



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

EMANUELLE FERNANDES DE MACÊDO PIMENTA

EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010:  
EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

SOUSA - PB  
2011

EMANUELLE FERNANDES DE MACÊDO PIMENTA

EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010:  
EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB  
2011

EMANUELLE FERNANDES DE MACÊDO PIMENTA

EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010:  
EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação:

---

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

---

Prof<sup>ª</sup>. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa (UFCG)

---

Prof<sup>ª</sup>. Petrócia Marques Sarmiento Moreira (UFCG)

Àquela digna da mais profunda admiração e gratidão.

À minha Mãe, razão da minha incansável busca  
pela realização dos meus sonhos.

## AGRADECIMENTOS

À Deus, que nunca me abandonou e nunca me abandonará. Agradeço por me conceder inspiração e força de vontade em todos os momentos dessa jornada. Entrego somente a Ti a direção da minha caminhada, porque sei que melhores que os meus, são os teus planos para mim.

Aos meus pais, pela dedicação depositada na minha criação e educação. Tenho convicção que sem o apoio e a colaboração de vocês não teria chegado aonde cheguei. Ao meu pai, Antônio, pelo incansável trabalho de longos anos, buscando proporcionar uma melhor qualidade de vida e conseqüentemente, melhor educação. Em especial à minha mãe, Nena, que ocupa a posição de pessoa mais importante da minha vida. A ela devo quem sou hoje, meu caráter e o desejo de sempre buscar ser alguém melhor. Agradeço por confiar no meu sucesso e não desanimar frente aos obstáculos que a vida impôs. Obrigada por se fazer presente e indispensável.

Agradeço às minhas irmãs, Emília e Ediane, por vivenciarem comigo mais essa fase da vida, não poupando incentivos e colaboração, permanecendo ao meu lado em todos os momentos. Sei que sempre estarão dispostas a me ajudar, me acompanhando na realização dos meus sonhos.

Aos demais familiares, que mesmo distantes, nunca deixaram de torcer pelo meu sucesso.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa, pela presteza e dispêndio de tempo na realização deste trabalho, passando segurança e conhecimento, fundamentais na consecução desse estudo.

À Filipe Germano, com quem, prazerosamente, compartilho grande parte dos momentos da minha vida, por acreditar na minha capacidade e nunca economizar palavras de estímulo.

Não poderia esquecer dos amigos que compartilharam comigo cinco maravilhosos anos de curso e que para sempre ficarão guardados com muito carinho nas minhas lembranças. Vocês foram fundamentais por tornar esse período um dos mais especiais da minha vida.

Aos demais amigos que participaram, direta e indiretamente, dessa caminhada, fazendo parte da minha vida e tornando-a mais agradável.

Aos citados, o meu mais sincero obrigada!!!

“Todo mundo quer acreditar que o amor é para sempre.

Mas não adianta, é infinito enquanto dura.”

*Maria Berenice Dias*

## RESUMO

Nos últimos trinta anos, o Direito de Família vem sendo alvo de constantes alterações decorrentes do amadurecimento da sociedade. A concepção social, o moralismo, a religião, adotaram contornos mais flexíveis. Contemporaneamente, a família adquiriu conceituações múltiplas, sendo reconhecidas entidades familiares reformuladas. Não mais se adota o rigorismo da família inabalável. Ninguém é obrigado a manter um casamento que não supere suas expectativas de felicidade, amor e companheirismo. A sociedade mudou e conseqüentemente o direito que a regulamenta. O fim da indissolubilidade do casamento foi o início dessa evolução, porém o Estado impôs amarras, estabeleceu duplo procedimento, dificultando a pretensão daqueles de decidiam desfazer o vínculo matrimonial. Foi a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, a responsável por uma importante inovação no direito de família. Alterou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, estabelecendo que o casamento poderá ser dissolvido através do divórcio. Logo, não mais se exige a separação judicial prévia, nem mesmo a separação de fato, por pelo menos dois anos, como requisito para pleitear o divórcio. Fica, portanto, não esclarecida a questão se a separação judicial foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro, ou continua a existir de maneira facultativa. Torna-se viável um estudo sobre a aplicação e as consequências do novo preceito constitucional, tendente a defender a extinção da separação judicial do ordenamento jurídico pátrio. Na realização do trabalho empregou-se o método científico dedutivo analisando as modificações e relacionando-as com a situação jurídica anterior. Os métodos de procedimento foram o histórico e o comparativo. Aquele fazendo um resgate da regulamentação anterior, e este verificando as divergências implantadas pela nova norma constitucional. A técnica de pesquisa foi a documentação indireta, utilizando-se para o estudo a pesquisa bibliográfica e documental, recolhendo embasamento para a consecução do trabalho. Portanto, a EC nº 66/2010 extinguiu qualquer requisito prévio para se requerer o divórcio, de maneira que este se tornou o único capaz de por fim ao vínculo matrimonial. Foi extinta a separação judicial, já que era exigida apenas para a posterior conversão em divórcio. Objetiva a pesquisa elucidar o fim da separação judicial, a inexigibilidade do cumprimento de prazo da separação de fato para o divórcio, além da exposição da culpa para se requerer o divórcio, os benefícios alcançáveis com a celeridade processual, e a menor intervenção do Estado na vida particular dos cidadãos. O procedimento do divórcio tornou-se mais célere, facilitando o desejo dos cônjuges. Prevaleceu, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana como forma de buscar a felicidade.

Palavras-chave: Casamento. Separação judicial. Divórcio.



## ABSTRACT

In the last thirty years, Family Law has been object of constant changes, due to the society aging. The social conception, moralism and religion assumed a more flexible design. Nowadays, family has acquired several concepts and reformulated family entities have been recognized. The strictness of the unshakable family is not adopted anymore. No one is obliged to keep a matrimony that does not attend the expectations in terms of happiness, love and partnership. Society changed and consequently the law that controls it. The end of the indissoluble matrimony was the beginning of this revolution. However, the State has imposed some barriers, once it defined a double procedure, making difficult the intention of those who decided to break up the matrimony. The amendment number 66, from July 13, 2010, was the responsible for this important innovation in family law. This amendment changed § 6º article 226 from Brazilian Constitution, establishing that the matrimony can be dissolved through the divorce. So, the previous judicial separation does not exist anymore, neither the separation in fact, for minimum period of the last two years, as a requirement to ask for the divorce. Based on that, it is worth a study related to the application and consequences of the new Brazilian juridical order. In the study, scientific-dedutive method was applied, analyzing the changes and relating them with the previous juridical order. Procedures methods were historical and comparative, where, in the first one, a rescue of the prior law was made and, in the last one, divergences implemented by the new Brazilian Constitutional Law were took into account. The research technic was indirect documentation, using bibliographical and documental researches, in order to have the due basis for this study. Therefore, the EC nº 66/2010 extinguished any previous requirement to ask for the divorce, so that this way became the only one able to end the matrimony. Judicial separation was extinguished, once it was necessary just to a posterior conversion in divorce. It still remains the possibility of couple separation and the effects application of separation in fact. Extrajudicial procedures are still applicable, since the new rules are attended, but an extrajudicial separation is not carried out any more. Besides judicial separation revocation, the guilt is not being investigated also in divorce process, but it is discussed in cumulated actions. So, divorce procedure became faster, making easy couple wishes. Hence, human dignity principle prevailed, as a way to look for the happiness.

Keywords: Marriage. Legal separation. Divorce.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DO SURGIMENTO DO CASAMENTO E SUA EVOLUÇÃO</b> .....	12
2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CASAMENTO .....	12
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	18
2.3 O CASAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	20
<b>3 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO</b> .....	23
3.1 INVALIDADE DO CASAMENTO.....	23
3.1.1 Casamento Nulo.....	24
3.1.2 Casamento Anulável.....	26
3.2 DA ANTIGA SEPARAÇÃO .....	29
3.2.1 Da Separação Judicial.....	30
3.2.2 Da Medida Cautelar de Separação de Corpos .....	35
3.3 DA SEPARAÇÃO DE FATO .....	37
3.4 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS .....	39
3.5 DO DIVÓRCIO .....	40
<b>4 INOVAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010</b> .....	44
4.1 DO CONTEXTO DA EMENDA .....	44
4.2 DO FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	46
4.3 DA EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO PARA O DIVÓRCIO DIRETO .....	50
4.4 O DIVÓRCIO DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010.....	51
4.5 O FIM DA PERQUIRÇÃO DA CULPA.....	53
4.6 DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO .....	57
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	62

## 1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, trouxe importante mudança ao ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no âmbito do Direito de Família. A inovação foi trazida pela reformulação do art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, que extinguiu a separação judicial e o cômputo do lapso temporal de dois anos da separação de fato como condição preexistente para dissolver o casamento através do divórcio.

Apesar de literalmente analisada, a modificação tenha sido pequena, na prática social a mudança tende a ser enorme, tendo em vista a consolidação da antiga legislação no meio da sociedade. Pretende-se, portanto, identificar os impactos trazidos pela nova lei, como o fim da separação judicial, a inexigibilidade do cumprimento do prazo da separação de fato e a exposição da culpa para requerer o divórcio, os benefícios alcançáveis com a celeridade processual e com a menor intervenção estatal na vida particular dos cidadãos.

A modificação gera tamanha discussão pelo fato de que o instituto da separação judicial já se mantinha consolidado. Questiona-se, portanto, se a separação judicial continua vigente no ordenamento jurídico pátrio de maneira facultativa, ou se realmente a emenda em comento extinguiu esse instituto. Analisando as celeumas apresentadas, aponta-se a viabilidade desse estudo aprofundado sobre o novo divórcio no Brasil, tendente a esclarecer seu novo aspecto, abrangência, aplicação e conseqüências, fazendo uma abordagem minuciosa dos problemas surgidos e dos entendimentos solucionadores, que não afetaram apenas o divórcio, mas também outras áreas do Direito de Família.

Para a realização desse trabalho de conclusão de curso, utilizar-se-á o método científico dedutivo, que parte da premissa de análise do assunto geral, aplicando-o a pontos específicos da pesquisa. A metodologia dedutiva será usada de maneira a esclarecer as modificações impostas pela Emenda Constitucional nº 66/2010, estabelecendo uma relação entre estas e a situação jurídica posterior a emenda.

Os métodos procedimentais da pesquisa serão o histórico e o comparativo. O histórico investigará a situação jurídica já consolidada na legislação que disciplinava a regulamentação do divórcio, e os fatos que serão determinantes para as modificações implantadas. O comparativo, por sua vez, verificará as semelhanças e auxilia na explicação das divergências, entre a legislação anterior e a norma recentemente estabelecida, evidenciando nesta, seus aspectos facilitadores.

A técnica de pesquisa, responsável pelo levantamento de dados, será a documentação indireta que consiste na pesquisa bibliográfica e documental, tendente a recolher informações sobre a área interessada.

Ademais, o trabalho científico está dividido em três capítulos, de maneira a elucidar detalhadamente cada tema. O primeiro capítulo versa sobre os aspectos gerais do casamento, seu conceito, natureza jurídica, seus efeitos e finalidades. Tratar-se-á também das linhas históricas do matrimônio, a sua evolução e atual regulamentação, e como o Estado intervinha nas relações afetivas dos cidadãos.

O segundo capítulo trabalhará detalhadamente as hipóteses de dissolução do casamento: as causas de invalidade, a separação judicial e o divórcio, a possibilidade de separação e divórcio extrajudiciais, e os efeitos da separação de fato e de corpos. Todos em análise conforme a regulamentação anterior a EC nº 66/2010.

O terceiro capítulo, por sua vez, abordará o estudo sobre a EC nº 66/2010, as alterações ocorridas no divórcio, o fim da exposição da culpa, os efeitos da extinção da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, além de expor as conseqüências da emenda frente aos processos em andamento no judiciário.

## 2 DO SURGIMENTO DO CASAMENTO E SUA EVOLUÇÃO

A família sempre foi considerada uma forma de organização da civilização desde o nascimento da humanidade. É ela que estabelece as relações entre seus membros, que se unem por meio de vínculo conjugal, de parentesco ou de afinidade. Nesse estudo, será feita uma análise sobre a formação da família por meio do vínculo conjugal, através da celebração do casamento.

Por ser basilar à estrutura social, tornou-se necessário que a lei estabelecesse regras que viessem regulamentar o casamento, e através dele os efeitos almejados, sejam eles pessoais ou jurídicos, pudessem ser alcançados. Porém, a sociedade não é estática, e o que antes era defendido por estar de acordo com a moral pública ganhou contornos mais flexíveis diante da incansável busca da felicidade.

O Código Civil de 1916 disciplinava o casamento, que na época era a única forma de constituir família, defendendo o poder marital, a monogamia, e a indissolubilidade da união. Todavia, em vários aspectos, o que o referido diploma legal estabelecia já não se aplicava a sociedade. Foi promulgada, então, a Constituição Federal de 1988, abrindo possibilidades, estabelecendo o princípio da igualdade e regulamentando a união de considerável parcela da sociedade que era juridicamente esquecida pelo sistema.

### 2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CASAMENTO

O casamento é o instituto do direito privado de grande relevância para a sociedade, já que é admitido como sendo uma das bases da entidade familiar e conseqüentemente responsável pela estrutura social. Os efeitos do casamento refletem-se nas relações pessoais dos cônjuges e também na sociedade, porém, adota precipuamente mais um caráter de relação moral do que de uma relação jurídica, tendo em vista que o direito interfere apenas para regulamentar suas conseqüências.

Apesar de outras formas serem reconhecidas como relações familiares, o casamento ocupa lugar de destaque, sendo ele o norteador das normas de Direito de Família. Em razão disso, a análise sobre o casamento é bastante aprofundada, observando suas particularidades

desde a formalidade da celebração, os seus efeitos, o caráter patrimonial, até o desfazimento da sociedade conjugal.

Poderia ser entendido simplesmente como sendo a união de um homem e uma mulher que se amam, todavia, perante o ordenamento jurídico pátrio, essa conceituação seria vaga e coincidiria com o conceito de união estável, que para ser estabelecida não necessita respeitar nenhum requisito, nenhuma formalidade.

Por estar intrínseco à formação da sociedade, o casamento passou por incontáveis mudanças, justificáveis para se adequar à época e ao pensamento do povo. As mudanças na sociedade refletem até os dias atuais na maneira de conceituação do casamento.

Doutrinadores e estudiosos se esforçam na tentativa de elaborar conceitos que definam este instituto de maneira completa, e como afirma Monteiro (2003, p.11), “não existe em todo direito privado instituto mais discutido”.

Referem-se ao casamento como “um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”. (PEREIRA, L., 1869, p.34 apud GONÇALVES, 2010, p. 38).

Segundo Monteiro (2003, p. 12), “casamento é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”. Outra definição também que merece ser observada

O casamento, portanto, pode ser definido, atualmente, como a união legal de um homem e de uma mulher com o intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres. É um contrato especial de Direito de Família vinculado a normas de ordem pública que tem por fim promover a união de pessoas de sexo diferente, em plena comunhão de vida, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum que por ventura tiverem e se prestarem mútua assistência, material e espiritual. (CARVALHO, 2009, p. 24).

As definições ora citadas não são por si só completas, elas se complementam, tendo em vista que cada uma cita uma característica do casamento indispensável para o melhor entendimento do instituto. Porém, a conceituação do casamento perante o direito não é o único obstáculo para o estudo do instituto. A definição de sua natureza jurídica é matéria conflitante entre os doutrinadores.

Três vertentes são expostas na doutrina. A primeira teoria, denominada contratualista ou individualista, defendida por Beviláqua, considera o casamento como sendo um contrato de direito privado, que para sua realização são aplicadas normas gerais aos contratos,

necessitando, apenas, do comum desejo dos nubentes. É pela vontade explícita desses que o casamento é celebrado, e a partir desse momento passa a produzir seus efeitos.

Contudo, para a segunda teoria chamada institucionalista ou supraindividualista, o casamento é uma instituição, haja vista seja regulamentada por normas de direito público, onde a discricionariedade existe simplesmente em instituir ou não. Ou seja, o casamento é considerado uma instituição, porque fica a critério dos nubentes apenas a decisão de casar e com quem. Tomando ambos a decisão de casar-se, os nubentes devem adequar-se estritamente às normas e formalidades preestabelecidas para que seja celebrado o casamento. Para Monteiro (2003, p.13) defensor dessa teoria:

O casamento é uma grande instituição social, que na verdade nasce da vontade dos contraentes, mas que da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos [...] A vontade individual é livre para fazer surgir qualquer relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei.

Devido aos entraves doutrinários, surge a teoria mista, fazendo uma associação das duas últimas, considerando o casamento um contrato especial de direito de família. Segundo essa teoria, defendida por Sílvio Rodrigues, e adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, o casamento é um contrato *sui generis*, pois é realizado mediante um acordo de vontade dos nubentes em formar uma sociedade conjugal, porém sua celebração realiza-se mediante normas de direito público, devendo seguir rigorosamente as formalidades, caso contrário, o casamento não produzirá os efeitos almejados. De acordo com Rodrigues (2004, p. 5), “assume ele a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, mas que se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado”.

Como visto, o casamento é um instituto de difícil análise, devido aos seus contornos e as inovações decorrentes da constante tentativa de adequação com a sociedade. Com o desenvolvimento do Direito de Família, o casamento, analisado contemporaneamente, apresenta características definidoras e intrínsecas a sua realização.

O casamento é um ato formal, de maneira que seus atos possam transmitir segurança. Sua celebração é solene, enfatizando a importância do ato para a sociedade e para os nubentes (GONÇALVES, 2007). É realizado estritamente entre pessoas de sexo diferente, de maneira a respeitar o preceito constitucional. É celebrado mediante expressa vontade de ambos os nubentes, sendo, portanto, um ato bilateral. A realização do casamento pressupõe o desejo de uma união permanente, todavia, não indissolúvel. A Constituição Federal de 1988 trouxe a

possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. Essa possibilidade de dissolução do casamento não o faz perder seu caráter de seriedade, sendo aquele um instrumento utilizado, apenas, quando insustentável a vida a dois.

Baseados nos ditames da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, trouxe expressamente, em seu art. 1.511, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Não mais subsiste a obrigação exclusiva do homem na manutenção da casa, e da mulher cuidar desta. Todas as obrigações referentes ao casamento são de responsabilidade de ambos os cônjuges, seja com relação aos filhos ou com o custeio do lar.

A sociedade conjugal é formada pelo marido e a esposa no momento da celebração do casamento. E é a partir da celebração que o casamento começa a surtir seus efeitos. É através da convivência e da solidariedade entre os cônjuges que se torna possível detectar a existência da sociedade conjugal.

Pensando na preservação da sociedade conjugal, devido sua importância para a existência da família, o Estado editou regras que mantivessem a moralidade, o caráter de seriedade e o respeito entre os cônjuges, além de também serem utilizados para solucionar conflitos entre eles.

O matrimônio, por vincular os cônjuges nas suas mútuas relações e importar em plena comunhão de vida, física e espiritual, produz vários efeitos que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges e nas relações patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres disciplinados por lei, que se constituem nos efeitos jurídicos do casamento, distribuindo-se em três classes: efeitos sociais, efeitos pessoais e efeitos patrimoniais. (DINIZ, 2007, p. 124).

A formação da família é um acontecimento social, já que é na sociedade que ela irá se estruturar, estabelecer laços, educar possíveis filhos. Os cônjuges, a partir do casamento, adquirem o estado civil de casado, e para quem não é maior de idade, adquire a emancipação. A convivência com os parentes do consorte geram o vínculo de afinidade, sendo refletido na sociedade, reconhecendo aquela união como sendo uma família matrimonial.

Quanto aos efeitos pessoais, de maneira geral, estabelecem-se os deveres dos cônjuges, reformulados pelo princípio da igualdade entre marido e mulher, disposto no art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988. Os deveres conjugais são condutas adotadas, tendo em vista o interesse do outro cônjuge, com a finalidade de manter a moral e a organização familiar. São efeitos que não transcendem a convivência familiar, não refletindo efeitos na sociedade, porém, em longo prazo, tem o condão de preservar a ordem pública.



São deveres dos cônjuges, expostos no art. 1566 do Código Civil de 2002: a fidelidade, a mútua assistência, a convivência no mesmo domicílio e a educação e sustento dos filhos. A fidelidade de ambos os cônjuges é exigida por ser uma das bases do casamento, expressando a comunhão de vida entre os cônjuges. Além de ser um dever moral, expressando a monogamia, é um dever diante da dignidade da pessoa humana do outro consorte. Como expõe Beudant (1934, apud MONTEIRO; SILVA 2010, p. 210), “a infidelidade é o fato que fere e perturba de modo mais profundo a vida da família. A infidelidade do marido e da mulher representa a mais nítida manifestação de falência da moral familiar”.

A convivência dos cônjuges em um lar faz parte da decisão de assumir uma relação matrimonial. Normalmente, quando duas pessoas decidem se casar, elas prevêm a possibilidade de juntas formarem uma família e buscarem a felicidade. A unidade do lar será primordial para a constituição dessa nova família. Apesar de ser de suma importância a coabitação, ela não é absoluta. Em certos casos, onde não é possível a coabitação, a família, por esse motivo, não será descaracterizada.

A mútua assistência caracteriza-se pelo dever de ambos os cônjuges amparar o outro nos momentos difíceis. Como afirma Carvalho (2009, p. 98), “[...] é a solidariedade que deve existir entre o casal, não apenas econômica, mas também moral e espiritual, como cuidados pessoais nas moléstias, socorro nas desventuras, apoio nas adversidades, e auxílio constante em todas as vicissitudes da vida.”

A solidariedade acima citada, também está presente no dever de sustentar, cuidar e educar a prole que porventura advir. Esse é dever dos cônjuges, porém não entre si, mas perante o filho. É de responsabilidade dos pais proporcionar aos filhos condições dignas para que este possa crescer e se desenvolver. Os filhos permanecem sob a guarda dos pais até completarem a maioridade, que atualmente é de 18 anos, e enquanto isso, todos os encargos referente à prole são respondidos pelos pais. Esse fato faz referência com os efeitos patrimoniais do casamento, mas dos cônjuges em relação aos filhos. Quando este for menor de idade e possuir algum bem, ou valor, em que seja necessário responder civilmente por ele, os pais deverão assumir a posição de guardião da coisa até que o verdadeiro proprietário tenha condições de assumir civilmente suas responsabilidades.

Perceptível, portanto, o fato de o Estado legislar sobre matéria estritamente pessoal, não foi interpretada como uma invasão no seio familiar, mas sim, como uma forma de proteção da família. Totalmente a favor dessa atitude do Estado, Monteiro e Silva (2010, p. 205), comentam:

Pode-se imaginar o caos que se instalaria se não fossem estabelecidos certos efeitos jurídicos ao casamento e se não fossem estabelecidas as conseqüências do seu descumprimento. As pessoas nas relações conjugais não estariam obrigadas a manter especial respeito, no plano moral e físico; nossa sociedade, formada sobre base familiar monogâmica, perderia essa característica, possibilitando formações familiares poligâmicas; outras conseqüências desastrosas adviriam, como quando não era estabelecida a absoluta igualdade entre os cônjuges, com a imposição da lei ditada pelo mais forte, sempre em prejuízo do mais fraco.

Mesmo com todas as mudanças da sociedade e o reconhecimento constitucional de outras formas de entidade familiar, não se pode negar que o casamento ainda é o principal formador da família, já que é visto como a forma mais concreta de constituição familiar. Nos primórdios, as pessoas se uniam com o único intuito de reprodução e ajuda mútua. Na era do Cristianismo, onde estabeleceu o casamento como sacramento, viam sua finalidade na reprodução e criação dos filhos, na ajuda mútua e na regulamentação das relações sexuais. Essa concepção, (FIUZA, 2010), deriva do Código de Direito Canônico da Igreja Católica Romana que estabelece as finalidades do casamento, adotando a procriação e educação da prole como principais, e secundariamente, a mútua assistência e a satisfação sexual.

Atualmente, a procriação deixou de ser vista como finalidade do casamento, haja vista a existência de casais que formam uma família, mas decidem não terem filhos. Todas as decisões tomadas ao longo da vida têm em vista um objetivo maior, fim específico para a conquista de algo que é importante. Com o casamento não é diferente. Como trata o art. 1.511 do Código Civil de 2002, “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida”, com base no amor e na afeição. Já o art. 1.565, do mesmo diploma legal, assevera que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Esses posicionamentos e finalidades se amoldam bem mais a sociedade contemporânea.

A sociedade está vivenciando uma nova era, onde a liberdade individual é a principal incentivadora na busca da felicidade. Este é o estado de espírito que todas as pessoas procuram, sendo uma das conseqüências de se sentir plenamente realizado. Não é mais comum encontrar pessoas capazes de sacrificar sua felicidade em virtude de uma moral social, continuando vinculado a alguém sem afeto, ou preso a um relacionamento por conta dos filhos. É bem verdade que o pensamento social mudou e que o novo Direito de Família foi um facilitador.

Não se admite um direito imutável, já que deve seguir a evolução e o interesse da sociedade, caso contrário, andaria em descompasso com esta. Foi o desenvolvimento social, adotando um sentido de liberdade e equidade, o grande responsável pelas alterações ocorridas no Direito de Família, porém, as mudanças ocorreram de forma extremamente lenta.

## 2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Primitivamente, a união de pessoas com o intuito de formar uma família, era muito mais uma necessidade do que uma vontade de cunho íntimo. As uniões estavam associadas à necessidade de proteção, alimento, reprodução e satisfação do desejo.

O homem e a mulher dividiam as tarefas primordiais para a sobrevivência do grupo. A reprodução que advinha das uniões era a maneira de desenvolver e manter existente o bando. Logo, o indivíduo solteiro era considerado uma vergonha pelos outros integrantes do grupo. Como é perceptível, o surgimento da família não teve um marco inicial, ela sempre existiu, mas com formato e finalidade diversa.

As sociedades primitivas (VENOSA, 2010) não vivenciavam relações monogâmicas, mas sim, relações grupais, existindo, portanto, relacionamentos incestuosos. Situação que passou por drásticas mudanças no ano 1000, na sociedade europeia, quando foi proibido o incesto. Para a humanidade, o casamento foi estabelecido como forma de socialização, com a finalidade de desenvolvimento financeiro e político.

Foi mais precisamente em Roma que a formação da família passa a ter contornos mais concretos, sendo de interesse do direito da época a sua formação. Os romanos criaram o “direito do casamento”, vindo a estabelecer a monogamia. Era da responsabilidade dos pais a escolha dos noivos para seus filhos, que desde a infância eram prometidos a determinada pessoa. Essa escolha geralmente era feita tendo em vista as condições financeiras de ambas as famílias, e a possível ascensão social destas.

Em Roma, as famílias não estavam vinculadas unicamente pelo sangue, ou pelo amor, mas também através da religião. Na família, que era formada por um grande número de pessoas, existia o pater famílias, que era um homem que exercia o poder de comando sobre esse grupo familiar, além de ser o chefe espiritual de todos aqueles que a integravam. De acordo com Fiuza (2010, p. 961), “o pater-famílias era, assim, senhor absoluto da domus. Era

o sacerdote que presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família”.

A figura da mulher nessas entidades familiares era de importância secundária, visando à reprodução e o cuidado com a família. Quando solteira, seguia o culto da sua família de sangue. Com o casamento, a mulher era destituída de sua família sanguínea, passando a integrar a família do marido e seguindo seus costumes e seu culto religioso. Esse era o motivo da importância do filho homem para essas civilizações, sendo este o prosseguidor da família e da religião.

Inicialmente, o matrimônio romano era uma solenidade religiosa e adotava a forma de *confarreatio*. Era o casamento realizado entre os patrícios da época, onde a mulher passava a integrar imediatamente a família do marido. Somente na *confarreatio* havia a participação dos sacerdotes. Existia na época a *coemptio*, que era uma forma simplificada da *confarreatio*, que abandonava a ostentação das cerimônias, adotando o aspecto civil da celebração. Surgiu, o *usus*, sendo o casamento onde a mulher só passava a ser submissa ao poder marital após um ano de convivência ininterrupta. Essas formas de matrimônio onde a mulher se desvinculava completamente da sua família, passando a fazer parte da família do marido, eram os chamados casamentos *cum manum* (VILAS-BÔAS, 2011).

De maneira a assegurar o patrimônio da família e resguardar a herança da mulher, a Lei das XII Tábuas alterou a forma de casamento pelo *usus*. Possibilitava o casamento pelo *usus* e autorizava a mulher a permanecer ausente do seu lar por três noites consecutivas por ano, para assim, não se consolidar o poder marital sobre ela e conseqüentemente o seu rompimento com a família sanguínea. Esses casamentos eram os chamados *sine manu*.

O casamento com efeito *sine manu* passou a ser a forma mais aceita pela civilização romana, evitando-se a *coemptio*. A *confarreatio* (VENOSA, 2010), por sua vez, existia apenas em um pequeno número de famílias nobres, sendo necessário para que seus descendentes pudessem assumir altos cargos.

Apesar de o casamento romano se encontrar intimamente ligado à religião, foi somente com o surgimento do Cristianismo, que o casamento assume o caráter de sacramento, que perdura até os dias atuais.

O Brasil adotou o casamento como monogâmico, sacramental e indissolúvel, já que foi implantado pelos portugueses, na época da colonização, com todos os traços europeus de uma civilização conservadora e baseada no Direito Canônico.

O Estado já está oficialmente divorciado da Igreja Católica desde a Constituição de 1891. Mesmo assim, a legislação brasileira ainda é contaminada por elementos religiosos e pela interferência do Direito Canônico, que traz consigo todos os ingredientes de uma moral sexual dita civilizatória. (PEREIRA, R., 2010, apud DIAS, 2010a, p.17).

Com o desenvolvimento da sociedade brasileira, o casamento deixou de ser apenas do interesse da Igreja, passando a ser do interesse do Estado, fundamentado pelo fato de que a estrutura de uma sociedade organizada tinha por base a família. Foi então que o Estado passou a regulamentar a formação da família, não considerando como tal as uniões que não respeitassem as formalidades ou não possuísem os requisitos necessários para a constituição do casamento.

Com o tempo, essas uniões consideradas ilegítimas na época, foram crescendo em quantidade, talvez em decorrência do caráter patrimonial dado ao casamento, já que, comumente, não era essencial ao casamento o sentimento, o afeto entre os nubentes. Os pais escolhiam os melhores pretendentes para os filhos, resguardando a riqueza da família ou possibilitando a ascensão social desta.

Visava a lei proteger o patrimônio do casal em detrimento da felicidade dos próprios nubentes. Ou seja, as pessoas não eram livres para amar. Só que esta imposição nunca foi cumprida. Aliás, não há lei nem dos homens e nem do deus de nenhuma religião que consiga obrigar alguém a permanecer em um casamento quando o amor chegou ao fim. (DIAS, 2010a, p.17).

Como visto, o interesse patrimonial se sobrepunha ao amor, e quando este surgia, muitas vezes, se concretizava através de relações clandestinas, extramatrimoniais, que geravam filhos não reconhecidos pela sociedade.

### 2.3 O CASAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco para o direito de família, pois este começou a ser entendido como um instituto que necessitava de regulamentação mais aprofundada, de maneira que pudesse disciplinar todas as entidades familiares existentes.

Sendo o casamento parte integrante do direito de família, ele sofreu consideráveis alterações na sua conceituação, regulamentação e dissolução, principalmente pelo fato de a Constituição Federal de 1988 ter disciplinado em seu art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. A igualdade entre homens e mulheres, veio modificar drasticamente o estudo sobre o assunto.

Adotando a igualdade como um dos valores supremos da sociedade, a Constituição Federal de 1988 fez com que os parâmetros que normatizavam o casamento fossem alterados, e todos os outros assuntos decorrentes dele. O casamento deixa de ser uma união indissolúvel em prol da procriação, a mulher passa a ser independente diante do casamento, as obrigações do lar passam a ser da responsabilidade mútua dos cônjuges, é o que assevera o art. 226, §5º da CF/88: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o casamento era indissolúvel, estando disposto no art. 167, § 1º da CF/1967. No caput do mencionado artigo vinha estabelecido que “a família é estabelecida pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”. Nesse diapasão, só era considerada entidade familiar aquela formada pelo vínculo matrimonial, sendo as demais não resguardadas juridicamente. Em decorrência dessa falta de regulamentação, surgiram na época as famílias legítimas e as ilegítimas, sendo estas formadas pelo concubinato ou pela união estável.

Na época, já era possível o desquite, porém o casamento ainda era indissolúvel. Os desquitados estavam desobrigados da convivência mútua, da comunhão plena de vida, passando a viverem separados. O desquite era uma maneira de romper a sociedade conjugal, porém o vínculo matrimonial continuava intacto, impedindo novo casamento.

A tentativa do Estado de manter as famílias, na época, ilegítimas, como um nada social não surtiu efeitos, tendo em vista que cada vez mais uniões eram estabelecidas sem a formalidade do casamento. Essa situação gerou enormes problemas, já que não era justo parte da sociedade ser abandonada legalmente. Problemas de caráter previdenciário, alimentício, de reconhecimento dos filhos havidos dessas relações, foram cruciais para fazer com que o Estado passasse a regulamentar essas entidades.

Com a Constituição Federal de 1988, o casamento deixa de ser indissolúvel e é estabelecida a separação judicial e o divórcio como maneiras de romper a sociedade conjugal e dissolver o vínculo matrimonial, extinguindo qualquer resquício de união entre os ex-cônjuges, como asseverava o antigo art. 226, § 6º da CF/88: “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”.

Com as modificações trazidas pela nova Constituição, passou a haver uma disparidade com o Código Civil vigente na época. Enquanto a Constituição Federal de 1988 primava pela igualdade entre os filhos, estabelecia normas que regulamentavam as outras formas de entidades familiares, o Código Civil de 1916 ainda trazia institutos como o pátrio poder e o rapto de virgens. Foi apenas com a promulgação do Código Civil em 2002, que a regulamentação sobre o casamento tornou-se uníssona.

O Código Civil de 2002 trouxe em seus arts. 1566 e 1567, a igualdade entre marido e mulher, reforçando as disposições da CF/88:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos;

De maneira específica, o Código Civil de 2002, traz em seu art. 1.571 as possibilidades de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

Art.1.571. A sociedade conjugal termina:

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

Mesmo diante de tamanhas alterações na legislação, as condições e os requisitos impostos pelo Estado para a concessão do divórcio continuava a ser um caminho cheio de sacrifícios, tanto emocionais como financeiros. Situação justificável, já que o Estado insistia em manter as famílias unidas em nome da organização social e da moralidade.

### 3 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A sociedade conjugal é o conjunto de direitos e deveres, pelo qual os cônjuges assumem um vínculo para que, compartilhando uma vida, possam conquistar seus anseios e sonhos.

De maneira que o casamento não mais é visto como eterno, a legislação traz no Código Civil de 2002, em seu art. 1.571, as formas terminativas da sociedade conjugal, sendo elas: a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio.

As hipóteses ora expostas pela legislação rompem a sociedade conjugal, porém de maneira diversa. A morte ou ausência de um dos cônjuges, as formas de invalidade do casamento e o divórcio, além de romperem a sociedade conjugal, elas dissolvem o vínculo matrimonial, extinguindo qualquer elo existente entre os ex-cônjuges, possibilitando-os contrair novas núpcias. Somente a separação judicial, estando ela no meio do caminho para a dissolução do casamento, mantém intacto o vínculo matrimonial entre os cônjuges.

#### 3.1 INVALIDIDADE DO CASAMENTO

O casamento é um ato formal, solene e social, regulamentado por normas de ordem pública. É um ato rodeado de formalidades e requisitos que devem ser respeitados. O atendimento às exigências da lei faz com que o casamento seja válido e produza todos os efeitos jurídicos, sociais e patrimoniais. O formalismo confere ao casamento grande importância e aspecto de seriedade, assegurando a publicidade inerente ao ato e facilitando sua prova.

A não observância aos preceitos legais para a celebração do casamento, em regra, torna o ato inexistente. Considera-se inexistente o casamento em que não estão presentes seus elementos essenciais, como: a diferença de sexo, o consentimento dos nubentes e a celebração na forma da lei. Ele existe factualmente, adquire a aparência do matrimônio, todavia, é um nada perante o direito, incapaz de produzir os efeitos estabelecidos com o casamento.



Sendo, portanto, uma situação meramente de fato, que não produz conseqüências jurídicas, o Código Civil de 2002 não disciplina a matéria, não se fazendo necessária nem o estabelecimento de ação específica para sua dissolução.

Não é o que acontece nos casos de invalidade do casamento, disciplinados no Capítulo VIII, do Subtítulo I, do Título I, do Livro VI, do Código Civil de 2002. Diversamente do casamento inexistente, que lhe falta algum requisito essencial, o casamento inválido é realizado em desrespeito aos requisitos de validade firmados em lei.

A invalidade do casamento é decretada pela nulidade ou anulabilidade. É considerado nulo o casamento realizado em desconformidade com as normas de ordem pública, infringindo os impedimentos legais. Por sua vez, a anulabilidade, ou nulidade relativa, estão eivados com vícios de vontade, ou quando esta é declarada por incapaz.

Os requisitos essenciais do casamento estão presentes no casamento considerado inválido, contudo, a imperfeição contida nele é suficientemente capaz de dissolver o vínculo conjugal constituído, de maneira a preservar a estrutura e a seriedade do ato.

### 3.1.1 Casamento Nulo

Como já adiantado, o casamento é considerado nulo quando a realização transgredir impedimentos estabelecidos pela lei. É a forma mais gravosa de nulidade, pois fere a ordem pública e o interesse coletivo.

O Código Civil de 2002 disciplina a matéria no art. 1.548, asseverando que:

Art. 1548. É nulo o casamento contraído:

I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II – por infringência de impedimento;

O inciso I dispõe que a insanidade mental permanente, capaz de tornar o indivíduo absolutamente incapaz de reger seus atos civis e que acarreta graves transtornos psíquicos, torna o casamento nulo. Vale ressaltar que a doença mental apenas será capaz de tornar o casamento nulo se ela for preexistente a este, de maneira que a doença afete seu claro discernimento, impossibilitando-o de viver normalmente.

Por sua vez, os impedimentos mencionados no inciso II do retrotranscrito artigo estão dispostos no art. 1.521 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 1.521. 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 quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte;

Em virtude da infringência dos nubentes a uma norma de ordem pública, o casamento é declarado nulo.

... é nulo o casamento. Não importa que não tenha havido impugnação na fase do processo preliminar, ou mesmo que haja sido rejeitada. As situações, erigidas em impedimentos condizem com a ordem pública, e, assim sendo, não se coadunam com a subsistência do matrimônio. (PEREIRA, C., 2000, p. 135).

A nulidade do casamento é pleiteada através de ação própria, Ação Declaratória de Nulidade, que tem por legitimados qualquer interessado, seja interesse moral ou econômico, e o Ministério Público, atuando em nome do interesse coletivo. Dispõe o art. 1.549 do Código Civil de 2002 que “pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público”. Não existe prazo para a propositura, tendo em vista que a nulidade absoluta não prescreve, nem se convalida com o tempo.

Os efeitos da declaração de nulidade do casamento são *ex tunc*, porquanto, aplicam-se retroativamente à data da celebração, voltando os nubentes ao estado civil anterior. A partir da decretação de nulidade, o casamento será considerado inexistente, não produzindo seus efeitos jurídicos regulares. Todavia, o art. 1.521 do Código Civil assegura que a nulidade não prejudicará os efeitos perante os filhos e o cônjuge de boa fé.

As causas de nulidade são dispostas taxativamente no diploma legal, significando dizer que só é nulo o casamento se infringir alguma daquelas hipóteses. Enquanto não declarado nulo o casamento, este produzirá todos os efeitos pessoais e patrimoniais esperados.

### 3.1.2 Casamento Anulável

A lei estabelece que nos casos de violação menos gravosa da norma, onde o desrespeito atinge somente o interesse pessoal, a nulidade do casamento será relativa, ou seja, o casamento é anulável. A doutrina entende por anulável o casamento realizado com vício de vontade, com o intuito de transgredir as normas, ou realizado por incapaz.

Diferentemente da nulidade absoluta, a anulabilidade somente poderá ser arguida através de ação anulatória de casamento, tendo por legitimados os diretamente interessados na causa, por ferir apenas os interesses pessoais. Se a ação não for proposta dentro do prazo prescricional, o casamento torna-se válido e não mais poderá ser anulado.

Existe certa querela doutrinária com relação aos efeitos da ação anulatória. Parte da doutrina entende que a ação anulatória de casamento apresenta efeitos *ex nunc*, pois não retroage a data da celebração do casamento. Há doutrinadores outros que atribuem à ação anulatória o mesmo efeito da ação declaratória de nulidade, salientando Beviláqua (apud GONÇALVES, 2010, p. 149) que, “se o casamento é nulo, nenhum efeito produz [...], e, quando anulável, desfaz-se como se nunca tivesse existido. Nem em uma nem outra forma sociedade conjugal, e sim mera união de fato, a que o direito atribui, em dados casos, certos efeitos jurídicos e econômicos”. Os que adotam esse posicionamento atribuem à ação anulatória de casamento o efeito *ex tunc*, principalmente porque, a partir da anulação do casamento o casal retorna ao estado civil de solteiro.

Estão dispostas no art. 1.550 do Código Civil as hipóteses de anulabilidade do casamento.

**Art. 1.550. É anulável o casamento:**

I – de quem não completou a idade mínima para casar;

II – do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III – por vício de vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V – realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

Como assevera a primeira hipótese, torna-se anulável o casamento celebrado entre pessoas menores de 16 anos, por entender a lei que o menor, absolutamente incapaz, não

possui condições psicológicas amadurecidas para constituir família. O mesmo acontece com o menor em idade núbil, maior de 16 e menor de 18 anos, que contrai núpcias sem a devida autorização dos representantes legais. A lei considera os relativamente incapazes ainda imaturos para assumir as responsabilidades do casamento, porém passa a decisão para o crivo dos representantes legais do menor.

Em ambos os casos, o prazo prescricional é de 180 dias. Se a ação anulatória for pleiteada pelo próprio menor, o prazo prescricional será contado a partir do momento que cessar a menoridade núbil. Caso seja pleiteada pelos representantes legais, os 180 dias serão contados desde a celebração do casamento. Se da união advier gravidez, a anulabilidade não poderá ser pleiteada, já que para o Estado, os interesses do filho estarão resguardados com a manutenção da família.

Já o indivíduo que não consegue claramente manifestar seus anseios, retoma a matéria sobre a nulidade do casamento. Distingue-se desta pelo fato de que para ser declarada a nulidade, a insanidade mental tem que ser permanente, tornando-o absolutamente incapaz. Por sua vez, para se declarar a anulabilidade do casamento, exige-se apenas uma diminuição da sanidade mental, sendo ele um relativamente incapaz de executar independentemente os atos civis. Portanto, são relativamente incapazes, e conseqüentemente, são motivos para a anulabilidade, em conformidade com o art. 4º do vigente Código Civil: os ébrios habituais, viciados em tóxicos, deficientes mentais sem o completo discernimento.

É anulável o casamento quando realizado por meio de instrumento procuratório, e que antes da celebração, a procuração tenha sido revogada sem a ciência do outro nubente e do mandatário. É permitida a celebração de casamento por meio de instrumento procuratório, quando há a impossibilidade de um dos nubentes estar presente a cerimônia. O prazo para requerer a anulação é de 180 dias a contar da data em que o mandante soube da realização do casamento. Caso tenha havido coabitação, a anulação não poderá ser pleiteada. Porém, a coabitação só não declinará a anulabilidade se o nubente ignorar a revogação do mandato, estando este de boa-fé.

A celebração do casamento é um ato formal que deve ser realizado pelo juiz a qual incumbe essa prerrogativa. Caso o casamento tenha sido celebrado por outra autoridade, incompetente para tal, ele poderá ser anulado. Nessa situação, o casamento apenas será convalidado se provado que a autoridade incompetente exerce publicamente a função de juiz de paz naquele local, ou se decorridos dois anos da sua celebração.

De acordo com o inciso III do citado artigo, o casamento é anulável por vício de vontade. Como estabelecido no art. 1.556, o vício de vontade é caracterizado por um erro com

relação ao outro nubente, onde diz que “houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro”. O art. 1.557 do mesmo diploma legal disciplina os casos considerados pela lei como erro essencial:

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

O erro essencial se apresenta quando o nubente percebe que a pessoa que escolhera para casar não é quem ele imaginava, interferindo drasticamente na opinião e no desejo de continuar unido a ela. O art. 1.558 traz como causa de anulabilidade do casamento a coação “quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra”.

Como visto, o casamento deve ser realizado por meio da vontade livre dos nubentes, sendo que estes irão firmar um compromisso de vidas. Existindo a coação, eivado de vício a vontade declarada, o casamento torna-se anulável.

Coação é toda ameaça ou pressão injusta exercida sobre o indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio. Não é a coação, em si, vício de vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação de querer do agente. Correntemente, os romanos empregavam o termo *metus* (*mentis trepidatio*) e não *vis* (violência), porque é temor infundido na vítima que constitui o vício de consentimento e não os atos externos utilizados no sentido de desencadear o medo. (GONÇALVES, 2010, p. 173).

Percebe-se que a coação referida é aquela psíquica, mental, que induz o indivíduo a fazer algo indesejável, mesmo existindo a possibilidade de assumir algum risco. Nos casos de coação física, o casamento não será anulável, mas sim, considerado inexistente, pelo fato de o nubente não possuir escolha. Conseqüentemente, não houve vício de vontade, houve uma declaração forçada. Em se tratando de anulação por vício de vontade, a ação deverá ser pleiteada pelo coacto no prazo de 04 anos a contar da celebração.

### 3.2 DA ANTIGA SEPARAÇÃO

Antes de dar início ao estudo sobre o instituto da separação, convém analisar as causas que ensejaram seu surgimento, tanto social como legal, suas primeiras formas, e sua adequação às novas faces da civilização.

O casamento ainda era eterno, quando surgiu na legislação brasileira a figura do desquite, sendo o instituto que rompia a sociedade conjugal, porém não dissolvia o vínculo matrimonial, significando dizer que os desquitados não eram casados, já que não existia o dever de vida conjugal, a mútua assistência, a residência una, todavia, não poderiam contrair novo casamento. Segundo Souza (2011), era em suma, a maneira de regularizar a separação de corpos.

Os desquitados não eram pessoas livres para casar, estando para sempre maculados devido a um casamento anterior arruinado. Em consequência disso, um grande número de uniões concubinárias surgia, não sendo reconhecidas como entidades familiares.

As dificuldades encontradas por aqueles que queriam o desquite eram tamanhas que, mesmo sendo amigável, a decisão partia do judiciário. Concedido o desquite, a decisão deveria ser apreciada e acatada pelo Tribunal de Justiça. Com o passar dos tempos, tornou-se inegável que independia da vontade estatal a constância dos casamentos, tendo em vista que a sociedade já vivenciava uma realidade não regulamentada em lei.

A sociedade clamava por alterações no âmbito do Direito de Família, já que a Constituição de 1967, vigente na época, disciplinava em seu art. 175, parágrafo único, que o casamento era indissolúvel. Além da previsão constitucional, constava no artigo 313 do Código Civil de 1916, que o casamento só seria dissolvido com a morte de um dos cônjuges.

Adveio, portanto, a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, incluindo o § 1º no art. 175 da CF/67, admitindo o divórcio e regulamentando a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a famigerada Lei do Divórcio, fruto de 27 anos de enorme empenho do Senador Nelson Carneiro, estabelecendo as possibilidades de dissolução da sociedade conjugal.

Foi um grande avanço no Direito de Família, todavia, a Lei do divórcio trouxe consigo empecilhos que dificultavam a concessão do pedido. O desquite foi inserido na nova lei como separação judicial, apresentando os mesmos caracteres: terminava a sociedade

conjugal, mas não dissolvia o vínculo matrimonial. Quem era separado judicialmente, não poderia casar-se novamente.

A dissolução do vínculo matrimonial e a conseqüente liberdade de ambos os ex-cônjuges, somente era conquistada através do divórcio, que por sua vez, era concedido por meio da conversão da separação em divórcio. A legislação brasileira estabeleceu, portanto, um procedimento bifásico para a concessão do divórcio.

A promulgação da Lei do Divórcio veio amenizar a desconfortável posição, perante a sociedade, daqueles que assumiam uma relação afetiva não reconhecida civilmente. Contudo, não mascarou o intuito de tornar o divórcio um caminho difícil, quando não fosse a última opção, devido ao dispêndio de tempo, de dinheiro, além dos conflitos afetivos que perduravam por bastante tempo. Foi a jurisprudência e a ulterior elaboração da Constituição Federal de 1988 que abrandou os requisitos para a concessão do divórcio, tornando cada vez mais possível a constitucionalização do Direito de Família.

### 3.2.1 Da Separação Judicial

O Código Civil de 2002 em seu art. 1.576, dispõe: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”. A separação judicial faz parte do processo de dissolução do casamento, não sendo ela definitiva. Como assevera o artigo acima citado, ela apenas soluciona as questões patrimoniais, referente ao regime de bens e põe fim aos deveres matrimoniais, relacionados apenas aos cônjuges, como coabitação e fidelidade.

A separação judicial põe termo à sociedade conjugal, porém, mantém intacto o vínculo matrimonial. Logo, os separados judicialmente não possuem qualquer ligação conjugal, mas o matrimônio ainda existe, e é ele que impede que os separados possam contrair novo casamento. Enquanto o divórcio dissolve absolutamente o casamento, a separação judicial permite a reconciliação do casal sem maiores transtornos.

Apenas aos cônjuges é atribuída a legitimidade para propor a ação, tendo em vista o caráter íntimo e intransferível da decisão, ressalvados os casos de incapacidade superveniente, onde este deverá ser representado por um curador. Como bem afirma Dias (2007, p. 280 - 281), “[...] a ação de separação judicial é personalíssima, pois ninguém mais que os cônjuges tem capacidade para compreender o ato da separação”.

A separação judicial poderá ser pleiteada, por um ou por ambos os cônjuges. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 6º, disciplinava que: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei”. Como visto, a decretação da separação judicial é apenas parte do trajeto percorrido para a dissolução do casamento. Ela se apresenta em duas espécies: a separação judicial consensual e a separação judicial litigiosa.

A consensual é aquela em que os cônjuges são concordes em todos os dispositivos da ação. Ambos resolveram pôr um fim na relação, e estão de acordo com a decisão referente aos filhos, caso haja, e com a partilha de bens. Conforme dispõe o art. 1.574 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.574. Dar-se-á a separação por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele 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.

O Estado tenta de todas as maneiras preservar a unidade da família, até mesmo quando a separação é por mútuo consentimento, sendo esta possível apenas quando o casal tinha mais de um ano de casados. Venosa (2004, p. 226 apud DIAS, 2010a, p. 108) justificava a atitude do Estado como sendo “um período de prova, no qual se aguardava a acomodação e a compreensão da vida em comum, não permitindo que um açoitamento pudesse jogar por terra o matrimônio nos primeiros meses”. Logo, sendo uma separação consensual, o casal utiliza o judiciário apenas para legalizar a decisão, não levando ao judiciário a incumbência de solucionar seus conflitos.

O procedimento da separação consensual está disposto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, que requisitava a juntada da certidão de casamento, a certidão de nascimento dos filhos, caso houvesse, e documentação referente aos bens do casal. Além dessa documentação, exigia-se, ainda, que o pedido fosse realizado por ambos os cônjuges, evidenciando que eles concordaram em desfazer a união. Convencendo-se o julgador, este deveria homologar a decisão do casal, sendo indispensável a intervenção do Ministério Público, de acordo com o art. 82, II, do Código de Processo Civil.

A litigiosa, por sua vez, assume o aspecto de lide, já que os cônjuges não conseguem chegar a um consenso, de maneira que a decisão seja satisfatória para ambos. Comumente, os



conflitos surgem com relação aos filhos, disputas patrimoniais, ou também, quando um dos consortes não está de acordo com a dissolução do casamento. A separação judicial litigiosa poderá adotar algumas características específicas, a depender do motivo que culminou na decisão.

Segundo Monteiro e Silva (2010), a separação judicial poderá ser culposa, remédio ou ruptura. A culposa apresenta-se quando é descumprido seriamente algum dever conjugal. A separação remédio é aquela em que o motivo que ocasionou a separação é a insanidade mental do outro consorte, surgida após o casamento, e que não seja assegurada a sua cura. Por último, a ruptura é fundamentada na decisão dos cônjuges em se separarem, seja por incompatibilidade de gênios, por não mais existir afeto entre eles, pela impossibilidade de vida a dois, entre outros. Nessa situação, sendo improvável a reconciliação e tendo mais de um ano o rompimento do casal, será decretada a separação judicial, em conformidade com o art. 1.572, § 1º, do CC/02.

O Código Civil de 2002 fez ressurgir norma esquecida do antigo Código Civil de 1916, e que até a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) já não a trazia como requisito para a separação judicial. Estamos nos referindo a perquirição da culpa. Diz o art. 1.572 do Código Civil de 2002:

**Art. 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 a ruptura da vida em comum há mais um ano e a sua impossibilidade de reconstrução.  
[...]

Em resumo, se o casal não estivesse separado de fato a pelo menos dois anos, ou se não havia ruptura da vida em comum por no mínimo um ano, o casal ao pedir a separação judicial deveria expor os motivos do rompimento da união. Era necessária a exposição da conduta culposa para a decretação da separação judicial litigiosa, devido aos direitos pertencentes ao cônjuge inocente, como: o direito de pleitear a ação, o direito de continuar usando o nome de casado, entre outros.

Dispostos no art. 1.573 do Código Civil de 2002, estavam alguns possíveis motivos da separação judicial, como: o adultério, tentativa de morte, sevícia, ou injúria grave, abandono do lar, conduta desonrosa, condenação por crime infamante. As causas que fundamentam o pedido de dissolução da sociedade conjugal deveriam estar presentes na ação,

de modo a convencer o juiz de que além da grave infringência de dever conjugal, não havia mais a possibilidade de reconstrução da vida em comum. Logo, se o julgador não se convencesse das razões, ele poderia indeferir o pedido de separação judicial.

Impressionante era a desnecessária interferência do Estado na vida das pessoas. Sendo tanto a decisão de se casar, quanto a de por fim em uma relação. decisões de foro íntimo, deveria a função do Estado-juiz se resumir ao dever de conceder o pedido da separação, regulamentando apenas suas consequências. Não cabe ao Estado valorar se tal conduta é ou não suportável pelos cônjuges. Não tem ele o poder de interferir numa decisão tão personalíssima. Demonstrava, portanto, ser uma violação ao princípio da intimidade, e conseqüentemente ao da dignidade da pessoa humana.

Assim era de todo desnecessária e inútil a enumeração de tais condutas, pois meras conseqüências do único fato gerador de tais atitudes: o fim do afeto. Só é infiel, só abandona, só agride quem não ama. Portanto, é o fim do amor o único motivo da separação. E aquele que ainda ama, por pura vingança ou raiva, tem o desejo de buscar a punição de quem não o quer mais. Por isso, pedia ao Judiciário a condenação do outro para que lhe fosse atribuída a pecha de culpado. (DIAS, 2010a, p. 48).

Há muito já era debatida a utilidade da exposição da culpa nas separações judiciais, não sendo da competência do Estado interferir na intimidade dos casais para descobrir o culpado pelo fim da relação. “Deve ser abandonado o princípio da culpa em favor do *princípio da deterioração factual*, ou seja, a constatação do mero fracasso matrimonial”. (PEREIRA, R., 2001, p. 225 apud CARVALHO, 2009, p.170).

O princípio da deterioração factual defende que a dissolução do casamento é simplesmente o reflexo de uma união arruinada. O rompimento do vínculo conjugal passaria a ser analisada objetivamente, de maneira que as alegações subjetivas, muito difíceis de serem analisadas por quem está por fora da relação, não necessitavam serem expostas. Como afirma Carvalho (2009, p.170), “o fim do afeto conjugal, repita-se, ocorre por condutas recíprocas, muitas vezes, por atos que não se percebem, pequeninos aos olhos de outrem, desagregando o amor e a solidariedade entre os consortes”.

Concordando com os argumentos da doutrina, a jurisprudência, antes mesmo das inovações trazidas com a EC 66/2010, já não exigia a identificação da culpa para deferir a separação judicial. Os julgadores já não permitiam as discussões sobre as razões que fulminaram a união. Foi conquistado o que a doutrina tanto almejava: um pedido de separação

mais simples e livre de qualquer constrangimento para os cônjuges ao ter que apresentar as causas da ruína de sua união, que muitas vezes eram vexatórias.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - CULPA - Se a sentença reconheceu não haver prova de culpa por parte de nenhum dos cônjuges, não pode concluir, contraditoriamente, em decretar a separação judicial por culpa recíproca. Deve ser provido o apelo do cônjuge que não se conformou em lhe ser atribuída uma culpa que não ficou demonstrada, mesmo porque resultam sequelas nocivas nos planos moral e econômico. A exegese liberal que busca não manter os cônjuges unidos, quando não há mais condições para tal, não pode ir ao ponto de imputar culpa quando não há prova desta culpa, como é óbvio; pode é trabalhar com a noção de insuportabilidade da vida em comum e a partir daí buscar a inevitabilidade da separação judicial. De qualquer forma, não há, rigor, motivo para tal preocupação, na medida em que o direito brasileiro atual tranqüilamente prevê soluções para desfazimento da sociedade conjugal e do casamento de casais que não mais se acertam, independentemente da idéia de culpa. Voto vencido. (TJRS - AC 595.096.702 - 8ª C. Civ. - Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira - J. 09.11.95).

Em ambas as espécies, seja a separação consensual ou litigiosa, era dever expresso do magistrado, ao dar início à audiência, tentar a reconciliação dos consortes. Não era uma faculdade do julgador e sim uma norma imperativa, de modo que sua ausência mancha de nulidade o processo. É a disciplina do § 2º do art. 3º da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77): “o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-se em sua presença, se assim considerar necessário.”

De acordo com o art. 8º da Lei do Divórcio, a separação passava a surtir efeito desde o trânsito em julgado da sentença. Portanto, a partir da decretação da sentença, os cônjuges passavam a assumir o estado civil de separados judicialmente, e os demais efeitos da separação já se apresentavam com relação a ambos os cônjuges, aos filhos e aos bens. Exceção havia nos casos de extinção do dever de coabitação e na fixação dos alimentos, em que os efeitos produzidos retroagiam à data da separação de corpos.

Entre os cônjuges, desapareciam o dever mútuo de coabitação, fidelidade, e ajuda moral, física e psíquica, não excluindo absolutamente o dever de prestação material, como veremos a seguir. Por não ser coisa julgada definitiva, de modo que, a separação judicial apenas desfaz a sociedade conjugal, os cônjuges permanecem impedidos de contraírem novo casamento, sendo possível, apenas, com a conversão da separação em divórcio.

Apresenta-se, igualmente, como efeito da separação judicial, a extinção do regime de bens. Hodiernamente, a partilha dos bens é realizada durante o processo da separação judicial, nada impedindo, porém, que a partilha seja realizada em momento posterior. A partir da separação judicial, nenhum bem adquirido pelos cônjuges irá se comunicar, mesmo ainda intacto o vínculo matrimonial.

Não é possível condescender com a separação judicial, em que os bens conjugais permaneçam indefinidamente em comum, como se a sociedade se mantivesse *re integra*, como anteriormente. Decretada destarte a separação, terá de encerrar-se a situação econômica, que deriva da sociedade conjugal. Numa e noutra forma de separação, consensual e judicial, é recomendável proceder a partilha, se de comunhão é o regime matrimonial. (MONTEIRO; SILVA 2010, p. 328)

Como visto, a separação judicial exclui os deveres entre os cônjuges, todavia, não de maneira absoluta quando o dever é material. Logo, havendo possibilidade financeira de um dos cônjuges, este deverá prestar alimentos ao cônjuge necessitado. Outro efeito da separação judicial está disciplinado no art. 1.830 do Código Civil de 2002, relatando que os ex-cônjuges não serão chamados a sucessão do seu respectivo ex, não havendo, portanto, direito sucessório entre eles, não havendo concorrência deste com os descendentes e ascendentes daquele.

### 3.2.2 Da Medida Cautelar de Separação de Corpos

É da ciência de todos que uma separação é repleta de conflitos e ressentimentos. As mágoas que assolam os casais, principalmente depois do rompimento do vínculo afetivo, podem alcançar gravíssimas proporções. Em virtude da proteção da instituição familiar, a legislação regulamenta a separação de corpos.

A separação de corpos é uma medida cautelar que visa proteger a integridade física e mental do casal e dos filhos. É utilizada, geralmente, em situações emergenciais, onde a coabitação dos cônjuges, que estão em processo de separação, acarrete algum risco. Como ressalta Viana (1998, p. 162), que “na separação litigiosa, trata-se de providência que a razão aconselha, posto que é perigoso manter o casal sob o mesmo teto até o desfecho da demanda, com constrangimentos de um lado e de outro, além dos riscos, até de agressão física”.

Não é obrigatório o seu pedido. O casal que está em vias de separação poderá pleitear individual ou conjuntamente, que um dos cônjuges se afaste do lar. Em regra, é o cônjuge que se vê ameaçado e amedrontado física ou psiquicamente, ou prevê uma situação de risco para os filhos, ou de certa maneira, tenta proteger seu patrimônio, que se dirige ao Judiciário pedindo o afastamento, muitas vezes forçado, do outro cônjuge do lar. É o que está fundamentado no art. 888, VI. do Código de Processo Civil:

Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

[...]

VI – o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;

Por ser uma espécie de medida cautelar, a separação de corpos adota os mesmos requisitos das demais cautelares, *fumus boni iuris e periculum in mora*. O *fumus boni iuris* está presente no direito de todo ser humano ter preservada a sua integridade física, não permitindo que outrem venha infamá-la. Já o *periculum in mora* é a razão de ser da medida cautelar, por ser esta uma medida de urgência, de maneira a se evitar a demora no deferimento do pedido, e conseqüentemente, evitar danos mais graves para a família.

A separação de corpos poderá ser preparatória ou incidental, a depender do momento em que ela foi proposta, antes ou durante a separação judicial. Conforme dispõe o Código Civil:

Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando a sua necessidade, a separação de corpos que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.

Como visto no referido artigo, a separação de corpos poderá ser pedida em todos os casos de desfazimento de uma relação matrimonial, seja ela legítima ou ilegítima. Logo, é permitido o pedido liminar da separação de corpos, mesmo se o casal vive em união estável.

Levando em consideração as regras das medidas cautelares, sendo esta preparatória, será concedido o prazo de 30 dias para a propositura da ação principal, caso contrário, incorrerá em caducidade a cautelar. Todavia, nos casos de separação de corpos, adota-se o caráter satisfativo da medida, de maneira que não incidirá a caducidade, não permitindo que o cônjuge afastado retorne ao lar, devido a não propositura da separação judicial ou divórcio.

(...) a separação de corpos é reconhecida como cautela satisfativa, não se lhe aplicando o prazo decadencial. Até porque de todo desarrazoado que, deixando o cônjuge de promover a ação de divórcio, seja revogada a medida antecipatória. O resultado seria desastroso. Quem foi coactamente afastado do lar iria adquirir o direito de a ele retornar. No direito das famílias, o bom senso repele a caducidade. (DIAS, 2010a, p. 124).

Devido às dificuldades encontradas por aqueles que pretendem se separar, a separação de corpos passou a ser utilizada como forma de alcançar a separação mais rapidamente. Os casais que pretendiam se separar consensualmente e não possuíam o lapso temporal de 1 ano de casamento, utilizavam-se da separação de corpos, para, a partir dela, começar a contagem do prazo para o pedido da separação judicial, já que, com fulcro no art. 8º da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), “a sentença que julgar a separação judicial, produz seus efeitos à data do seu trânsito em julgado, ou a da decisão que tiver concedido separação cautelar”.

Possível, também, quando o casal não promovia a separação judicial e já se encontrava separado de fato. Como bem assevera o art. 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”. Pleiteavam, portanto, a separação de corpos, e em vez de esperarem dois anos para a conversão da separação de fato em divórcio, esperavam apenas um ano para a conversão de separação de corpos em divórcio.

### 3.3 DA SEPARAÇÃO DE FATO

O ordenamento jurídico brasileiro apesar de estabelecer possibilidades para a dissolução da sociedade conjugal traz intrínseco empecilhos que dificultam e prolongam o caminho para ver dissolvida a união. Em contrapartida, existe a separação de fato, que nada mais é do que a decisão do casal de não mais manterem a sociedade conjugal, sem que para isso recorram ao judiciário para resolver legalmente a situação.

A separação de fato já foi definida pelo STF no RE 77.204 como sendo o estado existente entre os cônjuges caracterizado pela suspensão, por ato ou iniciativa de um ou de ambos os cônjuges, do relacionamento sexual ou

coabitação entre eles, sem qualquer provimento judicial. Ninguém discorda que a separação de fato gera importantes efeitos jurídicos, onde os cônjuges assumiram e aceitaram, por não mais manter vida conjugal, liberando-se mutuamente da assistência espiritual, da afetividade e do desejo societário que serve como mola-mestra, incentivo e consequência direta da comunicabilidade patrimonial, assim também entre conviventes, como deixa antever a Lei 9.278/96. (MADALENO, 2006)

Há situações em que os casais não se encontram com condições de pôr um fim definitivo ao relacionamento, ou não querem por motivos outros, ou até mesmo não possuem condições financeiras para arcar com processos tão longos e dispendiosos como a separação e o divórcio.

Frente a isso, as pessoas acabam por permanecer em situações mistas. Para a sociedade, é uma pessoa separada, pois o casamento não existe mais, porém, juridicamente, a pessoa continua casada. Diante disso, faz-se necessário um estudo sobre a separação de fato, de maneira que ela produz efeitos jurídicos perante a sociedade e na vida daqueles que vivenciam essa situação.

Tendo a separação de fato mais de um ano, ela possibilita o pedido de separação judicial, de acordo com o § 1º do art. 1.572 do CC/02. Havendo mais de dois anos, de acordo com o § 2º do art. 1.580 do CC/02, possibilita o pedido de divórcio direto. Como é uma situação factual, a separação de fato permite aos cônjuges viverem em união estável, permitindo até, o reconhecimento desta.

Celeuma existia com relação ao momento em que o regime de bens não produziria mais efeito para esses casais. Disciplina a lei, através do seu art. 1.683 do Código Civil de 2002, que o momento em que cessar a convivência do casal é o momento para a apuração de bens para a partilha, isso nos casos de regime de participação final nos aquestos. Porém, a doutrina majoritária entendia que a partir da separação de fato, o regime de bens não poderia mais ter vigência entre os cônjuges.

Não obstante o rompimento da sociedade conjugal se dê mediante a separação e o divórcio, é a separação de fato que efetivamente põe fim aos efeitos do casamento, faltando apenas a chancela estatal. O casamento deixa de existir, extinguindo o regime de bens. O fim da vida em comum faz cessar o ânimo sócio-afetivo, a conjugação de esforços para a aquisição do patrimônio comum, real motivação da comunicação patrimonial. A separação de fato é, portanto, o marco que finaliza o estado patrimonial, de forma que, embora não decretada a separação de corpos nem oficializada separação jurídica ou o divórcio, os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges não se comunicam, evitando soluções injustas e o enriquecimento sem causa. (DIAS, 2007, p. 272).

Com a possibilidade de reconhecimento de união estável durante a separação de fato, tornou a situação ainda mais tormentosa, tendo em vista que os bens adquiridos durante a união estável fariam parte da partilha no casamento. Foi então que a jurisprudência passou admitir que a separação de fato é o marco para por fim aos efeitos do regime de bens, e que o art. 1683 do CC/02, deve ser aplicado por analogia à todos os demais regimes.

### 3.4 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS

A Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, veio alterar alguns dispositivos do Código de Processo Civil. Lei 5.869/73, possibilitando a realização da separação e do divórcio administrativamente. Acolhendo os reclamos sociais, que almejavam uma separação ou um divórcio mais simplificado, foi acrescentado a lei o art. 1.124-A, com a seguinte redação:

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

A separação e o divórcio somente serão possíveis por meio de escritura pública se respeitados os pressupostos exigidos, como: a ausência de filhos menores ou incapazes, a consensualidade entre as partes, a assistência de advogado, e o cumprimento dos prazos estabelecidos.

A consensualidade é primordial, tendo em vista que se houver algum litígio entre as partes a escritura não deverá ser lavrada, sendo o caso remetido para a via judicial. A possibilidade de realizar a separação e o divórcio consensuais administrativamente veio facilitar o procedimento para aqueles que só necessitam da homologação da decisão pelo juiz para se ver desvinculado de uma relação que não o faz mais feliz, porém necessitava respeitar todos os procedimentos judiciais e a demora da justiça para ver o seu intento alcançado.

Com relação a partilha, a doutrina debate quanto a possibilidade de deixar para momento oportuno a sua feitura. Há doutrinadores que entendem não ser possível a lavratura



da separação extrajudicial, sem o devido acordo para a partilha. Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 197, dispõe que: “o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”. Como bem assinala Carvalho (2009 p. 232) que, “como o intuito da Lei 11.441/2007 foi o de justamente desburocratizar a dissolução da sociedade conjugal entre partes concordes e capazes, não se justifica exigir mais na via administrativa do que na judicial”.

Não será lavrada a escritura de separação extrajudicial se o casal tiver filhos menores ou incapazes, de maneira a se evitar que os pais decidam sobre os filhos sem a presença do Ministério Público. A lei determina também a assistência obrigatória de um advogado, de maneira a assessorar os interessados na solução do caso.

Para a separação extrajudicial é preciso que o casal tenha no mínimo um ano de casados, provando o fato com a apresentação da certidão de casamento. Já o divórcio, por sua vez, adota dois prazos. Em sendo divórcio direto, necessita de dois anos de separação de fato, e pelo menos duas testemunhas que comprovem a não existência de vínculo entre eles. Em sendo a conversão de separação em divórcio, necessita de um ano de separação, a contar da data da lavratura da escritura. Com relação aos prazos, a separação e o divórcio extrajudiciais seguem os mesmos prazos estabelecidos pelo Código Civil.

Devido o objeto da separação e do divórcio ser um instrumento público, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 35, em seu art. 36, possibilita a lavratura da escritura de separação e divórcio por meio de procuradores designados.

Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição de cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias.(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA apud DIAS, 2010a, 194)

A separação e o divórcio extrajudicial começam a produzir seus efeitos a partir da lavratura da escritura, não necessitando de homologação judicial. A escritura pública é o título hábil para realizar a averbação na certidão de casamento e também para realizar todo e qualquer procedimento relacionado ao casal.

### 3.5 DO DIVÓRCIO

O ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir o divórcio a partir da promulgação da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, fruto de enorme luta do senador Nelson Carneiro contra antiodivorcialistas fundamentados pelas bases imutáveis da Igreja, que viam o casamento como sacramento, união indissolúvel entre o homem e a mulher.

No Brasil, após uma árdua batalha legislativa, na qual se destacou a tenacidade do senador Nelson Carneiro, lutando durante quase três décadas contra a oposição da Igreja Católica, foi ele introduzido pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, em que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1969, não só suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, como também estabelecendo os parâmetros da dissolução, que seria regulamentada por lei ordinária. (GONÇALVES, 2010, p. 265).

O divórcio é o instrumento disponível aos cônjuges que pretendem desfazer definitivamente a união. Ele dissolve o vínculo matrimonial, diferentemente da separação judicial, que de maneira intermediária rompia apenas a sociedade conjugal. A Constituição Federal de 1988, através do seu art. 226, § 6º, estabelecia que: “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”.

Poderá ser decretado através de sentença judicial ou por meio de escritura pública quando realizado administrativamente, permitido nos casos expressos na lei. O divórcio não admite reconciliação, como nos casos de separação judicial e separação de corpos. Uma vez decretado o divórcio, os ex-cônjuges só restabelecerão o vínculo após realização de novo casamento, como vem disposto no art. 33 da Lei de Divórcio.

Adotando o mesmo caráter da separação judicial, o divórcio também é uma ação personalíssima, de forma que somente poderá ser pleiteada pelos cônjuges, interessados diretos da ação. A exceção é aberta apenas nos casos de incapacidade, onde deverá ser representado por um curador, ascendente ou irmão, na forma do art. 1.582, parágrafo único do Código Civil.

Determinava a Lei do Divórcio, em seu art. 31, que o divórcio somente seria concedido se houvesse a prévia partilha dos bens do casal. Porém, o Código Civil seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dispôs em seu art. 1.581 que “o divórcio pode ser concedido sem que haja a prévia partilha de bens”. Essa regulamentação veio amenizar as dificuldades existentes no processo, de forma a possibilitar para momento oportuno uma das

decisões a serem tomadas com o fim do vínculo matrimonial, sendo aplicada por analogia também nos casos de separação judicial.

O divórcio admite duas modalidades: o divórcio direto e o indireto, sendo este a conversão da separação em divórcio. O art. 1.580 do Código Civil disciplina:

Art. 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.

Como bem esclarece o artigo citado, aqueles que já completaram um ano de separação judicial poderão pleitear o divórcio, rompendo definitivamente o vínculo civil que os unem. Portanto, os requisitos mínimos para a conversão é a prévia separação judicial, e o decurso do prazo de um ano desta.

O pedido de divórcio-conversão poderá ser consensual ou litigioso. Será consensual quando ambos os ex-cônjuges concordarem com a ação, de maneira que o pedido deve ser realizado pelos dois. Poderá adotar a forma consensual independentemente do caráter adotado pela separação judicial. Nessa fase é totalmente dispensável a tentativa de reconciliação dos ex-cônjuges. Por conta da consensualidade, é admitida a conversão em divórcio extrajudicialmente, sendo necessário o preenchimento de todos os requisitos, independentemente se a separação foi realizada judicial ou extrajudicialmente.

Por sua vez, o divórcio-conversão litigioso é permitido apenas judicialmente, devido ao conflito de interesses existente. Será pleiteado por apenas um cônjuge, sendo possibilitado ao outro a contestação, que se restringe a alegação da falta de requisito temporal para a concessão. Salienta Cahali (1995, apud VENOSA, 2010, p. 208):

A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o dispositivo do art. 36, parágrafo único, II: a Lei Maior não exige outra coisa para o divórcio que não a separação judicial por mais de um ano, concedida nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, não mais se admitindo o reconhecimento de qualquer outro obstáculo para o caso de conversão de separação.

Ainda tratando o divórcio-conversão, a parte final do *caput*, do retro mencionado art. 1.580 do Código Civil, menciona que também será possível, a partir da concessão da medida cautelar de separação de corpos a conversão em divórcio. Como assevera Gonçalves (2010), somente será possível a conversão em divórcio, a contar do prazo que decretou a separação de corpos, se posteriormente à cautelar, foi pleiteada a ação principal de separação judicial.

O § 2º, do art. 1.580 do Código Civil, faz menção ao divórcio direto, que é o pedido de divórcio onde não necessita a satisfação da prévia separação judicial. O requisito exigido é apenas factual, de maneira que a separação de fato já tenha completado pelo menos dois anos. Menciona Carvalho (2009) que diferentemente do divórcio-conversão, que dissolve apenas o vínculo matrimonial, o divórcio direto rompe de uma só vez a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, não existindo, portanto, a duplicidade de procedimento.

Poderá admitir a forma consensual e a litigiosa. Se consensual poderá ser realizado extrajudicialmente, seguindo todos os requisitos já expostos no item 3.4. Já no caso de assumir a modalidade litigiosa, somente será possível pela via judicial, sendo requerido por um dos ex-cônjuges, não necessitando, porém, de qualquer outro pressuposto além do decurso do prazo.

É certo que o principal efeito do divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial, possibilitando que os ex-cônjuges contraiam novo casamento, todavia, este não é o único efeito. A sentença do divórcio começa a surtir efeito a partir de sua decretação ou homologação. Sendo realizado extrajudicialmente, surte efeito a partir da lavratura da escritura pública.

O divórcio extingue o direito de pleitear alimentos entre os cônjuges, já que põe termo aos deveres recíprocos entre eles, além de extinguir o direito sucessório. Rompe o vínculo de afinidade na linha colateral, porém, mantém o na linha reta, impossibilitando o casamento (art. 1.521, II, CC). A decretação do divórcio em nada modifica os deveres com relação aos filhos, salvo conflitos com relação a guarda e alimentos que deverão ser solucionados pelo juiz.

## 4 INOVAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

O ordenamento jurídico brasileiro está vivenciando um momento de transição no âmbito do Direito de Família, e a Emenda Constitucional nº 66/2010 é uma das responsáveis por esse processo. O duplo procedimento ao qual era submetido o divórcio era constrangedor e dispendioso financeiramente. Manter-se vinculado a um relacionamento que não mais existe, além do impedimento de reconstrução da vida afetiva em detrimento da obrigação de prestar satisfação ao Estado de sua vida particular, eram requisitos não mais aceitos pela efetiva maioria da sociedade.

Levando em consideração esses argumentos, e almejando facilitar a dissolução do casamento, com o menor número de conflitos possível, foi que o IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família- elaborou o projeto de emenda constitucional, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barrada Carneiro, que alterou profundamente o instituto do divórcio no Brasil, promulgando a Emenda Constitucional nº 66 em 13 de julho de 2010.

### 4.1 DO CONTEXTO DA EMENDA

A Emenda Constitucional nº 66/2010 inovou o direito de família pátrio ao reformular o art. 226, § 6º da CF/88 que extinguiu a separação judicial e o cômputo de dois anos da separação de fato como condição preexistente para dissolver o casamento através do divórcio. O § 6º do art. 226 da Carta Magna passou a vigor com a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Projetos de emenda constitucional já tramitavam no Congresso Nacional com o intuito de diminuir as dificuldades do procedimento. Exemplo foi a PEC nº 22-A de 1999, com a pretensão de estabelecer o lapso temporal de apenas um ano, tanto para a separação judicial, e sua conversão em divórcio, como para a separação de fato, para o divórcio direto. Posteriormente, veio a PEC nº 413 de 2005, elaborada pelo Diretório do IBDFAM e defendida pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia. Foi reformulada pela PEC nº 28 de 2009, e representada pelo Deputado Sérgio Barrada Carneiro, promulgando a EC nº 66/2010.

Há muito tempo já se observava insatisfação com o extenso procedimento do divórcio, sendo necessário o cumprimento de longos prazos para convencer o Estado de que

aquela relação matrimonial não tinha como ser reconstruída. A sociedade já não era aquela de 1977, quando o divórcio foi admitido no ordenamento jurídico brasileiro. Ela passou por grande evolução, de maneira a não ser cabível aceitar a tamanha interferência estatal na vida particular dos cidadãos, ferindo gravemente o princípio da interferência mínima.

[...] essa providência salutar, de acordo com os valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo 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. [...] O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação a guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois procedimentos, bastando o divórcio amigável ou judicial. (CÂMARA DOS DEPUTADOS apud DIAS, 2010a, p. 147)

É perceptível, atualmente, a maior importância dada ao afeto, um dos elementos fundamentais para manter um relacionamento saudável, harmônico e feliz para seus integrantes, incluindo aqui os filhos, que vivenciam os conflitos e são atingidos pelos estilhaços de um relacionamento em pedaços. Foi com a adoção do afeto como base para a manutenção do casamento, que se relativizou a concepção sobre as possibilidades da dissolução. Como bem assevera Dias (2010a, pag. 15), a alteração “acabou com a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim”.

Posicionamentos contrários à emenda alegam que a inexistência de prazos faz com que a família tenha se tornado um instituto banal, levando em consideração a atual facilidade em constituir e desconstituir um lar. Contudo, o intuito da referida modificação não foi abalar a instituição familiar, tornando-a uma relação fragilizada, mas sim, abrir possibilidades para aqueles que estão vivenciando um relacionamento arruinado possam dissolver a união de modo desburocratizado. Almeja-se, portanto, respeito à dignidade da pessoa humana e a sua liberdade, dando maior relevância à pretensão dos cônjuges.

O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não-burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida.(GAGLIANO, 2010)

Com relação à eficácia normativa da EC nº 66/2010, é clarividente a sua autoexecutoriedade. Apresenta eficácia plena, se sobrepondo de imediato às normas infraconstitucionais, em respeito ao princípio da força normativa da Constituição. Logo, a partir do advento da norma constitucional, o Código Civil passou a ser divergente com a Carta Magna, no que tange ao divórcio. Preceitua Lôbo (2010) que “a nova norma constitucional revoga a legislação ordinária anterior que seja com ela incompatível. A norma constitucional apenas precisa de lei para ser aplicável quando ela própria se limita ‘na forma da lei’”. Com a modificação, não é mais exigido a prévia separação judicial ou o cumprimento do prazo legal de separação de fato para a concessão do divórcio direto.

Portanto, apresentam-se revogados os dispositivos do Código Civil que se referem a separação judicial e ao implemento de prazo para o divórcio direto. Como nas precisas palavras de Hermano (2010):

A razão da legislação ordinária, no que se refere aos requisitos temporais par ao divórcio, repousava na Constituição que os exigia. Afastadas tais exigências, porque extirpadas do texto do parágrafo 6º do art. 226 da CF/88, restam incoerentes as normas inferiores que as mantêm, e essa desconformidade conduz à sua inevitável revogação.

Com a emenda, entende-se que a separação judicial já não é mais possível, devendo o casal se dirigir ao judiciário pleiteando diretamente o divórcio. Em resumo, os principais efeitos da EC 66/10 foram: a extinção da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, e a não exigência do prazo de dois anos de separação de fato para o requerimento do divórcio direto. Apesar das opiniões contrárias, na tentativa de manter vigente a separação judicial e conseqüentemente o implemento dos prazos, deve ser priorizado o intuito da modificação, que em suma, foi fazer do divórcio um procedimento mais célere e eficaz.

#### 4.2 DO FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

A separação judicial foi instituto adotado no ordenamento jurídico brasileiro como forma de atender os anseios dos divorcialistas e dos antidivorcialistas. Foi a recriação do antigo desquite, de maneira a desfazer a sociedade conjugal, porém mantendo intacto o

matrimônio, impedindo novo casamento. A partir da CF/88 a separação judicial passou a ser um dos requisitos para a concessão do divórcio.

Adotava-se o duplo procedimento pelo fato de que a separação judicial extinguiu a sociedade conjugal, conseqüentemente todos os deveres inerentes a sua existência, como a fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, entre outros. O divórcio, por sua vez, dissolvia o vínculo matrimonial, fazendo desaparecer qualquer ligação entre os ex-cônjuges, sendo possível, a partir dele, contrair novo casamento.

Não mais se justificava a distinção entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial, existindo apenas como fundamento para a duplicidade de procedimento. O Estado ainda ligado à noção de que a família era uma instituição eterna, impôs obstáculos para a concessão do divórcio. Não se curvava ao fato de que, quando o casamento chegava a essa fase, já estava de fato desfeito, seja por convicção de um ou de ambos os cônjuges, não devendo ser imposto a ninguém a vivência em um relacionamento que já não o faz feliz.

A permanência da separação judicial como requisito preexistente para a conversão em divórcio acarretava transtornos ao casal, como despesas decorrentes de dois processos judiciais, a exposição da intimidade do casal, de forma a detectar motivos para a dissolução do casamento, além da atribuição da culpa pela dissolução da união que gerava prolongados desentendimentos, mágoas e constrangimentos.

A reformulação do divórcio pela EC nº 66/2010 veio fazer com que a ruptura do casamento se tornasse mais rápida e menos dolorosa para os cônjuges, extinguindo do seu procedimento a separação judicial prévia de pelo menos um ano. Mesmo não tendo alterado a legislação infraconstitucional, entende-se que a alteração constitucional é suficiente para extinguir a separação judicial, caso contrário adotar-se-ia a idéia de que a lei infraconstitucional se sobrepõe a Constituição Federal. É o que esclarece Rabelo (2010), “a incompatibilidade com a Constituição, se não pudermos falar em revogação tácita, faz com que entre em desuso qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal”.

Com a extinção da separação judicial como requisito para a conversão em divórcio, a vigência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro tornou-se inútil, de forma que a legislação estabeleceu um procedimento mais facilitado e eficaz. Conforme expõe Gagliano (2010), “desapareceria de nosso sistema o instituto da separação judicial e toda a legislação, que o regulava, sucumbiria, por conseqüência, sem eficácia, por conta de uma inequívoca não-recepção ou inconstitucionalidade superveniente”. Esse é igualmente o



posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a separação judicial foi tacitamente revogada.

Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto do ordenamento brasileiro, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda da norma validade (entendimento que abraçamos, do ponto e vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos). (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010, p. 59)

Portanto, não se imagina que, caso a separação judicial ainda fosse possível, os casais optassem por essa via que é mais desgastante que o divórcio. Seria de tamanha insensatez prolongar injustificadamente o fim de um relacionamento, sendo possível o divórcio, sem a necessidade de expor motivos, provas e aguardar prazos.

Todavia, esse entendimento, apesar de majoritário, não é pacificado. O Conselho Nacional de Justiça, através do seu Conselheiro Jefferson Luis Kravchychyn, alterando a Resolução 35/2007, que versa sobre a disciplina da Lei 11.441/2007, se pronunciou a pedido de providências do IBDFAM, a favor da manutenção da separação judicial no sistema jurídico brasileiro:

Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. Parece razoável, que ainda exista a busca por separações, o que incide na vontade do jurisdicionado em respeito às disposições cuja vigência ainda é questionada e objeto de intensos debates pelos construtores do direito pátrio. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, apud MONTEIRO; SILVA 2010, p. 334)

Parte da doutrina, também, não se convenceu da extinção da separação judicial, admitindo que ela apenas foi suprimida como requisito para o divórcio. Filia-se a essa corrente, Silva (2010), afirmando que foram suprimidas exclusivamente as condições temporais de um ano de separação judicial, ou de dois anos de separação de fato, além de tornar possível a escolha dos casais de pleitear apenas a separação judicial, como forma de manter a possibilidade de reconciliação.

Respeitando os entendimentos contrários, não é cabível a manutenção da separação judicial como optativa, de forma a possibilitar aos cônjuges a reconciliação, de maneira que nada obstaculiza depois de decretado o divórcio, que reatem os laços afetivos, devendo apenas realizar novo casamento.

Ora, justificar a manutenção separação ao argumento de que podem as partes, após a sua decretação, reconciliarem-se a qualquer tempo, sem que para isso precisem convolar novas núpcias, não se mostra como motivo bastante para que referido instituto jurídico permaneça vivo, a uma porque as razões anteriormente traçadas, sob o viés civil-constitucional, coadunam-se perfeitamente com a intenção do legislador e do direito moderno de calcar as relações familiares na dignidade da pessoa humana e na busca pela felicidade pessoal nos relacionamentos afetivos, a duas porque uma vez decretado o divórcio não há nenhum óbice a que, uma vez divorciados, decidam as partes restabelecer a relação conjugal e a três porque não cabe ao direito regular o que modernamente os casais costumam chamar “dar um tempo na relação”. (SANTOS, 2010)

Demonstrando também serem discordantes ao fato da extinção da separação judicial do ordenamento jurídico, encontram-se: Regina Beatriz Tavares da Silva, Euclides Benedito de Oliveira, Mário Luiz Delgado Régis entre outros. Sustentam como fundamento para a preservação da separação judicial no sistema jurídico brasileiro, a adoção do instituto como medida facultativa. Em suma, ficaria a cargo dos cônjuges a decisão de pleitear o divórcio, dissolvendo definitivamente o vínculo matrimonial, ou em pleitear a separação judicial, dissolvendo apenas a sociedade conjugal.

[...] é o direito do cônjuge em não querer a extinção do vínculo, não desejar o divórcio e sim, tão somente, uma providência menor, que seria a dissolução da sociedade conjugal pela separação, com a possibilidade adicional de reconciliação e refazimento da mesma sociedade sem as dificuldades rituais de um novo casamento que essa “volta” exige nos casos do divórcio. (OLIVEIRA, 2010)

Outro argumento utilizado por Monteiro e Silva (2011, p. 332) foi que “não ocorreu a supressão do instituto da separação. Se pudesse ter ocorrido a eliminação da separação, chegar-se-ia a absurda conclusão que também a separação de fato estaria excluída de nosso sistema jurídico”.

Esse é o maior equívoco com relação aos efeitos da reforma. Quando se afirma que foi extinto o instituto da separação, esta se refere não a separação gênero, mas sim a uma espécie da separação, que é a judicial. A EC 66/2010 inovou o sistema jurídico estabelecendo

o divórcio como única forma juridicamente possível de dissolução do casamento. Seria até ilógico a legislação tentar impedir que os casais rompessem os laços afetivos sem resolver sua condição civilmente.

Apesar dos motivos expostos para permanecer vigente a separação judicial, não são eles convincentes, de forma que nenhum é suficientemente relevante para a manutenção da separação judicial, tendo em vista a possibilidade de solução através do divórcio.

#### 4.3 DA EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO PARA O DIVÓRCIO DIRETO

Como já mencionado, o outro objeto da EC nº 66/2010, foi extinguir a necessidade da separação de fato por mais de dois anos, para a concessão do divórcio direto. Logo, exigia-se que o casal estivesse separado de fato e que nesse lapso temporal não tivesse havido reconciliação.

A exigência da separação de fato por mais de dois anos para o pedido de divórcio direto foi extinta devido o intuito da emenda, que foi tornar o procedimento do divórcio mais célere. Ora, nada explicaria a manutenção da exigência do prazo separação de fato, se o divórcio já pode ser pedido imediatamente. Nem mesmo a nomenclatura divórcio direto subsistiu a emenda, tendo em vista não haver mais distinção entre os divórcios, já que os requisitos diferenciadores não são mais necessários.

Distintamente da separação judicial, que toda a sua disciplina foi inutilizada no sistema jurídico brasileiro, a separação de fato foi apenas extinta como requisito para a concessão do divórcio direto. Ou seja, a separação de fato ainda existe na sociedade, e em decorrência disso o ordenamento jurídico deve manter a sua regulamentação.

A conclusão não pode ser a mesma em relação à separação de fato. Ela continuará a existir. Isso porque o direito serve à sociedade e deve solucionar os litígios de forma efetiva. É óbvio que os casais continuarão a se separar sem efetivar o divórcio, permanecendo casados no papel, mas vivendo como solteiros na prática. Não se pode negar que existam essas situações, nem tampouco ignorar os problemas jurídicos que daí advenham. Portanto, embora não haja mais prazo a ser respeitado (como o prazo de dois anos de separação de fato para se pleitear o divórcio direto), a separação de fato subsiste. Aliás, há situações em que ela assume papel muito importante. (RAVACHE, 2010)

Por conseguinte, permanecem em vigor a separação de fato, que apesar de ser uma situação factual, surte efeitos no mundo jurídico, além da separação de corpos, que é medida cautelar, que também reflete seus efeitos, porém não dissolve o casamento. Foge da alçada do judiciário controlar as atitudes da sociedade, tendo em vista que sempre existirão casais, que não se interessarão em propor judicialmente a dissolução do casamento, não se importando em permanecer com o estado civil de casado, principalmente depois de possibilitado o reconhecimento da união estável, comprovada a separação de fato.

Com o advento da EC 66/2010 extinguiu-se a separação judicial como requisito para a conversão em divórcio e o lapso temporal da separação de fato para o divórcio direto. Deste modo, o divórcio poderá ser pedido a qualquer momento, sem o implemento de prazos, sendo a única forma juridicamente possível capaz de dissolver o casamento. Não existindo justificativa para manter o casal vinculado matrimonialmente se de fato a relação já chegou ao fim.

Em decorrência da extinção de prazos para pleitear o divórcio, surgiram alguns questionamentos, indagando se não seria necessário o implemento de um prazo mínimo para que os casais pudessem tomar uma decisão mais centrada e livre de arrependimentos. Rebatendo as indagações, Gagliano e Pamplona Filho (2010, p.63) asseveram:

[...] é mesmo dever do Estado estabelecer um prazo de reflexão? Se a decisão do divórcio é estritamente do casal, não violaria o princípio da intervenção mínima do Direito de Família, o estabelecimento coercitivo de um período mínimo de separação de fato? E que período seria este? Um ano? Por que dois? Em nosso sentir, é correta a solução da Emenda, pois, como dito, a decisão de divórcio insere-se em uma seara personalíssima, de penetração vedada por parte do Estado, ao qual não cabe determinar tempo algum de reflexão.

É oportuno observar que se os nubentes são capazes civilmente de assumirem um relacionamento de tamanha responsabilidade como o casamento, e cabendo somente a eles a decisão de casar e escolher com quem, já deveria ter atribuído apenas aos cônjuges a responsabilidade pela dissolução da união, não sendo da competência do Estado o estabelecimento de prazos para que o casal pudesse amadurecer sua decisão.

#### 4.4 O DIVÓRCIO DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

Com a entrada em vigor da EC nº 66/2010, desapareceu os antigos requisitos para requerer o divórcio: a prévia separação judicial de um ano, e o prazo de mais de dois anos da separação de fato. Portanto, a partir desse momento, o divórcio pode ser requerido imediatamente após a decisão dos cônjuges, sem a necessidade de expor razões, indicação de culpados ou a satisfação de prazos. “A partir de 14 de julho de 2010, qualquer dos cônjuges pôde buscar o divórcio sem precisar declinar causas ou motivos, ou aguardar qualquer tempo. A alteração entrou imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação em sede infraconstitucional”. (DIAS, 2010a, p. 16).

A EC nº 66/2010 alterou profundamente a regulamentação do divórcio, e até mesmo, quase imperceptível aos olhos da sociedade, modificou consideravelmente a resolução de problemas advindos do seio familiar, trazendo nova opinião acerca da dissolução do casamento no Brasil. Há doutrinadores que já consideram o divórcio como mero exercício de um direito potestativo, de forma que não mais se exige a satisfação dos requisitos temporais ou de qualquer fundamentação, alegando ser uma revolução silenciosa, traçando o caminho em direção a autonomia dos cônjuges.

O divórcio, da mesma forma que a separação judicial, poderá ser requerido consensual ou litigiosamente. Quando ambos os cônjuges estão concordes com o fim do casamento, requerem o divórcio consensualmente. Caso sejam discordantes, e a iniciativa tenha sido apenas de um dos cônjuges, o divórcio deverá ser litigioso. Em se tratando de divórcio consensual, a legislação já possibilitava o requerimento do divórcio direto extrajudicialmente, desde que não existissem filhos menores ou incapazes. Tratando da forma extrajudicial de dissolução do casamento, a EC 66/2010 também refletiu seus efeitos, de maneira a não ser mais possível realizar separação através de escritura pública.

Se por equívoco ou desconhecimento, após o advento da nova Emenda, um tabelião lavrar escritura de separação, esta não terá validade jurídica, por conta da supressão do instituto em nosso ordenamento, configurando nítida hipótese de nulidade absoluta do acordo, por impossibilidade jurídica do objeto (art. 166, II, CC). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 71).

A EC 66/2010 não alterou a matéria processualmente, mantendo os procedimentos anteriores à reforma. O divórcio consensual tramitará na jurisdição voluntária, e o litigioso no procedimento ordinário. Os legitimados para requererem o divórcio continuam sendo os

cônjuges, adotando o caráter personalíssimo, de acordo com o art. 1582 CC/02, ressalvado os casos de incapacidade.

O que já estava acontecendo antes mesmo da extinção da separação judicial ganhou mais força com a reforma, não sendo mais admitido a perquirição da culpa nas ações de divórcio. O pedido de divórcio deverá ser, de imediato, concedido pelo judiciário, de forma que a ação poderá prosseguir para solucionar demandas cumuladas, como alimentos, guarda dos filhos, o uso do nome e a partilha de bens.

Já os temas que se referem ao casal não necessariamente precisam ser solvidos junto com a demanda principal. O exemplo mais recorrente diz com a partilha de bens. Não é necessário que ocorra a divisão do patrimônio quando da dissolução da união. Mas no que diz com o nome e os alimentos entre os cônjuges precisam ser definidos, apesar de haver possibilidade de serem revistos em momento posterior. (DIAS, 2010a, p. 95)

Quando a demanda cumulada for em relação aos filhos menores e incapazes, deverá ser solucionada de pronto, como a guarda e a pensão alimentícia, apesar de poder ser posteriormente modificada. Sendo relativa apenas aos cônjuges, poderá ser debatido em momento oportuno, ressalvado alguns casos.

#### 4.5 O FIM DA PERQUIRÇÃO DA CULPA

A análise da culpa foi tratada no ordenamento jurídico brasileiro, desde a adoção do divórcio. Em verdade, o que aconteceu foi um regresso da norma em relação à culpa, considerando que foi o Código Civil de 1916, ao disciplinar o desquite, que impôs aos cônjuges determinar os motivos do desfazimento do casamento, expondo de quem foi a culpa. O Código Civil de 2002, disciplinando quase que integralmente a matéria por meio da Lei do Divórcio, trouxe novamente a discussão da culpa como causa da dissolução da sociedade conjugal.

A culpa era apreciada na separação judicial. Poderia requerer a separação judicial o casal conjuntamente, sendo então uma separação judicial consensual, ou por meio de pedido de apenas um dos cônjuges. Sendo a separação judicial consensual, estabelecia o art. 1.574 do

Código Civil de 2002, que somente poderiam pleitear a ação se estivessem casados por pelo menos um ano. Como visto não era necessária a exposição da culpa.

Não era, porém, o que acontecia quando a separação partia de apenas um dos cônjuges. O art. 1.572 do Código Civil asseverava que o cônjuge autor deveria impor ao outro a culpa pela dissolução da sociedade conjugal, ou de acordo com o § 1º, provar a ruptura da vida em comum a mais de um ano, não havendo possibilidade de reconciliação. De acordo com o artigo ora mencionado, percebe-se que só quem tinha legitimidade ativa para pleitear a ação de separação judicial era o cônjuge inocente. Caso contrário era quando o culpado deveria esperar o prazo de um ano para comprovar a ruptura da vida em comum.

O art. 1.573 do Código Civil trazia um rol exemplificativo dos motivos culposos que poderiam fundamentar a ação de separação judicial, como: adultério, tentativa de morte, abandono voluntário do lar, conduta desonrosa, cabendo, portanto, ao magistrado valorar essas condutas e decidir sobre a decretação da separação judicial.

Ademais, não atentou o legislador que o sentimento de rejeição é de ordem subjetiva. Não havia como delegar ao magistrado o encargo de avaliar se determinada atitude tornara o convívio inviável. De qualquer sorte, não é a prática dos atos elencados na lei que torna insuportável a vida a dois, mas o reflexo que o agir de um dos cônjuges causa no outro. (DIAS, 2010a, p. 48)

Anteriormente a EC nº 66/2010 já havia por parte dos doutrinadores e da jurisprudência majoritária, o entendimento de que se a decisão já estava tomada pelos interessados, no caso os cônjuges, já não cabia ao Estado discutir a culpa para decretar a separação judicial. A atitude dos cônjuges de se dirigir ao judiciário para legalizar o desfazimento daquela união afetiva, evidenciava que a investigação da culpa só iria tornar o processo mais dispendioso e constrangedor, gerando maiores conflitos entre os cônjuges.

Pretende-se evitar a demora processual que se leva para obter a decretação do divórcio. Além disso, o desgaste proporcionado pelo debate dos ex-cônjuges em litígio, por vezes, é desnecessário. Na maioria das vezes, e até inconscientemente, apenas querem utilizar o Judiciário como ferramenta para se vingar daquele que lhe causou mágoa e sofrimento. Na maioria das vezes, o relacionamento não termina por causa de um fato isolado. É uma sucessão de atos de ambos os cônjuges que acaba por colocar fim ao casamento. E, realmente, descarregar a raiva de todos esses momentos em um processo, na tentativa de achar um exclusivo culpado é algo deprimente e sem sentido. Por isso, o fato de a culpa não ser mais requisito para a dissolução do casamento é um avanço muito importante para nossa sociedade (RAVACHE, 2010).

A separação judicial e a conseqüente dissolução da sociedade conjugal passou a ser concedida independentemente da identificação do culpado, seja porque cabe ao Estado apenas o dever de decretar a vontade dos cônjuges, levando-se em consideração a evolução da sociedade e a interferência mínima do Estado na vida particular dos cidadãos, ou até porque identificar um culpado pelo descasamento seja tarefa difícil, onde muitas vezes atitudes mútuas levaram ao fim da união. “Não tem sentido averiguar a culpa, com motivação de ordem íntima, psíquica, quando a conduta pode ser apenas sintoma do fim”. (FACHIN, 1999, p. 179).

O que passava a acontecer no cenário jurídico nacional não era a extinção da culpa nas ações de separação judicial, mas sim a sua essencial análise para a decretação da mesma. As separações judiciais cumuladas com ações outras que necessitassem discutir a culpa, já que esta surte efeitos no âmbito do Direito de Família, deveriam ser analisadas, seja para estabelecer o valor dos alimentos ou a permanência do nome, por exemplo. Apesar de analisada a culpa na separação judicial, esta não impediria a sua decretação.

Nas demandas onde se pleiteavam alimentos entre os cônjuges, havia certa distinção entre o cônjuge culpado e o inocente, sempre pautando-se nas necessidades do reclamante e na possibilidade do reclamado. Baseando-se no art. 1.704 do CC/02, sendo o cônjuge separado inocente, terá direito a pensão alimentícia plena, assegurando a manutenção de sua condição social. Contudo, sendo o cônjuge culpado pelo descasamento, só terá direito aos alimentos indispensáveis a sua sobrevivência e desde que não possua aptidão para trabalhar. Estes eram diminuídos no intuito de penalizar o cônjuge culpado, sendo concedidos apenas com o suficiente para a sobrevivência.

No que diz respeito ao uso do nome, o Código Civil, em seu art. 1.578, estabelece que o cônjuge culpado pela dissolução do casamento não poderá continuar utilizando o nome do seu consorte, desde que pleiteado por este, tendo em vista o seu desmerecimento. Ressalvam-se três casos: a) quando da alteração o nome do cônjuge culpado se distancie consideravelmente do nome dos filhos; b) quando a alteração ocasionar dano a sua identificação; c) grave prejuízo identificado pelo juiz.

Com a entrada em vigor da EC nº 66/2010 e a extinção da separação judicial, alguns doutrinadores, a maioria dos juristas integrantes do IBDFAM, entendem que não é mais possível analisar a culpa no divórcio, já que era na separação judicial que havia a sua investigação. Expondo entendimento a favor da extinção da culpa, Dias (2010a, p. 14-15):



Acabar com a separação judicial, afastou a possibilidade de serem questionadas as causas do fim da união, espancando de vez a culpa para chancelar a dissolução do casamento. [...] o ganho maior foi espancar definitivamente a busca de identificação de culpados, o que diminui o grau de litigiosidade do casal. Nenhum do par pode pleitear a responsabilização do outro pelo fim do casamento. Afinal, mesmo depois do fim da união conjugal, mister a manutenção dos vínculos de cordialidade. Não há melhor forma para banir a violência familiar. Assim, impedir a discussão das causas da separação vem em proveito principalmente da prole, que merece ser preservada das desavenças dos pais.

Contudo, fortes argumentos são contrapostos, defendendo a manutenção do instituto da culpa. Alegam que a supressão da culpa fere o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido na CF/88. O outro argumento refere-se a necessidade de discutir a culpa para a decretação da pensão alimentícia entre os cônjuges.

Não se pode dizer que a dissolução culposa equivale a mera investigação da causa do desaparecimento do afeto ou desamor, sem qualquer interesse relevante nessa investigação [...]. A infidelidade, assim como a violência física ou moral, entre outros descumprimentos dos deveres conjugais, deve ter consequências civis para quem pratica esses atos, como a perda do direito a pensão alimentícia plena e o dever de reparar os danos morais e materiais causados ao cônjuge lesado. Portanto, há interesse jurídico e moral na verificação da causa culposa da dissolução do casamento, que é a grave violação a dever conjugal. (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 331)

Como se percebe, ainda há pontos de debates com relação a culpa em decorrência da EC nº 66/2010. Acontece que, em ambos os entendimentos a idéia sobre a culpa é levada ao extremo: há ou não há a investigação da culpa. Porém, a melhor maneira de se dirimir essa questão pendente, é fazer uma análise relativizando as possibilidades. A melhor doutrina, no entendimento de Tartuce (2010), deveria haver o equilíbrio necessário entre a norma e a resolução dos conflitos adotando um modelo dualista, com e sem culpa.

Em outras palavras, a dúvida que surge se refere a uma importação da discussão da culpa para o divórcio. Essa é uma dúvida atroz que já atormenta os aplicadores do direito até porque, no presente estágio do Direito de Família brasileiro, não se tem admitido a discussão da culpa quando do divórcio, seja ele direto ou indireto. Todavia, na opinião deste articulista, a resposta é positiva a respeito de futuros debates a respeito da culpa para a dissolução do vínculo matrimonial. De toda a sorte, deve ficar claro o posicionamento - sempre manifestado pela melhor doutrina -, no sentido de se admitir a mitigação da culpa em algumas situações, como nos casos de culpa recíproca dos cônjuges ou de sua difícil investigação, a tornar o

processo tormentoso para as partes. Assim era, e assim permanecerá, creio eu. (TARTUCE, 2010)

Não haveria nas ações de divórcio a investigação sobre a culpa, e a sua ausência não impediria a decretação do divórcio, sendo esta a vontade dos cônjuges. Todavia, as questões cumuladas no pedido de divórcio, como o pedido de alimentos, que necessitem da análise da culpa serão discutidas, porém, o pedido principal que é o divórcio já poderia ser decretado.

O que se pretende com a extinção da culpa como necessária para a concessão do divórcio, é a possibilidade de um divórcio digno. Isso não significa dizer que será impossível a arguição da culpa quando do requerimento do divórcio. Não. Apenas significa dizer que a culpa não protelará a demanda, de maneira que o divórcio será concedido independentemente da culpa, sendo esta argüida apenas para a resolução de lides cumuladas.

#### 4.6 DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO

Embora não pacificada a matéria, a EC nº 66/2010 extinguiu a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo permanecendo sua disciplina na legislação infraconstitucional. Logo, a extinção da separação judicial faz do divórcio o único procedimento judicial ou extrajudicial capaz de dissolver o casamento, não sendo mais necessária a distinção entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial.

Por não apresentar disciplina para as demais questões pendentes, indaga-se como serão solucionadas as ações de separação judicial em andamento, além da situação jurídica daqueles casais que já possuem a sentença da separação judicial e apenas esperam o implemento do lapso temporal para requererem o divórcio.

As ações de separação judicial não são mais pleiteáveis, devido a impossibilidade jurídica do pedido. Não é possível requerer algo por meio de um procedimento não mais existente no sistema normativo vigente. A separação judicial era pleiteada não por conta da incerteza do casal com relação ao descasamento, mas sim porque era um requisito necessário para a posterior concessão do divórcio. Extinta essa condição, não é razoável que continue permitindo a dissolução do casamento por meio de uma ação de separação judicial.

Por isso a novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267, VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. Uma vez que o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência do fato extintivo ao direito objeto da ação, que deve ser reconhecido de ofício. (DIAS, 2010b)

A princípio, certos doutrinadores entenderam que a ação de separação judicial que estivesse tramitando ao tempo da mudança deveria ser extinta. Contudo, buscando a celeridade processual, a melhor doutrina entende que ao invés de extinguir o processo, deverá o juiz notificar os interessados sobre a mudança, devendo estes decidirem pela transformação da separação judicial em divórcio, ou pela extinção do processo.

Há vozes a sustentar que, com a extinção da separação judicial, os processos que tenham esse objetivo devam ser igualmente extintos, por perda superveniente do seu objeto. Todavia, o princípio da razoabilidade permite ao juiz condutor do feito que conceda às partes (no procedimento litigioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária) prazo que adaptem seu pedido, postulando o divórcio no lugar da separação. Nesse caso, não seria jurídico impor às partes a restrição constante do art. 264, do CPC, sobretudo porque não se trata de inovação do pedido no curso do processo, em eventual desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva. Cuida-se, a rigor, de supressão da base normativa que conferia sustentação jurídica ao pedido formulado, sendo necessário adaptar o pedido à nova ordem jurídico-constitucional a fim de que se dê ao processo máxima efetividade. (ASSIS, 2010)

Referindo-se ao prazo estipulado, caso os cônjuges fiquem silentes, afirma Dias (2010a) que cabe ao juiz dar prosseguimento ao feito, transformando a separação judicial em divórcio, alegando que o silêncio das partes deverá ser entendido como uma aceitação, de maneira que apenas a discordância dos interessados impediria a extinção do processo. Não concordando com o posicionamento de Dias, encontra-se Assis (2010) asseverando que “não é possível dar por adaptado o pedido, automaticamente, porque quem formula o pedido é a parte, cabendo ao juiz apenas aferir a relação de compatibilidade entre o pedido formulado e o ordenamento jurídico”. Em havendo discordância de apenas um dos cônjuges em transformar a separação judicial em divórcio, prevalecerá a vontade daquele que deseja a dissolução do casamento, tendo em vista que ninguém é obrigado a permanecer vinculado a alguém.

Com relação aos casais que já possuem a decretação da separação judicial ou extrajudicial, aos que já estejam separados de fato ou de corpos, ou que ainda estejam

casados, devem se dirigir ao judiciário para pedir o divórcio, não sendo necessária a satisfação nenhum prazo. Assevera, portanto, Gagliano (2010):

[...] alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de se gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica. Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo.

A norma modificadora do divórcio não possui o poder de converter automaticamente a situação dos que estão separados judicialmente, permanecendo-se, portanto, com o estado civil de separados judicialmente até que proponham a ação de divórcio. Por sua vez, as ações cumuladas que estivessem tramitando junto a separação judicial, serão igualmente tratadas na ação de divórcio, sem nenhum prejuízo aos cônjuges.

Como visto, o divórcio é um direito, de maneira a assegurar àqueles que pretendem dissolver a união conjugal a possibilidade de encontrar a felicidade. E a EC nº 66/2010 veio facilitar a busca desse direito, derrocando o procedimento dualista desnecessário e desgastante, possibilitando o alcance do divórcio de forma mais digna, evitando-se a exposição da intimidade das famílias e a injustificável interferência estatal nas relações interpessoais.

## 5 CONCLUSÃO

A sociedade está em constante evolução, e o conceito de família não tinha como se manter estático. É comum encontrar na sociedade contemporânea famílias reformuladas, ou até mesmo, novas entidades familiares, fazendo com que faça parte do passado aquele conservadorismo exacerbado capaz de eternizar uma relação que não mais existia.

O procedimento duplo era deveras constrangedor. Manter-se vinculado durante certo tempo a um relacionamento que não mais existe, além do impedimento de reconstruir suas vidas, em detrimento da obrigação de dar satisfação ao Estado de sua vida particular. Levando em consideração que essa exigência tem uma razão, o interesse do Estado em consolidar famílias, vendo estas como sujeitas de uma sociedade organizada.

A reformulação do divórcio pela EC nº 66/2010, veio fazer com que a ruptura do casamento se tornasse mais célere e menos dolorosa para os cônjuges e terceiros envolvidos. Portanto, ficou claramente estabelecido que não é mais possível pleitear a dissolução da sociedade conjugal através da separação judicial. Mesmo que ainda exista uma minoria que discorde desse entendimento, baseada na justificativa de que a separação continua regulamentada na legislação infraconstitucional, não é procedente, tendo em vista que a nova norma constitucional é autoaplicável.

Outro requisito não mais exigido para a concessão do divórcio foi a separação de fato prévia, de maneira que o casal poderá pleitear a qualquer momento a dissolução do vínculo conjugal, sem ter que provar ao Estado a certeza da decisão, nem mesmo esperar dois procedimentos judiciais para ver o casamento realmente desfeito. Contudo, a separação de fato continuará a existir na sociedade, tendo em vista que ela surte efeitos jurídicos na vida dos ex-cônjuges.

O instituto da culpa, responsável por infundáveis discussões, foi também modificado através da EC nº 66/2010. Sendo antes uma exigência para o desfazimento da relação, após a nova norma implantada, ela apenas passou a ser discutida nas ações que necessitem da exposição da culpa, como nas ações cumuladas de alimentos ou de reparação de danos, não sendo mais necessária para o desenlace do casamento.

Com relação às ações em andamento, foi consolidado o entendimento de que deverá o juiz comunicar aos interessados na separação judicial a possibilidade de requerer diretamente o divórcio, devendo estes manifestarem sua vontade para a imediata conversão em divórcio, respeitando o princípio da economia processual.

Nas situações em que era possível pleitear administrativamente a dissolução do casamento, em nada foi modificado, estabelecendo-se, apenas, o impedimento da separação extrajudicial. Logo, apenas será possível o pedido de divórcio extrajudicial, permanecendo para tanto, os mesmos requisitos.

Evidencia-se, portanto, através desta pesquisa, que o verdadeiro intuito da emenda fora alcançado, tornando o procedimento da dissolução do casamento mais célere e eficaz. Não mais se justificava o procedimento duplo e a diferenciação entre o fim da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial. Por isso, a EC nº 66/2010 tornou-se um marco no direito de família, fazendo que o moralismo, a religião e o Estado, não se sobrepusessem ao desejo do casal. Enfim, prevaleceu o princípio da dignidade da pessoa humana, resguardando o direito de liberdade dos cônjuges em buscar a felicidade, mesmo que esta se encontre com fim da união.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Arnaldo Camanho de. Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento. **JusBrasil**. São Paulo/SP, 22 jul. 2010. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2294034/artigo-questoes-praticas-sobre-a-repercussao-da-ec-n-66-2010-nos-processos-em-andamento-por-arnaldo-camanho-de-assis>>. Acesso em: 05 out. 2011.

BRASIL. Código civil. **Vade Mecum – Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. **Vade Mecum – Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF. Senado Federal, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. **Vade Mecum Compacto**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977 – Dissolução da sociedade conjugal e do casamento. **Vade Mecum – Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007 – Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Vade Mecum – Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 7 v.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já – Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional 66/2010: e Agora? **Editora Magister**. Porto Alegre/RS, 27 jul. 2010b. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=785](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=785)>. Acesso em: 04 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 5 v.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIUZA, César. **Direito Civil – Curso Completo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio. Primeiras reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio>>. Acesso em: 24 set. 2011.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 6 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 6 v.

LÔBO, Paulo Luiz N. Separação era instituto anacrônico. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 jul. 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=654>>. Acesso em: 29 set. 2011.

MADALENO, Rolf. Casamento - Regime de Bens Efeito Patrimonial da Separação e Fato. **AMDJUS**. Pontes e Lacerda/ MT, 07 mar. 2006. Disponível em: <<http://amdjus.com.br/doutrina/civil/109.htm>>. Acesso em: 15 set. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 2 v.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 2 v.



\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 2 v.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Separação ou Divórcio? Considerações sobre a EC nº 66. **IBDFAM**. Belo Horizonte, 24 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 20 set. 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil - Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 5 v.

RABELO, César Leandro de Almeida. EC do divórcio torna separação inútil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 02 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-02/ec-divorcio-torna-separacao-inutil-instituto-retrogrado>>. Acesso em: 05 out. 2011.

RAVACHE, Alex Quaresma. Divórcio, separação e culpa após a Emenda Constitucional 66/2010. **Conteúdo Jurídico**. Brasília/DF, 05 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29540&seo=1>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública. **Recivil**, Belo Horizonte, 20 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 03 out. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.

SANTOS, Mariana Melo Souto. O divórcio sob a ótica da Emenda Constitucional nº 66/2010. **Conteúdo Jurídico**. Brasília/DF, 20 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29395>>. Acesso em: 15 set. 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A Emenda do Divórcio e a Culpa. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo, 11 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=257>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Aspectos Processuais do Novo Divórcio. **Revista Prática Jurídica**. Editora Consulex. Brasília, ano 10, nº 108, p. 6-10, mar. 2011.

STJ. Súmula 197. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja a prévia partilha de bens. **Vade Mecum – Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

TARTUCE, Flávio. A PEC do Divórcio e da Culpa. Possibilidade. **Carta Forense**. São Paulo/SP, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=46>>. Acesso em: 09 out. 2011.

TJRS. Apelação Cível 595.096.702, Relator: Des. Antônio Carlos Stangler Pereira. Órgão julgador: 8ª Câmara Cível. Data do julgamento: 09 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/amorim/imprimir.asp?id=535&foto=0>>. Acesso em: 22 set. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2010. 6 v.

VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998. 2 v.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A Evolução da Família e do Casamento. **Revista Prática Jurídica**. Editora Consulex. Brasília, ano 10, nº 108, p. 28-31, mar. 2011.