do ordenamento.

Essa constitucionalização do direito de família trouxe a necessidade de analisar o ser humano a partir de sua dignidade, desencadeando a repersonalização do direito civil, que elevou a pessoa como centro do ordenamento jurídico, afastando a visão de mero detentor de direitos e bens. Tais fenômenos geraram avanços a partir da garantia constitucional conferida aos direitos essenciais, analisando o sujeito de forma despatrimonializada e humanizada.

Devido a uma evolução significativa das famílias, o casamento, que se mostra como alicerce da sociedade, necessitou de maior amparo. Dessa forma, emergiram princípios, apresentando-se como meio de proteção. Sendo como principal, a dignidade da pessoa humana. A liberdade, a igualdade e a solidariedade também permeiam a sociedade conjugal,

merecendo aplicação concreta, possibilitando que as garantias individuais, previstas na Lei Maior, sejam efetivadas e usufruídas pela sociedade. Estão estreitamente ligados uns aos outros, compondo uma unidade de princípios, coexistindo em harmonia, como um escudo protetor contra qualquer violação pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.

A partir dessa proteção principiológica conferida ao casamento, consolidou-se em um ato jurídico, solene, pelo qual um homem e uma mulher buscam constituir uma família. E, para que haja o reconhecimento legal desse ato, são necessários alguns requisitos, sem os quais o casamento não se reveste de validade, sejam eles: a manifestação de vontades de ambas as partes, a inscrição do casamento religioso no Registro Civil das Pessoas Naturais, e, após a habilitação, o registro, em noventa dias, do ato da celebração do casamento para que surta seus efeitos.

Há, também, efeitos que decorrem da celebração do casamento. O dever de fidelidade recíproca, o dever de vida em comum, o sustento, a guarda e educação dos filhos, e a mútua assistência entre os consortes, são gerados da decisão de contrair matrimônio e, uma vez estabelecidos, cabe aos cônjuges observância e lealdade no seu cumprimento.

Porém, quando não mais existir o sentimento que une o casal e a vida em comum não mais for agradável, pode ser realizado o término do casamento. Esse término pode se concretizar através do falecimento de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação e pelo divórcio. Tanto a separação quanto o divórcio têm o condão de dissipar, pela vontade manifesta das partes, a união que se formou como matrimônio.

O divórcio foi instituído pela Lei n. 6.515/77, tornando possível a dissolução do vínculo conjugal e possibilitando às partes convolar novas núpcias, querendo. Pode apresentar-se pela forma direta ou indireta. A direta ocorre quando existe o lapso temporal de dois anos da separação de fato e o indireto, por sua vez, apresenta-se como conversão, consensual ou litigiosa, transformando a separação anteriormente realizada em divórcio, podendo ser formulado o pedido depois de um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou a separação de corpos.

Já a separação mostra-se mais branda, não extinguindo, definitivamente, o vínculo criado com o casamento e possibilita que o casal venha a reaver o matrimônio sem a necessidade de passar novamente pelo processo de habilitação, requerendo o restabelecimento da sociedade conjugal por simples petição, nos mesmos autos em que a separação foi decretada e seguindo o mesmo regime de bem anteriormente firmado. A separação pode ser

consensual ou litigiosa, tratando todos os assuntos que forem pertinentes à vida do casal, como a partilha dos bens, a guarda, a educação dos filhos e a pensão alimentícia a ser paga ao outro cônjuge.

Após a promulgação da Lei n. 11.441/07, a separação e o divórcio consensuais podem ser realizados no Tabelionato de Notas, através de escritura pública, desde que não haja filhos menores do casal, bem como que os cônjuges sejam maiores, capazes e acordes da decisão tomada, acompanhados por advogado e manifestando a espontaneidade com que o fazem.

E, ao encerrar essa sociedade conjugal pela separação ou pelo divórcio, consequentemente surgem efeitos que se relacionam com a pessoa do cônjuge, através do dever de coabitação, da fidelidade recíproca que envolvia os mesmos, bem como o respeito e consideração mútuos, que são cessados após o fim do casamento. Com relação aos filhos destes, deve atentar-se ao dever de sustento e educação, bem como ao dever de pagar pensão alimentícia por quem não manter a guarda. E com relação aos bens existentes de propriedade do casal, devem ser partilhados de forma consensual ou por decretação do juiz. Assim, tanto a separação quanto o divórcio geram efeitos que irão refletir em toda a relação que permeou o casamento e, quando cessados, ambas as partes voltam ao estado em que se encontravam anteriormente, levando vidas distintas e independentes entre si.

Porém, essas premissas analisadas sob a égide do Código Civil de 2002, com relação à separação e ao divórcio, foram revistas após a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010. Essa deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, ocasionando grande mudança na seara do direito de família, especialmente quando comparado com a redação anterior do texto constitucional.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família, através da análise do sistema dual de término da relação matrimonial, propôs uma Emenda Constitucional, visando suprimir com a separação de direito do ordenamento jurídico, restando apenas o divórcio, sem prazos, para pôr fim ao casamento, alegando não haver justificativas para a permanência da separação, pois não se sustenta manter uma duplicidade entre término da relação conjugal e término do casamento.

Emergiram dessa interpretação dual, duas correntes doutrinárias, parte apoiando a abolição da separação do ordenamento jurídico, a supressão dos prazos necessários para a decretação do divórcio e a abolição da busca pela culpa e outra afirmando que o ordenamento

jurídico infraconstitucional permanece intacto, conferindo às partes o direito legal de optar pela separação, ainda vigente.

Partindo dessa ambiguidade, deparou-se com a contradição não só doutrinária, mas também prática. Na Comarca de Casca, foi necessária uma análise aprofundada do objeto da Emenda para que a juíza formasse um entendimento aplicável ao caso concreto.

A magistrada, primeiramente, sustentou a ideia de que a separação restava abolida do ordenamento jurídico. Todavia, após a análise detalhada da Emenda, modificou seu posicionamento, alegando não haver a possibilidade de prevalecer a vontade do Estado perante a autonomia dos cônjuges, motivo pelo qual defende a existência da separação. No Tabelionato de Notas, a separação é aplicada amparada na Lei ordinária e o divórcio segue a linha determinada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, sendo decretado sem a exigência de prazos. Embora sedimentado esse entendimento na Comarca de Casca, ainda existe a dúvida na aplicação da inovação constitucional, sendo necessária uma análise doutrinária aprofundada na busca do entendimento que mais se coaduna à realidade atual.

A doutrina que defende a existência da separação judicial se funda na permanência dos dispositivos do Código Civil que não foram alterados e, portanto, sustenta de forma legal o pedido de separação se as partes desejarem. Afere-se que a Emenda Constitucional proporcionou avanços ao facilitar o divórcio sem prazos, mas que de maneira alguma extirpou do ordenamento jurídico a separação, que confere às partes a possibilidade de reaver o casamento se assim requisitarem, de forma facilitada. Assim, também, a discussão da culpa deve permanecer, alegando não haver como eliminar um conceito que trata das regras de conduta, transformando os deveres familiares em meras recomendações.

Outra corrente se opõe, alegando que a manutenção da separação com uma imposição temporal afronta nitidamente o princípio da liberdade e restringe a autonomia das partes. Buscou-se, com a Emenda Constitucional n. 66/2010 facilitar o divórcio e a manutenção da separação causaria um empecilho, significando mais gastos e um emperramento no Judiciário com processos desnecessários. Afirma ter desaparecido do ordenamento jurídico a separação por ser medida menos profunda que o divórcio e pela sua não recepção no texto da Emenda Constitucional. Assim, estariam revogados todos os artigos do Código Civil que tratam da separação, não podendo mais ser objeto de pedido na via tanto judicial quanto administrativa.

A partir dos pensamentos opostos conclui-se que a Constituição Federal inovou na forma de legislar, afetando o ordenamento jurídico e exigindo uma mudança de postura do

aplicador do direito que, atrelado às alterações ocasionadas, precisa adaptar-se às novas regras para o término do casamento.

Essa nova regra, afeta também o direito civil, necessitando uma adaptação da norma infraconstitucional para que possa conviver harmonicamente com o objeto da Emenda, sem causar qualquer prejuízo a quem buscar o amparo da Lei Ordinária para desfazer os laços para o término do casamento.

Sobremaneira, entende-se que a separação de direito não foi abolida do ordenamento jurídico após a Emenda Constitucional n. 66/2010. Não há como prevalecer a vontade do legislador sobre a das partes que encontram abrigo legal na forma infraconstitucional para fundamentar seu pedido de separação. Os artigos que tratam da separação no Código Civil não foram revogados expressamente e amparam de forma cabal o pedido de separação das partes. Ademais, entendimentos já pacificados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mostram-se certos no sentido de facilitar o divórcio, valorizando a autonomia da vontade e a liberdade de escolha do cidadão. Os prazos anteriormente exigidos para a decretação do divórcio foram afastados, devendo ser decretado o divórcio a qualquer momento, apresentando-se de forma rápida e facilitada, na busca pelo fim de um relacionamento sem probabilidade de continuar. E não merece prosperar a discussão da culpa, uma vez que causa ainda mais sofrimento e insiste em desgastar a relação das partes, através de suas consequências, mesmo após o fim do casamento.

Por fim, constata-se que deve permanecer a possibilidade de separação, amparada na norma infraconstitucional coexistindo com o divórcio, decretado de forma fácil e rápida, sem a exigência de prazos ou outro empecilho, deixando de lado a discussão da culpa que representa um retrocesso da legislação e uma intromissão na vida das pessoas. Assim como o Estado não deve interferir na forma como se realizam os casamentos também não deve intervir na forma como é dissolvido. Deve prevalecer a autonomia da vontade e a liberdade de cada cidadão, podendo optar por uma ou outra possibilidade de dissolver seu casamento, sem que nada seja imposto contra sua livre convicção.

Enfim, uma das garantias que se efetivou com maior força, após a Emenda Constitucional n. 66/2010, refere-se ao direito à liberdade, momento em que a alteração constitucional conferiu às pessoas um livre acesso à felicidade, não exigindo que a dor e o sofrimento sejam prolongados por prazos determinados, impossibilitando o fim de um relacionamento falido. Essa liberdade se concretiza na possibilidade de escolha entre um instituto e outro para colocar fim à relação conjugal.

## REFERÊNCIAS

BIASCAIA, Antonio Carlos. *Proposta de emenda à Constituição de nº 413-A, de 2005*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 29 ago. 2012.

BRASIL SANTOS. Luiz Felipe. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70039476221*, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 28 ago. 2012.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Códigos Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal e legislação complementar*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 11.441 de 04 de janeiro de 2007*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Proposta de emenda à Constituição de nº33-A, de 2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 29 ago. 2012.

CARVALHO NETO, Inácio. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Dimas Messias de. Caso concreto: emenda do divórcio (EC Nº66/2010) e separação judicial em andamento – parecer do Ministério Público. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 19, dez/jan. 2011. p. 88-89.

CHAVES, Fernando de Vasconcelos. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70039285457, da 7ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Porto Alegre, 29 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 19 jul. 2012.

CHAVES, Mariana. O divórcio e a separação no Brasil - algumas considerações após a aprovação da EC 66. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 20, fev/mar. 2011. p. 12-17.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 120 de 30 de setembro de 2010. *Altera dispositivos da resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, que disciplina aplicação da*

*Lei nº 11441/07 pelos serviços notariais e de registro.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12238-resolucao-no-120-de-setembro-de-2010>> Acesso em: 15 set. 2012.

CUNHA, Alexandre Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In. COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado.* 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. FACHIN, Luiz Edson. O divórcio direto demorou a chegar. Divórcio direto no Brasil, fim da separação e dos prazos. *Revista Leis e Letras, direito e informação.* Ano IV, n. 21, 2010.

\_\_\_\_\_; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora, 2003, p. 89-106.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *O novo procedimento da separação e do divórcio (de acordo com a Lei nº 11441/07).* Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Direito das famílias.* vol. 6. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podvm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito de família.* Vol. 6. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa.* 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio.* São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* vol. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro.* volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito de família,* volume 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. A razão tem razões que a própria razão desconhece. *Boletim IBDFAM. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito da Família*. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 64, set/out. 2010. p. 01-09.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAMEDE, Gladson. *Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens: simulações empresariais societárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. *União Estável: concubinato: repercussões jurídico-patrimoniais: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1988.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Org. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Org. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio? Considerações sobre a EC 66*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/682>>. Acesso em: 05 set. 2012.

\_\_\_\_\_; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O casamento. In: DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 09-30.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial: comentários à lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408-92: doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Caso concreto: Emenda constitucional n. 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre Separação e Divórcio – O direito Intertemporal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister: Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, ago/set. 2010, p. 05-26.

\_\_\_\_\_; *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66 de 13.07.2010 e Lei n. 12.318 de 26.08.2010 e Lei n. 12.334 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

\_\_\_\_\_; *Liberdade ainda que tardia*. Boletim IBDFAM. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 64, set/out. 2010, p. 01-09.

\_\_\_\_\_; *Revolução para o direito de família*. *Revista Leis e Letras, direito e informação*, Ano IV, n. 21, 2010, p. 22-26.

RAITANI, Francisco. *Prática de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03-29.

RIO GRANDE DO SUL. Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência n. 70044094639, julgado em 16.12.2011. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização no DJ n. 4784, de 07.03.2012. Capital, 2º Grau, p. 04.

\_\_\_\_\_; Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência n. 70039476221, julgado em 13.01.2011. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização no DJ n. 4784, de 25.01.2011. Capital, 2º Grau, p. 04.

\_\_\_\_\_; Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência n. 70045892452, julgado em 05.04.2012. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização no DJ n. 4820, de 27.04.2012. Capital, 2º Grau, p. 210.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: volume 3*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; NUNES, Dierle. Emenda constitucional n. 66/2010 e a possibilidade jurídica do pedido de separação judicial e de separação extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister: Belo Horizonte: IBDFAM, v. 18, out/nov. 2010, p. 05-27.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*, volume 3: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Oséias J. *Divórcio Constitucional: nos termos da emenda constitucional n. 66, de 2010*. São Paulo: Editora Syslook, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio – a revolução do século em matéria de Direito de família – a passagem de um sistema divorcista pleno. *Revista Brasileira de Direito das*

*Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister: Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, ago/set. 2010, p. 14-26.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de processual civil. Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_; *Curso de processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.

TORRES, Demóstenes. *Parecer à emenda à Constituição de n. 413-A de 2007*. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> Acesso em: 29 ago. 2012.

VELOSO, Zeno. *O novo divórcio no Brasil e o que restou do passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigoseartigos=661>> Acesso em: 06 mai. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_; *Direito civil: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

## ANEXO A

### ENTREVISTA À MAGISTRADA DA COMARCA DE CASCA

Questionário:

- Quem se encontrava separado quando entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 66/2010 e não alterou essa condição judicialmente, continua na situação de separado judicialmente?
- Caso a parte opte pela separação e não pelo divórcio, não aceitando o caso de conversão, o instituto ainda será aplicado?
- Os processos de separação que estavam em trâmite quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010 continuam seguindo como separação ou são alterados para divórcio? E em caso de conversão, estas se deram com ou sem o consentimento das partes?

#### **Respostas ao questionário da acadêmica Gêssica Dal Ponte**

##### **Pergunta 01:**

Sim, aquelas pessoas que se encontravam separadas quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010 continuam separadas, a menos que tenham ingressado com pedido de conversão da separação em divórcio (e, neste caso, independente de qualquer prazo, ante à inovação legislativa) ou com ação de divórcio. A questão é singela: se não ocorreu pedido formal de divórcio, descabe a conversão de ofício de ação de separação em curso ou já arquivada, pois tal importaria em clara inobservância da livre vontade das partes, o que não é admissível.

##### **Pergunta 02:**

Entendo que a EC 66/2010 dá indicação da mais recente e significativa privatização da família, e ainda do papel residual do Estado, além de ter vindo a ratificar a tendência tanto da doutrina como na jurisprudencial pátria que traz a abolição da culpa conjugal.

Referida EC, publicada no dia 14 de julho de 2010, deu nova redação ao parágrafo 6º do art. 226 da CF/88, que dispõe sobre a dissolução do casamento civil pelo divórcio. A redação revogada estabelecia como condição para o divórcio a prévia separação judicial por mais de um ano, nos termos do artigo 1.580 do Código Civil, ou a comprovação da separação de fato por mais de dois anos, conforme parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal.

Não é aceitável que em pleno século XXI os cônjuges se obriguem a permanecer casados por questões meramente morais, religiosas ou sociais, tampouco que mantenham qualquer vínculo apenas para aguardar o transcurso de tempo necessário entre a separação e a possibilidade da conversão em divórcio, por simples exigência legal.

Considerando que o matrimônio tem como fim a vida em comum harmônica e a afetividade, e não mais havendo esse interesse por parte dos cônjuges, mais que recomendável a dissolução do casamento com o intuito de preservar a integridade psicológica, moral e física dos mesmos, além dos filhos, quando existentes.

Com este fundamento, em um primeiro momento adotei o entendimento de que não mais existia a separação judicial, pois toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que passou a ser concedido sem prévia separação e sem o implemento de prazos deixou de existir. Sob o mesmo viés, não há (via) por que manter um instituto defasado, falido e com defeitos éticos graves, e havendo dúvidas ou a necessidade das partes de um prazo de reflexão, tanto a separação de fato como a separação de corpos preservariam o interesse do casal.

Entretanto, em face da alteração no texto constitucional, especialmente o vocábulo “pode”, aliada à ausência de revogação expressa no Código Civil (embora muitos doutrinadores entendam pela derrogação tácita), ressalvado meu entendimento pessoal, passei a aplicar o entendimento da jurisprudência que se consolidou, e que culminou na edição da Súmula 39 do TJ/RS, com a seguinte redação: A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não banuiu 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).

Portanto, respondendo ao questionamento propriamente dito: sim, havendo interesse das partes, será aplicado o instituto da separação, tendo como fundamento a impossibilidade do Juiz impor sua vontade sobre aquela das partes, ressalvada a convicção pessoal. A conclusão a que se chega, pois, é no sentido de que a separação não constitui mais condição para a realização do divórcio. Contudo, a separação permanece no ordenamento jurídico, como opção aos cônjuges que não têm interesse na manutenção da sociedade conjugal, mas que por qualquer razão também não desejam dissolver o vínculo matrimonial pelo divórcio.

**Pergunta 03:**

Nos processos de separação em trâmite quando da entrada em vigor da EC 66/2010 as partes foram intimadas e esclarecidas acerca da modificação legislativa para, através de seus procuradores, manifestarem sua concordância ou não. Nos casos em que houve manifestação favorável o feito foi de plano convertido para ação de divórcio. Nos demais casos, prosseguiram como ação de separação. Todavia, nestes casos, quando as partes, posteriormente, ingressaram com o pedido de conversão, o julgamento ocorreu de plano, pois prescindível a observação de qualquer prazo.

Casca, 11 de setembro de 2012.

SIMONE RIBEIRO CHALELA,  
Juíza de Direito da Comarca de Casca/RS

## ANEXO B

### LEVANTAMENTO DE DADOS NA COMARCA DE CASCA

Questionário:

- Quantos processos foram distribuídos no ano de 2011 até junho de 2012 como divórcio direto na Comarca de Casca?
- Quantos processos foram distribuídos no ano de 2011 até junho de 2012 como separação?

Prezada Géssica,

Em resposta a sua solicitação, venho a informar em relação às perguntas efetuadas dirigidas a esta Comarca:

1) Número de processos distribuídos no ano de 2011 até junho de 2012 que correspondem a divórcio: Resposta: 27 processos.

2) Número de processos distribuídos no ano de 2011 até junho de 2012 que correspondem a separação: Resposta: 03 processos.

Casca, 12 de Julho de 2012.

Atenciosamente,

Hermes Buffon

Distribuidor-Contador

Comarca de Casca

## Processos de Separação distribuídos na Comarca de Casca no ano de 2011 até junho de 2012

Themis 1º Grau - Hermes Buffon, em uso desde 15/10/2012 09:04

Sistema Consultas Processos Juri Documentos Contadoria Distribuição VEC Cadastros Básicos Relatórios Janelas Ajuda Sair

10. Contadoria

1. Petições Iniciais (Custas Iniciais)

2. Custas Intermediárias

3. Custas Finais

4. Excesso de Meação em Divórcios e Separações

5. Inventários e Arrolamentos

6. Cálculos Monetários

7. Recurso de Processos de Outra Comarca

20. Distribuição

20.3 Objetos Apreendidos

30. Processos

40. Consultas

50. Documentos

60. Publicações

70. Audiências

80. Relatórios

99. Ajuda

Consulta Processos por Classe/Natureza

Sistema Themis - 1º Grau  
Pesquisado em: 15/10/2012 10:23  
Órgão Julgador: Vara Judicial da Comarca de Casca  
Situação Processos: Ativos  
Pesquisa de Processos por Classe/Natureza

Página: 1

Classe: Separação e Divórcio Consensuais  
Natureza: Separação Consensual

TA	Processo	Último Movimento
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.05.0000737-0</a>	23/04/2007 - Cumprir Despacho
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.09.0001830-1</a>	13/08/2012 - Movimentado o Apenso
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0000842-5</a>	23/08/2012 - Aguarda trânsito em julgado
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0001799-6</a>	02/10/2012 - Conclusão ao Juiz
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0000606-6</a>	02/10/2012 - Aguarda Arquivamento

Página: 1

Impressora: Lexmark T644

Imprimir Selecionados Atualizar Imprimir Fechar

## Processos de Divórcio Litigioso distribuídos na Comarca de Casca no ano de 2011 até junho de 2012

Themis 1º Grau - Hermes Buffon, em uso desde 15/10/2012 09:04 - [Consulta Processos por Classe/Natureza]

Sistema Consultas Processos Jürj Documentos Contadoria Distribuição VEC Cadastros Básicos Relatórios Janelas Ajuda Sair

**10. Contadoria**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO

**Pesquisado em:** 15/10/2012 10:26  
**Órgão Julgador:** Vara Judicial da Comarca de Casca  
**Situação Processos:** Ativos  
**Pesquisa de Processos por Classe/Natureza**

**Página: 1**

**Classe:** Alimentos, Separação e Divórcio Litigiosos  
**Natureza:** Divórcio Litigioso

TA	Processo	Último Movimento
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.10.0001893-1</a>	03/08/2011 - Movimentado o Apenso
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0000897-0</a>	20/06/2012 - Movimentado o Apenso
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0002515-8</a>	24/07/2012 - Aguarda trânsito em julgado
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.09.0000154-9</a>	30/07/2012 - Carga à Defensoria Pública - Wild Afonso Ogawa Filho (OAB: RS/86384)
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0000860-1</a>	03/08/2012 - Carga à Defensoria Pública - Wild Afonso Ogawa Filho (OAB: RS/86384)
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001679-7</a>	15/08/2012 - Aguarda decurso de prazo - réu
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0000455-1</a>	23/08/2012 - Aguarda trânsito em julgado
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0000186-0</a>	31/08/2012 - Disponibilizada Nota No DJ Eletrônico - 118/2012 DJE Nº 4908 em 31/08/2012
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001984-2</a>	31/08/2012 - Juntado Mandado de Intimação - Partes
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0000112-7</a>	06/09/2012 - Aguarda Arquivamento
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.10.0001549-5</a>	26/09/2012 - Aguarda decurso de prazo da Nota de Expediente - 115/2012
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0000518-1</a>	02/10/2012 - Conclusão ao Juiz
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001074-8</a>	04/10/2012 - Processo aguardando juntada
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0001053-3</a>	11/10/2012 - Carga MP - Damasio Sobiesiak
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0001809-7</a>	11/10/2012 - Ordenada Intimação do MP
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001328-3</a>	11/10/2012 - Ordenada Intimação do MP
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001793-9</a>	11/10/2012 - Ordenada Intimação do MP

**Página: 1**

Impressora: Lexmark T644

Imprimir Selecionados Atualizar Imprimir Fechar

1. Petições Iniciais (Custas Iniciais)  
2. Custas Intermediárias  
3. Custas Finais  
4. Excesso de Meação em Divórcios e Separações  
5. Inventários e Arrolamentos  
6. Cálculos Monetários  
7. Recurso de Processos de Outra Comarca  
20. Distribuição  
20.3 Objetos Apreendidos  
30. Processos  
40. Consultas  
50. Documentos  
60. Publicações  
70. Audiências  
80. Relatórios  
99. Ajuda

Processos de Divórcio Consensual distribuídos na Comarca de Casca no ano de 2011 até junho de 2012

Themis 1º Grau - Hermes Buffon, em uso desde 15/10/2012 09:04 - [Consulta Processos por Classe/Natureza]

Sistema Consultas Processos Jurídicos Documentos Contabilidade Distribuição VEC Cadastros Básicos Relatórios Janelas Ajuda Sair

10. Contadoria

**Pesquisa de Processos por Classe/Natureza**

Página: 1

Classe: Separação e Divórcio Consensuais  
Natureza: Divórcio Consensual

TA	Processo	Último Movimento
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0000439-0</a>	19/07/2012 - Aguarda trânsito em julgado
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0000680-5</a>	02/08/2012 - Aguarda trânsito em julgado
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0000805-9</a>	06/08/2012 - Movimentado o Apenso
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.10.0000110-9</a>	16/08/2012 - Disponibilizada Nota No DJ Eletrônico - 111/2012 DJE Nº 4897 em 16/08/2012
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001218-0</a>	16/08/2012 - Aguarda trânsito em julgado
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001621-5</a>	29/08/2012 - Aguarda trânsito em julgado
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0000132-3</a>	31/08/2012 - Disponibilizada Nota No DJ Eletrônico - 118/2012 DJE Nº 4908 em 31/08/2012
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001658-4</a>	10/09/2012 - Disponibilizada Nota No DJ Eletrônico - 123/2012 DJE Nº 4913 em 10/09/2012
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0002175-8</a>	03/10/2012 - Conclusão ao Juiz para Sentença
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0001840-4</a>	04/10/2012 - Autos Retornados ao Cartório
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0000074-0</a>	10/10/2012 - Aguarda Arquivamento
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0001255-2</a>	10/10/2012 - Carga MP - Damasio Sobiesiak
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.11.0001868-2</a>	10/10/2012 - Aguarda decurso de prazo da Nota de Expediente - 135/2012
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0002289-4</a>	10/10/2012 - Carga MP - Damasio Sobiesiak
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0002327-0</a>	10/10/2012 - Carga MP - Damasio Sobiesiak
<input type="checkbox"/>	<a href="#">090/1.12.0002202-9</a>	11/10/2012 - Carga MP - Damasio Sobiesiak

Página: 1

Impressora: Lexmark T644

Imprimir Selecionados Atualizar Imprimir Fechar

1. Petições Iniciais (Custas Iniciais)  
2. Custas Intermediárias  
3. Custas Finais  
4. Excesso de Meação em Divórcios e Separações  
5. Inventários e Arrolamentos  
6. Cálculos Monetários  
7. Recurso de Processos de Outra Comarca  
20. Distribuição  
20.3 Objetos Apreendidos  
30. Processos  
40. Consultas  
50. Documentos  
60. Publicações  
70. Audiências  
80. Relatórios  
99. Ajuda

## ANEXO C

### LEVANTAMENTO DE DADOS NO TABELIONATO DE NOTAS DE CASCA

Questionário:

- Quantas escrituras públicas foram realizadas no ano de 2011 até junho de 2012 como divórcio direto?
- Quantas escrituras públicas foram realizadas no ano de 2011 até junho de 2012 como separação?
- Se a parte optar por separar-se pelo Tabelionato de Notas, através de escritura pública, isso ainda será possível? Ou será realizado o divórcio?
- Depois da Emenda Constitucional n. 66/2010, os funcionários foram instruídos no sentido de agir de uma forma unânime?
- No Tabelionato de Notas ainda existe o divórcio e a separação ou depois a Emenda Constitucional n. 66/2010 a separação foi suprimida do ordenamento jurídico?

À Srta.

Géssica Dal Ponte

Acadêmica de Direito da Universidade de Passo Fundo

Campus Casca/RS

Em atenção ao requerimento datado de 21 de setembro de 2012, informamos a Vossa Senhoria, para fins de pesquisa a ser anexada junto ao seu trabalho de conclusão de curso, que no ano de 2011 até agosto de 2012 foram realizados cinco (05) divórcios diretos e nenhuma escritura pública de separação consensual.

Ficando a critério das partes, com o devido acompanhamento de seus advogados constituídos, optarem pelo divórcio direto ou pela separação consensual, eis que é resguardo o direito de optar por fazer a separação ou o divórcio direto. Optando pelo divórcio direto observa-se a Emenda Constitucional n. 66/2010, escolhendo a separação consensual segue-se

a lei ordinária. Observa-se que após a Emenda Constitucional as partes optam pelo divórcio direito.

Os atos notariais são praticados observando-se a legislação vigente e a Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Pedro Osvaldo Caletti

Tabelião

Tabelionato de Notas e Protestos de Casca - RS