



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA SÁ TELES OLIVEIRA

**SEPARAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**

Salvador

2013

CAMILA SÁ TELES OLIVEIRA

**SEPARAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**

Monografia apresentada ao curso de
graduação em Direito, Faculdade Baiana de
Direito, como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luciano Lima Figueiredo

Salvador

2013

TERMO DE APROVAÇÃO**CAMILA SÁ TELES OLIVEIRA****SEPARAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2013**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2014

RESUMO

Antes da Emenda Constitucional nº 66/2010, o Estado impunha ao casal a ultrapassagem de determinados prazos por meio da separação de fato ou da separação judicial para que, ao término deste, fosse possível alcançar o tão sonhado divórcio. Através da PEC 33/2007, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, conjuntamente ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, buscou-se alterar o §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, objetivando extinguir o instituto da separação judicial do sistema brasileiro.

Contudo, em razão do questionamento acerca da viabilidade da permanência ou não do instituto da separação judicial, atrelada a análise da intenção do legislador junto à necessidade de atender os anseios sociais, será avaliada a importância de respeitar o direito subjetivo à separação.

Nessa toada, o presente trabalho perpassará pelo paralelo de discussão acerca da intervenção estatal e a autonomia privada; pela abordagem da evolução histórica do casamento e da dissolução do mesmo; pela noção conceitual dos institutos do casamento, separação e o divórcio; pelas consequências práticas trazidas pela mencionada emenda. Objetivando, por fim, avaliar a aplicabilidade e a eficácia da permanência ou não do instituto da separação judicial no Direito brasileiro após a Emenda Constitucional nº 66/2010.

Palavras-chave: separação judicial, divórcio, autonomia privada, intervenção do Estado, Emenda Constitucional nº 66/2010.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter iluminado o meu caminho e me dado forças até o momento.

Agradeço a minha família, por entender minhas ausências em diversas passagens, principalmente, no aniversário de Tia Zil, bem como nas inúmeras recusas que tive que fazer a minha avó Lídia para visitá-la.

Em especial, agradeço meu pai, minha mãe e minha irmã, a base de sustentação da minha vida. As pessoas com que sempre poderei contar.

Meu pai, Jorge, por compreender as diversas vezes em que não pude viajar para vê-lo, em prol da construção dessa monografia, inclusive, por ter dado apoio na consecução deste objetivo.

Minha mãe, Lourdes, por ter me acalentado nos diversos momentos de dificuldades e por me dar suporte e confiança em todas as etapas deste trabalho.

A minha irmã, Renata, por me ajudar em diversas vezes em que precisei.

Aos meus amigos, Luciana, Juliana, Stéfanie, Yasser e Daniel por estarem sempre ao meu lado.

Agradeço também ao pessoal do estágio. Principalmente, a Dr. Bernardo por ter me concedido um período de férias, justamente, em um momento de transição em sua vida.

A meu orientador, Professor Luciano Figueiredo, por esclarecer minhas dúvidas, por ter tido paciência, bem como por aconselhar a seguir por determinados caminhos.

A Fernanda Flôres por ter me orientado extraoficialmente e estimulado a seguir com o tema, bem como por emprestar seus livros quando precisei.

Aos funcionários da Faculdade Baiana de Direito, por serem sempre solícitos e atenciosos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
EC	Emenda Constitucional
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CC	Código Civil
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
p.	página
PEC	Projeto de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A AUTONOMIA PRIVADA X A INTERVENÇÃO ESTATAL	12
2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE E A AUTONOMIA PRIVADA	12
2.2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA	17
2.3 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO EXERCÍCIO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	21
3 O CASAMENTO	26
3.1 CONCEITO	31
3.2 NATUREZA JURÍDICA	37
3.2.1 Concepção Contratualista	37
3.2.2 Concepção Institucionalista	38
3.2.3 Concepção Mista ou Eclética	39
4 A DESCONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO	42
4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA DESCONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL	42
4.1.1 Decreto nº 181 de 1890	42
4.1.2 Código Civil de 1916	43
4.1.3 Emenda Constitucional nº 09/1977	45
4.1.4 Lei 6.515/77	46
4.1.5 Constituição Federal de 1988	48
4.2 SEPARAÇÃO	52
4.2.1 Separação Judicial	53
4.2.2 Separação de Fato	57
4.2.3 Separação de Corpos	59
4.3 DIVÓRCIO	60
4.3.1 Divórcio por Conversão ou Indireto	61
4.3.2 Divórcio Direto	63
4.4 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO PELA VIA ADMINISTRATIVA	63
5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010	66

5.1 O PROJETO DE EMENDA	68
5.2 A INTENÇÃO DO AUTOR DO PROJETO	71
5.3 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS PARA A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	74
5.3.1 Fim ou Manutenção da Separação Judicial	75
5.3.2 Perquirição da Culpa	86
5.3.3 Transcurso dos Prazos	91
5.4 DIREITO INTERTEMPORAL	93
6 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema-problema a análise da separação judicial, a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, visando discorrer sobre os aspectos que envolvem e circundam o mencionado instituto, especificamente, sobre a sua permanência ou não no ordenamento pátrio como opção a se garantir o direito de não permanecer casado.

A Emenda Constitucional nº 66/2010, proveniente da PEC 33/2007, vulgarmente, também conhecida como “PEC do Divórcio” ou como “PEC do Amor” (denominação esta dada por Sérgio Barradas Carneiro, deputado responsável pela iniciativa da PEC, conjuntamente com o Instituto Brasileiro de Direito de Família), implementou uma grande mudança no processo de separação e divórcio.

Por meio da EC. 66/2010, houve a alteração da redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, de modo a disciplinar que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Persiste em sede doutrinária e jurisprudencial a discussão se a nova redação do artigo 226, §6º da Carta Magna implica realmente no fim do instituto da separação judicial no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que alguns autores defendem a inexistência de sua aplicabilidade.

É notório que a separação, diverso do divórcio, impõe como consequência somente a extinção da sociedade conjugal, enquanto este, simultaneamente, extingue a sociedade conjugal e dissolve o vínculo matrimonial.

Ressalta-se que surtiu grande efeito a inserção da EC. nº 66/2010 no tocante a obrigação dos cônjuges que não mais queriam conviver e aguardar os prazos para o divórcio direto (mínimo dois anos consecutivos de separação de fato) ou conversão da separação em divórcio (mínimo um ano de separação judicial).

Isso porque, observa-se sem maiores discussões um consenso sobre o fato da supramencionada emenda trazer como consequência a inexistência de prazo para a separação de fato e a judicial, bem como deixou de ser condição necessária para se ter o divórcio.

Deste modo, observa-se que somente com a mencionada emenda o ordenamento

jurídico começou a se alterar a fim de atender, verdadeiramente, os anseios da sociedade e promover uma dissolução do casamento menos burocratizada.

Com isso, em que pese não mais constar explicitamente o instituto da separação no mencionado dispositivo, implica dizer que o mesmo foi extinto? Ou até mesmo, é possível afirmar que o referido instituto está fadado a extinção?

As discussões que pretendem ser aqui levantadas refletem de forma bastante direta na sociedade, principalmente sobre as maneiras pelas quais o cônjuge poderá fazer mão para a dissolução do seu casamento.

Portanto, objetivo geral deste trabalho de conclusão de curso consiste em demonstrar, através de pesquisa à doutrina, jurisprudência e legislação, os diferentes posicionamentos e divergências acerca da permanência ou extinção do instituto da separação judicial como possibilidade de dissolução do casamento após a inserção da Emenda Constitucional nº 66/2010 no ordenamento jurídico.

Em prol do desenvolvimento do tema problema a fim de se alcançar uma solução, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos, além da introdução e conclusão. Na primeira oportunidade, será desenvolvida uma análise sobre a intervenção do Estado na autonomia privada. Tendo em vista que o Estado possui grande campo de atuação, visando tutelar inúmeras formas de relações existentes, questiona-se se justifica-se ainda a interferência do Estado em regular a vontade do indivíduo em permanecer ou não casado.

No terceiro capítulo, será abordado o instituto do casamento. A partir disso, desenvolver-se-á uma breve passagem sobre o mesmo, de modo a compreender as suas possíveis conotações na sociedade atual, qual o seu objetivo, quais as suas consequências jurídicas, e a natureza jurídica a partir das diferentes concepções a respeito do casamento.

No quarto capítulo, a partir de uma perspectiva histórica, observar-se-á que o direito de não permanecer casado sofreu bastante mudança ao longo tempo. Inicialmente, é imperioso informar que, no Brasil, o casamento era indissolúvel. A máxima que regia era “o que Deus uniu, o homem não separa”, previsto na Bíblia no versículo de Marcos 10:9. Tal compreensão decorria em razão de que, no início da sociedade brasileira, não era concebida nenhuma forma de por fim ao casamento, pois a desagregação da família era a própria desagregação da estrutura na qual a

sociedade se organizava. Nessa órbita, tanto o Estado quanto a Igreja acabaram se apropriando desse instituto a fim de atender suas próprias intenções.

Ocorre que, é imprescindível entender que a sociedade se encontra em processo dinâmico de transformação. Portanto, aquilo que era tutelado com grande carga valorativa, hodiernamente, não merece tamanha proteção, em razão da própria mudança dos valores sociais.

Nessa esteira, em face de uma necessidade social, foi concebida a possibilidade de dissolução do casamento. Todavia, para tanto, o Estado impôs a ultrapassagem de determinados limites temporais que, em verdade, serviram de entrave ao fim do casamento. Portanto, em decorrência disso, irá se buscar a lógica por detrás desses requisitos.

No mesmo capítulo, ainda, buscar-se-á entender, por meio da tentativa conceitual, a diferenciação da separação e do divórcio, inclusive, com as diferentes formas que podem se apresentar no sistema.

Por fim, no quinto capítulo, trará à baila a demonstração das consequências práticas e doutrinárias provenientes da Emenda Constitucional nº 66/2010, analisando a aplicabilidade e a eficácia da permanência ou não do instituto da separação no Direito brasileiro após a mencionada emenda. Inclusive, com a análise da intenção do autor do Projeto de Lei que desencadeou na alteração do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Ademais, será abordado o que se chama de tempo de reflexão, bem como demonstrar-se-á a importância de se respeitar o direito subjetivo à separação.

Impende salientar que a sociedade está evoluindo, surgindo cada vez mais famílias que fujam dos estereótipos antigos, dentre eles podemos citar as famílias monoparentais, as famílias homoafetivas e as mais recentes famílias pluriparentais. Isso aconteceu por se deixar de entender a família como um núcleo econômico e reprodutivo e passar para uma compreensão socioafetiva da família. Assim, a sociedade visa se libertar dos entraves da intervenção estatal na relação particular, tecendo por diversas vezes críticas a esta intervenção.

Deste modo, com passagens pela história do direito de casar e não permanecer casado no Brasil, pela análise das consequências trazidas com a Emenda Constitucional nº 66/2010, bem como ao se fazer uma reflexão sobre o paradoxo

entre a intervenção estatal e a autonomia privada, este trabalho visa tentar solucionar a viabilidade e a problemática de se manter ou não a separação judicial no ordenamento pátrio.

2 AUTONOMIA PRIVADA X INTERVENÇÃO ESTATAL

Em prol de tutelar diferentes formas de relações existentes, o Estado atua em diversos campos, inclusive, no âmbito do Direito das Famílias. A fim de compreender o que justiça tal atitude, a partir de então, será empreendida análise sobre o limite da intervenção estatal na autonomia privada do indivíduo, de forma a proporcionar e atender da melhor forma as necessidades pessoais, consagrando, portanto, o princípio da autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE E A AUTONOMIA PRIVADA

É comum o sujeito ver-se diante da confusão, promovida por alguns doutrinadores, entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, apresentando-as como sinônimas, em que pese, na realidade, não serem.

Todavia, para ser possível proceder a diferenciação entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, primeiramente é imprescindível compreender o conceito de autonomia.

Autonomia é uma palavra de origem grega, proveniente dos vocábulos *autos* + *nomos*, que poderá assumir uma série de concepções a depender do seu contexto, quais sejam: independência; autodeterminação; o que é regido por leis próprias; poder de se autogovernar; direito de tomar decisões em plena liberdade.¹

O filósofo Kant conceitua a autonomia como “a capacidade apresentada pela vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante”².

Deste modo, observa-se que a autonomia é o poder que o sujeito tem de determinar seus atos, de realizar suas vontades, de alcançar seus objetivos, de impor obrigações e estatuir direitos, sem a influência, limite ou imposição de qualquer

¹ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 84.

² KANT, Immanuel *apud* CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 85.

sujeito ou qualquer fator externo a ele. De forma que, é possível afirmar que esse autogoverno ínsito ao sujeito decorre de sua plena liberdade e independência.

Nessa órbita, surge a vontade como fator determinante para que seja concretizada a autonomia. Isso porque, como a autonomia do sujeito decorre exatamente da inexistência de qualquer fator externo que o direcione na realização de determinado ato ou fato, o que mais justificaria a atuação desse indivíduo se não a sua própria vontade? Nesse contexto, em resposta a esse questionamento, observa-se que, como a vontade representa o querer do homem, nada mais poderia subsistir a vontade do sujeito para justificar a tomada de uma ação ou decisão eliminada de qualquer fator externo a ele, haja vista que, para a ocorrência de qualquer ação, faz-se mister algum fator extrínseco ou intrínseco ao sujeito.

Giuseppe Branca conceitua a autonomia da vontade como o “poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”³. Desta feita, qualquer sujeito com capacidade para exercer a sua vontade, poderá criar deveres e direitos, com base no seu livre interesse e liberdade, que poderão ser perfectibilizados em contratos geridos pela conveniência do seu mentor.

Completando tal conceito, de acordo com o que preceitua o princípio da autonomia da vontade, torna-se possível ao sujeito criar qualquer tipo de obrigação, desde que o objeto do acordo seja lícito. Assim sendo, estando diante de um objeto lícito, como a vontade pode dar ensejo ao surgimento de qualquer obrigação, se o sujeito agiu livremente no exercício deste direito, pode-se afirmar que trata-se de um contrato justo, haja vista que não vigora no mesmo qualquer vício da vontade. Caso contrário, configura-se a injustiça. Historicamente, a título de exemplo, apregoavam tal máxima o direito romano, bem como os ideais da revolução francesa.⁴

Acrescenta-se, ainda, que o apogeu da concepção da autonomia da vontade como valor supremo nas relações contratuais, ocorreu no período liberal do século XIX. Nesse momento, acreditava-se que a liberdade trazia ao ser humano o condão de ser o seu próprio mestre. Como consequência direta, ao contrário do que vigora hoje

³ BRANCA, Giuseppe *apud* ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n 27, jul./set. 2006, p. 280.

⁴ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n 27, jul./set. 2006, p. 280 *passim*.

em dia, na França, em razão da soberania da vontade, bastava ao sujeito querer, que conseguia transferir sua propriedade, sem a exigência de qualquer formalidade.⁵

Na Idade Moderna, em razão do crescimento da nova classe social emergente, qual seja a burguesia, houve o surgimento de um novo sistema econômico, denominado de capitalismo. Tal situação tornou-se possível em decorrência da luta da burguesia contra o regime absolutista, que primava pela concentração do poder político sob a égide da nobreza. Buscando alcançar voo, a burguesia utilizou dos ideais iluministas, defendidos por Adam Smith, John Locke, Montesquieu e Rousseau, em defesa à autonomia moral e econômica da sociedade civil.⁶

Desta maneira, como a sociedade encontrava-se em situação de opressão e de submissão à nobreza, os ideais defendidos pela burguesia chegaram em momento propício para a alteração do sistema político-econômico que imperava no período. Com isso, na defesa do lucro, da liberdade individual, ao direito de propriedade, a contenção do poder estatal e ao livre mercado, a burguesia conseguiu alcançar seus objetivos, implantando o Estado Liberal.

Este novo Estado preconizava que, de acordo com Leonardo Moreira Alves:⁷

Os direitos fundamentais, por sua vez, restringiam-se aos direitos civis individuais, que impediam a atuação do Estado no âmbito particular, em favor do livre agir do indivíduo, exercitável com maior destaque no mercado, no qual deveria sempre prevalecer a livre concorrência.

Com essa mudança, o panorama social pautado na autonomia da vontade começou a se alterar com o crescimento da burguesia, a qual visava sua ascensão socioeconômica e poder político, utilizando como meio de se alcançar tal objetivo a otimização da produção e a expansão do comércio.⁸

Ocorre que, como o contrato pressupunha tão somente a existência de, pelo menos, duas vontades contrapostas, e sendo que, cada uma dessas partes possuem vontades próprias, era possível chegar a uma situação conflitante. Isso porque, ao

⁵ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, v. 791, set. 2001, p. 31 *passim*.

⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13 *passim*.

⁷ *Ibidem*. p. 15.

⁸ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n 27, jul./set. 2006, p. 282.

mesmo passo que a livre vontade era ilimitada, em razão de que, da livre convicção do sujeito era possível criar direitos e obrigações, acabava por, em algum momento, ferir e servir de limite à, também, autonomia da vontade do outro. De forma a se questionar: quem irá se sobrepor ao outro, haja vista que ambos estão exercendo a sua livre autonomia da vontade?

Assim sendo, em prol da segurança e da diminuição significativa dos riscos dos negócios, os burgueses passaram a buscar a igualdade entre os sujeitos com base nas leis, que é, justamente, a chamada igualdade formal. Isto é, todos seriam iguais com obrigações e direitos perante a lei. Essa ideia foi pensada no afã de proporcionar maior segurança aos contratos celebrados. Nesse sentido, conferindo poder de regulação a uma norma que rege a todos os indivíduos da sociedade, acabava por diminuir os conflitos e a insegurança do eventual descumprimento dos contratos.

Nesse sentido, a conjunção dessa igualdade formal com a autonomia da vontade operacionalizou na adoção do princípio do *pacta sunt servanda*. Ou melhor, com base na ideia de que o indivíduo gozava de ampla e irrestrita liberdade, no período do Estado Liberal, sustentava-se que o negócio jurídico poderia ser pactuado da forma que melhor aprovesse ao indivíduo, haja vista que bastava a manifestação de vontade dos contratantes para celebrá-lo. Ao mesmo passo, caberia ao Estado exercer o mínimo de intervenção no mercado e respeitar a vontade dos sujeitos contratantes no negócio formado. Com isso, esse novo paradigma veio a consubstanciar no princípio do *pacta sunt servanda*, de modo que o contrato faz lei entre as partes. Deste modo, surge o entendimento da força obrigatória dos contratos, ainda mesmo que o contrato fosse injusto, prejudicial e excessivamente oneroso a uma das partes. Nesse derradeiro, observa-se que, pelo fato da burguesia utilizar como parâmetro a igualdade formal, ainda assim, mantinha-se as desigualdades sociais e os desequilíbrios econômicos, pois não havia qualquer proteção às partes hipossuficientes da relação jurídica.⁹

Isto é, o fato da burguesia se apoiar na igualdade meramente formal também mostrou-se, na prática, insuficiente. De forma que Maria Angélica Araújo nota que

⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17 *passim*.

“não levou muito tempo para que se atentasse para o fato de que a liberdade plena na declaração de vontades, em meio a uma sociedade desigual, importava um desequilíbrio contratual”¹⁰.

É como o que Luiz Carlos de Assis Junior explica ao afirmar que “a mera vontade como fundamento de validade das relações negociais gera indesejáveis situações de desigualdades sociais em um contexto de igualdade meramente formal”¹¹.

Nessa reflexão, no contexto em que, para a formação de um contrato, basta a plena liberdade de manifestação de vontade, é possível conceber a celebração de um contrato tendo por parte sujeitos em condições sociais distintas, de modo que essa liberdade poderá estar eivada de vícios, em razão da existência de uma parte em condição de inferioridade. Por derradeiro, implicará em um desequilíbrio contratual.

Nessa toada, diante da consciência de desigualdade que imperava na sociedade, tornou-se imprescindível a mudança da igualdade formal, para a igualdade material, de modo a considerar todos iguais perante a lei, na medida de sua desigualdade.

É neste momento que surge a necessidade de protecionismo do Estado, orientado pela busca da função social, justamente, para impedir que a vontade de uma das partes se anule em benefício da outra. Assim assevera Maria Angélica Araújo:¹²

Queda-se o Estado, na condição de legislador e juiz, exercendo uma vigilância sobre a liberdade, ora estatuidando normas imperativas e programáticas de política econômica, tendentes a tornar mais igualitário o liame da liberdade contratual entre as partes, ora retirando das avenças concretas a validade, amparado no entendimento de que fora abusivo ou anormal o exercício da liberdade contratual.

Corroborava no mesmo entendimento José de Abreu ao entender que, em que pese o contrato tinha como símbolo a demonstração da igualdade, em razão de que, para sua formação, dependia-se apenas da liberdade na manifestação de vontade em querer contratar, na realidade, o capitalismo, caracterizado pela busca desenfreada do lucro e da concorrência, fomentou a restauração da concepção dos institutos. Isso porque, na celebração desses negócios jurídicos, tornava-se nítido que o que

¹⁰ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n 27, jul./set. 2006, p. 282.

¹¹ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de Assis. A Inviabilidade da Manutenção da Separação Como Requisito para o Divórcio Frente à Autonomia Privada. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n.59, abr./mai. 2010. p. 25.

¹² ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n 27, jul./set. 2006, p. 285. *et seq.*

imperava era a desigualdade entre os contratantes. Portanto, para pôr fim a tais desigualdades, tornou-se imprescindível sobrepor o interesse social sobre o individual.¹³

Nesse contexto, surge o conceito de autonomia privada, definido por Érico de Pina Cabral como o “poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas diversas do ordenamento, mas garantidas por este, permite que o sujeito realize as mais diversas espécies de negócios jurídicos, entre os quais, os contratos”¹⁴.

Isto é, com essa nova concepção, o querer do sujeito não está mais pautado apenas na esfera psicológica e interna de sua consciência, mas sim com base em um querer respaldado em um regulamento vinculativo, inclusive, com os efeitos do negócio já pré-estabelecidos pela ordem jurídica, em razão da função do negócio.

Com isso, observa-se que, em verdade, a vontade é um elemento imprescindível tanto para a autonomia da vontade, quanto para a autonomia privada. A diferença encontra-se no fato de que, no primeiro, a vontade gera a autodeterminação do sujeito, ou seja, trata-se da vontade livre consiste no querer real ou psicológico do indivíduo em criar normas jurídicas. Enquanto que, a autonomia privada é o poder de auto-regulamentação, ou seja, poder conferido pelo ordenamento jurídico ao indivíduo, com limites e efeitos previamente estabelecidos.¹⁵

2.2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

A proteção à plena liberdade, defendida pelo Estado Liberal fez com que surgissem problemas sociais, pois houve a proliferação do capitalismo selvagem e do individualismo exacerbado. Nesse contexto, em busca de uma atuação estatal que efetivamente protegesse os menos favorecidos, iniciou-se uma série de processos revolucionários sociais em prol da instalação do sistema socialista. Nessa órbita, no século XX, iniciou-se no mundo a instalação do modelo do Estado Social de Direito

¹³ ABREU, José. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia privada. **Bahia Forense**. Salvador: Gerência de Imprensa e Publicações, v. 22, out./dez. 1983, p. 29.

¹⁴ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 110.

¹⁵ *Ibidem*, p. 110 *passim*.

ou do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Esse novo modelo de Estado visava uma atuação positiva estatal junto à várias questões sociais. Isto é, houve a ampliação das funções inerentes ao Estado, pois além do mesmo ter que respeitar os direitos fundamentais de primeira dimensão, caberia ao mesmo, simultaneamente, promover ações interventivas no campo social, objetivando a melhoria da qualidade de vida do cidadão. Todavia, para efeito de evitar possíveis confusões, é imprescindível salientar que o Estado Social em nenhum momento teve o propósito de abolir o sistema capitalista. Ao contrário, seu objetivo foi promover a transformação e o aperfeiçoamento do próprio sistema capitalista, através da reparação das distorções na atividade econômica provocadas pelo livre mercado, de maneira a preservá-lo.¹⁶

Ou seja, para a própria conservação e utilização do sistema capitalista, fez-se mister uma atuação mais positiva do Estado no cenário econômico, disciplinando e impondo limites aos mercado. Nessa esteira, impende informar que, com essa nova atuação estatal, visava-se diminuir e reequilibrar as diferenças sociais a fim de que, por via reflexa, fosse possível ao indivíduo em particular exercer a sua liberdade na forma que achasse mais conveniente. Portanto, a atuação do Estado Social era a defesa de direitos sociais, mas não pura e simplesmente em prol da própria coletividade, mas sim para que fosse possível garantir interesses individuais de primeira e segunda geração.

Como consequência direta dessa nova atuação estatal, surge o fenômeno chamado dirigismo contratual, que corresponde a ideia de que o contrato não mais estaria vinculado apenas à vontade dos contratantes, contudo, a partir de então, estaria o mesmo sob a égide dos comandos e objetivos estatais. Conclui-se que corresponde a uma proteção estatal em prol da defesa dos hipossuficientes e, ao mesmo tempo, trata-se de uma mitigação ao princípio do consensualismo.¹⁷

Corroborando no mesmo sentido Daniel Sarmiento ao afirmar que esta atuação do Poder Público em nada dizia respeito à proteção do homem contra o Estado, mas sim na defesa da sua exploração contra o próprio homem. Portanto, correspondendo a

¹⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59 *passim*.

¹⁷ *Ibidem*. p. 63.

atuação estatal em prol da redução das desigualdades sociais produzidas pelo próprio homem.¹⁸

Ocorre que, a partir da década de 70 do século XX, iniciou-se a crise do Estado Social de Direito, em razão de que as demandas sociais tornaram-se mais complexas, de forma, que o próprio Estado não conseguisse atender a essas novas necessidades.¹⁹

A concepção de Estado de Direito alemã imperava a ideia de que todo direito era exclusivamente estatal. Isto é, o direito era criado com base na vontade do Estado, de forma que nenhuma regra ou valor conseguiria impor o direito. Isso decorreu, exatamente, do preceito difundido de que o interesse público era hierarquicamente superior aos interesses individuais. Desta forma, para assegurar o monopólio do Estado em dizer o direito e ditar o que deveria ser feito, surge o Direito Administrativo como forma de regular o próprio Estado. Com isso, era nítida a observância de uma dicotomia e hierarquia entre o Estado, administrador, e o cidadão, administrado.²⁰

Com o passar do tempo, a divisão entre o interesse puramente público e o interesse totalmente privado passou a ser feita com uma linha tênue. Isso porque, em decorrência da evolução do Estado Liberal para o Estado cada vez mais protecionista, este passou a servir como garantia aos direitos fundamentais do administrado. Como consequência direta, hoje em dia, não há mais que defender a abstração pura e simples de que sempre deve prevalecer o interesse público sobre o particular. É necessário fazer um sopesamento, na prática, de qual interesse ou direito prevalecerá sobre o outro.²¹

Destarte, em que pese existir regras constitucionais pressupondo a prevalência do interesse público sobre o privado, diante do caso concreto, faz-se mister realizar um juízo de ponderação. Tal compreensão decorre da mudança do panorama estatal

¹⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 63.

¹⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 02.

²¹ *Ibidem*, p. 03 *passim*.

atual, que concebe, para o melhor crescimento do Estado, a elaboração de normas em consonância com os interesses particulares constitucionalmente tutelados. Com isso, a compreensão estatal atual é a de que, para o crescimento e a tutela dos interesses públicos, pressupõe também o respeito às garantias fundamentais individuais. De modo que, hodiernamente, resta impossível estabelecer com precisão a definição rígida de interesse público, haja vista que passou a ser interesse do Estado, inclusive, a tutela de garantias individuais.

Não obstante, como delineado no tópico anterior, atualmente, não há mais que se falar em autonomia da vontade pura e simplesmente como fato gerador da criação de relações privadas, em contrapartida, passa a assumir tal condição a autonomia privada, de forma a obedecer o ordenamento jurídico vigente e, ao mesmo tempo, conferir ao indivíduo a possibilidade de se autogovernar.

António Menezes Cordeiro assevera que no Direito das Famílias a autonomia privada do indivíduo mostra-se livre da interferência estatal apenas no momento de sua celebração, enquanto que os seus respectivos efeitos sejam somente aqueles previamente estabelecidos em lei. Todavia, acrescenta o autor que, quando o legislador for impor limites à autonomia privada nesta seara, é imprescindível que o mesmo se questione se há uma alternativa a fim de que possa ser possível assegurar a liberdade do indivíduo, afinal a regra no Direito Privado é a autonomia privada em detrimento a sua limitação.²²

Assim sendo, a autonomia privada opera efeitos no ramo do direito privado, inclusive, no direito de família. Portanto, onde há interesse público ou interesses superiores à autonomia privada, não há que se falar nesta. Ademais, a autonomia privada é o poder conferido ao sujeito para se auto regulamentar nos termos legais.²³

Érico de Pina Cabral concebe como limite à autonomia privada a função social da autonomia privada. Inicialmente, a função social quando surgiu estava intrinsecamente ligada à propriedade e, posteriormente, se estendeu aos contratos. A função social decorreu da situação de desigualdade que imperava na sociedade,

²² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português, t.1: parte geral: introdução, doutrina geral e negócio jurídico**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 395.

²³ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 118.

bem como nas relações e negócios firmados. Com isso, passou a ser a função social como meio de promoção da igualdade material.²⁴

É possível notar, ainda, como exemplos de limites à autonomia privada o intervencionismo, os bons costumes, a função social do contrato, a boa-fé, os preceitos de ordem pública, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito, dentre tantos outros quantos representem uma forma de colocar em primazia o social em detrimento ao individual. Ao mesmo passo, tal sobreposição de interesses não implica em considerar a renúncia dos interesses e direitos individuais, ao contrário, corresponde a um sopesamento de valores, em busca de minorar as injustiças sociais.²⁵

Com isso, conclui o autor que o limite à autonomia privada serve como “instrumento de superação do individualismo egoístico e de correção dos excessos da autonomia da vontade”²⁶.

Assim sendo, concebe-se como limite à autonomia da vontade qualquer interesse que sirva de contraponto a um interesse coletivo que tenha sido colocado de lado em face de um direito individual. Deste modo, para que seja possível o melhor convívio em sociedade, de forma que todos tenham seus direitos respeitados e não sejam renegados, é demasiadamente importante promover a diminuição das diferenças sociais. Com isso, não se está aqui tentando promover que o sujeito realize a renúncia de seus direitos em prol do direito do outro, mas sim uma ponderação entre interesses individuais e coletivos a fim de que se tutele aquele que confira maior igualdade entre os indivíduos envolvidos.

2.3 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO EXERCÍCIO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A dignidade da pessoa humana é um princípio do Direito Privado, que eleva a condição da vida humana como máxima de proteção do direito constitucional. Como desiderato, os atos da autonomia privada, a fim de que sejam considerados válidos

²⁴ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 119 *passim*.

²⁵ *Ibidem*, p. 119.

²⁶ *Ibidem*, p. 120.

e reconhecidos pelo ordenamento jurídico, hão de estar em conformidade com o princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana, consolidado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Em decorrência de tal garantia, o sujeito exerce seus atos “não como ator, mas como autor e sujeito de direitos”²⁷.

Não é possível afirmar que trata-se de uma coincidência a disposição do princípio da dignidade da pessoa humana justamente no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, pois como simbolismo da superação do autoritarismo e da restauração do Estado Democrático de Direito, o mesmo diz respeito a consagração do valor nuclear da ordem jurídica instaurada.²⁸

Como pressuposto do Estado Democrático de Direito, o respeito à dignidade da pessoa humana representa a defesa irrestrita ao ser humano no afã de se alcançar a democracia. Todavia, observa-se que, em cada sistema constitucional, a visão do ser humano e da sua respectiva relação com a sociedade varia com o tempo e o lugar, de modo a afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é estável, mas sim dinâmico, sofrendo alterações a medida que a sociedade passa por mudanças. Ao mesmo passo, é de se considerar que, o princípio da dignidade da pessoa humana, com o passar dos tempos, caracteriza-se pela incorporação de novos direitos ao ser humano. Ou seja, ele está em constante crescimento. Ademais, este princípio, como trata-se de uma categoria axiológica, varia de acordo com a sociedade e com o marco histórico abordado.²⁹

Nesse diapasão, evidencia-se que a técnica de ponderação de interesses servirá como forma de solucionar possíveis conflitos existentes entre princípios constitucionais, bem como forma de sobrepor valores humanísticos, sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento à ordem constitucional e interesses estatais menos relevantes em determinada condição. (Daniel Sarmiento – pg. 57)

Ademais, Daniel Sarmiento delinea que o mencionado princípio poderá assumir diferentes funções, quais sejam: a) o fato de servir de legitimação da própria

²⁷ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 123.

²⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 57 *passim*.

²⁹ *Ibidem*, p. 60 *passim*.

Constituição, pois o poder constituinte é conferido pelo próprio homem; b) limite à atuação do Estado, pois o mesmo deverá abster-se de atuar contra a dignidade humana; c) parâmetro e caminho utilizado pelo Estado para a garantia do mínimo existencial do indivíduo; d) atributo inalienável da pessoa humana nas relações privadas de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial; e) em razão da sua amplitude, configura-se como critério de reconhecimento de direitos fundamentais atípicos; e f) guia substantivo para a realização da ponderação entre interesses constitucionais.³⁰

Portanto, por meio da ponderação de interesses, será possível, diante de um conflito no caso concreto, verificar qual interesse mais relevante deverá ser tutelado em detrimento de outro. Tais conflitos poderão ocorrer entre princípios constitucionais ou entre direitos humanísticos relevantes, baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, que deverão se sobrepor aos direitos e interesses constitucionais.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald defendem o direito de família mínimo, isso porque o Direito das Famílias sofre influências tanto do direito público quanto do direito privado. Todavia, com a alteração da compreensão depositada na família, deixando a mesma de ser uma unidade econômica e passando a ser entendida como grupo social fundado em laços de afetividade para a promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros, cada dia mais, pode-se afirmar que o Direito das Famílias é moldado por relações jurídicas privadas, reguladas pela autonomia privada dos indivíduos. Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana servirá de limite à interferência do Estado nas relações familiares, objetivando-se, assim, que a autonomia privada dos entes familiares estejam em detrimento ao intervencionismo do Poder Público e que a mesma seja exercida livre e espontaneamente.³¹

Acrescenta-se, ainda, que a intervenção do poder constituinte na família só é justificável em momentos em que esta encontra-se fragilizada. Portanto, somente é legítima atuação do legislador para resguardar e salvar a família.³²

Ocorre que, no panorama atual, em que família que merece proteção estatal não é somente aquela proveniente do casamento, afirma-se que não cabe atuação estatal

³⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 70 *passim*.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v.6. p. 157.

³² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português, t.1: parte geral: introdução, doutrina geral e negócio jurídico**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 390.

para preservar a manutenção do casamento a qualquer custo. O Estado deve estar atento que, diante de um caso concreto, é mais saudável resguardar a formação de uma nova família do que obrigar a manutenção de um casamento já fadado.

Como o afeto passa a ser a base do Direito das Famílias, de modo a ser necessário o respeito a cada um dos membros da família, haja vista que, trata-se do local onde serão desenvolvidas as características de cada ente que a compõe, bem como trata-se do refúgio em prol da defesa das garantias fundamentais do cidadão, é imprescindível a preservação da dignidade de cada um de seus membros. Por conta disso, defendem os autores que as relações familiares são reguladas pela autonomia privada, cabendo aos próprios integrantes dos núcleos familiares determinarem seus projetos de vida familiar, em prol da harmonia e felicidade dos entes que a integram, ao mesmo passo que, confere-se a possibilidade de interferência do Estado nas relações familiares somente para conferir e promover as garantias e os direitos dos integrantes no núcleo família, em defesa de sua dignidade.³³

Nessa mesma linha, corrobora Leonardo Barreto Moreira Alves ao afirmar que:³⁴

Se o afeto é o elemento estruturante da família hodierna, somente pode-se reconhecer a existência desta entidade quando tal elemento estiver presente, daí por que não é incoerente falar em liberdade de formação (se presente o afeto) e liberdade de extinção (se ausente o afeto) da família.

Isto é, com a nova concepção de vida, passando a ser a felicidade o objetivo a ser conquistado por todos os indivíduos integrantes da família, a autonomia privada se engrandeceu, pondo em cheque a invasão do Estado na esfera privada.³⁵

Cabe ao Estado promover a liberdade afetiva nas relações familiares, sob pena de sufocá-las e prejudicá-las. Isso porque a família hoje, em razão de dizer respeito a relações afetivas, configura-se mais como entidade de fato do que uma instituição jurídica. Por conta disso, é primordial a defesa do princípio da intervenção mínima no âmbito do direito de família, a fim de que os sujeitos, por meio do afeto, alcancem

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v.6. p. 48 *passim*.

³⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 138.

³⁵ FIGUEIREDO, Luciano Lima; MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. A autonomia privada nas relações familiares: o cerceamento do direito ao namoro. **Teses da Faculdade Baiana de Direito v.3**. [S.l.]: [S.n.], 2011. p. 244.

as suas satisfações pessoais e acabem por proporcionar a felicidade também do outro sujeito com quem convivem. Justamente como consequência direta, a interferência do Estado apenas deverá ocorrer em situações excepcionais.³⁶

No exercício do direito de dissolução do casamento, tal compreensão deverá ser a mesma, pois como bem assevera o artigo 1.513 do Código Civil de 2002, “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Ou seja, trata-se o mencionado dispositivo como impedimento a atuação estatal na regulação tanto durante a relação familiar, bem como quando ocorrer o fim da mesma. Não há qualquer interesse para o Estado manter relações totalmente ceifadas de afeto e marcadas pelo ódio dos envolvidos. Isto é, “em momento tão delicado e difícil na vida das pessoas (...) atenta contra a dignidade estabelecer exigências indevidas ou limitações de prazos, em vã tentativa de manter um vínculo que já está esfacelado”³⁷.

³⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 141 *passim*.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v.6. p. 140.

3 O CASAMENTO

O seio familiar é o primeiro ambiente do ser humano que trará a possibilidade de desenvolvimento de suas potencialidades e caráter a fim de que, posteriormente, seja possível o convívio junto à sociedade. Nesse sentido, preceitua Cristiano Chaves de Farias ao afirmar que “dúvida inexiste de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e fenômeno social”.³⁸

Assim, o âmbito familiar é o lugar no qual será possível integrar sentimentos, esperanças, valores e onde irão suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a sua morte. Segundo notam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:³⁹

[...]é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela sua suscetibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.

Entretanto, a ideia da família não nasceu e se desenvolveu sempre nessa ótica. Essa é uma visão moderna e contemporânea. Família vem da língua dos *oscos*, povo do norte da península italiana, que em sua etimologia, significa servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão. Assim, observamos que na sua origem a mesma apresenta uma conotação patrimonial, devido ao que de fato o que mais importava na família era o patrimônio, o qual tinha como titular o *pater familias*. Quando este falecia, desmembrava-se a família. Isso acontecia tendo em vista que as pessoas se uniam visando a formação e ampliação dos seus patrimônios, para a posterior transmissão aos seus herdeiros, sem se importar com a afetividade entre os envolvidos. Decorre daí a impossibilidade, nesse período, da dissolução do casamento, pois a desagregação da família é a própria desagregação da estrutura na qual a sociedade se organizava.⁴⁰

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 01.

³⁹ *Idem*. **Direito das Famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.02.

⁴⁰ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5, p.44 *passim*.

Nota-se assim, que a instituição família tinha superioridade sobre os membros que a compunham. Era mais importante a manutenção da família desestabilizada e fracassada do que a preservação do respeito e da felicidade na relação entre os sujeitos nela inseridos. Atrelado a isso, a mulher estava em patamar de inferioridade ao homem, que representava a autoridade familiar. Como assim afirma Leila Donizetti:⁴¹

Nessa época, a mulher e os filhos ocupavam uma posição de inferioridade na esfera familiar, uma vez que deviam respeito e obediência ao marido e chefe da sociedade conjugal. Como desdobramento dessa concepção unívoca da família, o casamento tinha o condão de moralizar as relações sexuais entre homem e mulher, uma vez que só por meio dessas é que era possível conceber filhos legítimos. A igreja corroborando essa concepção, enxergava o casamento como instituição consagrada destinada à procriação.

Segundo preceitua Camilo de Lelis Colani Barbosa, a partir da criação do Estado, o casamento seria condição necessária para a formação da família. Todavia, a família concebida, neste momento, estava arraigada a ideia de patrimônio, de forma a servir como pilar de sustentação do próprio Estado. Desta feita, para a formação das famílias, o casamento tornava-se precípua. Nesse sentido, não poderíamos considerar como família, naquele período, os conceitos atuais de família monoparental, família homoafetiva, entre outros. Assim, foi o intervencionismo estatal na esfera particular do indivíduo que instituiu o casamento.⁴²

No entanto, não se pode olvidar que, em cada sociedade, a família assume diferentes funções através da influência sofrida pelo tempo e lugar. Pode-se assim dizer que, a família está em constante processo de evolução.

Nessa órbita, com as novas necessidades da coletividade, devido ao aumento da demanda de mão de obra, o alto custo de vida, a formação de grandes centros urbanos, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um lar, a família avançou adaptando à nossa realidade.

⁴¹ DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.09.

⁴² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 09.

Assim, a família deixa de ser núcleo econômico e reprodutivo imprescindível para o progresso da sociedade e torna-se o ambiente propício para o desenvolvimento da felicidade de seus integrantes. Como assim expressa Rosana Fachin:⁴³

A família já não é mais a mesma, reunindo marido e mulher. Cada um deixa de ter um papel específico dentro do grupo, e o número de filhos se reduz. Paralelamente, vão ganhando molduras de valorização os seus membros, surgindo um novo tipo de família, a “nuclear”.

Avança-se, deste modo, para uma compreensão socioafetiva, ou seja, a família, núcleo transmissor de costumes e experiências que passam de geração em geração, deixa de ter um aspecto econômico e patrimonial para ter uma compreensão igualitária, a qual visa promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, pautada fundamentalmente no afeto.

Como consequência desse avanço, observa-se o surgimento de novos arranjos familiares, como a união homoafetiva, a família monoparental e a união estável. Em suas sábias palavras, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, concluem que “Talvez, sim, fosse o início do fim, não da família, em si, mas da concepção uniforme e conservadora de um único formato de família”.⁴⁴

Desta forma, o ganho patrimonial, outrora imprescindível para a formação da família, abre espaço para o surgimento de novas modalidades familiares, que buscam acima de tudo a felicidade de todos os seus integrantes. Além disso, o amor e o afeto passam a ser a peça chave indispensável para mantê-los unidos.

Ao mesmo passo que é importante se preocupar com a formação da família, com a sua origem, as suas espécies e os seus objetivos, inclusive pela própria formação do vínculo matrimonial, deve-se atentar ao seu possível insucesso.

Enunciam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que, de fato, os nubentes, quando resolvem se unir matrimonialmente para a formação da família, não ficam pensando no fracasso dessa união para uma posterior dissolução. Ao mesmo passo, esse é um mal que qualquer casal está suscetível. Nesse sentido, caso isso venha a acontecer, o respeito a liberdade de casar ou de não permanecer casado, bem como as garantias individuais de cada um se sobrepõem com relação

⁴³ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família no Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.132.

⁴⁴ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5, p. 51.

a manutenção de um casamento que irá pôr em sacrifício a felicidade dos cônjuges.⁴⁵

Assim, é imperioso realizar uma análise do instituto do casamento para, posteriormente, compreender as hipóteses de rompimento do matrimônio no Direito brasileiro.

Historicamente, somente se reconhecia a formação da família a partir da celebração do casamento. Tal situação perdurou até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Deste modo, os filhos oriundos de relações extramatrimoniais ou a simples união por livre espontânea vontade entre sujeitos solteiros não eram suficientes para afirmar a existência de uma família.⁴⁶

A liberdade dos cônjuges em se casar não era clara. Apesar disso, era a lei quem ditava as regras com relação a sua regulamentação, a forma de sua celebração, aos deveres pessoais e patrimoniais. Isso demonstra a prevalência do interesse de ordem pública que envolvia a formação do vínculo matrimonial sobre os próprios interesses dos nubentes. Essa realidade imperava tendo em vista que o Estado possuía íntima relação com a Igreja, na medida em que tornava o casamento sacralizado.⁴⁷

No tempo do Brasil primórdio, a grande maioria dos brasileiros era adepta à religião católica, o que fez com que por grande período só existisse o casamento religioso, em especial regido pela Igreja católica. Isso trazia, por consequência, a impossibilidade de acesso ao matrimônio para os não católicos. Entretanto, o período de imigração brasileira introduziu novas crenças e costumes, que trouxe por consequência a incompatibilidade com a realidade brasileira do período. Nesse sentido, a imigração proporcionou a inevitável imposição de outras formas de casamento no afã de atingir interesses distintos. Foi assim que surgiu o decreto nº 1.144 de 11 de setembro de 1861 para regular tal situação.⁴⁸

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, v.6, p.411 *passim*.

⁴⁶ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. A Obrigação de Permanecer Casado e o Princípio da Liberdade: uma Análise a Partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. v. 12, n. 61, ago/set 2010. p. 111 *passim*.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 148.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

Alfredo d'Escragnolle Taunay defendeu a implantação do casamento civil no período do Brasil Império, ao demonstrar, como movimento de adiantamento cultural e social, a inserção do casamento civil no mundo. Isto é, o casamento civil corresponderia uma conquista da civilização e uma necessidade nas organizações sociais. Nessa perspectiva, o mesmo relata o avanço sofrido por diversos países da Europa e da América como todo, ao instituir o casamento civil. Dentre os países relatados, encontram-se aqueles que sofreram demasiada influência religiosa, o que, mesmo assim, não impediu a inserção do supracitado instituto. Afirma ainda o autor que a referida medida consistiria em “acto da soberania de cada Estado, o qual, contudo, deve respeitar a independencia das religiões.”⁴⁹ Com isso, a depender do avanço intelectual e moral do povo, o casamento deveria ser obrigatório ou facultativo, bem como poderia ou não ser precedido pela cerimônia religiosa.

O Brasil, entretanto, somente veio conceber o casamento civil, que é aquele, nas palavras de Maria Berenice Dias, “realizado perante o oficial do Cartório do Registro Civil”⁵⁰, após a Proclamação da República em 1889 e com a separação entre Estado e a Igreja. Todavia, tal modificação não trouxe como consequência a retirada da influência da Igreja na realização do matrimônio, haja vista que perdurou por longos anos o principio da indissolubilidade do casamento, tal como enuncia Luiz Carlos de Assis Júnior:

Como algo criado por Deus, o casamento seria sagrado e sua dissolução jamais poderia ocorrer pelas mãos do homem. Por isso mesmo, o casamento foi usualmente um ato religioso, apenas se incorporando aos atos civis após a ascensão do Estado com relação à Igreja.⁵¹

Desde então, temos, entre nós, o casamento civil. Contudo, o art. 226, §2º da CF/88 equipara o casamento religioso ao civil. Portanto, até hoje, o casamento é um instituto que sofre grande influência religiosa, o que, inclusive, traz consequência no direito de não permanecer.

Diante disso, se faz necessário adentrarmos na compreensão atual do casamento, através de seu conceito e natureza jurídica.

⁴⁹ TAUNAY, Alfredo d'Escragnolle. **Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886. p. 91.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 151.

⁵¹ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de Assis. A Inviabilidade da Manutenção da Separação Como Requisito para o Divórcio Frente à Autonomia Privada. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n.59, abr/maio 2010. p. 18.

3.1 CONCEITO

O Código Civil brasileiro de 2002 optou por não definir o casamento. O mesmo apenas se limitou a estabelecer os requisitos para a sua celebração, os direitos e deveres dos cônjuges nascidos desta nova relação, os regimes de bens que poderão reger a união e as questões patrimoniais que surgirão a partir da dissolução deste vínculo, como assim preceitua Maria Berenice Dias⁵². Em contrapartida, inúmeros esforços foram feitos no intuito de conceituar tal instituto.

Camilo Colani, em sua obra, fez um estudo aprofundado do casamento⁵³. No afã de conceituar, o autor caminha nas diferentes perspectivas de natureza das relações que formam o casamento, haja vista que o mesmo apresenta diversos aspectos. Segundo Colani, o casamento pode ser compreendido dentro da perspectiva enquanto entidade biológica-reprodutiva; enquanto entidade social e enquanto entidade jurídica. Neste momento, então, busca-se compreender as diferentes perspectivas assumidas pelo casamento.

O casamento, enquanto uma entidade biológica-reprodutiva, decorre da união de pessoas de sexos distintos, com escopo na transmissão dos caracteres genéticos para formação de descendentes, como assim o autor expressa: “tem-se casamento, estritamente biológico quando dois ou mais seres tiverem convivência sexual apenas com finalidade reprodutiva, através da fusão de seus gametas (reprodução sexuada).”⁵⁴

Embora, hoje, ainda seja possível a união de casais com este intuito, uma vez que quando deparam com a impossibilidade de procriação, gera-se a frustração e até a posterior extinção do vínculo, não é notório afirmar que esta perspectiva seja a ideia principal que perpassa pela concepção do casamento. Tal entendimento é tido levando-se em consideração que não é necessário casar para se ter filhos. Além

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 147.

⁵³ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 17 *passim*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 31.

disso, tal como fundamenta Carlos Roberto Gonçalves⁵⁵, a condição de impossibilidade de ter filhos, seja por conta da idade avançada, seja por conta de alguma doença, não aniquila a possibilidade dessas pessoas se casarem.

Passando-se para a perspectiva do casamento como entidade social, compreende-se o casamento como a união entre pessoas que levará o reconhecimento, tanto pelo Estado quanto pela sociedade que o cerca, do estado de casados. Como consequência do casamento terá a formação de famílias, que é uma das formas de organização social.⁵⁶

Na perspectiva atual, observa-se que a formação da família não é decorrente apenas da celebração do casamento, tal como elucida-se a partir do reconhecimento da família poliafetiva, da família proveniente da união estável, da família monoparental, dentre outras. Como a família é a base na qual a sociedade está fundamentada; e como a família é uma das formas de organização social, conclui-se que o casamento funciona como uma entidade social, no sentido de que a mesma é uma das formas de constituição da família.

Por fim, Camilo Colani traz a compreensão do casamento como relação jurídica. Nesta seara, a pessoa será considerada casada em decorrência do reconhecimento do Estado da referida situação jurídica. Por efeito, as pessoas que se encontram em tal situação deverão se atentar a direito e obrigações oriundos desta relação.

Ao finalizar todos os aspectos que estão relacionados ao casamento, o supra citado autor afirma que as três perspectivas trazidas não se referem a concepções distintas do casamento trazidas em cada momento histórico, mas sim que todas as acepções poderão ser atuais e se complementam, ou seja, elas não se excluem e podem se apresentar simultaneamente. Nessa ambientação, ele conclui que:⁵⁷

casamento é a situação social de duas ou mais pessoas a quem o Estado atribui a qualidade de casados, outorgando-lhes prerrogativas e obrigações próprias em suas relações externas, bem como prerrogativas e obrigações próprias de cada um de seus membros em suas relações internas.

No conceito trazido por Camilo Colani, não há referência acerca da necessidade dos nubentes serem de sexos distintos para poderem casar. Entretanto, como seu livro é

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6. p. 39.

⁵⁶ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Op. Cit.*, 2006, p. 31 *et seq.*

⁵⁷ *Ibidem*, p. 36.

datado de 2006, parece que dúvida com relação ao assunto não era muito difundida no período, uma vez que o autor trouxe alguns exemplos de conceito de casamento difundidos pela doutrina e, em todos, havia a previsão expressa da união entre o homem e a mulher.⁵⁸

Já Caio Mário da Silva Pereira, em estudo ao supracitado instituto, afirma que “reveste-se o casamento de determinados caracteres. Alguns universalmente consagrados. Outros, peculiares a dados sistemas jurídicos. Destacamos a solenidade do ato, a diversidade de sexos, a dissolubilidade”.⁵⁹ A solenidade do ato se materializa, inicialmente, pela publicação dos editais; depois pela celebração com a presença de um representante do Estado, que tomará dos nubentes a livre e espontânea vontade de consentimento com o casamento; e gerando por fim, a declaração do casamento. No que tange a dissolubilidade, a mesma foi consagrada com a Emenda Constitucional nº 09/1977, que aboliu o Princípio da indissolubilidade do matrimônio. Agora, a respeito da diversidade de sexos, em que somente seria concebível o casamento entre o homem e a mulher, a questão gera dúvidas.

Embora seja indiscutível, atualmente, conceber como caracteres básicos do casamento a solenidade e a sua dissolubilidade, citados por Caio Mário da Silva Pereira, no que tange a diversidade de sexos, não há mais que se falar como elemento para existência do casamento. Pelo menos, esta seria a compreensão mais adequada a se retirar a partir da recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça que reconheceu expressamente a possibilidade de casamento entre sujeitos do mesmo sexo, se não vejamos como exemplo:

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um

⁵⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 49 *passim*.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010. p. 74.

propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.⁶⁰

Tal avanço surgiu da necessidade histórica de tutelar uniões que estavam à margem da proteção do Estado. Em outras palavras, a mudança de paradigma é reflexo do aumento das uniões extraconjugais que, na maioria das vezes, são formadas por pessoas que tiveram seu casamento desfeito e que, normalmente, passaram por experiências traumáticas. Desse modo, seria grande contrassenso manter essas uniões sem qualquer proteção do Estado.

Eis que “o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como um fato social”.⁶¹ Conforme observa-se pela redação do art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Em estudo ao instituto da união estável, Carlos Roberto Gonçalves afirma que, embora o referido instituto seja marcado pela característica da informalidade, o mesmo não nasce no mesmo instante em que os sujeitos passam a viver juntos. Para a sua caracterização, hão de ser preenchidos alguns requisitos ou pressupostos, quais sejam a: i) convivência em situação similar à de pessoas casadas; ii) ânimo ou objetivo de constituir família; iii) diversidade de sexos; iv) a união tem que ser pública, de acordo com a exigência do art. 1723 do Código Civil de 2002, ou seja, não pode a união permanecer no sigilo, em segredo e desconhecida no meio social; v) embora a legislação não tenha estabelecido prazo algum para a caracterização, se faz necessária a união possuir aspecto de estabilidade e com duração prolongada; vi) além de também ser uma união

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.183.378 – Proc. RS (2010/0036663-8). Recorrente: K. R. O. e L. P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 25 out. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012>. Acesso em: 01 jun. 2013.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010. p. 578.

contínua, sem interrupções; vii) e, por fim, exige-se a inexistência de impedimentos matrimoniais.⁶²

Ocorre que, os casais homoafetivos que viviam juntos recorriam ao Poder Judiciário buscado uma solução para o reconhecimento de seus direitos, em razão de que a falta de legislação específica tratando das relações homoafetivas não poderia servir como escudo para inaplicar direitos a estas relações. Então, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, atribuiu às referidas uniões em questão as mesmas regras aplicadas à união estável dos casais heterossexuais.

Deste modo, foi atribuído aos relacionamentos homoafetivos a ótica de união estável, além de elevar a união estável homoafetiva à máxima de entidade familiar e, por conseguinte, ter tutela do Estado. Assim afirma Carlos Roberto Gonçalves que:⁶³

“proclamou-se com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união estável homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal”.

Então, pode-se assim dizer que a consequência direta do julgamento das referidas ADIn e ADPF é que a diversidade de sexos não é mais considerada pressuposto para a caracterização da união estável.

Ademais, essa mudança ensejou reflexos na concepção do casamento. Isto é, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em conceber a união homoafetiva como entidade familiar fez com que fossem prolatadas decisões de maneira expressa em considerar existente o casamento homoafetivo, como foi citado a título de exemplo a REsp 1.183.378-RS. Atentando-se que este não é apenas o único precedente sobre a matéria.

Arelado a isso, recentemente, houve a publicação da Resolução nº 175 do CNJ que veda a atuação dos cartórios de forma a se recusar em celebrar casamento ou converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de sanção em caso de descumprimento. Portanto, tal decisão decorre também da

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6. p. 615 *passim*.

⁶³ *Ibidem*, p. 621.

atuação do Supremo Tribunal Federal em 2011 ao atribuir legalidade à união estável homoafetiva no Brasil.⁶⁴

Essa passagem rápida, debruçando-se sobre o instituto da união estável é importante para saber se a diversidade de sexos continua ou não sendo requisito de existência do casamento.

De forma acertada, Caio Mário afirma que, a partir da perspectiva de evolução do casamento, “sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas”⁶⁵. Desta maneira, não é possível ater-se a uma noção conceitual imutável do casamento, mas sim àquela que diz respeito à situação e concepção da sociedade do momento.

Apesar de decisão tomada recentemente, mudando os parâmetros de concepção do casamento, Maria Helena Diniz, em um entendimento ainda clássico, talvez até ultrapassado, não vislumbra a possibilidade de união entre duas pessoas do mesmo sexo a fim de contrair matrimônio. Assim, observa-se pelo conceito trazido pela autora ao dizer que “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”⁶⁶

Em contrapartida, para determinar o instituto do casamento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald enumeram alguns elementos que não devem ser atrelados ao casamento, os quais são: a necessidade de procriação; a indissolubilidade do casamento (concepção já superada no casamento) e a ligação direta do casamento às referências religiosas (em virtude do estado laico). Por fim, conceituam:

Casamento é uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial.⁶⁷

⁶⁴ CNJ. **Navegue pelas fotos e entenda o que mudou com a regulamentação do casamento homoafetivo.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24911-navegue-pelas-fotos-e-entenda-o-que-mudou-com-a-regulamentacao-do-casamento-homoafetivo>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010. p. 64.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 51.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v.6. p. 190.

Desta maneira, ambos autores defendem a possível união, através do casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, em virtude do avanço da sociedade e sendo o casamento instituto que não se encontra estanque, o mesmo é passível de mudanças. De forma que, hoje, é admissível conceber o casamento homoafetivo.

Nessa sintonia, é possível concluir que entende-se o casamento como uma das maneiras de formação da família, através da união livre entre duas pessoas movidas intimamente pelo afeto e pela comunhão de vidas, gerando assim, o estado matrimonial, o qual trará, por consequência, a formação da sociedade conjugal, a celebração do vínculo conjugal e o vínculo de parentesco por afinidade, além da alteração do estado civil dos cônjuges. É importante ainda informar que, tal como existe para formação deste vínculo uma liberdade de escolha para os nubentes, seria contraditório impor algum tipo de impedimento para a sua possível desconstituição.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Passada a tentativa conceitual do casamento, outra questão a ser avançada diz respeito a natureza jurídica do casamento. A compreensão deste assunto é uma discussão histórica e de grande polêmica até hoje no Direito.

Tal discussão decorre exatamente da opção legislativa em não trazer expressamente o conceito do casamento. Mais uma vez, o supracitado autor, Camilo Colani, fez um estudo acerca dos três posicionamentos difundidos.

3.2.1 Concepção Contratualista

Na concepção contratualista, o casamento seria um contrato, em virtude de que o elemento volitivo dos cônjuges é o que determina a formação ou não do casamento, a sua continuidade, a escolha do regime de bens, a escolha do nome e, caso resolvam dissolver o vínculo, não dirá respeito a ninguém resolver tal situação, mas tão somente aos cônjuges envolvidos. Além do aspecto volitivo, entende-se que o casamento é um contrato, porque após a sua celebração terá como efeito a geração

de obrigações para os cônjuges. Dentre as obrigações existem os deveres de fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento; guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútua, previstos expressamente no art. 1566 do Código Civil de 2002.⁶⁸

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, seguindo a linha do elemento volitivo (o consentimento) como essência para a concretização do ato matrimonial, são adeptos ao entendimento que o casamento seria sim um contrato, mais especificamente, um contrato especial de direito de família, não podendo ser comparado aos típicos contratos de aluguel ou de compra e venda. Eles seguem nesse caminho ao afirmar que o imprescindível para a formação do vínculo matrimonial é tão somente o consentimento, ao passo que a atuação da autoridade celebrante seria mero ato declaratório.⁶⁹

Na mesma linha, Pontes de Miranda, há algum tempo atrás, em decorrência no momento e realidade histórica que configurava na sociedade brasileira, afirmou que seria o casamento “contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”.⁷⁰

Questão interessante trazida pelo autor na mesma obra é que a família, não necessariamente naquele período, seria apenas formada pela união entre homem e mulher. Todavia, para a mesma possuir apoio jurídico e do Estado seria necessário cumprir as exigências delimitadas pela lei, especialmente no Código Civil. Em contrapartida, a partir da concepção de que o casamento é o reflexo da sociedade do período, e de que, até então, somente este tinha proteção do Estado como família, naquele momento histórico, era exigida a união entre homem e mulher para ser legalizado o casamento.⁷¹

3.2.2 Concepção Institucionalista

⁶⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 50 *passim*.

⁶⁹ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5. p. 115 *passim*.

⁷⁰ Miranda, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 210.

⁷¹ *Ibidem*, p. 199.

Na visão institucionalista, o casamento estaria desassociado da ideia de negócio e, em virtude dos sujeitos ingressarem em uma instituição social, o mesmo seria uma situação jurídica decorrente de regras preestabelecidas pelo Estado. Como consequência, surgiria para os sujeitos envolvidos a mudança de estado de solteiro para casados, a criação do vínculo de parentesco por afinidade e o fato de que os cônjuges não teriam liberdade para alterar a maioria das normas pertinentes ao casamento.⁷²

Maria Helena Diniz filia-se a este entendimento de que o casamento seria uma instituição social, tendo por pressuposto o fato de que o casamento seria a base de sustentação para a formação de uma sociedade civilizada. Deste modo, afirma a autora que “considera-lo como um contrato é equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins.”⁷³

3.2.3 Concepção Mista ou Eclética

O casamento na visão mista ou eclética assume duas perspectivas simultaneamente, quer seja de contrato em sua formação, quer seja de instituição em sua existência e finalidade.⁷⁴

Marcel Planoil adepto a esta concepção, em busca de diferenciar o contrato de direito privado do contrato de casamento, o denominou de contrato de direito de família, em razão de que, diferentemente daqueles, o casamento é uma instituição em que os cônjuges ingressam por livre e espontânea vontade. Entretanto, para se aperfeiçoar, se faz necessário respeitar as regras pré-determinadas pelo Estado.⁷⁵

Defensores desse posicionamento, Arnaldo Wald e Priscila Fonseca, afirmam que os contratos apenas criam deveres jurídicos de natureza patrimonial. Nesse sentido, não será mais possível considerar determinado ato jurídico como contrato, a partir do momento em que nele houver a criação de deveres sem ser de cunho

⁷² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 55 *passim*.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 55

⁷⁴ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. 2006. p. 56 *et seq.*

⁷⁵ PLANOIL, Marcel *apud* BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 57.

patrimonial, como assim faz o casamento ao trazer o dever de fidelidade recíproca, mútua assistência, dentre outros. Por conta disso, estes autores entendem o casamento como um ato jurídico complexo e solene, retirando-se, assim, a ideia de negócio.⁷⁶

É importante tratar da natureza jurídica do casamento, em virtude de que, a depender da concepção adotada na formação do casamento, será possível ter consequências distintas no momento de finalizar tal união. Entender o casamento como um contrato, seria dizer que as partes poderiam dispor ou pactuar normas da maneira que melhor convir, as quais irão vigorar a partir do momento do início da união, bem como o que poderá ser feito para extinguir tal vínculo. Entretanto, se entendermos o casamento como instituição, nas palavras de Maria Helena Diniz, seria o casamento “uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei.”⁷⁷ Deste modo, as partes seriam livres apenas em dizer se querem ou não casar, apesar disso, a partir da formação deste vínculo não será mais possível acordar direitos e deveres inerentes a esta relação e a maneira pela qual será desfeita o vínculo. Em contrapartida, na concepção eclética, poderia se falar em um meio-termo, sem ser o casamento um contrato propriamente dito, nem uma instituição social tão somente.

Ademais, sabiamente Pontes de Miranda já no século passado afirmava:⁷⁸

As definições de casamento têm, como se vê, a natureza incerta e temporária de todas as coisas sociais. O seu fim deve ser o de caracterizar o seu tempo, e nada mais. Tempo e lugar. Não há conceito *a priori* de casamento, que valha para todos os tempos e para todos os povos. Tão-pouco, em direito comparado, os elementos comuns podem ir além de simples alusão à instituição.

Deste modo, não é possível ater-se a uma única maneira conceitual do casamento, haja vista que o mesmo decorre de vários aspectos, sejam eles jurídicos, sociológico, psicológico, religioso (ou não) e biológico, que, juntos e unidos, devem ser levados em conta para sua compreensão em determinado momento histórico em que se esteja estudando.

⁷⁶ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p. 111.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 55

⁷⁸ Miranda, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 209.

Assim sendo, em decorrência do momento histórico que vive-se hoje, em que não se faz mais necessário casar para se formar uma família; em que, por conta da Lei 11.441/04, um casal poderá casar hoje e terminar o seu vínculo amanhã, desde que seja consensual, estejam assistidos por advogado e não tenham filhos menores ou incapazes; em razão da Emenda Constitucional nº 66/2010 que, inclusive, houve a superação de qualquer prazo para extinguir o fim da união, a melhor forma de solucionar esse conflito seria, nas palavras de Camilo Colani, dizer que o casamento “não é contrato, mas está contrato”⁷⁹.

⁷⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 57.

4 A DESCONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA DESCONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL

O caput do artigo 5º da atual Carta Magna prevê o direito à liberdade como um dos direitos fundamentais. Entretanto, a liberdade de não permanecer casado foi durante muito tempo um direito inexistente na legislação brasileira.

Segundo nota Arnoldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, por mais de três séculos somente a Igreja Católica possuía competência para celebrar o casamento, segundo as determinações do Concílio de Trento. Por conta da proteção influenciada pela Igreja e por uma sociedade fortemente conservadora, justificava-se a elevação do casamento à condição de sacramento.⁸⁰ Nessa órbita, os vínculos extramatrimoniais eram reprovados socialmente e punidos pela lei. Ademais, a ideia de família sempre esteve associada ao casamento, portanto, o fim desse vínculo teria por consequência o esfacelamento da própria família, e por consequente, a estrutura sob a qual o Estado estava fincado.

4.1.1 Decreto nº 181 de 1890

A luta para se retirar do casamento o caráter religioso iniciou-se ainda no período do Brasil Império. Mas, somente no período de República, por meio de Decreto n. 181 de 1890, é que foi instituído o casamento civil. Além disso, com esse decreto foi implantado o termo divórcio. Como há de se saber, o casamento gera, concomitantemente, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Todavia, nesta época, o divórcio não possuía os mesmos efeitos que possui nos dias de hoje, uma vez que a sua consequência seria a mesma da concessão da separação de corpos e a cessação do regime de bens, sem, entretanto, dissolver o vínculo matrimonial.⁸¹

⁸⁰ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p. 283.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.6.

Marlus Patrocínio ao dissertar sobre tema afirma que o divórcio em questão seria o divórcio a *thoro et mensa*, que significa cama e mesa. O mesmo, em verdade, tratava-se de um divórcio mitigado, em virtude de que os sujeitos seriam divorciados, mas não seria rompido o vínculo matrimonial que os uniam, o que, inclusive, trazia por consequência a impossibilidade de contrair novas núpcias. Portanto, diante dessa situação, não estaríamos falando propriamente de um divórcio, mas sim de uma separação de corpos.⁸²

4.1.2 Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 era regido pelo Princípio da Indissolubilidade do matrimônio. Tal situação não poderia se mostrar diferente, em virtude de que, nesse período, a Igreja estava unida ao Estado. Para a Igreja, o casamento seria algo proveniente de Deus, portanto, sagrado. Com isso, a sua dissolução seria impossível.⁸³

Na visão de Rolf Madaleno, isso decorre exatamente em razão do Brasil ter sido colonizado por Portugal, o qual tinha como base a religião católica. Esta impunha como etapas o namoro e noivado, para que por fim, fosse possível alcançar o casamento civil e religioso, que era exatamente o que gerava a formação da família. Assim sendo, as tentativas de introdução do divórcio no Brasil foram totalmente desestimuladas.⁸⁴

Deste modo, foi retirada a possibilidade de dissolução do casamento através do divórcio. A inovação trazida com esse Código foi com relação a figura do desquite. Segundo enuncia Cristiano Chaves de Farias:⁸⁵

Permitia-se, tão somente, naquele momento histórico, o desquite (hoje rebatizado de separação judicial), submetido, sempre, a causas graves e determinadas todas expressas em lei. Assim, na redação primitiva do Código Civil de 1916 (arts. 317 e 318), o desquite apenas era permitido nas taxativas hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave

⁸² PATROCÍNIO, Marlus Garcia do. PEC 28/2009 e a Nova Regra para o Divórcio. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 59, abr/maio 2010. p. 33 *passim*.

⁸³ BORGHI, Hélio. **Casamento & União Estável: Formação, Eficácia e Dissolução**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 290.

⁸⁴ MADALENO, Rolf. O novo divórcio. **Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, 2006, n.62, ano 5, p. 16-17

⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.83.

e abandono voluntário do lar, por mais de dois anos contínuos, além de mútuo consentimento dos consortes, quando casados há mais de dois anos.

Na mesma linha de raciocínio segue Maria Berenice Dias:⁸⁶

Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e da manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanescia, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre.

Ocorre que os arts. 317 e 318 do Código Civil de 1916 traziam um rol taxativo com as hipóteses em que seria permitido o desquite, quais sejam o adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave e abandono voluntário do lar. Em olhar atento, Cristiano Chaves de Farias observa que, ao prever esse rol, “o legislador erigia as condutas culposas, como se fosse possível um prontuário de comportamentos atentatórios da estabilidade matrimonial”.⁸⁷

Desse modo, com o Código Civil de 1916 foi introduzido pela primeira vez o elemento culpa. Ademais, somente por meio deste seria possível analisar a possibilidade de dissolver a sociedade conjugal.

Assim, observa-se que, em verdade, o Código Civil de 1916 inovou no que diz respeito a implantação do elemento culpa para a dissolução do casamento, todavia, os efeitos produzidos pelo divórcio previsto no Decreto nº 180 de 1890 e o desquite do Código Civil de 1916 são os mesmos. Mais uma vez, embora remanescesse na sociedade defensores em prol da implantação do divórcio, mesmo que atrelado à separação, o que observa-se claramente é que o termo divórcio trazido com o Decreto 181/1890 foi substituído pelo termo desquite, inaugurado com o Código Civil de 1916, razão esta dada ao fato de que ambos ofereciam a mesma consequência prática, qual seja apenas da separação de corpos. A referida situação decorre exatamente da influência exercida pelo Estado sobre os cônjuges. Assim bem nota

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.294.

⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 50.

Luiz Carlos de Assis Júnior “se o casal se separasse, passariam os cônjuges a estarem não quites com o Estado, ou seja, desquites.”⁸⁸

4.1.3 Emenda Constitucional nº 09/1977

Diante da realidade brasileira que se apresentava até o momento, o que se faz necessário observar é que tais restrições nunca impediram que pessoas casadas ou desquitadas contraíssem novos vínculos afetivos. Estes vínculos passaram a ser chamados de concubinato, que é a união daqueles impedidos de se casar.

O concubinato era refutado, principalmente, pela Igreja, para assim preservar o casamento. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, “a união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato.”⁸⁹ A união livre (sinônimo de concubinato) difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. A grande questão é que o concubinato era uma sociedade de fato, que produzia efeitos tão somente obrigacionais, afastando amparo no Direito de Família, isto é, havia um volumoso contingente de pessoas que, embora convivesse há muito tempo com alguém com a intenção de viver em família, não estavam protegidas pelo Direito das Famílias.

Vínculos extramatrimoniais sempre existiram, agora demasiado seria apresentar referências legais ao ponto de reconhecê-los e atribuí-los algum benefício, todavia, tal situação não conseguiria perdurar por tanto tempo, haja vista que o direito e a sociedade devem caminhar juntos, sob pena daquele ser considerado apenas uma letra morta. Nesse sentido, fez-se necessário a edição de uma emenda no afã de retirar o Princípio da Indissolubilidade do casamento. Da mesma maneira afirma Maria Berenice Dias:⁹⁰

A necessidade de solver os conflitos decorrentes dessas uniões levou a justiça a reconhecer sua existência e a atribuir-lhes alguns direitos. Com

⁸⁸ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de Assis. A Inviabilidade da Manutenção da Separação Como Requisito para o Divórcio Frente à Autonomia Privada. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n.59, abr/maio 2010. p. 20.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6. p. 605

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.295

isso, acabou a jurisprudência abrindo as portas para a instituição do divórcio. Ainda assim, forte foi a resistência dos segmentos mais conservadores. Como a indissolubilidade do casamento era consagrada na Constituição, havia a necessidade de emendá-la. Para isso foi preciso inclusive mudar o quórum de dois terços dos votos para maioria simples. Só assim depois de 27 anos de incansável luta do Senador Nelson Carneiro, foi introduzida a dissolubilidade do vínculo matrimonial no País (EC 9/77).

Em outras palavras, a EC n. 09/1977, por suprimir o Princípio da Indissolubilidade do vínculo matrimonial, deu nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição de 1969, permitindo a dissolução do vínculo conjugal e a realização de novo casamento. Assim, o casamento poderia ser dissolvido por prévia separação judicial por mais de três anos ou, então, por meio de separação de fato, devidamente comprovada em juízo pelo prazo de cinco anos. Embora tenha havido com essa emenda constitucional a criação de alguns prazos para dificultar o fim por definitivo do vínculo matrimonial, tal situação demonstrou um avanço para período, pelo fato de que, até então, somente poderia haver a extinção da sociedade conjugal, mas o vínculo permanecia indissolúvel. Com essa nova mudança, abriram-se as portas para os ex-cônjuges contrariem novas núpcias, bem como regularizar situações em que o desquitado, impedido de casar, convivia com outra mulher, o que por sinal acabava gerando filhos provenientes desta nova relação.

4.1.4 Lei 6.515/77

Ao mesmo passo surgiu a Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio - que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Com essas duas novas regulamentações foi introduzido novamente o instituto do divórcio, mas para alcançá-lo, a separação seria um requisito prévio para a sua concessão. Isto é, a Emenda Constitucional nº 09/1977 suprimiu o caráter indissolúvel do casamento e a Lei nº 6515/77 passou a regulamentá-la exigindo para o divórcio conversão mais de 3 anos de separação judicial; e o decurso de tempo de 5 anos de separação de fato, para aquilo que entendia-se como divórcio direto. Não bastando apenas isso, o legislador ainda exigia, em seu art. 4º da Lei 6515/77, a condição de existência de pelo menos 2 anos de casados para que os cônjuges viessem a se separar judicialmente.

De acordo com entrevista do presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, o divórcio somente foi admitido em 1977, sob condição de se criar o instituto da separação judicial, que vinha a substituir o antigo desquite. Isso foi feito para atender o interesse da Igreja Católica, a qual acreditava que os seus fiéis não iriam se divorciar, mas apenas separar. Ocorre que, na prática, não foi bem assim que aconteceu. Os números de divórcios aumentaram significativamente, mas, apesar disso, não ocorreu uma desestruturação da família e da sociedade por conta disso.⁹¹

Deste modo, observa-se que nesse período foi inserida a dualidade de medidas dissolutivas do casamento: separação judicial (substituindo o instituto do desquite) e o divórcio.

A respeito deste contexto, Maria Berenice Dias assim observa:⁹²

Para a aprovação da Lei do Divórcio (L 6.515/77), foi necessário manter o desquite, tendo ocorrido somente uma singela alteração terminológica. O que o Código Civil chamava de desquite (ou seja, não “quites”, alguém em débito para com a sociedade) a Lei do Divórcio denominou de separação, com idênticas características: põe fim à sociedade conjugal, mas não dissolve o vínculo matrimonial.

Assim sendo, o legislador se preocupou em não refutar os dogmas da Igreja, especialmente, no que diz respeito ao casamento corresponder uma união eterna, isto é, indissolúvel. Tal compreensão pode ser retirada a partir da simples leitura do art. 24 da referida Lei Especial. Todavia, o legislador, apesar dos longínquos prazos para a consecução desse fim, soube conceder a liberdade aos cônjuges em poder desentrelaçar aquela relação em que não mais se prosperava, deixando clara a ressalva que o divórcio apenas extinguiria os efeitos civis do casamento. Em contrapartida, perante a Igreja católica, os mesmos permaneciam casados, haja vista que o matrimônio religioso permanecia.⁹³

Atrelado a isso, outra vantagem trazida pela Lei do Divórcio foi a admissão da dissolução do casamento sem culpa. Isto é, ao contrário do Código Civil de 1916, o diploma normativo em questão não contemplou somente o sistema taxativo de causas culposas para a dissolução do casamento. Assim, foi aberta a oportunidade

⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Liberdade, ainda que tardia. **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, set./out. 2010, n. 64, ano 10. p. 3.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.295.

⁹³ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e Separação Judicial no Novo Código Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 171 *passim*.

dos cônjuges se basearem em outros motivos, aquém dos relacionados a culpa, para que pudessem pôr fim ao casamento.⁹⁴

Embora o divórcio direito, naquele período, seria aquele em que se fazia necessário o transcurso de 5 anos de separação de fato, depreende-se que tal situação não trata efetivamente do divórcio propriamente dito direto, tendo em vista que ainda se fazia necessário passar pela separação de fato. Portanto, o divórcio efetivamente direto, aquele em que independe de qualquer condição, bem como o que tem por aspecto precípua apenas o desejo dos cônjuges em extinguir o vínculo, livre de qualquer impedimento, ainda não tinha sido contemplado como opção aos cônjuges.

4.1.5 Constituição Federal de 1988

Com a chegada da atual Constituição Federal de 1988, observa-se que a mesma manteve a constitucionalidade da dissolução do vínculo conjugal. Entretanto, o prazo de conversão da separação judicial para o divórcio passa a ser a existência de mais de um ano corrido de separados; enquanto que da separação de fato para que se dê o divórcio, seria a existência de mais de dois anos corridos, tal como se observa na redação do artigo 226, § 6º vigente no referido momento: “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”.

Posteriormente, a Lei 7.841 alterou a Lei do Divórcio (lei 6515/77) para dar conformidade ao que disciplinado na Constituição Federal de 1988. É importante ainda relatar que, durante todo esse período de mudança, houve a criação do atual Código Civil de 2002, o qual trata, dentre diversos assuntos do direito civil, sobre direito material referente à separação e o divórcio. Em contrapartida, a Lei do Divórcio já disciplinava sobre normas de direito material e processual. Assim, havia-se criado um conflito de normas. Nesse sentido, para solucionar o problema, como o Código Civil de 2002 não tratou das normas de direito processual sobre o tema, subsistiu, assim, a aplicação da Lei do Divórcio. Contudo, as normas relativas a direito material nesta lei foram derogadas, aplicando-se tão somente o Código Civil

⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 50 *passim*.

de 2002. Além disso, no art. 1572, §1º do Código Civil de 2002, havia a exigência de um determinado tempo de casados para que os cônjuges viessem a se separar judicialmente. Todavia, ao contrário da antiga previsão dizer respeito a 2 anos de casados, aqui o tempo mínimo de casados seria de 1 ano para que os mesmos pudessem se separar.⁹⁵

Nesse diapasão, a situação que figurava no período posterior a edição do Código Civil de 2002 era o transcurso do tempo de 2 anos como tempo necessário na conversão da separação de fato para o divórcio direto e o tempo de 1 ano para que se dê o divórcio por conversão. Além disso, para se separar os cônjuges deviam ter no mínimo 1 ano de matrimônio.

Embora de maneira residual, o Código Civil de 2002 contempla, conforme seus arts. 1572, 1573, 1578 e 1704, § único, a possibilidade de utilização da culpa para pôr fim ao casamento. A culpa é a quebra intencional dos deveres matrimoniais e, em decorrência desta atuação, é imposto ao cônjuge culpado a perda de determinados direitos e a imposição de sanções civis.

Nas palavras de Bianca Papin:⁹⁶

o descumprimento dos deveres conjugais permite ao cônjuge inocente a propositura de ação de separação judicial, imputando ao outro a culpa pela falência da sociedade conjugal. Serve, portanto, para justificar o fim do casamento e o conseqüente pedido de separação, mas não para proteger a família enquanto ainda vigente.

Desta forma, tal situação leva ao questionamento da importância de apurar a culpa e se em verdade existe apenas um único culpado para a dissolução. Talvez, seja este um retrocesso ainda pendente em nosso sistema normativo e que está em contraponto ao princípio da facilitação da dissolução do casamento.

Seguindo o caminho da facilitação da dissolução do casamento, fez-se surgir a Lei 11.441 de 2007, que trouxe por consequência a redução do volumoso número de processos em tramitação nas varas de família. Tal diploma normativo trouxe uma facilitação para a separação consensual e divórcio consensual ao possibilitar que

⁹⁵ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e Separação Judicial no Novo Código Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 09.

⁹⁶ PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do Divórcio Põe Fim à Dissolução sobre a Culpa. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n.59, abr/maio 2010. p. 09.

ambos pudessem ser feitos por meio de escritura pública averbada em cartório. A partir de então foi acrescentado o artigo 1.124-A com a seguinte redação:

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

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

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

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

Outro avanço trazido pela referida Carta Magna diz respeito ao fato de que, em seu art. 226, incluiu-se o conceito de entidade familiar. Desta maneira, fez-se possível reconhecer novos modelos familiares que desfrutam da proteção estatal e constitucional, sem atribuir apenas à família oriunda do casamento tal máxima. Nesse sentido, percebe-se que o motivo que impulsionou o Estado a mudar sua ótica decorreu do avanço histórico da sociedade. O ponto de união da família deixa de ser pautado no patrimônio e passa a ser gerido pelo afeto.

Desta maneira, a mudança de valores e ideias dentro da sociedade trouxe como consequência a existência de diferentes formas de família, haja vista que o amor, o afeto e as maneiras de relacionar podem ser manifestadas de diferentes formas. Todavia, o Estado atento ao momento de mudança sofrida na sociedade, também conferiu proteção a essas novas entidades familiares.

Observa-se, portanto, em decorrência de toda essa transformação, a concretização da democracia dentro da estrutura familiar, ao passo de que é “a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada”.⁹⁷

Conclui-se assim que, hodiernamente, a família contemporânea busca a felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros tanto no âmbito da realização existencial, quanto dentro da sociedade.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 06.

Interessante a metáfora utilizada por Luiz Edson Fachin ao comparar o casamento a alçada de voo e a sua posterior dissolução como o pouso deste, o qual foi “marcado pelos solavancos da turbulência”⁹⁸ do convívio a dois. De fato, o autor conseguiu chegar a esta conclusão em razão de que, ninguém se casa pensando ou esperando o seu insucesso.

O casamento pode apresentar diferentes feições, haja vista que diversos fatores interferem na concepção de mundo e de vida de cada nubente, quais sejam o grau de instrução, a religião, profissão, etc; o que, por sua vez, traz por consequência nas peculiaridades de cada casamento. Todavia, ainda que seja possível existir características específicas em determinado casamento, todos são marcados pela ótica da permanência e durabilidade.⁹⁹

Se este não fosse o propósito, talvez, fosse melhor permanecer no namoro, haja vista que, embora os cônjuges passem a ter direitos, ao mesmo tempo, tem de assumir inúmeros deveres, “abrindo mão de si mesmos em favor do bem estar físico, psicológico, profissional, econômico-financeiro etc do seu par”.¹⁰⁰

Todavia, optando pelo casamento, é de tamanho contrassenso não conceber a sua dissolução. É possível alcançar tal entendimento, ao levar em consideração o casamento como um contrato, concepção anteriormente delineada no tópico referente a natureza jurídica do casamento. Assim sendo, da mesma forma em que há uma liberdade para casar, faz-se mister existir a mesma liberdade para extinguir o vínculo.

Inúmeros são os motivos pelos quais tornam-se possível alcançar esse desiderato. Todavia, estando diante de um casamento falido, não é mais possível imaginar a manutenção dessa relação desarmoniosa e malograda por imposição de qualquer pessoa, inclusive, pelo Estado.

Como o elemento estrutural para a formação do casamento é o consenso entre os nubentes em querer casar, se durante a relação este não mais existir, não há mais razão para a manutenção do casamento. Nessa toada, cabe tão somente aos envolvidos a escolha da sua manutenção ou não.

⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 195.

⁹⁹ BORGHI, Hélio. **Casamento & União Estável: Formação, Eficácia e Dissolução**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 213.

¹⁰⁰ *Ibidem*, Loc. cit.

Ao mesmo passo, o casamento traz por consequência, simultaneamente, a formação da sociedade matrimonial e o vínculo conjugal. Deste modo, para adentrar na diferenciação entre a separação e o divórcio, é imprescindível distinguir estes dois institutos. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a “sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”.¹⁰¹ A mesma poderá ser dissolvida se estiver diante de uma das causas presentes no artigo 1571, caput do Código Civil de 2002, tal como preceitua:

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.

De outro lado, o vínculo conjugal é aquele que une os cônjuges do casamento válido. Os motivos que ensejam a sua dissolução são o divórcio, a morte de um dos cônjuges, a invalidade do casamento ou em hipótese de ausência, conforme preceitua o § 1º do artigo 1571 do Código Civil de 2002.

É importante deixar claro que, primeiramente, neste capítulo, não será feita análise da superação dos prazos a fim de concessão da separação ou do divórcio, questão reflexa da alteração promovida com a Emenda Constitucional nº 66/2010, haja vista que tal propósito está reservado para capítulo específico (vide capítulo 4). Assim sendo, a partir de então, será feita uma análise conceitual dos institutos, conforme disposição nos diplomas legais.

4.2 SEPARAÇÃO

A separação surgiu de modo a substituir o desquite. Isso porque, com a sua decretação, extingue-se tão somente a sociedade conjugal. Em verdade, a separação é uma situação de desestímulo ao fim do casamento. É possível chegar a esta conclusão em virtude de que, a condição de separados não traz como efeito a

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6. p. 202.

possibilidade destes contraírem novas núpcias. Assim, o que torna-se evidente é que a separação é transitória, pois é uma medida preparatória para o divórcio.

4.2.1 Separação Judicial

A separação judicial decorre do desfazimento do vínculo matrimonial por meio da chancela do Estado-juiz.

De acordo com Maria Berenice Dias, o termo “separação judicial” só diz respeito àquela separação em que um dos cônjuges intenta contra o outro. Isto é, na sua visão, não seria possível ajuizar uma ação de separação judicial consensual ou amigável. Assim há de ser importante, para a ocorrência da mesma, o litígio. Isso porque, de acordo com a autora, quando houver mútua vontade das partes, estaria diante da chamada separação amigável, consensual ou por mútuo consentimento, que não possui correlação com a separação judicial.¹⁰²

Todavia, esse não é o posicionamento dominante. A maioria da doutrina entende pela ocorrência da chamada Separação Judicial Consensual, na qual as partes encontram-se em acordo, buscando apenas a homologação do consenso da dissolução, nos ditames da lei. Ocorre que, o acordo tão somente feito entre os cônjuges, visando dissolver o casamento, não tem força de pôr fim a sociedade conjugal. Nessa esteira, é imprescindível a manifestação direta e expressa da intenção em extinguir o casamento perante o Judiciário, momento este conhecido como ratificação. Após, ocorrerá a homologação, nos termos do artigo 1120 e seguintes do Código de Processo Civil.¹⁰³

Para tanto, ao contrário da separação judicial litigiosa, os cônjuges não precisam alegar qualquer motivo que justifique a desconstituição da sociedade. Deste modo, basta que exista o mútuo consentimento do fim da relação e que, nos termos do artigo 1574 do Código Civil de 2002, tenha havido o transcurso de mais de um ano de casados. É de enorme importância o legislador brasileiro ter possibilitado a separação amigável, em razão de que o instituto veio a facilitar a dissolução do

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 7. ed. rev., atual. e apl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 305.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 200 *passim*.

matrimônio. Senão vejamos, como aqui não é necessário apresentar o motivo que ensejou a separação, como vantagem para casal, evita-se o escândalo e a situação vexatória de expor as suas intimidades a terceiros que em nada tem interesse.¹⁰⁴

De via inversa, a separação judicial poderá ser litigiosa, quando as partes encontram-se em conflito de interesses. Ou melhor, como o próprio nome diz, há um litígio entre as partes no que tange a dissolução do vínculo que os une. Desta forma, resta imprescindível a busca de uma solução judicial para solucionar o conflito.

Diferentemente da separação judicial consensual, em que não é necessária a imputação de motivo ensejador da dissolução da sociedade conjugal, todavia, é imprescindível o transcurso do tempo de no mínimo um ano de casados, a separação judicial litigiosa “pode ser intentada imediatamente após o casamento, sem haver a necessidade de haver transcorrido qualquer período”.¹⁰⁵

Assim sendo, o grande conflito envolvendo a separação litigiosa diz respeito a discussão da culpa, conforme artigo 1572 do Código Civil de 2002. De acordo com o mencionado diploma brasileiro, é possível ao cônjuge promover o pedido de separação judicial, tendo por base a atitude culposa do outro cônjuge, desde que seja provada a insuportabilidade da vida em comum e a existência de algum ato de grave violação aos deveres do casamento. Atrelado a isso, o artigo 1573 do Código Civil de 2002 traz um rol que o legislador considera como justificável motivo que causa a impossibilidade da comunhão de vida, de modo a permitir assim a separação litigiosa, que são: o adultério, a tentativa de morte; a sevícia ou injúria grave; o abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo; a condenação por crime infamante ou a prática de conduta desonrosa.

Veja-se, portanto, que para que um casal venha a ter o status de separado dependerá do acometimento de alguma dessas atitudes, as quais, na visão do legislador, impede a vida a dois. Ao mesmo passo, a fim de não ser tão rígido, concede ainda ao juiz, com base no § único do mesmo dispositivo, a possibilidade verificar no caso concreto a ocorrência de outras hipóteses que resultem na mesma consequência.

¹⁰⁴ BORGHI, Hélio. **Casamento & União Estável: Formação, Eficácia e Dissolução**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 215 *passim*.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 216.

Ocorre que, o artigo 5º da Lei do Divórcio dispensa a averiguação da culpa para a concessão da separação judicial, enquanto que o Código Civil de 2002 manteve a separação culposa. Em contrapartida, em situações em que não restava clara a existência da culpa de um dos consortes e ocorrendo o transcurso de mais de um ano de separação de fato, apesar da Lei do Divórcio permanecer aplicável somente para aquilo em que não há disciplina no Código Civil de 2002, os juízes vinham decretando a separação do casal, com base no mencionado artigo da Lei do Divórcio.¹⁰⁶

Segundo, Arnaldo Wald e Priscila Corrêa da Fonseca:¹⁰⁷

A dispensabilidade da demonstração da culpa nos processos de separação representava significativa evolução no direito brasileiro, o qual, paulatinamente, veio abandonando o conceito de “separação-sanção” – para cujo decreto impõe-se a discussão da culpa – para dar guarida à denominada “separação-remédio” ou “princípio da ruptura”, a qual reclama apenas a verificação de que a convivência conjugal revelou-se impraticável.

Ainda assim, de acordo com os autores anteriormente mencionados, era possível decretar a separação judicial do casal sem a necessidade de invocar e comprovar a culpa de um dos cônjuges. Para tanto, bastava ter como base a aplicação do artigo 1572, §1º do Código Civil c/c artigo 1573, § único do mesmo diploma legal.¹⁰⁸

Ao mesmo passo, com a Emenda Constitucional nº 66/2010, objeto deste trabalho, o artigo 226, §6º da CF sofreu alteração, de modo a trazer reflexo na discussão da permanência ou não da culpa para fim de separação judicial. Não bastando isso, há o questionamento, inclusive sobre a permanência ou não da própria separação judicial após a mencionada alteração do texto constitucional. Destarte, de modo a não adiantar tal debate, o mesmo será abordado em capítulo próprio (vide capítulo 5).

Buscando atribuir alguma vantagem à separação judicial, Cristiano Chaves de Farias reconhece a facilidade na recomposição do vínculo, em caso de reconciliação do casal. Ou melhor, de acordo com o artigo 1577 do Código Civil de 2002, estando diante da situação em que o casal separado busque retomar o casamento, não será necessário ingressar com uma nova ação, basta apenas a apresentar petição no

¹⁰⁶ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p. 229 *passim*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 230.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 231.

processo originário que julgou a separação. Tal situação não é aplicável ao divórcio. Assim, esta diz respeito a uma vantagem formal.¹⁰⁹

Todavia, tratando-se de um casal divorciado, se estes quiserem o mesmo objetivo, para voltarem a ter o status de casados somente será possível através de celebração de novo casamento. Motivo este dado em face de que o divórcio rompe o vínculo matrimonial, enquanto que, na separação judicial, apenas a sociedade conjugal é desfeita, permanecendo intacto o vínculo matrimonial.

Ao mesmo tempo, o autor faz uma avaliação entre a manutenção da separação judicial e a existência apenas do divórcio e conclui que “a vantagem da separação é meramente aparente, não se justificando a manutenção do instituto”¹¹⁰. Explica ele que a fim de restabelecer a sociedade conjugal, no caso de cônjuges separados, apesar de necessitar apenas de petição direcionada ao juiz, torna-se imprescindível a constituição de advogado, ocorrer a intervenção do Ministério Público, até a posterior prolação da sentença que, muitas vezes, demanda tempo para acontecer. Ao mesmo passo, estando diante do restabelecimento do vínculo matrimonial, hipótese do casal divorciado, será imprescindível a celebração de novo casamento, com a habilitação dos nubentes no Cartório de Registro Civil. Neste caso, afirma o autor que “faculta-se, inclusive aos nubentes requerer ao juiz a dispensa da realização de uma nova cerimônia (art.1.516, Estatuto do Cidadão), uma vez que já se submeteram, antes, a uma celebração de matrimônio”¹¹¹. Não bastando isso, os números de pedidos dos casais buscando restabelecer a sociedade conjugal é insignificante que justifique a manutenção da separação judicial. Ou seja, para o autor, tanto para restabelecer o vínculo matrimonial, no caso de divórcio, ou a sociedade conjugal, no caso da separação judicial, será necessário praticar atos complexos, que, na prática, a suposta vantagem da separação judicial demonstra-se vazia.

Por fim, seja a separação judicial consensual, seja litigiosa, ambas tem como efeito a dissolução da sociedade conjugal, a extinção dos deveres do casamento (consagrados no artigo 1566 do Código Civil de 2002), além de pôr fim ao regime de

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 107.

¹¹¹ *Ibidem. loc. cit.*

bens. Em contrapartida, mesmo após a separação, a mútua assistência entre os cônjuges e o vínculo matrimonial permanecem.

Por conta disto, Cristiano Chaves sempre levantou a bandeira de afastar a separação judicial do sistema judicial brasileiro, ao afirmar que a separação é uma “mera ante-sala do divórcio”.¹¹² Isso porque, defende o autor que, o instituto demonstra-se inútil em face de que, tanto a separação, quanto o divórcio, tendem a buscar o mesmo objeto, qual seja o de romper o casamento. Todavia, para que se consiga chegar à separação judicial é necessário tratar dos motivos ensejadores ao fim da união, ou seja, discute-se a culpa do consorte responsável pelo fim do relacionamento (se é que é possível imputar o motivo somente a um), sendo que após isso, basta aos cônjuges separados apenas aguardar o transcurso de um lapso temporal para que tenham o tão sonhado divórcio.

4.2.2 Separação de fato

Consiste na separação em que o casal não mais convivem e residem juntos. Situação esta em que não houve qualquer pedido judicial requerendo a separação, todavia, os mesmos encontram-se “de fato” separados. Estando diante desta situação, é possível requerer o pedido de divórcio ou mesmo de separação judicial. Neste passo, estando diante da última hipótese, a separação judicial apenas terá como efeito reconhecer aquela ruptura que já havia se dado de fato anteriormente.¹¹³

Maria Berenice Dias informa que, apesar do divórcio ser o instituto que extingue o vínculo matrimonial e, conseqüentemente, a sociedade conjugal, em verdade, o que se observa é que a separação de fato é o primeiro instituto a pôr fim ao matrimônio. Tanto é que o divórcio e a separação judicial decorrem exatamente de uma situação fática caracterizada pela falta da convivência e da intenção de permanecer juntos, que nada mais é do que a própria separação de fato. De modo que tanto o divórcio,

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105.

¹¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 207.

quanto a separação judicial, somente vem atestar juridicamente o fim do casamento. Como afirma a autora, não é requisito para a confirmação da separação de fato, que os cônjuges não mais convivam sob o mesmo teto. É possível reconhecer a ocorrência da separação de fato mesmo com os cônjuges residindo no mesmo local. Tudo irá depender do caso concreto. Isso porque o que gera a inoperância dos efeitos do casamento, em face da inexistência do mesmo, é a cessação da convivência. Além disso, como consequência do fim da vida em comum, ocorrerá a cessação do regime de bens.¹¹⁴

Embora a separação de fato ocorra apenas no plano físico e extrajudicial, o mesmo produz efeitos jurídicos, quais sejam: a) a separação de fato permite ao separado se encontrar em união estável com terceiro; b) opera efeitos sucessórios, nos termos do artigo 1.830 do Código Civil de 2002; c) antes da Emenda Constitucional nº 66/2010, era possível afirmar que a separação de fato por mais de dois anos permitia o divórcio direto; d) fim do regime de bens, ou seja, os bens havidos após a separação de fato não integram a meação; e) fim da comunhão de vidas; e f) fim da fidelidade recíproca e da vida em comum, no domicílio conjugal, conforme artigo 1.566, I e II do CC.¹¹⁵

A título de exemplo, nota-se a produção de alguns desses efeitos no seguinte julgado:¹¹⁶

Ementa: Apelação Cível - Ação de divórcio direto - Partilha - Regime de comunhão universal de bens - Comunicabilidade dos bens - separação de fato - ruptura da vida em comum - bens adquiridos posteriormente - incomunicabilidade. - Nos termos do art. 1.667 do Código Civil, no regime da comunhão universal de bens, comunicam-se indistintamente todos os bens móveis e imóveis que cada um dos cônjuges traz individualmente para o casamento, bem como aqueles adquiridos na constância do casamento, constituindo-se um acervo patrimonial comum, sendo cada cônjuge meeiro em todos os bens do casal. Com a dissolução da sociedade conjugal e a

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 7. ed. rev., atual. e apl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 294 *passim*.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: família**. São Paulo: Método, 2008, v.5. p. 181 *passim*.

¹¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 1.0035.06.082667-0/001. Quarta Câmara Cível. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em: 02 jul. 2008. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=34&totalLinhas=101&paginaNumero=34&linhasPorPagina=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=14&listaRelator=22349736&dataJulgamentoInicial=02/08/2007&dataJulgamentoFinal=02/08/2007&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

liquidação da comunhão, dá-se a partilha e a atribuição a cada cônjuge do bem ou dos bens que comportam na sua meação. - A separação de fato causa a ruptura da vida em comum do casal, não podendo os bens adquiridos por herança, após essa separação, ser objeto de partilha na ação de divórcio direto.

4.2.3 Separação de Corpos

De acordo com o artigo 1.562 do Código Civil de 2002, após a propositura da ação de dissolução da sociedade conjugal, é oportunizado ao sujeito pleitear judicialmente a separação de corpos. Tal medida objetiva reconhecer a cessação do dever de coabitação sob o mesmo teto, bem como pôr fim ao regime de bens do casamento. Por conta disso, é possível fazer jus dessa medida acautelatória, mesmo diante de uma separação de fato, exatamente para colocar o termo final à relação, o que, por desiderato, implicará na incomunicabilidade dos bens. Atrelado a isso, apesar do mencionado dispositivo dispor sobre a comprovação da necessidade da concessão da medida, em razão dos objetivos que a mesma visa proporcionar, tal exigência não se justifica, podendo ser dispensada. De modo que a única prova que deverá ser feita é a da existência do casamento.¹¹⁷

Maria Berenice Dias acrescenta-se ainda que a concessão da separação de corpos, além dos mencionados efeitos, que dizem respeito justamente a aplicação das consequências patrimoniais da separação de fato, implica em afastar a presunção de paternidade que possui o homem casado, prevista no artigo 1.597 do Código Civil de 2002.¹¹⁸

Afirma Paulo Lôbo que:¹¹⁹

A separação de corpos tem sido concedida pelos tribunais nos casos em que o marido vem perturbando a vida do casal, com graves reflexos sobre a formação do caráter dos filhos, ou se a casa é de domínio da mulher ou de seus parentes, ou se houver forte tendência de a habitação conjugal ser computada na meação da mulher.

¹¹⁷ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p. 242 *passim*.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 327 *passim*.

¹¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

A medida cautelar de separação de corpos é legítima para assegurar a saída de um dos cônjuges do lar, evitando-se que posteriormente alegue-se o abandono de lar; para assegurar a permanência de um dos cônjuges no lar; ou então, para afastar um dos cônjuges do lar. Todavia, nesta última hipótese, a prova da existência do casamento não é justificável para a concessão da mesma. Com isso, é imprescindível a demonstração da insuportabilidade da coabitação.¹²⁰

Maria Berenice Dias, em defesa do fim da separação judicial, argumenta que como possibilidade para aquele casal que quer estabelecer um tempo de reflexão ao casamento, poderá fazer mão da separação de corpos.¹²¹

Inclusive, algumas jurisprudências caminham nesse sentido, conforme observa-se a seguir:¹²²

Ementa: CAUTELAR. SEPARAÇÃO DE CORPOS, GUARDA DE FILHO, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS. PERDA DE OBJETO. CARÊNCIA DE AÇÃO INOCORRENTE. É cabível o pedido de separação de corpos sempre que a parte acenar para a ruptura da vida em comum e apontar a intenção de promover a dissolução da sociedade conjugal, sendo irrelevante o fato do casal já estar separado de fato, pois presente interesse jurídico na definição do marco temporal da ruptura, em razão das seqüelas de ordem patrimonial. Recurso provido.

4.3 DIVÓRCIO

Trata-se o divórcio da medida que visa dissolver o casamento válido, oriunda tão somente da declaração de vontade de um ou de ambos os cônjuges, sem necessitar para isso a ocorrência de causa ensejadora. Como consequência da sua decretação, será dissolvido o vínculo matrimonial que os unia e, por via reflexa, extingue-se também a sociedade conjugal. Isto é, serão afastados o regime de bens, os deveres do casamento e a assistência mútua entre os cônjuges. Em

¹²⁰ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p. 243.

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 326 *passim*.

¹²² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70056124670, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 22 ago. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%E7%E3o+corpos&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfield=s=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=20>. Acesso em: 05 dez. 2013.

contrapartida, aos cônjuges divorciados, será ofertada a possibilidade de contrair novas núpcias.¹²³

O Código Civil de 2002 disciplina a existência de duas espécies de divórcio, quais sejam o divórcio por conversão e o divórcio direto, onde, em ambos os casos poderão se dar de forma consensual ou litigiosa. Desta feita, a partir de então será feita uma tentativa conceitual das duas modalidades, com suas características básicas, para fins de posterior conclusão acerca da manutenção ou não da separação judicial após a Emenda Constitucional nº 66/2010 e suas repercussões práticas.

4.3.1 Divórcio por Conversão ou Indireto

Como visto anteriormente, em razão, principalmente, da influência da Igreja, o divórcio demorou até que fosse inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Isso tudo decorreu da importância que o Estado colocava sobre o casamento, de modo que somente a família oriunda deste possuía respaldo legal. Tanto é que a legislação brasileira impôs inúmeras restrições à liberdade de pôr fim ao casamento quando os cônjuges assim desejassem.

É notório observar isso com a primeira possibilidade dada pelo Estado em definitivamente dissolver o vínculo matrimonial, que decorreu da Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio), a qual previa tão somente a hipótese do divórcio conversão, mas para tanto, era imprescindível ultrapassar o período de três anos de separação judicial para que fosse possível alcançar o divórcio. O motivo dado a isso diz respeito apenas ao fato de que “se fosse possível o divórcio diretamente, os ex-cônjuges poderiam arrepender-se do divórcio e querer restabelecer a vida conjugal, o que seria impossível em razão da dissolução do vínculo, tendo que recorrer a novo casamento”¹²⁴.

¹²³ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5. p. 518.

¹²⁴ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. A Obrigação de Permanecer Casado e o Princípio da Liberdade: uma Análise a Partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 61, ago/set 2010. p. 114.

Assim, conclui-se que o divórcio em questão é aquele que pressupõe uma separação judicial.

Atualmente, o divórcio por conversão está disposto no artigo 1580 do Código Civil, disciplinando que “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”.

Diante disso, nota-se como requisitos do divórcio por convenção, seja consensual, seja litigioso: a) o transcurso de tempo de, no mínimo, um ano da separação judicial, contado do trânsito em julgado da sentença, ou então um ano da concessão da medida cautelar de separação de corpos, prevista no artigo 1562 do Código Civil de 2002; e b) o pedido de conversão da separação, seja ela judicial ou de corpos, feito por um ou ambos os cônjuges conjuntamente.

Hélio Borgui, em sua obra datada no ano de 2005, afirma que “o atendimento ao requisito do decurso de um ano da separação do casal, ainda vigente e constante do art. 36, parágrafo único, I da Lei do Divórcio, é de fundamental importância para a efetivação da conversão”¹²⁵.

Todavia, Carlos Roberto Gonçalves entende que após a “PEC do Divórcio” foi suprimida a prévia separação, além da supressão de qualquer prazo para a propositura do divórcio judicial ou extrajudicial e, como consequência, estariam revogados os artigos do Código Civil de 2002 que regulam a separação judicial e o divórcio por conversão. Isso porque seu livro foi editado posteriormente a referida emenda.¹²⁶

Deste modo, em face da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, encontra-se em questionamento se ainda é possível um casal utilizar do divórcio por conversão, haja vista que, com a mencionada emenda, o § 6º do artigo 226 da Constituição de 1988 passou a ter a seguinte redação “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, o que leva a discussão se com isso, deixa de ser

¹²⁵ BORGHI, Hélio. **Casamento & União Estável: Formação, Eficácia e Dissolução**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 306.

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6. p. 221 *passim*.

possível a separação judicial. Para isso, capítulo próprio será aberto para discutir eventuais mudanças.

4.3.2 Divórcio Direto

Já o divórcio direto está contemplado no § 2º do artigo 1580 do Código Civil, afirmando que “o divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Assim, é possível extrair como requisitos do divórcio direto: a) o transcurso de tempo de dois anos da separação de fato, devidamente comprovada; e b) o pedido feito por um dos separados de fato ou de ambos conjuntamente.

Caio Mário da Silva Pereira enaltece que o pedido deverá ser feito com todos os documentos que comprovem a fluência do prazo de dois anos de separação de fato junto á petição inicial, ou se não for possível, indicar quais provas que deverão ser produzidas.¹²⁷

No que tange ao requisito da ultrapassagem de prazo, aplica-se aqui a mesma discussão do divórcio judicial, oriunda a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010.

4.4 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO PELA VIA ADMINISTRATIVA

Em virtude da Emenda Constitucional nº 45, foi acrescentado o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, prelecionando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Desta forma, quis assim o legislador estabelecer como garantia fundamental a todos a duração razoável do processo e a garantia da celeridade na sua tramitação, tanto no âmbito judicial, quanto no administrativo. De modo a dar efetividade esse intuito legislativo, dentre

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010. p. 289.

outras medidas legislativas, surgiu a Lei nº 11.441/2007 e, por via reflexa, foi acrescentado o artigo 1124-A no Código de Processo Civil.¹²⁸

Nos termos do artigo 1124-A do Código de Processo Civil:

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

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

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

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

Assim sendo, observa-se que há uma alternativa para os cônjuges que estejam com o seu casamento esfacelado em poder buscar a separação ou o divórcio por mútuo consentimento, utilizando-se da via extrajudicial, por meio da escritura pública. Todavia, para tanto, faz-se mister preencher alguns requisitos imprescindíveis, que são: não existir filhos menores ou incapazes; não existir litígio quanto ao nome; não ter litígio quanto a pensão alimentícia; não existir litígio sobre a partilha dos bens; existir assistência do advogado, haja vista que não mais participam da dissolução o Ministério Público e o Magistrado. Caio Mário, acrescenta ainda como requisito a observância do “prazo de um ano entre celebração do casamento e a separação, ou o período de dois anos entre a separação de fato e o divórcio direto”¹²⁹. Todavia, tal requisito é discutível, em face da mudança empreendida pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, o surgimento da Lei 11.441/2007 foi de grande apreço, pois proporcionou a simplificação da vida dos cidadãos ao mesmo passo de “evitar uma indevida intromissão do Estado na vida privada”¹³⁰. Aponta o autor, ainda, que a escolha pelo procedimento administrativa cabe tão somente às

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010. p. 312.

¹²⁹ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6. p. 234.

partes, configurando-se, então, um caráter facultativo. Em contrapartida, apesar do procedimento administrativo ser definitivamente mais célere, a depender da situação, talvez, seja mais vantajoso buscar a via judicial. É possível estar diante desta hipótese quando, por exemplo, o segredo de justiça for pretendido pelas partes. Isso porque esta não ocorrerá se a dissolução ocorrer por meio de escritura pública.

Ademais, o CNJ editou a Resolução nº 35, no intuito de deixar claro eventuais dúvidas. Esclarece a mencionada resolução que para dar entrada à separação ou ao divórcio deverá ser apresentada petição no Tabelionato de Notas de livre escolha, inclusive em estado diferente do local do casamento. Após, será lavrada a escritura pública. Para tanto, é indispensável a presença de advogado que, inclusive, poderá ser somente um, desde que represente os direitos de ambos. Além disso, não é necessária a homologação judicial, em razão de tratar de título hábil para o registro civil e o registro imobiliário. Assim sendo, é evidente após simples leitura do dispositivo que o intuito da criação, tanto da separação extrajudicial, quanto do divórcio extrajudicial, tenha sido a facilitação da dissolução das amarras que unem os casais que não mais desejam manter o vínculo.

5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

Apesar de todo avanço histórico do Brasil com relação ao direito de casar e não permanecer casado, ainda assim, questiona-se o intervencionismo estatal na imposição de qualquer lapso temporal para se alcançar o fim do casamento já fadado.

Isso decorre da ideia de que, enquanto em um (o divórcio), permite-se que os cônjuges venham a contrair novas núpcias, já no outro (a separação judicial), são desfeitos os deveres matrimoniais e o regime de bens, sem, entretanto, permitir a possibilidade de celebração de um novo casamento. Assim, não há razão prática para a permanência de qualquer lapso temporal sendo que ambos são modelos que visam alcançar o mesmo objetivo, qual seja a extinção da união matrimonial.

É notório perceber que a intenção do legislador ao regular o procedimento da separação e do divórcio foi estabelecer a obrigatoriedade de se esperar um certo lapso de tempo, no intuito de preservar o instituto do casamento, e buscar uma possível reconciliação entre o casal. Deste modo, configura-se aqui uma nítida intervenção estatal.

Cristiano Chaves de Farias pautando sua visão no anti intervencionismo estatal assim disserta sobre o tema:¹³¹

[...]é direito da pessoa humana constituir, formar, um núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a própria existência digna, impondo-lhe um sacrifício pessoal e emocional, nitidamente atentatório à sua dignidade.

Eis aí que surge a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 que veio a alterar o artigo 226, § 6º da CF trazendo a seguinte redação “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. A Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2007, originadora desta referida emenda, também denominada de “PEC do Amor” ou “PEC do Divórcio”, foi promulgada pelo Congresso Nacional em 13 de julho de 2010. O projeto foi de iniciativa do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) conjuntamente com o Instituto Brasileiro de Direito de Família, que tiveram como

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.81.

objetivo eliminar os prazos que existiam no § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988. Deste modo, constituiu-se, assim, o verdadeiro divórcio direto.

Os parlamentares perceberam, durante a tramitação da PEC 33/07, a necessidade de alteração da sua redação, que enunciava: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”, para uma redação mais objetiva e direta: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Essa mudança foi de extrema relevância. Caso fosse aprovada em sua redação original, correríamos o sério risco de minimizar a mudança pretendida, ou, o que é pior, torná-la sem efeito, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a proposta queria impedir. Portanto, com a eliminação da expressão “na forma da lei”, surgiu um obstáculo para o argumento da necessidade de criação de uma norma infraconstitucional a fim de que o novo sistema de dissolução do casamento pudesse surtir efeitos. Deste modo, essa supressão implicou na imediata e direta aplicação da Emenda Constitucional nº 66/10, tendo, por consequência, a retirada da exigência do requisito temporal para o divórcio e da prévia separação.¹³²

Isso tudo levou a uma série de discussões na área jurídica. Dentre elas, como foi mantido o verbo “pode” há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação. Nesta visão, persiste a possibilidade dos cônjuges buscarem sua concessão, em razão de que ainda estão presentes no Código Civil dispositivos regulando a separação. Todavia, outros defendem existir apenas uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. Para estes, com a mudança da norma constitucional, restarão revogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional. Acrescentam ainda que os cônjuges que querem dar um tempo na relação, mas não podem ou não querem se divorciar, tem como solução a separação de fato e a separação de corpos.

Observa-se também que essa nova Emenda Constitucional trouxe polêmica na sociedade, por acreditar que essa facilitação implicaria na banalização do instituto casamento. Isso porque nada impede do casal contrair matrimônio hoje e se divorciar amanhã.

Todavia, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona rebatem tal concepção, ao afirmar que, em verdade, a facilitação do divórcio, por via reflexa, acabará por oportunizar aos

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6. p.203 *passim*.

cônjuges a possibilidade de saírem, o quanto antes, de uma relação não mais duradoura, em prol de buscar a felicidade ao lado da pessoa que, verdadeiramente, gostaria de estar junto.¹³³

Segundo o levantamento mais recente do IBGE, tomando como base as estatísticas do Registro Civil de 2011, a taxa de divórcios no Brasil chegou ao seu maior valor desde 1984 (2,6 divórcios para cada mil habitantes de 15 anos ou mais de idade), que chegou ao número correspondente de 351.153 de divórcios só em 2011. O que demonstra um crescimento de 45,6% em relação ao ano de 2010, o qual possuiu cerca de 241.122 dissoluções. Essa mesma pesquisa trouxe a seguinte explicação para o aumento dos números de divórcios e a diminuição dos números de separações no período referente a 2010 e 2011, que foi exatamente o período posterior ao início de vigência da EC. nº66/2010:¹³⁴

O aumento ocorreu porque no segundo semestre de 2010 houve a supressão dos prazos em relação à separação, o que fez com que a taxa de divórcio atingisse 1,8%. O aumento de 2011 foi o primeiro no qual as novas regras foram observadas ao longo de todo o período, mostrando o impacto das alterações sobre a dissolução dos casamentos. Em função disso o número de separações caiu de 67.623 processos ou escrituras em 2010 para 7.774 em 2011.

A aprovação da referida emenda significou, definitivamente, a obtenção menos burocrática da dissolução do casamento. Facilitando, assim, que novos arranjos familiares fossem formados em prol da consecução da felicidade de todos os seus integrantes.

A mudança é significativa principalmente para as pessoas presas em relações já dissolvidas pelo fim do afeto, que buscam resgatar a liberdade de decidir sobre suas vidas, sem ter a imposição do Estado de mantê-las dentro dessas uniões.

Desta maneira, a partir de então, será feito o estudo da Emenda Constitucional nº 66/2010, com suas repercussões e o objetivo que estava por trás de sua proposição.

5.1 O PROJETO DE EMENDA

¹³³ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

¹³⁴ IBGE. **Registro Civil 2011: taxa de divórcios cresce 45,6% em um ano**. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2294&busca=1&t=registro-civil-2011-taxa-divorcios-cresce-45-6-um-ano>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 decorreu da PEC 33/2007, apresentada pelo então deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), sob influência do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Isto é, a mencionada emenda surgiu de um antigo pleito dos juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Em decorrência de ser um projeto de emenda constitucional, para a sua promulgação seria indispensável a votação no Congresso Nacional em dois turnos, conforme enuncia o § 2º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

Todavia, os deputados Ênio Bacci (PDT-RS) e Antonio Calos Biscaia (PT-RJ) haviam proposto PEC's tratando da temática do divórcio. Ocorre que, os mesmos haviam sido arquivados por conta dos seus respectivos afastamentos da Câmara de Deputados. Entretanto, quando a PEC 33/2007 foi para a Comissão de Mérito da Câmara, ambos já haviam sido reempossados a posição de deputado federal e solicitaram o desarquivamento de suas respectivas PEC's, as quais foram apensadas à PEC 33/2007, para que fossem submetidas à análise de mérito.¹³⁵

Durante análise na Comissão de Mérito, houve a rejeição da PEC do Ênio Bacci. Por outro lado, ocorreu a aprovação da PEC 33/2007 e a do deputado Antonio Carlos Biscaia, sob numeração de PEC 413/2005. Este último, anteriormente, ao mesmo passo que Sergio Barradas Carneiro, havia sido instrumento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em prol da concretização do projeto de modernização do divórcio. Por conta disso, a PEC deste, bem como a PEC 33/2007 eram semelhantes, pois buscavam o mesmo objetivo. Inclusive, em análise das justificativas de ambos os deputados é notório que as justificativas sejam similares. Em contrapartida, a PEC do deputado Ênio Bacci propunha tão somente que o prazo aguardado pelos cônjuges para conseguir o divórcio direto fosse reduzido em um ano.¹³⁶

Por conta disso, embora Sergio Barradas Carneiro tenha proposto a PEC 33/2007, em pesquisas oficiais, há o registro da autoria da mencionada PEC em nome de Antonio Carlos Biscaia. Todavia, isso decorre de uma questão regimental do Congresso Nacional, ao compreender que as PEC's tramitam registradas em nome

¹³⁵ **IV Congresso Nordestino de Direito das Famílias: afetividade com responsabilidade.** Porto Seguro, 2013.

¹³⁶ *Ibidem.*

do autor que apresentou a proposta mais antiga sobre o tema. Conforme é possível notar da tramitação do dia 07 de agosto de 2007.¹³⁷

Como bem observa Lauane Camargo, “em razão da similitude das duas propostas, houve o arquivamento da PEC nº 33/2007”, a qual foi apensada à proposta de Antonio Carlos Biscaia. A partir de então, a PEC 413/2005 seguiu para a Comissão de Constituição e Justiça, onde foi aprovada e encaminhada para votação na Câmara dos Deputados.¹³⁸

Na Câmara de Deputados, a votação da PEC 413/2005 ocorreu nos dias 20 de maio de 2009 e 02 de junho de 2009, correspondendo, respectivamente ao primeiro turno, com 375 votos favoráveis e 15 contrários; e, ao segundo turno, com 315 votos favoráveis, 88 votos contra e 5 abstenções.¹³⁹

Já no Senado Federal, a PEC 413/2005 recebeu a numeração PEC 28/2009, sendo computados, no seu primeiro turno, no dia 2 de dezembro de 2009, 54 votos favoráveis, 3 contrários e 2 abstenções; e no seu segundo turno, no dia 07 de julho de 2010, 49 votos favoráveis, 4 contrários e 3 abstenções. Por fim, a mesma foi sancionada no dia 13 de julho de 2010.¹⁴⁰

Deste modo, o texto original, tanto da PEC 143/2005, quanto da PEC 33/2007, previa que o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 teria a seguinte redação “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

Em contrapartida, com a passagem do projeto pelo Senado Federal, houve a supressão da parte final do dispositivo sugerido “na forma da lei”, de modo que foi sancionada a seguinte redação “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Para Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tal modificação é lastreada de enorme significado jurídico. Na visão dos autores, caso viesse a ser aprovada a

¹³⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 33/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em: 16 out. 2013.

¹³⁸ CAMARGO, Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo. A ditadura do divórcio? **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, set./dez. 2012. p. 78.

¹³⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 413/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em: 17 out. 2013..

¹⁴⁰ SENADO FEDERAL. **PEC - Proposta de Emenda à Constituição, nº 28 de 2009**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651>. Acesso em: 16 out. 2013.

redação da forma originalmente prevista, provavelmente a mudança pretendida seria mínima, haja vista que a emenda buscava exatamente desburocratizar o divórcio. Isso porque, seria aberta enorme porta para interpretações diversas da jurisprudência em face da expressão, que foi corretamente suprimida. Ou seja, seria um avanço e um retrocesso ao mesmo tempo, pois retornaria ao mesmo ponto, sem a possibilidade de trazer qualquer avanço para a sociedade.¹⁴¹

5.2 A INTENÇÃO DO AUTOR DO PROJETO

Como discorrido, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) exerceu enorme influência para que fosse alterada o texto do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. De modo a afirmar que, os principais propósitos da Emenda Constitucional nº 66/2010 tenham sido a exclusão da separação judicial, eliminação da discussão da culpa e a retirada da imposição de prazos para que fosse obtido o divórcio.

Com isso, a vontade do legislador tem sido um dos argumentos levantados pela doutrina que defende o fim da separação judicial e extrajudicial do sistema brasileiro.

De acordo com Maria Helena Diniz, na interpretação, deve-se buscar apenas a vontade da lei, que refere-se ao sentido objetivo, e não o querer subjetivo do autor, Tal entendimento decorre da ideia de que, após o ato legislativo, a lei desliga-se do seu elaborador, de modo a ter força e existência própria, as quais independem do seu autor. Portanto, conclui a autora que “deve-se procurar o sentido imanente no texto e não o que seu prolator teve em mira”¹⁴².

Todavia, pela simples leitura da justificativa à PEC 33/2007, apresentada pelo deputado federal Sergio Barradas Carneiro, é possível notar que sua proposta decorre do clamor oriundo da própria sociedade brasileira em facilitar a dissolução

¹⁴¹ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 248.

do casamento, no afã de que o Estado deixasse de adentrar sobre questões íntimas, as quais dizem respeito apenas aos cônjuges e seus familiares, senão, veja-se:¹⁴³

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

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

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

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

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

Além disso, em inúmeros pleitos do deputado Sergio Barradas Carneiro, a fim de que fosse colocada em votação na pauta do dia a sua proposta na Câmara dos Deputados, ele deixa claro o pedido de votação da PEC 33/2007 para que fosse

¹⁴³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº , de 2007 (Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro).** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=450217&filename=Tramitacao-PEC+33/2007>. Acesso em: 16 out 2013.

suprimida o instituto da separação judicial. É possível notar isso nos requerimentos nº 2611/2008, 3305/2008 e 4643/2009.¹⁴⁴

Todavia, Lauane Camargo afirma que:¹⁴⁵

mesmo se considerar-se a *mens legislatoris* ainda assim não há como se afirmar que o legislador queria extirpar a separação do sistema jurídico, pois o projeto inicial da Emenda sofreu alterações e a vontade do legislador, com todo respeito, não se limita apenas a quem apresentou o projeto inicial e sim, a todos que participaram do processo legislativo.

O entendimento trazido pela autora decorre do fato de que, apesar da justificativa, tanto da PEC 413/2005, quanto da PEC 33/2007, trazer explicitamente o objetivo de eliminar a separação judicial e, conseqüentemente, a culpa do sistema jurídico brasileiro, ambos assuntos não foram objeto de discussão dos parlamentares. Tal compreensão foi retirada pela mesma na própria análise dos debates no Congresso Nacional. Em seu entendimento, na Câmara dos Deputados, “quase nada se falou acerca do fim da separação, algo que parece passou despercebido dos nobres deputados, já que as discussões giraram apenas em torno do fim ou não da exigência de separação prévia”.¹⁴⁶ Como consequência disso, a própria ementa da PEC 28/2009, no Senado Federal, não fez referência ao fim da separação judicial. Assim sendo, afirma a autora, que um dos motivos que, por ventura, tenha resultado nesse fato seja exatamente em face de que tal discussão, talvez, poderia ocasionar na impossibilidade da aprovação da própria proposta.

Em sentido contrário, o presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira, em entrevista logo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, afirmou que, em que pese o texto constitucional não tenha dito expressamente a abolição do ultrapassado instituto da separação, este entendimento encontra-se implícito nas discussões e pareceres que serviram de base às votações ocorridas tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal. De modo que, no entender do Instituto Brasileiro de Direito de Família, o qual foi imprescindível para a criação das PEC 413/2005 e 33/2007, “a proposta foi justamente essa: acabar com esse “modelito” da separação judicial, acabar com

¹⁴⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PEC 33/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em: 16 out. 2013.

¹⁴⁵ CAMARGO, Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo. A ditadura do divórcio? **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, set./dez. 2012. p. 79.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 78.

essa dualidade. Porque não se justificam dois processos, dois gastos, dois episódios emocionais”¹⁴⁷.

Assim sendo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, bem como o proponente da PEC 33/2007, Sérgio Barradas Carneiro, que deu andamento a PEC 413/2005, deixam clara a intenção da proposta em buscar o término da separação. Isso implica em dizer que, para os autores da emenda, passa a ser o divórcio a única forma viável para pôr fim ao casamento.

Então, observa-se que uma das fundamentações sobre a permanência ou não da separação judicial após a Emenda Constitucional nº 66/2010 gira em torno exatamente sobre a consideração ou não da intenção do legislador no momento que propôs a PEC.

5.3 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS PARA A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Em decorrência da Emenda Constitucional nº 66/2010, houve alteração do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, de modo a implicar na alteração dos meios possíveis para que possa ser feita a dissolução do casamento.

Como visto, em face da influência da religião e da moral, previa-se a existência de um sistema dualista de dissolução do casamento. Isto é, para que fosse possível um casal ter o seu matrimônio desfeito, era imprescindível, antes de alcançar o divórcio, ultrapassar a fase de separados. Para tanto, restava aos cônjuges separados aguardar o transcurso do tempo de um ano, caso estivesse diante da separação judicial, ou dois anos, se diante da separação de fato, para que então, ingressassem novamente na justiça pleiteando o sonhado divórcio.

Isso porque, estar na condição de separados não é suficiente aos cônjuges que não mais tem interesse em permanecer na relação conjugal, haja vista que a separação apenas põe termo à sociedade conjugal, de modo, que estes permanecem impedidos de contrair novo casamento. Assim, para que este último objetivo fosse alcançado, tornava-se imprescindível o divórcio, que é o instituto, além da morte,

¹⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Liberdade, ainda que tardia. **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, set./out. 2010, n. 64, ano 10. p. 3.

ausência e decretação de nulidade ou anulabilidade do casamento, que põe fim ao vínculo matrimonial.

Ocorre que, não bastando a necessidade de aguardar o transcurso do tempo, estando diante da separação judicial, fazia-se mister a imputação da culpa ao cônjuge responsável pelo fim do casamento.

Deste modo, estas são implicações que permaneciam no sistema brasileiro, em face da existência do sistema dualista. Todavia, em decorrência da mencionada emenda constitucional, objeto do presente trabalho, surgiram diferentes interpretações às formas de dissolução do casamento.

Rolf Madaleno enumera como consequências da Emenda Constitucional nº 66/2010: a) a possibilidade de dissolução do casamento civil diretamente pelo divórcio; b) a não exigência de, para tanto, aguardar qualquer prazo; c) bem como, a desnecessidade de se ultrapassar qualquer questionamento da culpa; c) a eliminação da separação judicial e extrajudicial e; d) o aumento desmedido do número de divórcios.¹⁴⁸

Já, na visão de Maria Berenice Dias, a principal mudança trazida foi o fim da interferência do Estado na vida privada dos cônjuges.¹⁴⁹

Em simples análise, é fácil perceber que, é de tamanho contrassenso o Estado não exigir aos cônjuges o transcurso de qualquer espaço de tempo para que possam pensar se realmente querem casar, sendo que, no momento em que os mesmos decidem acabar com o matrimônio, aquele próprio Estado os impõe a ultrapassagem de um prazo, na condição de separados, a fim de que pensem realmente se querem pôr fim à relação. Com isso, questiona-se, afinal, a quem incube a decisão de pôr fim ao casamento se não apenas aos cônjuges?

Nessa toada, a partir de então, serão expostas as implicações e interpretações trazidas pela doutrina em face da mudança do texto constitucional.

5.3.1 Fim ou Manutenção da Separação Judicial

¹⁴⁸ MADALENO, Rolf. O novo divórcio. **Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, 2006, n.62, ano 5, p. 17

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já!. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: IDP, n. 61, ano 12, ago./set. 2010. p. 227.

O primeiro passo a ser dado diz respeito a compreensão sobre a permanência ou não da separação no sistema brasileiro após a emenda, haja vista que, as demais implicações ocasionadas pela emenda, decorrem exatamente da compreensão desta questão.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, diferentes interpretações foram dadas, de modo a surgir a dúvida no que diz respeito ao divórcio direto. Ou seja, passou-se a discutir se a emenda pôs fim ou não à separação. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, a maior parte dos especialistas entende ser o divórcio o único meio viável para dissolver o casamento, inclusive, trata-se esta da própria intenção da proposição.¹⁵⁰

Na visão de Zeno Veloso, para se chegar a essa compreensão não é possível apenas ater-se a uma interpretação gramatical e literal do texto. Para tanto, torna-se indispensável adentrar-se às questões políticas e sociológicas que ocasionaram na mudança legislativa. Deste modo, explica o autor que, em face das consequências trazidas pelo sistema dualista de dissolução do casamento, quais sejam a burocracia, o aumento de despesas e do número de processos, bem como a situação de desconforto em razão do Estado se intrometer nas angústias pessoais que ocasionaram o fim do relacionamento, fez com que fosse apresentada proposta de emenda à Constituição, objetivando diminuir esse sofrimento e desconforto.¹⁵¹

Afirma, ainda, o autor que “tudo ocorreu às claras, com finalidade bem definida, sem omitir nada e coisa alguma. O que sempre se pretendeu e queria era, realmente, imprimir uma notável alteração neste tema, atendendo a uma aspiração sentida no meio social”.¹⁵² De modo que, o legislador não buscou esconder o objetivo por detrás da PEC. Ou seja, desde o seu início o intuito legislativo buscava o divórcio como único e bastante instituto jurídico capaz de dissolver o relacionamento do casal. Além disso, na própria justificativa da PEC 28/2009, bem como nos pareceres dos relatores e nos debates das votações, era evidente a intenção de simplificar a dissolução. Por conta disso, conclui que, para interpretação do artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, é necessário utilizar como base aspectos históricos,

¹⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Liberdade, ainda que tardia. **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, set./out. 2010, n. 64, ano 10. p. 3.

¹⁵¹ VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o que Restou do Passado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister. v. 38, set./out. 2010. p. 57 *passim*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 57.

sociológicos, finalísticos e teleológicos. Assim sendo, não pôde chegar a outra compreensão senão a de que tanto a separação judicial, quanto a extrajudicial estariam abolidas do nosso sistema jurídico. Como derradeiro, impõe-se apenas ao divórcio a incumbência de, simultaneamente, romper a sociedade conjugal e extinguir o vínculo matrimonial.¹⁵³

Na mesma linha, Maria Berenice Dias acrescenta que tal mudança foi um avanço no sistema jurídico, bem como da sociedade, haja vista que pôde proporcionar o atendimento ao princípio da liberdade e o respeito a autonomia privada dos envolvidos. Ademais, a autora é segura em afirmar que “qualquer outra conclusão transformaria a alteração em letra morta”¹⁵⁴.

Seguindo o mesmo caminho da interpretação histórica e lógico-sistemática, Dimas Messias de Carvalho afirma que:¹⁵⁵

Numa progressão lógica e sistemática, desde a Constituição Federal de 1934, as Constituições Brasileiras assumiram em seu texto as hipóteses de dissolução da sociedade e depois do vínculo conjugal. A partir da indissolubilidade do casamento (CF, 1934) o legislador constitucional evoluiu sistematicamente para introduzir e depois facilitar o divórcio, até excluir a separação judicial e permitir o divórcio sem causa e prazos na recente EC nº 66/2010.

Por fim, o autor conclui que a separação judicial foi abolida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual tinha como intuito exatamente este objetivo, em razão da não recepção da legislação ordinária que trata sobre a matéria no novo texto constitucional. Isto é, a separação judicial, na sua visão, foi excluída, em face do não tratamento da matéria na mencionada emenda. Além disso, não pode-se argumentar que houve uma omissão da separação judicial, pois a proposta de emenda tinha como objetivo claro a sua exclusão.¹⁵⁶

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também entendem pelo fim da separação judicial. Todavia, utilizando como base a justificativa da ocorrência da inconstitucionalidade superveniente das normas legais ordinárias. Ou seja, em face

¹⁵³ VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o que Restou do Passado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister. v. 38, set./out. 2010. p. 56 *passim*.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev., atual. e apl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 294.

¹⁵⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. Caso concreto: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. **JUS – Revista da Associação Mineira do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n. 23, jul./dez. 2010. p. 87.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 88 *passim*.

do novo preceito constitucional decorrente da alteração promovida pela emenda, a legislação ordinária acabaria por perder a sua validade e, conseqüentemente, tornando-se inconstitucional, tendo em vista que não se compatibiliza materialmente com a nova ordem jurídica constitucional.¹⁵⁷

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que a afirmação de que a separação impõe vantagem sobre o divórcio, no que diz respeito ao momento da reconciliação, pois não dependerá da realização de novo casamento, demonstra-se uma alegação falsa, haja vista que o número de separados que retornam ao matrimônio são ínfimos. Portanto, ensejam os autores que a separação não deverá ser mantida no ordenamento brasileiro, justamente, em razão de sua inutilidade prática.¹⁵⁸

Além disso, o novo texto constitucional, na visão dos autores, produz eficácia plena e imediata desde a sua promulgação. Com isso, a partir de então, estaria extinta a separação, bem como os prazos para o divórcio. Assim sendo, consideram o divórcio um direito potestativo. Ou seja, para o exercício do pedido de divórcio, o sujeito independe de autorização de quem quer que seja, inclusive, do Estado.¹⁵⁹

Ademais, propõem que, aquele casal que visa implementar um tempo de reflexão para o aprimorar a ideia do divórcio, em caso de dúvida, não é necessário defender a manutenção da separação judicial somente para tanto. Isso porque a separação de corpos tem o condão de produzir “todos os efeitos jurídicos que decorriam, outrora, de uma separação, como a cessação do regime de bens do casamento, extinção dos deveres recíprocos, término do direito sucessório, dentre outros”¹⁶⁰.

Por outro lado, não é possível atestar definitivamente o fim da separação judicial, em face de alguns argumentos levantados por determinados doutrinadores, senão, veja-se:

Elpídio Donizetti afirma que, em razão da primazia da busca da felicidade pessoal, houve a alteração da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 66/2010, trazendo, por consequência, o fim do divórcio por conversão. Todavia, em

¹⁵⁷ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57 *passim*.

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v.6. p. 422.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 424 *passim*.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 428

sua visão, a partir de tal mudança, não é possível afirmar que houve a extinção da separação judicial e extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro. Para o autor chegar a esse convencimento, o mesmo realiza uma série de questionamentos. O primeiro deles é que, como é sabido por todos, o divórcio propõe apenas dissolver o vínculo matrimonial e a sociedade conjugal; enquanto que a separação mantém intacto o vínculo matrimonial, embora destituindo a sociedade conjugal. Deste modo, estando diante de uma situação em que um casal busque uma forma mais branda de dissolução do elo que os une, especialmente, a separação judicial, estariam estes impedidos de utilizá-la?¹⁶¹

A priori, é possível chegar ao questionamento sobre quem teria o intuito de se separar ao invés de se divorciar exatamente logo agora, após a entrada em vigor da supramencionada emenda, a qual aniquilou os prazos para a propositura do divórcio, como defende em consenso toda a doutrina. Contudo, não se pode olvidar que a sociedade brasileira é plural e, como bem observa Álvaro Villaça Azevedo, “podem os cônjuges preferir sua separação judicial, por exemplo, os católicos, à moda da separação temporal admitida pelo Código Canônico”¹⁶².

Conforme pronunciamento de Dom Geraldo Lyrio Rocha, presidente da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, sobre a aprovação em primeiro turno na Câmara de Deputados da PEC 33/2007, “mesmo que a legislação do país permita o divórcio, para a igreja, o divórcio não é permitido de forma alguma. A Igreja reafirma a insolubilidade e a estabilidade do matrimônio”¹⁶³.

Por outro lado, Zeno Veloso rebate tal argumento, afirmando que este não merece prosperar em face de que, como visto, após a Proclamação da República em 1889 e com a separação entre Estado e a Igreja, considera-se celebrado o matrimônio a partir do casamento civil.¹⁶⁴

Todavia, é possível se deparar com a situação de um casal católico fervoroso que conceba o entendimento proferido por Dom Geraldo Lyrio Rocha; ou então, a

¹⁶¹ DONIZETTI, Elpídio. A EC. n. 66/2010 e sua repercussão no processo civil. In: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p.364 *passim*.

¹⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Emenda Constitucional do Divórcio. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Editora Magister, v. 39, nov./dez. 2010. p. 93.

¹⁶³ ROCHA, Dom Geraldo Lyrio *apud* GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

¹⁶⁴ VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o que Restou do Passado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister. v. 38, set./out. 2010. p. 58.

situação de um casal que esteja buscando tão somente um tempo de reflexão para analisar se o divórcio seria a medida mais adequada para solucionar a crise conjugal. Deste modo, conclui-se que o questionamento levantado anteriormente por Elpídio Donizetti merece prosseguir, em razão de tratar de assunto atinente somente aos cônjuges, sendo alheios à sociedade.

Assim sendo, o autor levanta alguns fundamentos que justificam a separação judicial e extrajudicial como procedimento facultativo, conforme serão analisados posteriormente.

Todavia, antes disso, o mesmo levanta as seguintes considerações a fim de que fosse possível alcançar aquela conclusão, quais sejam: a) Em primeiro lugar, aponta o autor que a nova redação do artigo 226, § 6º da Constituição Federal, em decorrência, inclusive, da retirada no Senado Federal do trecho “na forma da lei”, previsto inicialmente na PEC 33/2007, dá à norma eficácia plena, ou seja, a norma tem aptidão a produzir todos os efeitos desde o momento que entrou em vigor. Por consequência, tudo o que for incompatível a ela, desde então, perderá a sua validade. Em contrapartida, essa conclusão não é aplicável para justificar o fim da separação em face do que disciplina o artigo 1517 do Código Civil de 2002. b) Justamente em razão da redação do mencionado dispositivo do Código Civil, deve ser feita a ponderação se o inciso III do mesmo vai de encontro ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal. Caso entenda que sim, presume-se a extinção da separação judicial e extrajudicial. Contudo, se a resposta for negativa, permanecerá a separação de direito no ordenamento jurídico, por não existir qualquer incompatibilidade.¹⁶⁵

Feitas as devidas considerações, o autor parte para análise das fundamentações que sustentam a permanência do instituto da separação.

Deste modo, afirma Elpídio Donizetti que, em que pese a emenda tenha trazido a possibilidade do divórcio imediato, de modo a ser possível celebrar o casamento hoje e pedir o divórcio amanhã, haja vista superada a ultrapassagem de prazos para perquirir esse pleito, bem como da discussão a quem se deu a culpa pelo fim do matrimônio, não é possível alegar que a separação judicial e extrajudicial tenham

¹⁶⁵ DONIZETTI, Elpídio. A EC. n. 66/2010 e sua repercussão no processo civil. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p.365 *passim*.

sido prescritas. Como citado anteriormente, a título de exemplo, em razão de uma sociedade pluralista, é desarrazoado retirar o direito de escolha de um casal, por motivos religiosos e filosóficos, em optar pela separação. Para tanto, o autor aponta como base a este fundamento o fato de que:¹⁶⁶

conquanto previsto na Constituição Federal de 1934, o desquite não foi expressamente mencionado nas Constituições de 1937, 1946 e 1967, o que, no entanto, não levou ninguém a defender que, por não estar contemplado expressamente no texto constitucional, o instituto houvesse sido abolido.

Em outras palavras, o autor quis dizer que, ao mesmo passo que a separação judicial e extrajudicial deixaram de ser previstas expressamente na Constituição Federal de 1988, em decorrência da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, o desquite também não foi previsto expressamente nas Constituições de 1937, 1946 e 1967. Todavia, tal fato não serviu de escusa para justificar a sua inexistência na época. Nessa esteira, a alegação de extinção da separação judicial e extrajudicial, justificando-se apenas em face da ausência de previsão expressa na Constituição Federal, não procede.

Acrescenta-se, ainda, Daniela Rodriguês que não é possível o Estado impedir o casal da escolha em estabelecer um tempo de reflexão, na qual será promovida o amadurecimento da ideia de pôr fim em definitivo ao vínculo que os unia. Isso, justamente, em face de que, uma decisão apressada, na sua maioria dos casos, poderá trazer consequências desastrosas, em razão de que não foram muito bem arquitetadas, sopesando o seu pro e o contra. De forma que, porventura, poderá ocasionar no arrependimento. Portanto, a separação judicial poderá servir como um período de reflexão, a fim de se evitar uma decisão impensada.¹⁶⁷

Arelado a isso, como segundo argumento, em razão do princípio da autodeterminação afetiva, é imprescindível constatar como direito dos cônjuges a opção de escolha entre apenas dissolver a sociedade conjugal, como medida branda, e extinguir o vínculo matrimonial que os unia. É possível chegar a esse

¹⁶⁶ DONIZETTI, Elpídio. A EC. n. 66/2010 e sua repercussão no processo civil. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 368.

¹⁶⁷ RODRIGUÊS, Daniela Rosário. A emenda constitucional nº 66/2010 e o divórcio realizado em cartório. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 149 *passim*.

entendimento em razão de que, a tão defendida autonomia da vontade dos cônjuges para regular a forma e o tempo em que se dará o divórcio, deverá, também, ser tutelada para resguardar a livre vontade de escolha por optar pela separação. Se este não for o entendimento utilizado, cairá por terra toda argumentação do intervencionismo mínimo do Estado na esfera familiar. Tratando-se, portanto, de um avanço e um retrocesso simultâneo, conforme afirma o autor:¹⁶⁸

A supressão do instituto da separação não significa avanço, como alardeiam alguns afoitos juristas, mas inadmissível retrocesso, porquanto acaba por restringir o espaço de movimentação dos cônjuges, o que malfere, diretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua conformação infraconstitucional.

Compartilhando este mesmo argumento, Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf, acrescentam que a supressão da separação judicial como oportunidade ao casal implica no desrespeito ao direito fundamental à liberdade previsto no artigo 5º, VIII da Constituição Federal de 1988, haja vista que:¹⁶⁹

a eliminação da separação judicial importaria em violação a esse direito fundamental, uma vez que os seguidores da religião Católica ficarão privados do direito à regularização de seu estado civil, uma vez que o Direito Canônico admite a separação com permanência do vínculo conjugal, mas não admite do divórcio.

Outro argumento suscitado pelo autor é que, conforme preceituam os artigos 1571 do Código Civil de 2002 e 2º da Lei 6515/77, atendo-se a uma interpretação de acordo com o texto constitucional, há a previsão de que a sociedade conjugal poderá ser desfeita, dentre outras formas, por meio da separação judicial ou do divórcio. Isto é, em que pese a sociedade conjugal diferir do vínculo matrimonial, em razão de objetivar consequências distintas, não há que se falar em confronto algum com a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Isso porque a emenda, nos termos de Elpídio Donizetti, “somente autorizou a dissolução

¹⁶⁸ DONIZETTI, Elpídio. A EC. n. 66/2010 e sua repercussão no processo civil. In: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 369 *passim*.

¹⁶⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. In: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 131.

imediate do casamento pelo divórcio, sem a necessidade do preenchimento de condições prévias”¹⁷⁰.

Arnoldo Wald e Priscila Fonseca afirmam que, embora a imposição da ultrapassagem de alguns requisitos, desde a inserção pela primeira vez do divórcio no Brasil, tenha se mostrado desnecessária, não é notório afirmar que a possibilidade de escolha da separação tenha sido abolida através da emenda constitucional nº 66/2010. Isso porque, antes de tudo:¹⁷¹

a Emenda Constitucional é expressa ao estabelecer que o casamento civil “pode” ser dissolvido pelo divórcio e não que “somente pode” ser dissolvido pelo divórcio, o que não elimina as demais formas de término da sociedade conjugal, estabelecidas pelo art. 1.571 da lei civil, quais sejam morte, nulidade ou anulação do casamento e separação judicial.

Ademais, afirmam os autores a impossibilidade de certificar com precisão a extinção da separação judicial, em face de que, a emenda não proporcionou revogação expressa dos dispositivos infraconstitucionais que tratam sobre a matéria; bem como que, a manutenção da separação judicial como opção aos cônjuges, simultaneamente, com a possibilidade do divórcio imediato, não implica entender em incompatibilidades de institutos, haja vista que, ambos sempre coexistiram no ordenamento jurídico brasileiro, além de objetivarem consequências distintas. Tanto é que, com o divórcio, há a dissolução ao mesmo tempo da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, enquanto que a separação é a única forma de se desfazer a sociedade conjugal, mantendo intacto o vínculo que os une.¹⁷²

Corroborando no mesmo sentido Mário Luiz Delgado ao afirmar que:¹⁷³

Do ponto de vista estritamente formal, é claríssimo que a supressão decorrente da EC 66 refere-se apenas aos requisitos para o divórcio (*prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos*), e não à existência de um procedimento (judicial ou extrajudicial) para a dissolução da sociedade conjugal)

¹⁷⁰ DONIZETTI, Elpídio. A EC. n. 66/2010 e sua repercussão no processo civil. In: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 368.

¹⁷¹ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p. 216.

¹⁷² *Ibidem*, p. 215.

¹⁷³ DELGADO, Mário Luiz. **A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1297>>. Acesso em: 17 out. 2013.

Isto é, conforme o mencionado autor, a única contradição entre a nova redação da Constituição Federal e os dispositivos infraconstitucionais dizem respeito somente à imposição de prazos para a decretação do divórcio. Além disso, acrescenta o autor a reflexão de que, se considerar que a separação judicial passou a ser extinta em razão de que a Constituição Federal de 1998 deixou de discipliná-la expressamente, importa em dizer que o mesmo se deu com a separação de fato. O que não se pode compreender por gerar uma situação de insegurança jurídica para aqueles que encontram-se na situação de ausência de convivência marital, simultaneamente, sem ter feito o pedido de divórcio.

Por fim, nota Elpídio Donizetti, como quarto e último fundamento, a interpretação literal. Utilizando-se desta, é possível observar que a emenda supracitada não trouxe qualquer inovação sobre as hipóteses de dissolução do casamento, haja vista que a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 apenas diz que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. É possível depreender da simples redação atual que a antiga redação do dispositivo trazia a mesma ideia, qual seja, que o divórcio trata-se de uma das modalidades de pôr fim ao matrimônio. Contudo, a diferença está no fato de que antes era imprescindível passar, seja pela separação judicial, seja pela separação de fato, para se alcançar o divórcio. Enquanto que, hoje, não há mais a previsão destes requisitos.¹⁷⁴

Ultrapassados estes argumentos, defende o autor que “não se pode dizer, peremptoriamente, que a separação restou abolida do ordenamento brasileiro, porquanto, (...), podem os cônjuges optar pela sua utilização”.¹⁷⁵ Todavia, de acordo com o mesmo, a alteração promovida pela emenda constitucional nº 66/2010, tanto para que dê a separação judicial, quanto para o divórcio, foi a desnecessidade de análise da culpa, bem como a ultrapassagem de qualquer lapso temporal. Assim sendo, não se está aqui defendendo a manutenção da separação judicial e extrajudicial como requisitos para a decretação do divórcio, mas apenas como opção para aqueles que tem interesse na sua utilização.¹⁷⁶

¹⁷⁴ DONIZETTI, Elpídio. A EC. n. 66/2010 e sua repercussão no processo civil. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 369.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 371.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 370 *passim*.

Acrescenta-se, ainda, que na V Jornada de Direito Civil foi aprovado o enunciado 514 em interpretação ao art. 1.571 do Código Civil de 2002, afirmando que “a Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”¹⁷⁷.

Seguindo tal entendimento, decisões foram feitas nesse sentido, conforme observa-se, a título de exemplo, a seguir:¹⁷⁸

Ementa: DIVÓRCIO DIRETO. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO REQUISITO TEMPORAL PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional, que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Com ressalva do entendimento pessoal de que somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderia ser afastada, estou acompanhando o entendimento jurisprudencial dominante neste Tribunal de Justiça e admitindo abrandar a questão relativa aos prazos legais. Recurso provido.

Apesar das considerações delineadas, é imperioso acrescentar que, no dia 26 de novembro de 2013, na Câmara dos Deputados, foi aprovado o texto principal do projeto do novo Código de Processo Civil. Dentre os destaques, volta a ser previsto a separação judicial como meio opcional ao casal que não quer fazer uso do divórcio direto.¹⁷⁹

Pautando-se sobre o argumento de que o legislador quis extinguir a separação judicial e, por conta disso, deixou de prevê-lo expressamente no § 6º do artigo 226

¹⁷⁷ V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJP, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJCoedi/jornadascej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/vjornadadireitocivil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

¹⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70044794840, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 27 set. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=%28Apela%E7%E3o+C%EDvel+N%BA+70044794840&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

¹⁷⁹ BRESCIANI, Eduardo. **Novo Código de Processo Civil passa na Câmara**. O Estadão de São Paulo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,novo-codigo-de-processo-civil-passa-na-camara,1101048,0.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

da Carta Magna, com a aprovação do novo Código de Processo Civil nos termos em que se encontra atualmente, cairá por terra toda a lógica utilizada. Ou seja, essa nova previsão vai de encontro todo o argumento defendido pela parte da doutrina em defesa do fim da separação judicial. Ao contrário, mais do que nunca, atestará que a separação judicial subiste sim junto ao divórcio no nosso ordenamento, como opção ao casal.

É importante notar que nenhum autor deixa de compreender a inexistência da separação de fato e da separação de corpos. Inclusive, alguns autores, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, defendem a imposição destes como alternativa para justificar o tempo de reflexão.

Como bem nota Dimas Messias de Carvalho, os fundamentos utilizados pelos doutrinadores em face da interpretação da alteração promovida com a Emenda Constitucional nº 66 são todas consistentes e que devem ser levadas em consideração. Portanto, a questão não será pacificada até que ocorra o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou ocorra alguma alteração legislativa.¹⁸⁰

5.3.2 Perquirição da Culpa

De acordo com Pedro Roberto Decomain, em decorrência da Emenda Constitucional nº 66/2010, qual seja a retirada da separação judicial como requisito do divórcio, não há mais a figura da separação judicial. Isso se deu em prol de dar total liberdade ao divórcio. Todavia, informa o autor a impossibilidade de um dos cônjuges, baseando-se no seu simples desejo de pôr fim à relação, fazer uso do divórcio unilateral. Isso porque, se fosse permitido, confrontaria a finalidade do casamento.¹⁸¹

Adentrando-se à explicação do autor, o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 não sofreu modificação pela mencionada emenda, de modo a invocar que, rege em nosso ordenamento jurídico a máxima de que a lei deverá facilitar a

¹⁸⁰ CARVALHO. Dimas Messias de. Caso concreto: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. **JUS – Revista da Associação Mineira do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n. 23, jul./dez. 2010. p. 83.

¹⁸¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. O divórcio, após a Emenda Constitucional n. 66, de 2010. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 90, set/2010. p. 90.

conversão da união estável em casamento. Isto é, para o autor, resta configurado nestes termos o espírito da Constituição visando preservar o matrimônio. Portanto, sugere Pedro Roberto Decomain que seria demasiado contrassenso a Constituição dar primazia ao casamento, inclusive, com a recomendação de facilitação da conversão da união estável em casamento, sendo que, ao mesmo passo, seria possível promover a ação de divórcio, justificando-se pelo simples desejo de não mais permanecer casado. Deste modo, o divórcio unilateral sem imputação de culpa ao outro cônjuge somente poderá ocorrer se o mesmo for precedido de separação de fato por pelo menos dois anos. Todavia, trazendo um dos cônjuges grave violação a deveres do casamento que importe na insuportabilidade da vida em comum, seria possível se requerer o divórcio a qualquer tempo, por tratar do divórcio sanção.¹⁸²

Assim, da análise promovida pelo mencionado autor, observa-se que o próprio concebe o fim da separação judicial. Contudo, querendo os cônjuges dissolver o matrimônio pela simples livre e espontânea vontade, sem a imputação da culpa ao outro consorte, como consequência, permaneceria vigente os prazos do divórcio por conversão precedida pela separação de fato. Deste modo, em sua visão, abre-se a oportunidade aos cônjuges em facilitar a dissolução do casamento, contudo, não poderá substituir em um mesmo pedido de divórcio a desnecessidade de ultrapassagem de prazo e da discussão da culpa. Caberá ao cônjuge escolher entre discutir a culpa e não esperar qualquer prazo para que se dê o divórcio; ou então, aguardar o transcurso de dois anos de separação de fato para que não se discuta a culpa. Caso não seja levado em consideração este entendimento, afirma o supracitado autor que, ensejaria na atitude de abandono do cônjuge, o que por via reflexa, implicaria na grave violação aos deveres conjugais, “permitindo ao outro que formule pedido de divórcio desta feita com a feição do divórcio sanção”¹⁸³.

Portanto, na visão do autor, a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 não importa no fim da discussão da culpa. Tanto é que a mesma permanece e, sendo esta discutida para que se promova o divórcio no caso concreto, não será necessária a ultrapassagem do decurso de tempo na condição de separados de fato. Todavia, o mesmo compreende pelo fim da separação judicial

¹⁸² DECOMAIN, Pedro Roberto. O divórcio, após a Emenda Constitucional n. 66, de 2010. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 90, set/2010. p. 122 *passim*.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 123.

Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf defendem que a consequência empreendida pela emenda constitucional nº 66/2010 diz respeito tão somente à retirada da separação judicial como requisito para que fosse possível o divórcio, bem como a eliminação de prazos para a propositura da ação de divórcio. Contudo, com isso, não se quer dizer que houve a extinção da separação judicial e extrajudicial. Ao contrário, ambas persistem no sistema jurídico brasileiro, em razão de tratar de um direito fundamental a liberdade de escolha, inclusive, com a possibilidade de se discutir ou não a culpa.¹⁸⁴

Isto é, ambos autores compartilham da mesma ideia defendida por Pedro Roberto Decomain, qual seja, a possibilidade de discussão da culpa. Entretanto, utilizam como base fundamento distinto, além disso, ao contrário daquele autor, defendem pela manutenção da separação judicial .

Afirmam, primeiramente, que a facilitação do divórcio decorreu da resposta ao clamor social por este objetivo, de modo, a concretizar, como consequência, os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade de manifestação de vontade dos cônjuges. Desta feita, os autores aplaudem essa nova conquista produzida pela emenda, em razão de que “os entraves para a realização do divórcio em uniões já ceifadas pelo desamor, pelo desinteresse, pela intolerância, e até pela já reunião em outro vínculo afetivo em nada ajuda na reconciliação do casal”¹⁸⁵.

Contudo, os autores defendem a necessidade de permanência da discussão da culpa, justamente, em face de que a investigação da culpa debruça-se sobre o aspecto do descumprimento de deveres conjugais. De certa feita, caso seja constatada a sua ocorrência, poderá se afastar, por exemplo, o possível pagamento de pensão alimentícia ao cônjuge culpado. Ademais, a violação ao dever conjugal traz consequências civis, de modo a implicar na reparação de danos morais e materiais causados ao consorte lesado. Portanto, reconhece-se, assim, a

¹⁸⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. In: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 125 *passim*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 126

necessidade de apuração da culpa, em razão de interesses jurídicos, por detrás do divórcio, a serem tutelados.¹⁸⁶

Lauane Carmargo defende que a emenda constitucional nº 66/2010 concedeu aos cônjuges a liberdade em escolher entre a separação e o divórcio, todavia, em seu entendimento, permanecem a separação como um direito ao cônjuge, tal como a possibilidade de discussão da culpa, senão, veja-se:¹⁸⁷

Qualquer ferrenha defesa pelo fim da separação e, ainda, pelo fim da culpa vai contra tudo aquilo, com todo respeito, que os grandes civilistas do Direito de família sempre lutaram, isso é, pela prevalência ao princípio da autonomia privada, pelo direito a dignidade, flâmulos estes da tão almejada democracia.

Não obstante, nota-se dos referidos autores o entendimento pela permanência da perquirição da culpa, este posicionamento não é difundido por todos os doutrinadores.

Pautando-se na ideia de que a emenda constitucional, objeto deste trabalho, proporcionou a máxima da liberdade e da autonomia sem interferência estatal como valores da Constituição Federal de 1988, Paulo Lôbo, entende que a permanência da separação judicial em nosso ordenamento não traz muito sentido pela falta de respaldo, além de confrontar os mencionados princípios. Por via reflexa desse entendimento, afirma o autor que, com a nova redação do texto constitucional, estaria de uma vez por todas findada a necessidade de discussão da culpa, bem como do tempo mínimo para o divórcio. Para o autor, a partir de então, onde não é mais imprescindível a comprovação da culpa, acabará por proporcionar uma melhor relação entre os divorciados, assim como proporcionará a melhor tutela dos interesses da criança e dos adolescentes, haja vista que, antes, tal situação era comprometida, em face de que a imputação da culpa ao outro, perante o judiciário, proporcionava ressentimentos.¹⁸⁸

Com isso, afirma o autor que:¹⁸⁹

¹⁸⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. In: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 129 *passim*.

¹⁸⁷ CAMARGO, Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo. A ditadura do divórcio? **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, set./dez. 2012. p. 96.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 152 *passim*.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 154.

A evolução do direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as consequências jurídicas que provocava: a guarda dos filhos não pode ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse deles é quem dita a escolha judicial; a partilha dos bens independente da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais; a dissolução da união estável independe de culpa do companheiro.

A culpa permanecerá em seu âmbito próprio: o das hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento, a saber, a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. A existência da culpa de um dos cônjuges pela anulação do casamento leva à perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e ao cumprimento das promessas feitas no pacto antenupcial (art. 1.564 do Código Civil).

Bianca Ferreira Papin afirma que, com o fim da separação judicial, a maior implicação sociocultural diz respeito a desnecessidade da discussão da culpa pelo fim do matrimônio. De acordo com a autora, a partir da Constituição Federal de 1988, passou-se a perceber que a base e o elo que une os entes da família seria a existência do afeto. Com isso, quando este não mais encontra-se presente em uma relação, surge para os cônjuges, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, a oportunidade de dissolução do casamento, haja vista que a inserção de rigidez no momento da desconstituição deste vínculo implica em reconhecer a existência de casamentos falidos e com sérios conflitos sociais.¹⁹⁰

A duração de um casamento decorre de uma série de questões, dentre elas a existência do amor, comprometimento, respeito e união. De forma que a autora se questiona sobre a possibilidade de imputar apenas a um dos cônjuges a culpa pelo fim do relacionamento, sendo que o casamento é feito a dois. Assim sendo, conclui que a perquirição da culpa “incentiva relacionamentos artificiais e sem base afetiva, que comprometem a formação psíquica dos filhos e a formação dos cidadãos do futuro; além de impulsionar a escalada do conflito entre os cônjuges, alimentando a angústia e o sofrimento”¹⁹¹.

Seguindo o mesmo caminho, Rolf Madaleno, com convicção, afirma que, como consequência direta da alteração constitucional promovida pela emenda, objeto deste trabalho, ocorreu a eliminação da separação judicial e extrajudicial, a impossibilidade do pedido de conversão da separação em divórcio, a inexistência da espera de prazo para o divórcio e a impossibilidade de discussão da culpa. A

¹⁹⁰ PAPIN, Bianca Feereira. PEC do Divórcio Põe Fim à Dissolução sobra a Culpa. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n.59, abr/maio 2010. p. 07 *passim*.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 12.

respeito deste último, assevera “a culpa não existe e nem está atrelada ao divórcio, pois os alimentos são devidos em razão da necessidade, e não da culpa”¹⁹².

Já Rodrigo da Cunha Pereira afirma que, como o intuito da PEC 33/2007 foi justamente abolir a separação judicial, bem como a discussão da culpa, esta não mais existe. Isso porque, a necessidade que existia antes de ter que culpar o outro para justificar o fim do relacionamento, sempre vinha acompanhada da raiva, remorso e vingança. Portanto, trazia problemas sociais, não apenas entre os ex-cônjuges, bem como para os filhos, em razão de que impedia o convívio pacífico entre os pais, comprometendo, portanto, na melhor forma de educação e atenção aos filhos. Desta forma, conforme defende o presidente do IBDFAM, como a discussão da culpa estava prevista no processo de separação e este foi abolido do sistema jurídico brasileiro, então, por corolário, não há mais que se falar em culpa no divórcio. Ao mesmo passo, naquelas situações em que, por exemplo, verifica-se a injustiça do cônjuge ter que pagar alimentos ao outro que cometeu uma série de descumprimentos aos deveres conjugais, o que houve foi o deslocamento da discussão da culpa para o âmbito da responsabilidade civil.¹⁹³

5.3.3. Transcurso dos Prazos

A redação original do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 era “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, de forma que, com a emenda constitucional nº 66/2010, passou-se a afirmar que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Em uma simples leitura, já é possível notar que a principal mudança proporcionada foi a retirada, para que se dê o divórcio, da ultrapassagem pela separação judicial ou da separação de fato. Atrelado a isso, retirou-se a imposição da espera do decurso de tempo.

Segundo Daniela Rodriguês, é inquestionável que, com a nova redação constitucional, o impedimento temporal imposto pelo Estado, que imperou desde a

¹⁹² MADALENO, Rolf. O novo divórcio. **Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, 2006, n.62, ano 5, p. 17.

¹⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Liberdade, ainda que tardia. **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, set./out. 2010, n. 64, ano 10. p. 03 *passim*.

instituição do divórcio no sistema brasileiro, deixou de existir. Como consequência direta de tal mudança foi ofertada ao cônjuge a possibilidade de realizar o casamento hoje e se divorciar amanhã. Destarte, foi retirada do Estado a escolha do momento em que se dará o divórcio.¹⁹⁴

Todavia, parece que Daniela Rodrigues não está sozinha ao defender esse posicionamento. Ao contrário, em análise às mudanças empreendidas, é possível notar um consenso acerca da extirpação de prazo para o divórcio, defendido tanto pelos divorcistas quanto pelos antidivorcistas. Senão, veja-se:

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, em face da inconstitucionalidade superveniente, considera-se extinta a separação judicial e as demais regras legais que a disciplinam. Assim, não há que se falar no prazo de um ano de separação judicial para o divórcio. Ao mesmo passo, como “a decisão de divórcio insere-se em uma seara personalíssima, de pretensão vedada por parte do Estado, ao qual não cabe determinar tempo algum de reflexão”¹⁹⁵, o divórcio passa a ser um direito potestativo. Para tanto, independe da fluência de qualquer prazo em separação de fato para o divórcio direito.¹⁹⁶

Inclusive, é possível observar a existência de decisão neste sentido:¹⁹⁷

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO PRÉVIA. DECURSO DE PRAZO: DESNECESSIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66. APELO PROVIDO. Desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, não é necessária a prévia separação por lapso temporal previsto em lei para a decretação do divórcio direto.

Nota-se assim também:¹⁹⁸

¹⁹⁴ RODRIGUES, Daniela Rosário. A emenda constitucional nº 66/2010 e o divórcio realizado em cartório. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 147 *passim*.

¹⁹⁵ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 59 *passim*.

¹⁹⁷ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Nº 001107110.2009.8.05.0150, Terceira Câmara Cível. Relator: Carlos Alberto Dutra Cintra. Julgado em 15 mai. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=45955>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

¹⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70055359962, Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em 02 jul. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=div%F3rcio+separa%E7%E3o&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=80>. Acesso em: 04 dez. 2013.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL. EMENDA DA INICIAL. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. A Emenda Constitucional n. 66/2010 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal estabelecendo que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", suprimindo os requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou de separação de fato por mais de dois anos. Possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio independente de prazo de separação prévia do casal. Agravo de instrumento provido, de plano.

No mesmo caminho segue Regina Beatriz Tavares da Silva, em defesa à aprovação do enunciado, produzido na V Jornada de Direito Civil, realizada de 8 a 11 de novembro de 2011, no Conselho da Justiça Federal, que afirma que "A EC 66/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial". Justamente, por afirmar que, embora o novo texto constitucional tenha facilitado o divórcio em razão da retirada dos requisitos temporais, permaneceriam os institutos da separação e da conversão da separação em divórcio no ordenamento jurídico.¹⁹⁹

Em contrapartida, Torquato Castro Jr. afirma que, antigamente, denominava-se divórcio direto aquele oriundo da separação de fato por dois anos. Mas, o divórcio pós emenda, então vigente, dispensa a separação de fato como fase intermediária. Ao mesmo passo, afirma o autor que a não mais exigência da separação de fato:²⁰⁰

não proíbe a manutenção de um prazo mínimo para o divórcio consensual, que existe já no art. 1.574 do CC. Tal limite estaria inclusive mais condizente com a tradição do direito pátrio, que é de emprestar resiliência ao matrimônio, evitando iniciativas açodadas, em matéria de tal repercussão pessoal, como ocorre, aliás, na em países como Portugal e Alemanha, que têm notória influência sobre nossa tradição.

Todavia, trata-se este de um posicionamento isolado, não difundido na doutrina, pois a sua grande maioria defende o fim de qualquer decurso de tempo para se fazer o pedido do divórcio.

5.4 DIREITO INTERTEMPORAL

¹⁹⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Leia Enunciado da V Jornada do Conselho da Justiça Federal sobre a Emenda do Divórcio.** Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=295>>. Acesso em: 18 out. 2013.

²⁰⁰ CASTRO JR., Torquato. A emenda constitucional nº 66/2010 e sua repercussão na dissolução extrajudicial do casamento. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010.** Salvador: JusPodvim, 2011, p. 162.

Como delineado anteriormente, a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 refere-se a uma norma de eficácia plena, de modo a produzir efeitos desde a sua promulgação. Portanto, sua vigência iniciou-se em 14 de julho de 2010. A partir de então, para aqueles que defendem o fim da separação judicial no ordenamento jurídico, bem como a não mais exigência da discussão da culpa e decurso de prazo, surgiram dúvidas no que diz respeito às ações de separações judiciais já implementadas, além das situações em que os cônjuges encontram-se em curso as suas separação de fato.

Como César Santos entende que a mudança produzida pela emenda do divórcio se trata acerca do fim da separação, da eliminação de qualquer discussão sobre a culpa, bem como houve a supressão da exigência de prazo para pôr fim ao vínculo matrimonial, defende o autor que:²⁰¹

A aplicação aos processos pendentes de separação poderia sugerir, aparentemente, aplicação retroativa de lei, uma vez que o processo estava em curso quando sobreveio lei nova. Isto, porém, não ocorre. De fato como o processo é um complexo de atos interligados, a aplicação da lei nova aos processos em curso não atinge os atos já praticados. No caso, a lei tendo suprimido a separação judicial ocorrerá simplesmente a conversão da separação em divórcio, com a solução pela dissolução do vínculo conjugal imediatamente, e o prosseguimento dos outros pedidos, eliminando-se a causa petendi de CULPA ou qualquer outro pedido, como, por exemplo, danos morais, porque não comporta tal pedido na nova figura criada pela emenda.

Isto é, defende o autor que a partir de então, não será mais possível discutir nas ações de divórcio a culpa, mesmo que já pendentes. Além disso, será necessário aos cônjuges solicitar o pedido de ação de divórcio, mesmo estando com a sentença de separação transitada em julgado, desta feita, sem a exigência de qualquer prazo. Inclusive, admite César Santos que é possível o juiz realizar a conversão *ex officio* da separação em divórcio. Mas, para tanto, em razão do princípio do contraditório, o juiz deverá intimar as partes para se manifestarem.²⁰²

Maria Berenice Dias, também defensora da extirpação do instituto da separação do ordenamento jurídico, afirma que cabe ao juiz a conversão da demanda da

²⁰¹ SANTOS, César. O Fim da Separação e a Aplicação do Divórcio aos Processos Pendentes (em curso). **Revista Acadêmica de Letras da Bahia**. Salvador: Academia de Letras Jurídicas da Bahia. 2010/2011, n. 16, ano 13/14. p. 66.

²⁰² *Ibidem*, p. 67 *passim*.

separação em divórcio, dando ciências às partes. Todavia, as consequências serão distintas a depender do modo de atuação das partes após a ciência. Explica a autora que:²⁰³

Caso os cônjuges silenciem, tal significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A divergência do autor enseja a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como o juiz proferir sentença chancelando direito não mais previsto na lei. Já o inconformismo do réu é inócuo. Afinal, não é preciso a anuência para a demanda ter seguimento.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona também acreditam que o juiz deverá conceder prazo para as partes converter o procedimento em divórcio. Contudo, não será aplicado ao caso, a regra da vedação constante no artigo 264 do Código de Processo Civil. De modo que, caso as partes se recusem à conversão ou se silenciem, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito, e face da perda do interesse processual proveniente. Já se as partes se manifestarem a favor dentro do prazo, seguirá o andamento do processo do divórcio nos termos do novo divórcio.²⁰⁴

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já!. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: IDP, n. 61, ano 12, ago./set. 2010.p. 227.

²⁰⁴ GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140 *passim*.

6 CONCLUSÃO

A elaboração deste presente trabalho de conclusão de curso teve como propósito solucionar o tema problema atinente sobre a permanência ou não da separação judicial no ordenamento pátrio após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Por conta disso, foi imprescindível entender o contexto histórico da dissolução do casamento no Brasil; compreender a natureza jurídica atual do casamento; refletir sobre a interferência estatal na autonomia privada nas relações familiares, principalmente, sobre a dissolução do casamento; bem como analisar as consequências práticas da nova redação constitucional para a separação e o divórcio.

Com isso, constatou-se que o casamento é um instituto social que pode assumir diferentes conotações a depender do contexto histórico analisado.

Em decorrência de que, hodiernamente, não é mais necessário casar para a formação de uma família, observa-se que, hoje, o casamento encontra-se revertido sob a ótica de um contrato.

É oportuno esclarecer que foi possível também chegar a esse entendimento, em virtude do enorme clamor social que ensejou na aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, decorrente da PEC 33/2007, da autoria de Sérgio Barradas Carneiro em conjunto ao IBDFAM.

Por conta dessa nova redação constitucional, uma parte da doutrina, em defesa da facilitação da dissolução do casamento, passou a profanar que a separação judicial havia sido extinta do ordenamento pátrio. Inclusive, de maneira precipitada, várias decisões foram feitas nesse sentido, de modo a afirmar até que o pedido de separação judicial consistiria em pedido impossível.

Desta forma, fazendo jus da defesa da interferência mínima do Estado na autonomia privada dos indivíduos, especialmente no que tange ao direito de não permanecer casado, no momento logo após a aprovação da emenda, era evidente que a doutrina majoritária defendia o fim da separação judicial. Contudo, com o baixar dos ânimos decorrente da mudança e buscando ater-se a uma perspectiva de certificar a

ausência de revogação expressa, bem como em razão de averiguar inexistência da incompatibilidade em subsistir, simultaneamente, o divórcio e a separação judicial, a outra parte da doutrina que caminha em sentido contrário começou a reacender.

Atrelado a isso, inúmeras jurisprudências foram feitas, conferindo a possibilidade do pedido de separação judicial. Nessa órbita, observa-se que a questão não se encontra pacificada e, ao mesmo tempo, a solução para esta situação mostra-se imprescindível para a sociedade.

Diante do exposto, com base em uma interpretação gramatical e literal do novo texto constitucional, a palavra “pode” e a nova redação do dispositivo corroboram no sentido de que não foi trazido qualquer inovação para as hipóteses de dissolução do casamento.

Isso porque, a separação judicial e o divórcio propõem efeitos distintos. Enquanto no primeiro destitui a sociedade conjugal, mantendo-se intacto o vínculo matrimonial, no outro, simultaneamente, dissolve-se o vínculo matrimonial e a sociedade conjugal.

A separação judicial e o divórcio sempre coexistiram, conforme evidencia-se o artigo 1.571 do Código Civil de 2002. Nesse sentido, não é sensato levar a crer que, somente por ausência de previsão expressa, o mencionado instituto houvera sido extinto. Se esta conclusão for tomada, há se de considerar que o mesmo caminho seguiu a separação de fato. Todavia, não é possível assim constatar, por adentrar-se a uma questão de insegurança jurídica.

O que se observa sem discussão alguma é que essa emenda trouxe como consequência a inexistência de prazo para a separação de fato e a judicial, bem como deixou de ser condição necessária para se ter o divórcio.

É evidente que é de tamanho contrassenso o Estado impor limites à dissolução do casamento, enquanto que na hora do casamento, o mesmo Estado não exige qualquer prazo a fim de que os nubentes pensem realmente se querem casar.

Almeja-se demonstrar que as pessoas são livres. Deste modo, é imprescindível o fim da interferência do Estado sobre a regulação da matéria nessa órbita, haja vista que trata-se de assunto que diz respeito somente aos cônjuges.

Diante disso, entende-se que a consequência da emenda foi oportunizar a utilização do divórcio direto e imediato, sem a necessidade do transcurso de qualquer prazo.

Cabe enfatizar que a aprovação da supramencionada emenda gerou a obtenção menos burocratizada da dissolução do casamento, o que, por derradeiro, implicou na formação de novos arranjos familiares. Por conta disso, essa mudança foi carregada de grande importância valorativa para aqueles casais que estavam presos em relações dissolvidas pelo fim do afeto.

Atrelado a isso, a emenda proporcionou maior economia e celeridade processual, pois, a partir de então, não será mais necessário o ingresso de duas ações, primeiramente com a separação judicial e depois com o pedido de divórcio, bem como não será necessário contratar advogado e pagar as custas processuais por duas vezes.

Ao mesmo passo, diante de uma sociedade plural, é desarrazoado retirar o direito de escolha do casal em optar pela separação judicial. Não é possível deixar de tutelar a minoria somente porque a maioria não irá utilizar do instituto.

Se assim fizer, estar-se-á diante da violação do princípio fundamental da liberdade, previsto no artigo 5º, VIII da Constituição Federal de 1988, e o princípio da autodeterminação afetiva, como opção de escolha dos cônjuges em adotar uma medida mais branda.

Ao mesmo passo que é defendida a autonomia privada para facilitar a dissolução das amarras que unem o casamento já fadado, não é possível ser contraditório e afirmar que a emenda implica na extinção da separação judicial, haja vista que, pela autonomia privada, é possível optar em querer se separar ao invés de divorciar. Se tal compreensão não for levada em consideração, cairá por terra toda argumentação do intervencionismo mínimo do Estado na esfera familiar.

Argumentam-se, ainda, que para assegurar o tempo de reflexão, a separação de corpos persistiria e produziria o mesmo objetivo. Contudo, há de se notar que antes mesmo da emenda, a separação de corpos coexistia junto à separação judicial.

Desta feita, mais uma vez, demonstra-se que não há qualquer inconstitucionalidade, e contradição na permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro como opção ao casal.

Por fim, acrescenta-se que, como o divórcio passou a ser direto, a discussão da culpa deixou de estar atrelada a ele. Por conta disso, houve o deslocamento dessa discussão para o âmbito da responsabilidade civil.

Contudo, ainda persiste a possibilidade de discussão da mesma a fim de tutelar outros interesses jurídicos como o descumprimento de deveres conjugais, objetivando, por exemplo, a desobrigação de pagar pensão alimentícia para o cônjuge culpado, bem como a reparação de danos morais e materiais causados ao cônjuge lesado.

REFERÊNCIAS

ABREU, José. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia privada. **Bahia Forense**. Salvador: Gerência de Impressão e Publicações, v. 22, out./dez. 1983, p.15-33.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.01-22.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n 27, jul./set. 2006, p.279-292.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de Assis. A Inviabilidade da Manutenção da Separação Como Requisito para o Divórcio Frente à Autonomia Privada. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n.59, abr./mai. 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Emenda Constitucional do Divórcio. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Editora Magister, v. 39, nov./dez. 2010.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Nº 001107110.2009.8.05.0150, Terceira Câmara Cível. Relator: Carlos Alberto Dultra Cintra. Julgado em 15 mai. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=45955>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **DECRETO n. 1.144**, de 11 de Setembro de 1861. Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na fôrma das Leis do Imperio, aos das pessoas que professarem religião diferente da do .Estado, e determina que sejam regulados

o registro e provas destes Casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessarias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=64051&norma=79955>> Acesso em: 17 mai. 2013.

_____. **DECRETO n. 181**, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:federal:decreto:1890-01-24;181&url=http%3A%2F%2Flegis.senado.gov.br%2Flegislacao%2FListaPublicacoes.action%3Fid%3D65368%26tipoDocumento%3DDEC%26tipoTexto%3DPUB&exec>> Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Emenda constitucional nº 9**, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: <https://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 08 abr. 2013

_____. **Emenda Constitucional nº 66**, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Lei nº 7.841**, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Lei nº 11.441**, de 4 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 08 abr. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.183.378 – Proc. RS (2010/0036663-8). Recorrente: K. R. O. e L. P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 25 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012>. Acesso em: 01 jun. 2013.

BORGHI, Hélio. **Casamento & União Estável: Formação, Eficácia e Dissolução**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

BRESCIANI, Eduardo. **Novo Código de Processo Civil passa na Câmara**. O Estadão de São Paulo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,novo-codigo-de-processo-civil-passa-na-camara,1101048,0.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p.83-129.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 33/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em: 16 out. 2013.

_____. **PEC 413/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº , de 2007 (Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=450217&ilename=Tramitacao-PEC+33/2007>. Acesso em: 16 out 2013.

CAMARGO, Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo. A ditadura do divórcio? **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, set./dez. 2012.

CASTRO JR., Torquato. A emenda constitucional nº 66/2010 e sua repercussão na dissolução extrajudicial do casamento. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p.155-167.

CNJ. **Navegue pelas fotos e entenda o que mudou com a regulamentação do casamento homoafetivo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24911-navegue-pelas-fotos-e-entenda-o-que-mudou-com-a-regulamentacao-do-casamento-homoafetivo>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

CARVALHO. Dimas Messias de. Caso concreto: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. **JUS – Revista da Associação Mineira do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n. 23, jul./dez. 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português, t.1: parte geral: introdução, doutrina geral e negócio jurídico**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DECOMAIN, Pedro Roberto. O divórcio, após a Emenda Constitucional n. 66, de 2010. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 90, set/2010.

DELGADO, Mário Luiz. **A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1297>>. Acesso em: 17 out. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já!. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: IDP, n. 61, ano 12, ago./set. 2010. p. 226-227.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev., atual. e apl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. A EC. n. 66/2010 e sua repercussão no processo civil. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p.361-395.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família no Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v.6.

_____; _____. **Direito das Famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO, Luciano Lima; MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. A autonomia privada nas relações familiares: o cerceamento do direito ao namoro. **Teses da Faculdade Baiana de Direito v.3**. [S.l.]: [S.n.], 2011. p.227-253.

GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5.

_____; _____. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6.

IBGE. **Registro Civil 2011: taxa de divórcios cresce 45,6% em um ano**.

Disponível em:

<<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2294&busca=1&t=registro-civil-2011-taxa-divorcios-cresce-45-6-um-ano>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

IV Congresso Nordestino de Direito das Famílias: afetividade com responsabilidade. Porto Seguro, 2013.

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

MADALENO, Rolf. O novo divórcio. **Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, 2006, n.62, ano 5, p. 16-17

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p.103-132.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 1.0035.06.082667-0/001. Quarta Câmara Cível. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em: 02 jul. 2008. Disponível em:

<

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. A Obrigação de Permanecer Casado e o Princípio da Liberdade: uma Análise a Partir da Teoria dos Direitos Fundamentais

de Robert Alexy. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 61, ago/set 2010.

PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do Divórcio Põe Fim à Dissolução sobra a Culpa. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n.59, abr/maio 2010.

PATROCÍNIO, Marlus Garcia do. PEC 28/2009 e a Nova Regra para o Divórcio. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 59, abr/maio 2010.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e Separação Judicial no Novo Código Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Liberdade, ainda que tardia. **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, set./out. 2010, n. 64, ano 10.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70055359962, Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em 02 jul. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=div%F3rcio+separa%E7%E3o&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=80>. Acesso em: 04 dez. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70056124670, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 22 ago. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%E7%E3o+corpos&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=20>. Acesso em: 05 dez. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70044794840, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 27 set. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=%28Apela%E7%E3o+C%EDvel+N%BA+70044794840&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

RODRIGUÊS, Daniela Rosário. A emenda constitucional nº 66/2010 e o divórcio realizado em cartório. *In*: LEITE, George Salomão; FERRAZ, Carolina Valença;

LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC n. 66/2010**. Salvador: JusPodvim, 2011, p.139-153.

SANTOS, César. O Fim da Separação e a Aplicação do Divórcio aos Processos Pendentes (em curso). **Revista Acadêmica de Letras da Bahia**. Salvador: Academia de Letras Jurídicas da Bahia. 2010/2011, n. 16, ano 13/14.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SENADO FEDERAL. **PEC - Proposta de Emenda à Constituição, nº 28 de 2009**.

Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651>.

Acesso em: 16 out. 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Leia Enunciado da V Jornada do Conselho da Justiça Federal sobre a Emenda do Divórcio**. Disponível em:

<<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=295>>. Acesso em: 18 out. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: família**. São Paulo: Método, 2008, v.5.

TAUNAY, Alfredo d'Escragolle. **Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.

VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o que Restou do Passado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister. v. 38, set./out. 2010.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, v. 791, set. 2001, p.31-64.

V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJCoedi/jornadascej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/vjornadadireitocivil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

Acesso em: 04 dez. 2013.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5.