



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
SUPERINTENDÊNCIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA
MESTRADO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

ANTONIO CLAUDIO SILVA DE VASCONCELLOS

MARCOS LEGAIS E PROCESSO DE LEGALIZAÇÃO DO
DIVÓRCIO NO BRASIL

Salvador
2014

ANTONIO CLAUDIO SILVA DE VASCONCELLOS

**MARCOS LEGAIS E PROCESSO DE LEGALIZAÇÃO
DO DIVÓRCIO NO BRASIL**

Dissertação apresentada a Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meirelles de Oliveira Santos.

**Salvador
2014**

UCSAL. Sistema de Bibliotecas.

V331 Vasconcellos, Antonio Claudio Silva de.
Marcos legais e processo de legalização do divórcio no Brasil/ Antonio
Claudio Silva de Vasconcellos .– Salvador, 2014.
140 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família
na Sociedade Contemporânea.

Orientação: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

1. Família. 2. Casamento. 3. Divórcio. 4. Separação Judicial.
5. Direitos Fundamentais. 6. Emenda Constitucional. I. Título.

CDU 316.356.2:347.627.2

TERMO DE APROVAÇÃO

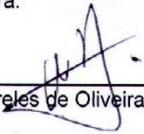
Antonio Claudio Silva de Vasconcellos

“Marcos Legais e Processo de Legalização do Divórcio no Brasil”

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 30 de Julho de 2014.

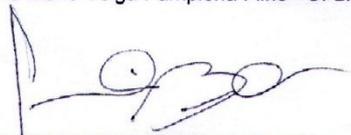
Banca Examinadora:



Dr (a). Edilton Meireles de Oliveira Santos- UCSal
Orientador (a)



Dr (a) Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho - UFBA



Dr (a). Camilo de Lelis Colani Barbosa - UCSal

Dedico esta obra ao meu pai, meus filhos, minha esposa e a todos os amigos que torceram por mim e que colaboraram para esta realizaçãõ.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus e a Santo Antônio, por estarem sempre presentes em minhas jornadas; aos meus pais, Hélio e Zuleica , (*in memoriam*), pelo legado do estudo, dando-me incentivo, amor e compreensão nos momentos mais difíceis; ao meu irmão, Hélio (*in memoriam*), que me mostrou outra face da vida; a Abelídia, esposa, amiga e cúmplice, nas horas boas e ruins, pela compreensão, paciência e solidariedade incondicionais, colaboradora dos meus projetos de estudo e de vida e a quem agradeço também pela família que juntos construímos e da qual tanto nos orgulhamos; ao meu filho, Flávio, pelo carinho e dedicação, e aos meus filhos, Aninha, Leonardo, Rafael e Danilo, amores de um amor pleno e completo. A todos agradeço pela compreensão e apoio manifestados na concessão de tempo concorrente com o lazer.

Aos colegas e mestres pelas indicações bibliográficas, sugestões metodológicas, pelas provocações conceituais e a toda contribuição efetuada ao longo desta trajetória. Aos Professores, Camilo Colani e Rodolfo Pamplona, pelas observações pontuadas no exame de qualificação, contribuindo para o aperfeiçoamento do trabalho.

Por fim, um agradecimento especial ao Professor Edilton Meirelles de Oliveira Santos, pela competência, amizade e por sua disposição em ser meu orientador, o meu muito obrigado.

As pessoas mais felizes são as que conhecem a alegria de trabalhar e estudar. O trabalho e os estudos são os meios pelos quais o homem, ao mesmo tempo em que beneficia outras pessoas e o mundo, beneficia também a si mesmo, progredindo e experimentando uma imensa alegria em seu coração.

Masaharu Taniguch

VASCONCELLOS, Antônio Claudio Silva de. **MARCOS LEGAIS E PROCESSO DE LEGALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL**. 131 f. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) Universidade Católica do Salvador (UCSAL), 2014.

RESUMO

O presente trabalho aborda as inovações e as dificuldades trazidas pela Lei nº. 11.441/2007, especificamente em relação aos divórcios realizados pela via administrativa. Observa-se que o objetivo da citada lei é reduzir o número de processos que tramitam nas varas de família e simplificar o acesso ao direito de pôr fim ao casamento por meio de uma via mais simples e disponível a todos, qual seja, a via cartorária. Desse modo, desde que em conformidade com os requisitos da nova legislação, os interessados poderão comparecer ao cartório de qualquer lugar do território nacional e desfazer o seu vínculo matrimonial. O presente estudo aborda a família e o casamento como os alicerces do Direito de Família e, em seguida, traz a evolução do divórcio no Direito brasileiro, cuja tendência é a sua facilitação e a não manutenção de relações falidas como antigamente, culminando, assim, na “desjudicialização” do divórcio brasileiro, com a promulgação da Lei nº. 11.441/2007. Ainda buscou-se analisar como o instituto da separação judicial foi afetado pela Emenda Nº 66/2010. A breve abordagem sobre a história da dissolução do vínculo conjugal no Brasil ajuda a compreender a empolgação com a referida alteração constitucional. Somente com a Emenda Nº 9 de 1977 foi admitida no Brasil a dissolução do vínculo conjugal. Passados mais de trinta anos da edição da Emenda Nº 9/1977, foi promulgada a emenda Nº 66/2010, a qual suprimiu quaisquer requisitos para a concessão do divórcio. A doutrina arrola uma série de motivos pelos quais teria ocorrido a extinção do instituto da separação judicial. Entretanto, à margem de todo o entusiasmo com a nova norma constitucional, a sua interpretação possibilita perceber que, na realidade, o instituto da separação judicial continua vivo no ordenamento jurídico pátrio, até que seja expressamente revogado por outra lei. Dessa maneira, o principal efeito produzido pela mudança no texto constitucional foi o fim dos requisitos para o divórcio, com a permanência da separação como procedimento opcional.

Palavras-chave: Família. Casamento. Divórcio. Separação Judicial. Direitos Fundamentais. Emenda Constitucional.

Vasconcellos, Antonio Claudio Silva. **MARCOS Y LEGAL DIVORCIO LEGALIZACIÓN DE PROCESOS EN BRASIL.** 131 f. Tesis (Maestría en Familia en la Sociedad Contemporánea) de la Universidad Católica de Salvador (UCSAL), 2014.

RESUMEN

Este documento analiza las innovaciones y las dificultades provocadas por la Ley n. 11.441/2007, específicamente en relación con los divorcios realizados por medios administrativos. Se observa que el objeto de dicha ley es reducir el número de procesos que se mueven en los tribunales de familia y simplificar el acceso al derecho de poner fin al matrimonio a través de una ruta más simple y accesible a todos, es decir, a través de la cartorária. Por lo tanto, ya que de acuerdo con los requisitos de la nueva legislación, los interesados podrán asistir a la notaría en cualquier parte del país y deshacer su matrimonio. Este estudio aborda la familia y el matrimonio como fundamento de Derecho de Familia y luego trae la evolución del divorcio bajo la ley brasileña, cuya tendencia es la facilitación y el no mantenimiento de relaciones fallidas, como antes, culminando así en "desjudicialização" divorcio de Brasil, con la promulgación de la ley. 11.441/2007. Aunque hemos tratado de analizar cómo la institución de la separación judicial se vio afectado por la enmienda N ° 66/2010. Un breve resumen de la historia de la disolución del matrimonio en Brasil ayuda a entender la emoción con dicha enmienda constitucional. Sólo con la enmienda N ° 9 de 1977 fue admitido en Brasil disolución del vínculo matrimonial. Después de más de treinta años de la publicación de la Enmienda N ° 9/1977 fue promulgada la enmienda N ° 66/2010, que abolió cualquier requisito para la concesión del divorcio. La doctrina se inscribe una serie de razones han sido la extinción del instituto de la separación legal. Sin embargo, más allá de toda la emoción con la nueva norma constitucional, la interpretación de esta notificación se establece que, en realidad, la institución de la separación judicial sigue vivo en el sistema jurídico nacional, hasta que sean derogadas expresamente por otra ley. Por lo tanto, el principal efecto producido por el cambio en la constitución era el final de los requisitos para el divorcio, con la permanencia de la separación como un procedimiento opcional.

Palabras clave: Familia, matrimonio, divorcio, separación judicial, derechos fundamentales y Enmienda Constitucional.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO	15
2.1	CONCEITO DE FAMÍLIA	17
2.1.1	Breve resumo: da família tradicional à contemporânea.....	18
2.2	CASAMENTO	19
2.2.1	Conceito e Natureza Jurídica	26
2.2.2	Elementos e Princípios	28
2.2.3	Finalidades	29
2.2.4	Efeitos do Casamento	30
2.2.5	Causas terminativas da sociedade conjugal.....	33
3	DO DIVÓRCIO	37
3.1	CONCEITO.....	37
3.2	A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
3.3	DA CULPA	41
4	ALGUNS ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS NO BRASIL - LEI Nº 6.515/77 E CÓDIGO CIVIL.....	43
4.1	BREVE HISTÓRICO.....	43
4.2	AS SEPARAÇÕES JUDICIAIS	47
4.3	A SEPARAÇÃO LITIGIOSA JUDICIAL.....	49
4.4	A SEPARAÇÃO CONSENSUAL JUDICIAL.....	53
4.5	BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO DIVÓRCIO:	55
5	ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS DA LEI Nº 11.441/2007 - SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL	60
5.1	ANTEPROJETOS QUE INTERCEDERAM A PROPOSITURA DA LEI.....	60
5.2	ARTIGOS DA NOVA LEI.....	63
5.3	ANÁLISE TEÓRICA DA LEI Nº 11.441/2007	65
5.4	AS ESCRITURAS PÚBLICAS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EM SUA PRÁTICA.....	69

5.5	A PETIÇÃO INICIAL - REQUERIMENTO DIRECIONADO AO TABELIONATO.....	70
5.6	A PROCURAÇÃO PÚBLICA.....	71
5.7	ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL.....	75
5.8	ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL COM PARTILHA	77
5.9	ESCRITURA PÚBLICA DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL	78
5.9.1	Escritura Pública de Separação Consensual com Partilha	79
5.9.2	Escritura Pública de Conversão de Separação em Divórcio	80
5.9.3	Escritura Pública de Conversão de Separação em Divórcio com Partilha	80
6	O TABELIÃO, O ASSISTENTE JURÍDICO, A PUBLICIDADE E O ESTADO NAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS	82
6.1	A FIGURA DO TABELIÃO OU NOTÁRIO.....	82
6.2	A FIGURA DO ADVOGADO OU ASSISTENTE JURÍDICO.....	83
6.3	A RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO E O ASSISTENTE JURÍDICO NAS ESCRITURAS PÚBLICAS	84
6.4	O SEGREDO DE JUSTIÇA NAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	87
6.5	O ESTADO E SUAS PARTICIPAÇÕES ATUAIS (CASAMENTO CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL).....	90
6.6	ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL.....	95
6.7	ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL COM PARTILHA	97
6.7.1	Escritura Pública de Separação Consensual	97
7	A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010	99
7.1	AS DECISÕES ATUAIS	111
7.2	OS REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010.....	113
7.3	A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DA SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA Nº 66/2010.....	114
8	CONCLUSÃO	124
	REFERÊNCIAS	126

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais antigos, os seres humanos procuraram se organizar em grupos com escopo de sobrevivência, de proteger-se e de dominar a natureza. Dessa forma, as pessoas foram se agrupando em clãs, tribos, grupos e famílias e estabelecendo entre si normas de convivência.

A estrutura da sociedade está calcada na família. No Brasil até o advento da Constituição de 1988, o conceito de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente atribuía o *status familia* àqueles originados do instituto do matrimônio, ou seja, ligada ao casamento. Contudo, além dessa forma, a Carta Magna de 1988, no seu artigo 226 e parágrafos reconhece como entidades familiares, a União Estável e a Família Monoparental, sendo que atualmente existe a hipótese de outras formas de entidades familiares como: a união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe chefiando (a exemplo de grupos de irmãos, após morte ou abandono dos pais), uniões homossexuais (de caráter afetivo e judicial), uniões concubinárias (quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros com ou sem filhos), além da comunidade afetiva constituída por filhos de criação (sem laços de filiação natural ou adotiva regular). Assim, estabelecer como critério para configuração de uma família a verificação, apenas e exclusiva, de elementos como a consanguinidade e casamento formal e solene, não mais corresponde à realidade social vivida.

Diacronicamente, começando pelo Egito, Babilônia, China, Japão, Judéia e Grécia, observa-se a existência do divórcio, sendo utilizado apenas em casos extremos para alguns povos. Entre os celtas, etruscos, caldeus, partas, trácios e cartagineses, esse instituto sempre foi admitido. Já, na Índia, não é observada a existência do divórcio. Ocorrendo, por outro lado, o repúdio e a substituição de uma mulher por outra.

É, pois, em Roma, que o casamento surge com fontes jurídicas mais disponíveis. Ali ele se encontrava centrado em torno do patriarca e consistia em um ato consensual, privado e contratual, envolvendo união entre uma mulher e um homem e a sanção a qualquer forma de adultério. Com a evolução do instituto, os romanos passaram a permitir o divórcio por vontade unilateral, na forma de repúdio, e até mesmo pelo consentimento mútuo.

Contudo, a partir da Idade Média, a Igreja Católica assume supremacia absoluta acerca dos assuntos relacionados ao casamento, instituindo, desde o princípio, a indissolubilidade do matrimônio. A Igreja Católica admitiu, entretanto, o *divortium quoad thorum et mensam*, sob a forma de separação de corpos, como meio de remediar a situação de indissolubilidade.

Mister salientar que a dissolução do casamento sempre existiu, pois consiste em um recurso às uniões matrimoniais que, por variados motivos, tornaram-se insuportáveis e infrutíferas. Mesmo com a evolução do instituto, a Igreja Católica permaneceu com a doutrina da indissolubilidade do casamento e suas disposições interferiram diretamente no direito brasileiro.

A fonte do casamento no Brasil Colonial era o direito canônico, pois foi a legislação portuguesa que vigorou no país até a instalação do Império. O casamento permaneceu sob o domínio da Igreja, consistindo na única forma legítima de união.

Somente com a República, que consolida a laicização do Estado, o instituto perdeu o caráter confessional e generalizou-se, no Brasil, o casamento civil.

O casamento com o Código Civil de 1916 permaneceu indissolúvel. No entanto, a sociedade conjugal poderia ser dissolvida por meio do desquite (divórcio do direito canônico – Decreto nº 181, de 1890), que impedia aos cônjuges convolarem novas núpcias.

No Brasil, a partir da Constituição de 1967, com o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, foi permitido, de forma tímida e restrita, o instituto do divórcio. Para regulamentar o referido dispositivo constitucional, foi editada a Lei nº 6.515/1977, que passou a disciplinar todos os procedimentos para a efetivação do divórcio, cujo pedido, à época, podia ser formulado por uma pessoa somente uma vez. Assim como a separação judicial, o divórcio constitui causa terminativa da sociedade conjugal. Contudo, possui efeito mais amplo, pois, ao dissolver os liames do vínculo matrimonial, possibilita aos divorciados convolar novas núpcias. É importante ressaltar que a terminologia “divórcio”, para o senso comum e na terminologia jurídica, apresenta dois sentidos. Um das fontes romanas e outro das canônicas. No sentido jurídico utilizado na Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, (art. 2º, parágrafo único, segunda parte, e art. nº 24, primeira parte) divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial, com a conseqüente habilitação dos cônjuges para constituir novo matrimônio. Já, pelo viés canônico – presente na Lei nº 6.515/77, art. 2º, III – consiste em mera separação de corpos, subsistindo o vínculo matrimonial (*foedus matrimonii*) (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 441). Entretanto, os dois institutos, divórcio e separação judicial, afinam-se e se

completam, representando a segunda à antecâmara, o prelúdio para o divórcio, a que se converte por vontade de qualquer um dos consortes (CAHALI, 2005, p. 955).

Assim busca-se explicitar o divórcio e as demais formas de extinção do vínculo conjugal, Além das fases da evolução histórica do divórcio no Brasil, diferenciando sociedade conjugal de vínculo matrimonial aborda-se ainda o conceito, espécies e modalidades da separação judicial na legislação brasileira e, em seguida, seus efeitos. Analisam-se as formas extintivas do casamento ou somente da sociedade conjugal, como a morte de um dos consortes, nulidade ou anulação do casamento e separação de corpos.

Busca-se identificar o significado e o porquê da separação judicial ou de fato como requisito prévio à decretação do divórcio na legislação pátria recente. Inicialmente, o conceito de divórcio é analisado, bem como seus efeitos e modalidades. Em seguida, examina-se a compreensão atual da doutrina sobre a necessidade e utilidade da separação judicial ou de fato à concessão do divórcio. Trata-se do divórcio automático, por meio do qual os cônjuges teriam um ano, depois de decretada a separação judicial ou deferida à medida cautelar de separação de corpos para se dirigirem ao juiz e se reconciliarem. Caso isso não ocorresse, o próprio juiz decretaria o divórcio de ofício.

Por fim, estudam-se os reflexos jurídicos introduzidos no divórcio com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 14 de julho de 2010.

A luta pelo divórcio no Brasil foi árida, longa e tenaz. Doutrinadores e parlamentares apresentaram projetos de lei neste sentido durante trinta anos, salientando-se, entre esses últimos, o senador Nelson Carneiro, que em agosto de 1951, então Deputado Federal, apresentou o seu primeiro projeto de lei considerado divorcista. Embora apenas sugerisse a anulação do vínculo matrimonial cinco anos após o desquite, o projeto foi rejeitado. Seguiram-se novas tentativas em 1952, 1953, 1960, 1975 e por fim, em 1977, aprovava-se a Emenda Constitucional nº 9 que permitiria a promulgação da Lei nº 6.515/77, sendo o marco regulador do divórcio no Brasil.

O Realizar um estudo detalhado e multidisciplinar desse árido processo que é o divórcio no Brasil, abrangendo o período compreendido entre o início do século XX, com a edição do Código Civil Brasileiro em 1º de janeiro de 1916 e o século XXI com a vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010 é o objetivo deste estudo pertencente ao âmbito do Direito de Família, dentro da linha de pesquisa Aspectos Jurídicos de Família.

Inicialmente, estuda-se a origem do casamento sob a égide religiosa em diversas épocas, pois, por muito tempo, o casamento foi regido pelos padrões cristãos, mediante o Direito Canônico, mostrando, ainda, as mutações culturais sofridas com o passar do tempo, buscando transmitir com clareza o significado do matrimônio dentro da sociedade.

Sabe-se que o casamento é um ato normal dentro das relações humanas o qual, com o passar do tempo, cresceu cada vez mais no seu conteúdo jurídico. Com o crescimento desse instituto, o Estado percebeu a necessidade de interferir nas relações pessoais, não só com a vinda do Estado laico, tirando o domínio da Igreja cuja doutrina pregava a manutenção da união “até que a morte vos separe” nas relações da vida privada, mas com o início da sociedade e organização político-urbana, em que o instituto adquire maior relevância social.

No desenvolvimento da dissertação, faz-se necessário ressaltar a importância do casamento e da separação, aprofundando-se na evolução histórica, desde sua origem até a atualidade.

Segundo SIMÃO (2011, p. 65), com a Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio ficou completamente liberado e “revelou-se fonte de possibilidade de busca da realização das pessoas”, pois elas “podem errar e têm o direito de uma nova chance de ser feliz.”

No decorrer da elaboração da trabalho, algumas perguntas devem ser respondidas: A separação de direito foi eliminada do ordenamento jurídico brasileiro? Ainda é possível discutir judicialmente a culpa pelo fim do casamento? Quais os requisitos atuais para propositura da ação de divórcio? Quais os efeitos da Emenda Constitucional 66/2010?

Apresentar a história da evolução do divórcio no Brasil, enfatizando as inúmeras alterações legislativas, desde sua origem até os dias contemporâneos, concernente à diminuição do lapso temporal para obtenção do divórcio é de suma importância para a sociedade, pois irá demonstrar o fortalecimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade no que se refere ao Direito de Família, além da valorização do princípio da intimidade da vida privada.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO

Diversos são os estudos a respeito da família, sobre a sua formação histórica desde as primeiras manifestações até o momento contemporâneo.

Acerca do tema (MALUF, 2011, p.104), destaca que tendo em vista a evolução histórica da família, os primeiros grupos sociais que existiram não constituíram efetivamente a família para os padrões organizacionais tal como esta é conhecida. Muito provavelmente, formaram-se baseados no instinto sexual, pouco importando se essa união fosse passageira ou duradoura, monogâmica ou poligâmica, poliândrico ou poligínico.

Desta sorte, a família aparece como a primeira forma de organização social que se tem notícia. Encontrou no culto religioso seu principal elemento constitutivo, muito valorizado nas sociedades primitivas e gradualmente diluídas nas sociedades mais avançadas (MALUF, 2011, p. 104).

Assim, no estudo da história da humanidade, percebe-se que a entidade familiar é a primeira expressão humana no que se refere à organização social, pois, desde o surgimento do homem, a família existe, ainda que de forma involuntária e natural, tendo como funções básicas à reprodução e a defesa de seus integrantes.

Cristiano Chaves de Farias (2007, p.01) afirma que “não existe dúvida de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos”. De acordo com os relatos históricos, vê-se que desde a origem da civilização, os seres humanos reuniam-se procurando a constituição de uma família, formando-se os chamados agrupamentos humanos sob diversas formas e finalidades.

Sem dúvida, a instituição familiar é mais antiga do que o Estado, até, talvez, do que a própria religião e, conseqüentemente, anterior ao Direito. Nessa linha de pensamento, afirma Euclides Oliveira (2003, p.23): “primeira e principal forma de agrupamento humano, a família preexiste à própria organização jurídica da vida em sociedade, por isso lhe dá origem, sendo considerada a célula *mater* de uma nação. Sua formação decorre, primordialmente, das regras do direito natural, até mesmo pelo fenômeno instintivo da preservação e perpetuação da espécie humana”.

Dessa forma, falar sobre família e sua origem é atentar para a sua mutação, transformando-se de acordo com a época em que está inserida, Porém, falar sobre a família antes da existência do Direito, conforme assinala Eduardo de Oliveira Leite (1994, p.07), é uma tarefa difícil devido à ausência de documentos e fontes materiais que retratem seus primórdios.

Registra-se ainda, que a família permanece como condição de humanização, socialização e matriz da sociedade, mesmo com as transformações e evolução pelas quais passa no decorrer dos tempos, pois é a família berço de surgimento de emoções e novas idealizações, que se modificam a partir dos novos desejos de seus componentes (PETRINI, 2004, p.47).

Dessa forma, devido à variedade de fatores que estruturam a família, é imperativo compreendê-la de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo e espaço cultural.

Alguns teóricos, a despeito de Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p.15), acreditavam que num dado momento histórico, “cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem a todas as mulheres”, ou seja, não havia regras, leis específicas que disciplinassem os vínculos exclusivos entre homens e mulheres.

Disso não discrepa Orlando Soares (1999, p.03), asseverando que a família antiga não representou fator essencial para a procriação humana, justamente em razão de um grande período de promiscuidade vivido na Antiguidade. Entretanto, saliente-se que essa questão da promiscuidade é muito controversa, Aderindo à doutrina contrária à tese da promiscuidade, Caio Mário da Silva Pereira (1997, p.17), que defende a simples existência de certos tabus e impedimentos, afirmando que a exclusividade é característica inerente à essência humana. Nessa mesma linha de pensamento, Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p.21) afirma existir uma relação de parentesco diferente da que se vê hoje, com um pouco mais de liberdade, mas que não atingia o nível da promiscuidade.

O que pode ser verificado então, nos estudos sobre a promiscuidade na relação histórica da família, é que havia uma liberdade maior entre as pessoas, mas não chegava à barbárie da promiscuidade, pois, como conclui Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p.16), desde o início da civilização já existiam alguns impedimentos e tabus, não havendo a promiscuidade que muitos pensadores defendiam.

Nesse contexto, o que se observa é que a família vem, ao longo de décadas, alterando-se e sofrendo influências importantes em cada época, entretanto, a sua evidente importância social permanece inalterada, pois é a família a primeira expressão de sentimento

e interesse entre as pessoas. A família sempre desempenhou um papel fundamental na vida do homem, representando a forma pela qual este se relacionava com o meio em que vivia. (MALUF, 2011, p. 103)

É na formação desse núcleo que se originam as primeiras manifestações de afeto, bem como se consolidam relevantes relações jurídicas de conteúdo material e extrapatrimonial, despertando o interesse em seu estudo em diversos ramos do pensamento científico (GAGLIANO E PAMPLONA, 2014).

Assim, a família é muito mais que a um casamento estabelecido entre um homem e uma mulher. Família é comunhão de afetos, troca de amparo e responsabilidade.

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

A dificuldade de conceituar família consiste em entendê-la como algo mais que uma associação de pessoas. Em geral, nega-se que a família seja meramente constituída pelo contrato, que sua base seja o interesse. Na sociedade moderna, há uma valorização dos sentimentos e das afinidades que unem o casal, demonstrando uma recusa em considerar que os interesses possam reinar nos relacionamentos de família (SIERRA, 2011, p. 31).

Na opinião de Gagliano e Pamplona (2011, p. 36), o conceito de família reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social.

Os mesmos autores (2011, p. 45) conceituam a família genericamente como um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes.

Singly define a família contemporânea como "conjugal, relacional e individualista". Conjugal, por sua natureza restrita, centrada no casal com ou sem filhos; relacional, por enfatizar as relações e não as "coisas" (bens familiares); e individualista, por enfatizar a individualidade e a autonomia dos indivíduos.

A família é um espaço de afetos privados. A afetividade é o núcleo vital e, por assim dizer, o elemento conceitual essencial no delineamento dessa instituição (RODRIGUES, 2012, p. 42). Portanto, da análise do conceito atual de família, é prevalente a ideia de afetividade.

Isso também ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, na própria Constituição, que eleva o afeto a valor jurídico como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma como a Constituição americana elevou a felicidade como norte magnético de toda uma sociedade (RODRIGUES, 2012, p. 42).

2.1.1 Breve resumo: da família tradicional à contemporânea

A família tradicional, compreendida através dos esquemas do modelo patriarcal, representava exatamente o que deveria ser deixado para trás. Nesse ambiente cultural, a família era definida como o lugar da reprodução de uma mentalidade conservadora, contrária à revolução, à militância política e às inovações culturais (DONATI, 2008, p.15).

Segundo, Donati (2008, p.18) a família encontra-se especialmente nessas últimas décadas, em constante mudança, por participar dos dinamismos próprios das relações sociais. Até a função própria da família, como a de procriar, pode ser atualmente desempenhada por laboratórios de fecundação assistida, sem a necessidade de relação sexual entre o homem e a mulher.

As várias mudanças sociais nas sociedades contemporâneas têm exercido fortes influências que abalam esse grupo social, porém não quer dizer que a família está em vias de desaparecer ou diminuir a sua importância, está sim numa fase de transição que pelas mudanças observadas deixa de corresponder às ideias estabelecidas no passado de um grupo social imutável e com uma estrutura fortemente enraizada, pois a realidade vivida nos dias de hoje não pode ser comparada à realidade de décadas passadas, pois hoje se vive num tempo muito mais dinâmico, tudo acontece de forma mais rápida e complexa. Aumentou-se a liberdade, mas também a insegurança quer no âmbito profissional ou das relações.

Com aumento gradual dos estudos e investigações acerca da família, verificaram-se fortes mudanças nesse grupo social. Surgem novos tipos de família, ou seja, novas famílias compostas de formas que a sociedade não estava habituada a observar. Assim, surgem as famílias monoparentais, que compreendem um adulto (pai ou mãe) a viver com o(s) filho(s), as famílias recompostas que reagrupam pelo menos um membro do casal que é divorciado com

filhos a outro membro também com filhos de outra relação, e as famílias homossexuais que buscam afirmação jurídica.

A primeira página do Jornal *New York Times*, na edição de 23.12.2013, destaca: “Famílias têm o perfil redefinido. Pais do mesmo sexo. Casais que moram juntos. Imigrantes. Parentes voluntários. A família tradicional está mais diversa do que nunca”.

Para Gagliano e Pamplona (2011, p. 51), a simples observação da realidade que nos cerca permite ver, que, neste momento, reconhecido como de “pós-modernidade”, há uma variada gama de arranjos familiares que se enquadram na tutela jurídica constitucionalizada da família, com os olhos voltados para um evidente e contínuo de dessacralização e despatrimonialização do Direito de Família.

Como podemos observar, a família contemporânea é marcada pela diversidade dos arranjos familiares, pela dinâmica de seus relacionamentos, pela indefinição dos papéis sexuais, pela redução da autoridade dos pais, pelo aumento da mobilidade afetiva e do divórcio.

Em síntese, apesar de todas as mudanças, a família não deixou de ser uma instituição. A família é mais do que o casamento, pois mesmo com o divórcio, a referência familiar se mantém pela responsabilidade dos pais com os filhos (SIERRA, 2011, p. 89).

"A família de hoje não é mais nem menos perfeita do que aquela de ontem: ela é outra, porque as circunstâncias são outras"

Émile Durkheim

2.2 CASAMENTO

O objetivo deste item é o estudo do instituto do casamento no ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua evolução histórica, para uma compreensão acerca da intervenção do Estado e da religião na sua esfera, bem como o seu conceito, natureza jurídica, elementos, finalidades e efeitos.

Ainda, as causas terminativas da sociedade conjugal também serão abordadas, com enfoque na separação judicial e no divórcio, abordando a morte de um dos cônjuges, anulação ou nulidade do casamento, mas atentando para a impossibilidade de se esgotar o assunto.

Diante da importância da Constituição Federal como instrumento garantidor e efetivador dos direitos fundamentais, torna-se essencial examinar como a questão da família vem sendo abordada nas constituições brasileiras, com enfoque à família conjugal, para o fim de evidenciar como os fenômenos sociais repercutem de forma direta nos limites da proteção constitucional destinada à família.

A Constituição imperial de 1824, sob a perspectiva do contexto mundial no qual se inseria, detinha um caráter eminentemente político e não intervencionista, razão pela qual seu enfoque era regular a divisão de poderes e limitar o exercício do poder, sem abordar aspectos sociológicos, culturais e sociais em suas disposições. Ela não regulamentou a estrutura familiar em sentido amplo ou restrito do núcleo familiar em seus dispositivos, mas tão somente a família imperial no que tange às regras de sucessão dos poderes enquanto dinastia. (OLIVEIRA, 2002, p. 31).

De acordo com Nahas (2006, p. 65), a par dos aspectos supramencionados, há que se considerar que a religião católica era a religião oficial do Brasil e que, por força das leis civis, incumbia ao Direito Canônico regulamentar questões referentes ao casamento.

Merece destaque mencionar que:

No âmbito do Direito Canônico, é a família considerada pelas Escrituras como entidade de direito divino. Para a Igreja, a família tem origem exclusivamente no casamento, instituição criada por Deus e elevada à categoria de sacramento, com a finalidade de santificar a união indissolúvel do homem e da mulher, visando não à satisfação da concupiscência pelo congresso sexual, mas também, e principalmente, à procriação e educação da prole (GOMES, 1993, p. 120).

Entretanto, novas crenças foram introduzidas no Brasil, motivando a elaboração da Lei n. 1.144, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1.863, em que se permitiu o casamento de pessoas acatólicas de acordo com os preceitos das suas respectivas religiões, o que, por sua vez, deu mais impulso à instituição do casamento civil (DINIZ, 2007, p. 49).

Com o advento da República, o matrimônio veio a perder o seu caráter religioso, sendo que por meio do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, foi instituído o casamento civil no Brasil, destituindo, assim, o matrimônio religioso de qualquer valor jurídico (DINIZ, 2007, p. 50).

A Constituição de 1891, a primeira do Brasil República, foi elaborada para adequar-se à nova ordem ideológica e política na qual se inseria, portanto, implantou o

federalismo sob a forma presidencialista de governo e o sistema de tripartição de poderes (NAHAS, 2006, p. 66).

No seu diploma, estabelecia que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”, o que resultou na propagação do casamento civil, celebrado de forma paralela ao religioso, que passou a ocorrer de acordo com o interesse e consciência de cada indivíduo (DINIZ, 2007, p. 50). Entretanto, a retirada do casamento religioso das normas jurídicas que regiam um país em que a maioria das pessoas eram católicas resultou em uma nítida divisão de opiniões, entre aqueles que apoiavam o clero e sustentavam que a população deveria continuar casando somente na igreja e de outros que defendiam o casamento perante o Estado, como a única maneira para se contrair o casamento e constituir família de acordo com o ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 2002, p. 38).

Consigna-se que essa Constituição finalizou o Estado religioso e seus reflexos ao posicionar-se no sentido de que casamento laico é o único legal, restando ainda característico em seus dispositivos o caráter patriarcal da família, validando apenas os homens como detentores do direito de exercer a cidadania, tendo em vista que eram considerados os únicos cidadãos eleitores do país (OLIVEIRA, 2002, p. 37).

Ainda sob a regência da Constituição de 1891, foi elaborado o Código Civil de 1916, Lei 3.701 de 01/01/1916, o qual regulamentou as questões relativas à família, ainda que com caráter essencialmente patrimonialista. Proclamava que o principal efeito do casamento era a criação da família legítima; em contrapartida, aquela estabelecida fora do casamento, denominada de concubinato, possuía restrições quanto ao modo de convivência (GONÇALVES, 2009, p. 12).

Mantinha o patriarcado como uma de suas principais características, tendo em vista que não havia igualdade entre os sexos, cabendo ao homem ser o chefe da sociedade conjugal, representante da mulher, podendo ainda exigir a sua obediência. Consigna também que, em razão da sociedade da época constituir-se de uma base eminentemente agrária, o casamento deveria ser visto como um negócio em que não havia a escolha afetiva por parte dos consortes, mas um ajuste entre os patriarcas de cada família, o regime matrimonial dotal com enfoque na procriação e transmissão de propriedade (NAHAS, 2006, p. 68-70).

Verifica-se que, ainda que o Código Civil de 1916 tenha confirmado o rompimento com catolicismo, este se deu tão somente do ponto de vista formal, tendo em vista que permaneceu o dogma do casamento indissolúvel, a família originária como a socialmente

aceita, bem como os demais princípios, costumes e fundamentos do Direito Canônico em relação ao casamento civil normatizado (NAHAS, 2006, p. 72).

Como se nota, ainda que com a mudança no ordenamento jurídico, a resistência preponderou a inovação, razão pela qual o instituto do casamento permaneceu influenciado pela religião e seus preceitos.

Em um contexto de decadência do modelo liberal puro, diante de revoluções no âmbito nacional e crises de ordem mundial, a sociedade clamava por uma nova ordem política, econômica e social, a qual a Constituição de 1934 contemplou ao representar a transição do liberalismo clássico capitalista para o intervencionismo do Estado (OLIVEIRA, 2002, p. 43).

O Constitucionalismo passa de formal a material, no qual se busca não somente a efetivação dos direitos individuais e políticos, mas também os direitos sociais, que contemplam o direito à proteção da família (NAHAS, 2006, p. 72).

Entretanto, verifica-se que a proteção do Estado à família limitava-se à união matrimonial indissolúvel, sem enfoque em um conceito substancial da família, mas tão somente no ato pelo qual ela se constituía (OLIVEIRA, 2002, p. 48).

A referida Constituição permitiu que se atribuisse ao casamento religioso efeitos civis, desde que não se contrariasse a ordem pública ou os bons costumes, fossem observados os preceitos determinados por lei, e ainda, houvesse inscrição no registro civil (OLIVEIRA, 2002, p. 50).

A Constituição de 1937 não trouxe grandes inovações no âmbito familiar, sendo que merece destaque a retirada da possibilidade de atribuição de efeitos civis aos casamentos religiosos, bem como a imposição de determinadas mudanças ao abordar a necessidade de educação da prole, a colaboração do Estado às famílias carentes e ainda, a igualdade entre filhos naturais e legítimos (OLIVEIRA, 2002, p. 52).

Com o término da Segunda Guerra Mundial, houve a queda dos regimes totalitários, sendo que o enfoque no contexto nacional era o resgate da democracia, em que se buscava firmar um sistema de garantias constitucionais para assegurar os interesses da coletividade e dos indivíduos, estabelecer princípios norteadores às instituições basilares da sociedade, como a família, bem como assegurar os denominados direitos sociais (OLIVEIRA, 2002, p. 55).

A Constituição de 1946 foi direcionada nesse sentido, entretanto, no que se aplica à família, as mudanças não foram significativas, tendo em vista que permaneceram atreladas ao

casamento civil com vínculo indissolúvel e voltou a prever a possibilidade de registro civil do casamento religioso, a qual havia sido suprimida pela constituição anterior (NAHAS, 2006, p. 77).

Sob a regência desta Constituição se verificou a amenização do patriarcado, pois ao ser editada a Lei 4.121 de 27/8/1962, o “Estatuto da Mulher Casada”, a mulher casada passou a ser excluída do rol dos relativamente incapazes e passou a ter mais independência sobre seus atos, ainda que de forma parcial, pois o homem permanecia com direitos exclusivos como o de direção da sociedade conjugal. Os dispositivos do referido diploma evidenciavam o seu conservadorismo nos mais variados aspectos (NAHAS, 2006, p. 78).

Ademais, o surgimento da família de fato, aquela constituída sem a celebração do casamento, de igual modo, foi de encontro às disposições legais e dogmas religiosos, razão pela qual, ao ser cada vez mais rejeitada no meio social, foi levada ao Poder Judiciário, o qual após inúmeras decisões a respeito editou a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal em 11-5-1964, que dispunha: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (NAHAS, 2006, p. 78).

No ano de 1964, houve um golpe de Estado no Brasil, de cunho predominantemente militar, o qual, por meio da criação dos Atos Institucionais, determinou que o Congresso Nacional se reunisse para a elaboração de uma nova Constituição, ainda que este não tivesse legitimidade para tanto (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 436).

Com a promulgação da Constituição de 1967, no que se refere à família, a extensão da proteção constitucional resultou inalterada, tendo em vista que manteve o casamento religioso com efeitos civis e a indissolubilidade do vínculo conjugal (OLIVEIRA, 2002, p. 69).

Cumpr-se verificar que, mesmo com todas as mudanças sociais ocorridas, marcadas pela amenização do patriarcado, bem como pela busca da efetivação dos direitos sociais e de um sistema de garantias constitucionais, a indissolubilidade do vínculo conjugal e a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso mantiveram-se presentes no ordenamento jurídico, delineando a tradicional resistência às inovações que coadunavam com os fatos sociais da época.

Posteriormente, ocorreu a apresentação da Emenda Constitucional n. 9/1977, a qual suprimia o princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal, bem como determinava os parâmetros da dissolução, que seria regulamentada por lei ordinária. A referida emenda foi objeto de grandes debates no âmbito nacional, em razão de que recebeu uma intransigente

oposição do clero, o qual afirmava que seria o fim da família brasileira. Contudo, a emenda resultou aprovada e, conforme se constatou com o passar do tempo, a família brasileira não sofreu abalos em virtude da sua aprovação (OLIVEIRA, 2002, p. 70).

Sobreveio a Lei n. 6.515 de 26/12/1977, a nominada “Lei do Divórcio”, qual regulamentou as causas, prazos e procedimentos para dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Ainda que abolida a indissolubilidade, as imposições relativas ao procedimento e as causas evidenciam a intenção do legislador em manter o casamento constituído, inclusive em detrimento da vontade dos próprios cônjuges, visto que o juiz poderia negar a dissolução do vínculo caso não vislumbrasse motivos para tanto (NAHAS, 2006, p. 83).

Na década de 70, a sociedade civil começou a mobilizar-se com a finalidade de alcançar a redemocratização do país, que incluiria a elaboração de uma nova Constituição, por meio de Assembleia Constituinte, bem como a realização de eleições diretas para Presidente. Em 1-2-1987, a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada sob a regência do Presidente do Supremo Federal para a elaboração da Constituição Federal, que recebeu inúmeras contribuições da sociedade, resultando em um avanço notável para o direito de família, embora o conservadorismo não tivesse atingido a evolução social (NAHAS, 2006, p. 84).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, determinou-se que o casamento fosse civil e gratuita sua celebração, e ainda, que o religioso possuísse efeito civil, nos termos da lei (DINIZ, 2007, p. 51).

Acerca da nova Carta Magna, Gonçalves destacam:

A Constituição Federal de 1988 absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos. Assim, o art. 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição. O segundo eixo transformador encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derrogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.

Os dispositivos de caráter patriarcal, relativos à desigualdade dos cônjuges na administração da sociedade conjugal e no exercício do poder familiar, bem como aqueles que diferenciavam a filiação entre legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos e adotivos, resultaram revogados pela Constituição de 1988, a qual buscou instituir uma nova ordem em relação à família (NAHAS, 2006, p. 85).

Após todas as mudanças sociais ocorridas, com o crescente número de uniões informais e as novas disposições trazidas pela Constituição Federal de 1988, houve a aprovação do Código Civil de 2002, no qual reconheceu-se e contemplou-se a realidade familiar em que os vínculos de afeto prevalecem à verdade biológica (GONÇALVES, 2009, p.18). De acordo com (PEREIRA, 2004, p. 39), assim que declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, eleva-se a família socioafetiva, a responsabilidade de ambos os pais no exercício do poder familiar, a não discriminação dos filhos, e ainda, o reconhecimento da família monoparental.

O referido diploma legal ampliou o conceito de família, tendo em vista que disciplinou no seu texto a união estável como entidade familiar, bem como destinou um de seus títulos para regulamentar o direito pessoal e outro para o direito patrimonial da família, nos quais destacou a igualdade dos consortes, vedou a interferência das pessoas jurídicas de direito público na vida em comum instituída pelo casamento, além de regulamentar o regime do casamento religioso e seus efeitos (GONÇALVES, 2009, p. 18).

De igual modo, reduziu os impedimentos matrimoniais e propôs as causas suspensivas, em lugar dos impedimentos impedientes ou meramente proibitivos; normatizou a exigência de homologação e habilitação do casamento pelo juiz; diminuiu a capacidade matrimonial do homem para 16 (dezesesseis) anos; previu o casamento por procuração mediante instrumento público, com validade restrita a 90 dias; regulou a dissolução da sociedade conjugal, no qual revogou de forma tácita as normas de caráter material da Lei do Divórcio, mantidas as de caráter procedimental; atenuou o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento, e ainda, facilitou o registro civil do casamento religioso (OLIVEIRA; HINORAKA, 2006, p. 10).

Verifica-se, portanto, que os dispositivos legais relativos ao casamento sofreram inúmeras mudanças com o passar do tempo, tendo em vista a necessidade de adequação ao progresso da sociedade na qual regula. A mudança de conceitos básicos que atualmente delinea a flexibilização dos costumes, valores e inúmeras concessões como justificativa da quebra de paradigmas, configura uma situação favorável ao aumento das separações entre os cônjuges.

A concepção do matrimônio como núcleo da vida afetiva, da proteção pessoal e familiar, não possui mais a mesma força no meio social, em que o divórcio já não é mais vislumbrado como fracasso ou frustração (DIAS, 2010, p. 13).

Permite-se que, em primeiro plano, figure o afeto, o qual legitima relações e faz com que, quando ausente, possa prevalecer a busca da felicidade e realização pessoal de cada um

dos consortes, fato este que resulta no rompimento do casamento como instituição destinada à durabilidade e permanência.

Em resumo, verifica-se que diante de um contexto histórico marcado por influências religiosas, patrimonialistas e patriarcais, o casamento se estruturou na legislação brasileira como um instituto basilar na formação da família, bem como da dinâmica sociedade na qual se insere.

2.2.1 Conceito e Natureza Jurídica

O casamento é um instituto com uma gama de conceitos, os quais são extremamente discutidos, tendo em vista que envolve um alicerce formador da sociedade, a entidade familiar. Assim, diante de toda dinamicidade da sociedade e por consequência, da entidade familiar, a realidade de cada época delinea seus próprios conceitos, os quais àquelas se ajustam.

Para Barbosa (2006, p.01), o casamento, é uma das relações humanas reconhecidas pelo Estado como formadora da família, apresenta múltiplos aspectos que transitam dos sentimentos ao patrimônio.

O casamento como instituição, por sua vez, deriva de um sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual e laico, Gagliano e Pamplona (2011, p. 110).

Acerca das definições de casamento propostas, verifica-se que muitas ainda encontram-se influenciadas pela religião, que alçava o matrimônio como sacramento, sendo um ato solene de cada parte. Contudo, diante da imperiosa normatização que configura o Estado como laico e da atual igualdade assegurada pelo ordenamento jurídico, (GONÇALVES, 2009, p. 22) sustenta-se que o casamento se trata de um negócio jurídico que une e estabelece regras a duas pessoas de sexos diferentes.

Merece destaque a afirmação de que:

O negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p. 121).

O casamento atualmente reveste-se de uma noção de contrato, tendo em vista que é celebrado entre duas pessoas, homem e mulher, de forma igualitária, que aspiram à formação de uma entidade familiar por meio da comunhão de vidas, nos termos da lei.

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem as relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestar em mútua assistência (RODRIGUES, 1999, p. 18 apud VENOSA, 2006, p. 43).

No que tange à natureza jurídica do casamento, diversas correntes surgem na busca de um consenso para sua definição, contudo, este ainda não foi alcançado. A concepção contratualista do século XIX, também chamada de individualista ou clássica, emergiu como uma reação à tendência religiosa que atribuía a ideia de sacramento ao casamento, para vislumbrá-lo como um contrato, em que a validade e eficácia vinculavam-se somente a vontade dos consortes.

Dessa forma, era possível a dissolução do contrato por meio de um distrato, desde que com mútuo consentimento (GONÇALVES, 2009, p. 24).

Em resposta à concepção contratualista, surgiu a teoria institucionalista ou supraindividualista, a qual preceitua que o casamento é uma instituição social, no sentido de que a lei estabelece, entre outros aspectos, a sua forma, normas e efeitos, ainda que a vontade dos contraentes seja o princípio que faça surgir a relação (MONTEIRO, 2004, p. 13).

Atualmente, o casamento, devido à liberdade contratual conferida aos nubentes, inclusive no que concerne à sua dissolução pela separação e divórcio, possui, hoje, características que o aproximam de um contrato, do que de instituição (BARBOSA, 2006, p.58).

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 115) não concordam com a corrente de pensamento contratualista e os seus argumentos expendidos, pois têm firme ideia de que o casamento é um contrato especial de Direito de Família.

Diante da controvérsia estabelecida, sobreveio a concepção de que o casamento possui natureza eclética ou mista, constitui-se um contrato de direito de família e ao mesmo tempo, trata-se de uma instituição. Faz-se o casamento por meio de contrato de direito de família, conforme sua celebração e concepção matrimonial, entretanto, o registro civil é que lhe confere existência jurídica e efeitos civis, estes resultantes do próprio instituto (MIRANDA, 1947, p. 94). Denomina-se, desta forma, pois se inicia com a livre manifestação de vontade das partes e, em ato contínuo, realiza-se a celebração, que constitui ato privativo do Estado por seus

representantes, assim como seus demais aspectos fundamentais, os quais são regulados por meio de normas de ordem pública (RODRIGUES, 2003, p. 5).

Logo, por todos os argumentos apresentados, tem-se que a corrente que indica ter o casamento natureza mista é a mais assertiva, tendo em vista que o casamento reveste-se de uma noção de contrato, pois é celebrado entre um homem e uma mulher, os quais por um ato volitivo optam pela comunhão de vidas e a consequente formação de uma estrutura familiar, bem como de instituição, em virtude de que sua celebração e diretrizes principais encontram-se reguladas pela lei.

2.2.2 Elementos e Princípios

Acerca dos elementos que caracterizam o casamento, constata-se que é um ato pessoal, o qual assegura a liberdade do nubente em manifestar sua vontade, pessoalmente ou por meio de procurador com poderes especiais, para decidir a respeito da pessoa do sexo oposto com quem se casará.

Consigna-se que se trata de um ato solene, em virtude das formalidades que o envolvem como o processo de habilitação e publicação dos editais, seguidos pela cerimônia de celebração e o registro no livro próprio, atos estes que visam conferir segurança, seriedade e validade a sua realização (GONÇALVES, 2009, p. 27).

Convém por oportuno, ressaltar que, para o matrimônio, se exige a diversidade de sexos, além de que estabelece a comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (GONÇALVES, 2009, p. 28).

Além disso, o casamento é regulado por uma legislação de ordem pública, que se encontra acima das convenções dos nubentes (DINIZ, 2007, p. 42), e que, por meio de normas, impõe uma organização em consonância com as regras e costumes do Estado e da sociedade que o compõe.

Ademais, trata-se de um negócio jurídico puro e simples, tendo em vista que não comporta termo ou condição (GONÇALVES, 2009, p. 28).

Em linhas gerais, os três princípios que norteiam o casamento são a livre união dos futuros cônjuges, a monogamia e a comunhão indivisa. A livre união dos futuros cônjuges preceitua que é por meio da manifestação de sua vontade, desde que capazes, que se compõe o

casamento, afastada a possibilidade de substituição dos seus consentimentos. Já o princípio da monogamia impõe o regime da singularidade, no qual se entende que a entrega mútua só é possível no matrimônio monogâmico. Por fim, o princípio da comunhão indivisa determina a valorização da moral dos consortes, que se unem por meio do matrimônio, para criar uma plena comunhão de vidas entre si (DINIZ, 2007, p. 42, apud GOMES, 1978, p. 65).

Para alguns doutrinadores, a monogamia não é um princípio, e sim, um valor moral.

2.2.3 Finalidades

As finalidades do casamento são múltiplas e variam de acordo com a visão jurídica, religiosa, filosófica ou sociológica empregada.

Segundo o direito canônico, as finalidades resumem-se na comunhão de vida e de interesses, como a procriação e educação da prole, a mútua assistência e satisfação sexual dos consortes (VENOSA, 2007, p. 27).

Sobre o tema, salienta Gonçalves (2009, p. 30):

A principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, conforme prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002, impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistencial.

Ao discorrer sobre o que define a família, Barros (2002, p. 8) afirma que é um afeto especial que conjuga duas ou mais pessoas, de forma íntima, para uma vida em comum. É o sentimento de afeição decorrente do convívio diuturno, em razão de uma origem ou destino comum, que delinea o afeto conjugal.

Já Borghi (2005, p. 43) enuncia que segundo o direito positivo, o matrimônio tem como finalidade criar a família e estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Ademais, na ideia de criação da família, encontra-se ínsita a de prole, a qual caracteriza a educação dessa mesma prole como finalidade também, além da coabitação, assistência mútua, respeito e consideração recíprocos.

Em que pese alguns autores sustentem a prole como finalidade do casamento, este entendimento não merece prosperar, tendo em vista que se caracteriza como uma finalidade

pessoal de cada consorte, sendo dispensável para constituir o matrimônio, bem como para formação da família. Registre-se que, atualmente, a união estável, ainda que sem filhos, é reconhecida como entidade familiar, razão pela qual não há como vincular a noção de família àquela constituída pelo casamento e com o fim de ter a prole.

Constata-se, diante das finalidades acima elencadas e conforme expõe Coelho (2006, p. 23), que as três principais motivações dos cônjuges para o casamento estão relacionadas com a existência do amor, a gratificação sexual e a organização da vida, a qual contempla a comunhão da vida e a criação dos filhos.

2.2.4 Efeitos do Casamento

Consignam-se, como efeitos do casamento, uma série de consequências que repercutem no âmbito social, nas relações econômicas e pessoais dos consortes, bem como nas relações entre pais e filhos, as quais resultam em direitos e deveres que são regulados por normas jurídicas e destinados a ambos.

Para uma melhor compreensão acerca dos efeitos do casamento, Diniz (2007, p. 124) classifica-os em efeitos jurídicos de ordem pessoal, os quais se dividem em direitos e deveres de ambos os cônjuges, igualdade nos direitos e deveres gerados às partes e ainda, direitos e deveres dos pais para com os filhos; de ordem patrimonial aqueles relacionados com os direitos e deveres na ordem patrimonial, assim como aqueles advindos das relações econômicas entre pais e filhos; e, por fim, os efeitos sociais, que estão ligados à criação da família matrimonial, o estabelecimento do vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro, emancipação do consorte menor de idade e ainda, a constituição do estado de casado.

O casamento estabelece entre os cônjuges a sociedade conjugal e o vínculo conjugal. A sociedade conjugal remete aos deveres do casamento, os quais são considerados seus efeitos de ordem pessoal, como a vida em comum no domicílio, assistência, respeito, consideração e fidelidade mútuas, e ainda, de sustento, guarda e educação dos filhos. Já a vinculação matrimonial entre duas pessoas de sexos diferentes, além de resultar no estado familiar de cônjuges, o qual remete à existência dos direitos e obrigações

supramencionadas, enquanto não rompido, impede que os cônjuges constituam novos vínculos conjugais (DINIZ, 2007, p. 73).

A fidelidade conjugal é um dever determinado por lei aos cônjuges, o qual se inspira na comunhão plena de vida e impõe aos cônjuges a exclusividade das prestações sexuais, tendo em vista o caráter monogâmico do casamento e as bases fundamentais da família (GONÇALVES, 2009, p. 174).

A violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatória (Gagliano e Pamplona, 2011, p. 286).

O matrimônio requer coabitação e está se caracteriza pelo imperativo dos cônjuges em viverem juntos no domicílio conjugal (DINIZ, 2007, p. 130). Contudo, há entendimentos no sentido de ser indispensável o exercício sexual dos consortes para a caracterização do referido dever, conforme discorre Álvaro Villaça de Azevedo (apud DINIZ, 2007, p. 130) mesmo que isso não constitua a essência do matrimônio, tendo em vista que a própria legislação autoriza o casamento de pessoas idosas que não se encontram mais aptas para prestar o débito conjugal. Salienta-se ademais, que o dever de vida em comum no domicílio também é relativo, pois há casos em que não é possível a coabitação física, como o exercício da profissão dos consortes em localidades diferentes, evidente, por exemplo, na carreira de oficial da marinha (DINIZ, 2007, p. 130).

Dessa forma, a coabitação evidencia-se como um dever relativizado, tendo em vista que em determinadas situações se torna inviável por circunstâncias alheias e das mais variadas possíveis, razão pela qual de fato, não é determinante para manutenção do estado de casado.

O dever de zelar nas situações adversas e compartilhar interesses com o outro consorte, em conjunto com a prestação de assistência material, a qual contempla necessidades como a de alimentação, vestuário e transporte entre outras, compõem o dever de mútua assistência. Abrange a assistência moral, delineada pelo companheirismo e auxílio mútuos, especialmente nas dificuldades (GONÇALVES, 2009, p. 77).

Logo, vislumbra-se o dever de mútua assistência como um complexo de necessidades as quais se impõem para que ambos os cônjuges se auxiliem, o que por sua vez caracteriza a mútua assistência.

O respeito e a consideração mútuos pressupõem zelo pela dignidade e a honra do outro consorte e da família, os quais são apreciados conforme as condições e ambiente da vida do casal, assim como as circunstâncias de cada caso (DINIZ, 2007, p. 133).

Porquanto se conclui que não há como fixar parâmetros inalteráveis acerca do dever de respeito e a consideração entre os cônjuges, razão pela qual diante de cada caso concreto e levando-se em conta o contexto no qual se insere, é que se verifica a sua aplicabilidade.

Os efeitos jurídicos de ordem patrimonial envolvem questões relativas a vínculos econômicos, consubstanciados nos regimes de bens; nas doações recíprocas; no dever recíproco de sustento, bem como da prole; no direito sucessório, entre outros (GONÇALVES, 2009, p. 170).

Sobre os efeitos sociais do casamento, Diniz (2007, p. 125) discorre que o principal é a constituição da família matrimonial, a qual é pautada pela livre decisão do casal no planejamento familiar, sendo defeso intervir na comunhão de vida instituída pela família. Aborda também o estado de casados que os consortes adquirem com o matrimônio, o qual constitui uma espécie de identificação perante a sociedade e incumbe a ambos os encargos da entidade familiar.

Em que pese a constituição da família pelo casamento ser um ato volitivo de cada consorte, os seus efeitos não se restringem ao próprio âmbito familiar, vão além, alcançando a sociedade na medida em que a família constituída a compõe e insere-se no seu contexto.

Ao discorrer sobre os direitos e deveres do casamento, Cahali (2005, p. 57) complementa mencionando a existência de efeitos evidenciados pela doutrina e jurisprudência que se baseiam na moral conjugal segundo um modelo de conduta social conceitualmente aceitável, os quais são considerados implícitos, em razão de que a lei não os impõe, mas contempla em institutos distintos e regulados em partes diversas do Código. Consigna-se que o casamento estabelece vínculo de afinidade entre cada consorte e os parentes do outro, emancipa o cônjuge de menor idade, confere direito hereditário ao cônjuge sobrevivente, autoriza acrescer a um cônjuge o sobrenome do outro, assim como, assegura determinadas vantagens de cunho pessoal e patrimonial, contidas na legislação dos servidores, da assistência e previdência sociais.

2.2.5 Causas terminativas da sociedade conjugal

A sociedade conjugal pode terminar quer em virtude de determinados vícios ou defeitos anteriores à celebração do casamento, quer os que lhes sejam simultâneos; ou ainda, por fatos naturais ou voluntários que lhe sejam posteriores, em que a sociedade conjugal termina ante a impossibilidade de sua manutenção (CAHALI, 2005, p. 58)

O Código Civil dispõe as causas do término de forma taxativa no seu art. 1.571, *in verbis*:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.

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

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

A morte de um dos consortes termina a sociedade conjugal e dissolve o vínculo do casamento, o que, por sua vez, permite que o cônjuge vivo convole novas núpcias, salvo a viúva até dez meses depois do começo da viuvez, para o fim de evitar a ocorrência de conflitos no caso de eventual paternidade (CAHALI, 2005, p. 58).

O referido diploma dispõe no seu art. 1.571, § 1.º, que “o casamento só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto o ausente”. Refere-se o legislador no art. 6º do Código Civil, quanto à dissolução do casamento apenas na hipótese de morte presumida por meio de sentença e com declaração judicial de ausência, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva, a qual produz efeito de morte real no sentido de tornar irreversível a dissolução efetivada, ainda que o ausente retorne. Quanto ao prazo, o Código Civil estabelece que os interessados poderão requerer a sucessão definitiva, desde que transcorridos dez anos da sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória, ou ainda, caso prove que o ausente conte no mínimo oitenta anos de idade e que, nos últimos cinco anos não se tem notícias dele (CAHALI, 2005, p. 60).

Entretanto, o Código Civil em seu art. 7º dispõe sobre as possibilidades de ser declarada a morte presumida por sentença sem decretação de ausência, as quais são: se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; ou se alguém,

desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Nesses casos, a declaração de morte presumida só poderá ser requerida após o término das buscas e averiguações, e caso declarado, possuirá a mesma eficácia que a morte real para o fim de determinar a dissolução da sociedade conjugal. Nesse diapasão, a Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) no seu art. 88, já previa que os juízes togados poderiam admitir justificção para o assento de óbitos de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, desde que provada a sua presença no local do desastre e não se tenha encontrado o cadáver para exame (CAHALI, 2005, p. 61).

Conforme sustenta Gonçalves (2009, p. 124), para que o casamento exista no mundo jurídico e estabeleça o vínculo matrimonial, é necessária a presença de três elementos considerados essenciais, os quais são: a diversidade de sexos, diante do posicionamento constitucional; o consentimento, sendo que a ausência de exteriorização da vontade de um dos cônjuges já configura a inexistência do casamento; e por fim, a celebração na forma da lei, em que se deve observar o conjunto de formalidades previstas na Lei de Registros Públicos.

A inexistência do casamento figura em plano diverso da validade, antecedendo-a, pois somente um casamento que existiu pode ser válido ou inválido.

Acerca do casamento inválido, como leciona Gonçalves (2009, p. 135), este será nulo ou anulável dependendo do grau de inobservância dos requisitos de validade exigidos na lei, o qual determinará a caracterização de nulidade absoluta, em que o casamento é nulo ou ainda, de nulidade relativa, na qual se refere o casamento anulável.

O Código Civil considera nulo o casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, com insanidade permanente e duradoura na qual resulte a incapacidade absoluta do agente (GONÇALVES, 2009, p. 136). O artigo 1.521 do referido diploma elenca os casos em que há infração de impedimento, sendo estabelecido que não podem casar-se os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; e ainda o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

As situações levantadas nos impedimentos condizem com a ordem pública, razão pela qual, quando presentes, não autorizam a manutenção do matrimônio e seus efeitos (GONÇALVES, 2009, p. 136). No entanto, não se pretende esgotar o assunto no presente trabalho, tendo em vista que não guarda relação direta com seu objeto.

Conforme leciona Gonçalves (2009, p. 136), a declaração de nulidade em princípio possui efeitos *ex tunc*, tendo em vista que estabelece de forma retroativa que, desde a sua celebração, jamais existiu casamento válido, de acordo com o que dispõe o art. 1523 do Código Civil: “A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado”.

Entretanto, ainda que os atos nulos em geral não produzam efeitos, no casamento putativo, que é contraído na ignorância de um ou de ambos os consortes quanto à existência de impedimentos, produz efeitos de um casamento válido para o consorte de boa-fé, apesar de ser anulável ou mesmo nulo (GONÇALVES, 2009, p. 132).

Possui legitimidade a decretação da nulidade do matrimônio, qualquer pessoa maior que oponha os impedimentos infringentes do casamento, contudo, a propositura da ação declaratória de nulidade é permitida apenas a quem tenha interesse econômico ou moral, bem como ao Ministério Público (GONÇALVES, 2009, p. 137).

Salienta-se que, enquanto não declarado nulo por decisão judicial transitada em julgado, o matrimônio existe no mundo jurídico e produz efeitos, em especial no que tange aos deveres conjugais e ao regime de bens (GONÇALVES, 2009, p. 137).

Quanto ao casamento anulável, o Código Civil determina suas hipóteses nos artigos 1.550, 1.556, 1.558, sendo que o primeiro dispositivo legal contempla o defeito de idade, o qual ocorre no casamento entre menores de 16 anos, salvo as exceções; falta de autorização do representante legal do incapaz; vício da vontade determinado pela coação; incapacidade de manifestação do consentimento, ainda que seja de forma parcial; aquele realizado por mandatário estando com o mandato revogado; ou ainda, celebrado por autoridade incompetente (GONÇALVES, 2009, p. 141).

Além disso, o referido diploma aborda a possibilidade de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, o qual diz respeito à sua identidade, honra e boa fama; a ignorância de crime; de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou

de sua descendência; bem como de doença mental grave, anteriores ao casamento, sendo que o conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao consorte enganado (GONÇALVES, 2009, p. 146).

O casamento anulável repercute todos os seus efeitos enquanto não for anulado por sentença judicial transitada em julgado, sendo que até então possui validade resolúvel, a qual será definitiva caso decorra o prazo decadencial sem o ajuizamento da ação anulatória. A legitimidade ativa para propositura da ação de anulação é exclusiva às partes diretamente interessadas no ato, tendo em vista que os defeitos que caracterizam a nulidade relativa são estabelecidos em favor de determinadas pessoas que a lei visou proteger, ao passo que na nulidade absoluta, há o interesse social no desfazimento do matrimônio (GONÇALVES, 2009, p. 142).

Verifica-se que a sentença de separação ou de divórcio não constitui óbice para propositura da ação de anulação, tendo em vista que se parte do pressuposto de validade do matrimônio para abordar causas supervenientes que autorizam a dissolução da sociedade conjugal (CAHALI, 2005, p. 61).

Além disso, consigna-se que tanto a nulidade, quanto a anulação do casamento rompem o vínculo matrimonial e extinguem a sociedade conjugal, razões pelas quais os cônjuges podem convolar novas núpcias (GONÇALVES, 2009, p. 190).

Assim, traçadas as causas terminativas da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio serão objetos de estudo do capítulo seguinte.

Ademais, torna-se evidente neste capítulo, por meio de uma abordagem histórica do casamento no Brasil, a influência dos preceitos religiosos e conservadores da sociedade na sua esfera, os quais de uma maneira geral, oferecem resistências à dinamicidade da sociedade, visualizada tanto pela evolução nos seus costumes, quanto no seu âmbito moral, cultural e social.

Por outro lado, é imperiosa a adequação do ordenamento jurídico brasileiro aos fatos sociais que regula. Atualmente a concepção do casamento como núcleo da proteção da entidade familiar não detém a mesma força, em virtude de que tem se buscado a efetiva felicidade e realização pessoal das partes, ambas pautadas na afetividade das relações conjugais, em detrimento de amarras e imposições injustificadas para manter o casamento como instituição destinada à permanência.

3 DO DIVÓRCIO

3.1 CONCEITO

Na linguagem jurídica, usualmente, emprega-se divórcio no sentido de dissolução do casamento. É a significação originária do direito romano. Equivale a divórcio vincular, *divortium quoad vinculum*, como se exprime o cânone. Entre nós, antes do Código Civil, dizia-se divórcio por separação de corpos. Como não havia, então, o divórcio vincular, a palavra guardava a ideia de *divortium quoad thorum et mensam*, que se encontra no sistema da canônico.

O divórcio é o instituto jurídico pelo qual se dá a dissolução do vínculo matrimonial válido, extinguindo, definitivamente, os direitos e deveres conjugais (SOUZA, 2011, p. 196). A distinção entre separação e o divórcio primeiramente, dá-se em razão de que a separação apenas dissolve a sociedade conjugal, enquanto que o divórcio põe fim ao vínculo matrimonial. A separação judicial, assim, resulta no encerramento dos deveres de coabitação, fidelidade recíproca, e ao regime de bens.

Sobre o tema, leciona Maria Luiza Póvoa Cruz (2008, p.33):

Como consequência da separação judicial temos: a) Fim da sociedade conjugal (artigo 1571, inciso III, do CC); b) A manutenção do vínculo matrimonial (artigo 1580 do CC); c) Possibilidade de Reconciliação (artigo 1577 do CC); d) Impedimento para um novo casamento, porém liberdade para constituição de união estável (artigos 1525, inciso V, e 1723, § 1º, do CC).

Assim, ratifica-se a afirmação do artigo 1.580 do Código Civil Brasileiro nos dizeres de Eugênio Guedes de Oliveira (2008, p.3):

Por fim, inclusive o próprio Código Civil de 2002 regulamentou a matéria expressando que para a conversão da separação judicial em divórcio, bastaria o prazo de um ano decorrido do trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

Ainda é relevante mencionar as consequências do divórcio novamente nas palavras de Maria Luiza Póvoa Cruz (2008, p.33):

O divórcio, por seu turno, gera: a) Fim do casamento válido (artigo 1571, § 1º do CC); b) O rompimento absoluto do vínculo matrimonial (artigo 1571, §§ 1º e 2º, do CC); c) Impossibilidade de reconciliação. Os cônjuges divorciados devem se casar

novamente, caso queiram retornar a comunhão plena de vida; d) As pessoas divorciadas podem casar-se ou constituir união estável.

Pelo exposto acerca da distinção entre separação e divórcio, depreende-se que não obstante os dois serem utilizados para dissolução do casamento, os mesmos apresentam peculiaridades bem distintas.

3.2 A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição, como as demais leis, é sempre suscetível de interpretação. Só através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, encontra-se a norma ou sentido da norma (MIRANDA, 2003, p. 281-282).

Já nos termos de STRECK, 2007, p. 30, “Diz-me tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens de Constituição”.

O intérprete “deve ser sensível”. Não lhe é dado desvincular-se inteiramente da realidade circundante, para chegar a uma verdade constitucional divorciada das aspirações que resultaram na formalização do pacto” (NALINI, 1997, p. 56).

Por outro lado, os Direitos Fundamentais modificaram a relação entre Estado e indivíduo, “o qual dantes se mantinha circunscrito ordinariamente a uma esfera negativa e subjetivista de puro teor antiestatal” (BONAVIDES, 2006, p. 581).

Hodiernamente esse âmbito relacional entre Estado e indivíduo aumentou consideravelmente.

Toda interpretação de direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficaram de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2006, p. 581).

Os direitos sociais consagrados nas Constituições configuram-se em dilema na atualidade, em razão da necessidade de medidas que visem a redução da exclusão social em contraposição aos interesses econômicos:

De fato, há uma correspondência entre a formulação da constituição dirigente, especialmente a partir da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, e a idéia de um direito administrativo voltado à concretização, pela Administração pública, dos ditamos constitucionais e, em decorrência, de políticas públicas. A idéia da Constituição programática-dirigente, cuja atualização deve ser feita pelo legislador com base no conceito de reenvio dinâmico,[...]. Assim como Canotilho trata da cooperação do legislador infraconstitucional na ‘determinação’ e ‘conformação material’ da Constituição, o enfoque das políticas públicas destaca o papel da Administração na ‘determinação formal’ material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo. (BUCCI, 2002, p. 248-249).

Verifica-se que os Direitos Fundamentais acrescentaram valores às normas constitucionais a fim de que estas alcancem à concretização no plano real, para isso, levam-se em conta a democracia, a cidadania e o Estado Constitucional de Direito.

A Constituição Federal de 1988 instaurou um novo paradigma no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à interpretação de toda a legislação infraconstitucional, ou seja, impôs-se, a partir dela, o que a doutrina convencionou chamar de constitucionalização do Direito ou, de forma mais específica, de interpretação conforme a Constituição. Isso significa que todos os institutos jurídicos devem ser interpretados à luz da Constituição Federal, sendo que nenhuma norma com ela poderá estar em desconformidade (ALMEIDA, 2008, p. 68).

Destaca-se, pois, a força normativa da Constituição Federal como o marco inspirador e determinante da coerência em todo o ordenamento jurídico brasileiro, com base na sua característica principiológica. Assim, no sistema constitucional brasileiro, predominam os princípios, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora (MORAIS, 2007, p. 70).

Nesse contexto, o princípio da interpretação conforme a Constituição reveste-se de importância ímpar, já que concebe o texto constitucional como o ápice normativo a partir do qual as normas infraconstitucionais anteriores ou supervenientes à Constituição deverão com ela harmonizar-se, apenas devendo ser declarada a inconstitucionalidade dessa norma quando a incompatibilidade com a Constituição não puder ser vencida (ALMEIDA, 2008, p. 68).

Atualmente vivemos em uma sociedade, que, deixando para trás valores patriarcais e patrimoniais na seara do Direito de Família, preza pelos princípios, dentre outros

consagrados na nossa Carta Magna, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade.

A dignidade da pessoa humana corresponde a um núcleo existencial que é comum a todas as pessoas, tendo este cerne de ser respeitado e protegido, traduzindo a fundamentação da nossa Constituição, correspondendo, ainda, ao princípio que rege todos os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana constante do artigo 1º, Constituição Federal, que a elenca como um dos fundamentos do Estado brasileiro é definida pelo constitucionalista José Afonso da Silva da seguinte forma (SOARES, 2004): “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Esse princípio vem sendo muito empregado pela jurisprudência pátria no âmbito das relações familiares, senão vejamos:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Já a solidariedade, prevista expressamente como um dos objetivos fundamentais da República Brasileira, no art. 3º, I, CF/1988, também deve, como vem sendo, ser empregada nas relações familiares.

Como corolário dos princípios supramencionados, tem-se o princípio da afetividade. Segundo este, o afeto deve ser o responsável pelas relações familiares, estando presente tanto entre pais e filhos, entre filhos e filhos e entre o casal.

Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou esses princípios dentre tantos outros, faz-se mister fazer uma interpretação de todas as normas pertinentes ao Direito de Família sob à luz daqueles princípios.

Muito se discute acerca de se “estabelecer uma precisa definição jurídica de seu conteúdo, imprescindível para a obtenção de uma maior densidade jurídica que possibilite sua transição da dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentais das decisões judiciais”, ou seja:

Uma série de obstáculos dificulta a tarefa de delimitar o seu conteúdo. Por se tratar de uma noção polissêmica, indeterminada e de pouca densidade semântica, muitos sustentam que seus contornos vagos e imprecisos a tornam insusceptível de uma concretização jurídica séria. Outrossim, a influência de determinadas concepções ideológicas e de fatores temporais e especiais contribuem para aumentar a complexidade desta tarefa, sendo mais fácil dizer quanto à dignidade humana e violada do que definir o que ela significa (PENTEADO, 2007, p. 117).

Finalizando, podemos afirmar que a era dos princípios, iniciada em finais do século XX, caracteriza-se, no campo do Direito de Família, pelo reconhecimento do AFETO como valor juridicamente relevante na família eudemonista, vista agora como instrumento de realização de seus componentes, e não mais como unidade de produção, reprodução e transmissão de patrimônio.

3.3 DA CULPA

A culpa para a concessão do divórcio (e na revogada separação judicial) sempre foi um elemento que demanda cuidado na sua aferição. A sua extinção como requisito subjetivo para a separação não significa que a culpa deixará de ser apurada nas questões relativas ao matrimônio.

Nos processos que se destinam à anulação do casamento, por exemplo, a culpa poderá ser apreciada para aferir a ocorrência de vício de vontade de algum dos contraentes sobre o outro. Vale ressaltar que a imputação da culpa a um dos cônjuges pela anulação do casamento enseja na perda das vantagens do cônjuge inocente, bem como ao cumprimento das promessas efetuadas no pacto antenupcial, conforme o que indica o art. 1.564 do Código Civil (LOBO, 2010, p. 1).

Há quem sustente a necessidade de manter a identificação de um culpado para separação em razão de que a quantificação do valor dos alimentos está condicionada à culpa de quem os pleiteia, conforme determina o art. 1.694, § 2º do Código Civil. No entanto, a culpa está restrita ao âmbito dos alimentos, sem prejuízo da concessão do divórcio, o qual não se encontra mais condicionado ao que previa o art. 1.702 do Código Civil. (DIAS, 2010, p. 1)

Nesse sentido leciona Namur (2006, p. 1):

Na esteira da mais avançada doutrina do direito brasileiro, outra não poderia ser a conclusão senão a de que não há mais qualquer sentido em se tentar buscar a exigência de um culpado pelo fim do casamento (obviamente o mesmo serve para união estável). Em princípio, é necessário que se reconheça que a idéia de culpa pelo fim do matrimônio é resultado da influência exercida pela Igreja Católica em nosso direito, o que se fortalece nesse caso pelo fato de ser o casamento também uma instituição eclesiástica. Não obstante, não se pode, então, olvidar da contradição que está inserida nessa influência, já que a concepção contratual de casamento adotada pela Igreja concede mais importância à vontade dos cônjuges em casar-se (em detrimento da participação do Estado no casamento), mas a desconsidera quando o assunto é a separação, permeando a dissolução do vínculo com a marca da culpa. Além da necessidade que se conclua pelo abandono da influência da Igreja no que diz respeito à separação e o divórcio, é necessário que haja um foco inverso ao tratar dessa situação.

Nesse sentido, é preciso que se enfatize a idéia da separação em razão do fracasso conjugal e não porque um dos cônjuges ou ambos é/são culpados.

Com efeito, essa noção vem sendo bem difundida pela doutrina e aceita por parte da jurisprudência, restando algum de nossos dispositivos legais, principalmente do Código Civil de 2002, desatualizados e em descompasso com o modelo de família previsto pela Constituição da República de 1988.

Vejamos o enunciado 254 do Conselho da Justiça Federal:

Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.

Para Gagliano e Pamplona (2011, p. 575), o único fundamento para a decretação do divórcio é a falência afetiva da relação, afigura-se inteiramente desnecessária a análise de culpa.

4 ALGUNS ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS NO BRASIL - LEI Nº 6.515/77 E CÓDIGO CIVIL

O casamento no Brasil, até o advento da Emenda Constitucional nº 09, de 29 de junho de 1977, era considerado indissolúvel, o fim do casamento se dava de forma involuntária com a morte de um dos cônjuges. Esta emenda propiciou a dissolução conjugal através do divórcio, sendo promulgada a Lei nº 6.515, em 26 de dezembro de 1977, contendo cinquenta e quatro (54) artigos que disciplinaram os procedimentos sobre as dissoluções matrimônias no Brasil por mais de vinte (20) anos.

O seu advento mudou a nomenclatura anteriormente conhecida como desquite, que era apenas a dissolução da sociedade conjugal, porém não a dissolução do casamento, para a nomenclatura atualmente conhecida como separação judicial, que disciplinou o divórcio e revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916.

Nos próximos itens, há uma análise histórica das mudanças ocorridas dentro da legislação brasileira, para regularizar a dissolução definitiva do casamento.

4.1 BREVE HISTÓRICO

No Brasil, até o ano de 1977, não havia separação e divórcio, apenas o desquite que impossibilitava a dissolução do vínculo conjugal.

A indissolubilidade do casamento, na época presente no direito civil, retratava a concepção da Igreja Católica, de que o casamento era uma instituição de natureza divina, não podendo ser extinto pelos cônjuges. Nem mesmo o advento da República e a separação da Igreja do Estado, foram suficientes para acabar com o matrimônio (LOBO, 2008, p. 126).

A respeito do desquite, Lobo (2008, p. 126):

Com o desquite, os cônjuges legitimavam a separação de corpos, partilhavam-se o patrimônio comum, definia-se o sistema de guarda dos filhos e arbitravam-se os alimentos. O desquite poderia ser amigável ou litigioso. Impedidos de casar novamente, os desquitados caíam no limbo da ilegitimidade de novas uniões

familiares, repercutidas no número gigantesco de concubinatos, considerados meras sociedades de fato.

Observa-se que o desquite não permitia um ponto final no casamento, impedindo as pessoas de contrair novas núpcias e ficando apenas no concubinato.

Para pôr fim ao casamento, surge a mencionada Emenda Constitucional, alterando o art. 175 da Constituição de 1969, que passou a vigorar com a seguinte redação:

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

“Art. 175

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

Art. 2º A separação, de que trata o parágrafo 1º do art. 175 da Constituição poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior a data da Emenda.

Neste contexto, atenta-se para a exigibilidade de separação judicial pelo prazo de três (03) anos, ou aqueles que antes da emenda estivessem separados de fato há mais de cinco (05) anos, para que se dissolvesse o casamento.

Para Nahas (2006, p. 83):

Essa emenda representou um grande passo no rompimento do Direito brasileiro relacionado à Família com os preceitos conservadores. A legislação então desvinculava o casamento, até então única forma de constituir uma Família amparada pelo Direito, dos dogmas religiosos de indissolubilidade.

Em concordância com a Emenda nº 09, vê-se a necessidade de uma lei que regulamentasse os procedimentos para a dissolução do matrimônio. Surge então a Lei nº 6.515/77.

A lei determinava o prazo mínimo de dois (02) anos de casamento, para que houvesse a separação, sendo concedida mediante causas determinadas na lei, atribuída a culpa de um dos cônjuges, denominada conduta desonrosa entre outras, ou mediante a separação de fato por mais de cinco (05) anos, porém, era após três (03) anos da separação que extinguiu o casamento, através do divórcio (NAHAS, 2006, p. 83).

Analisando os artigos da Lei nº 6.515/77, art. 2º e seus incisos, nota-se que ela estabelece que: a sociedade conjugal termina: I) com a morte de um dos cônjuges; II) pela nulidade ou anulação do casamento; III) pela separação judicial; e IV) pelo divórcio.

O art. 3º, refere aos pressupostos de término dos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial.

No mesmo art. 3º, parágrafo 2º, da Lei, verifica-se a participação do juiz:

[...] parágrafo 2º O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

Observa-se que o juiz procurava fazer a reconciliação entre as partes para depois decretar a separação dos mesmos.

O parágrafo 3º do mesmo artigo, menciona o comparecimento do advogado, caso as partes solicitem para que assista e participe dos entendimentos entre o casal.

Em outro aspecto, precisamente no art. 4º da Lei nº 6.515/77, verificou-se o prazo estipulado para que as partes pudessem solicitar a separação, que era de dois (02) anos após a data do casamento, como assim dispões a mencionada Lei:

Art. 4º. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestando perante o juiz e devidamente homologado.

O art. 5º da Lei nº 6.515/77 e seus parágrafos 1º, 2º e 3º, relata o pedido de separação por um só cônjuge, quando o outro o imputa conduta desonrosa, a ruptura da vida em comum por mais de um (01) ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição, ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida comum.

No que se refere ao art. 17º da Lei nº 6.515/77 e seus parágrafos, sobre a alteração do uso do nome, este previa que a mulher poderia alterar seu nome caso o marido desse causa à ação, ou seja, imputa-se a ele a conduta desonrosa, ou outros pressupostos do art. 5º da mesma lei.

Os artigos 24 ao 33, da Lei, disciplinam o divórcio, instituto que vislumbrava o fim do casamento.

No tocante à admissão do divórcio no Brasil, Rodrigues (2004, p.203), destaca que o mesmo fez com que diminuísse os concubinatos no país após 1977, a separação judicial, até

aquela data denominada como desquite, era mera separação de corpos e de bens, e o surgimento do divórcio deu fim ao matrimônio.

Cabe ressaltar dentre estes artigos sobre o divórcio, o que dispõe o artigo 31:

Art. 31. Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva da separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens.

Observa-se, portanto, que a lei não previa o divórcio direto, não existia como instituto da dissolução, ou seja, decretava-se a separação judicial como obrigatoriedade, para posterior ajuizamento do divórcio.

O artigo 33 da Lei nº 6.515/77 previa o novo casamento civil para aqueles que divorciados resolvessem estabelecer a sociedade conjugal.

Na Lei 6.515/77, era o art. 34 que previa a separação consensual, ressaltando que somente após dois (02) anos de casamento é que as partes poderiam efetuar o pedido e procedimentos para a separação.

Vale salientar que a mencionada lei está derogada parcialmente, pelo Código Civil de 2002, apenas permanecem em vigor alguns artigos de natureza processual.

Ao ensejo da conclusão deste item, que aborda um histórico sobre as separações e divórcios brasileiros, convém mencionar que Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo 6º, dispunha que o casamento civil seria dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um (01) ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois (02) anos. Atualmente, após a Emenda constitucional 66/2010, o casamento civil passou a ser dissolvido pelo divórcio, sem a necessidade do cumprimento de prazos.

Vistas inúmeras exigências para que a efetuação das separações e divórcios, a legislação brasileira reformou o Código Civil de 1916, com base em dispositivos já previstos na Constituição Federal de 1988, e institui o novo Código Civil em 10 de janeiro de 2002, dando maiores facilidades para dissolução do casamento, como será exposto nos itens seguintes.

4.2 AS SEPARAÇÕES JUDICIAIS

“A legitimidade para propositura da separação judicial é personalíssima dos cônjuges. Ninguém mais do que eles terá capacidade de compreender o ato da separação.” (VENOSA, 2005, p.193).

Atualmente é o art. 1.571 do Código Civil, que dispões sobre os pressupostos agrupados anteriormente na Lei nº 6.515/77, art. 2º, estabelecendo o fim da sociedade conjugal.

O Código Civil atual diminuiu para um (01) ano após o casamento, o prazo para requerer a separação judicial, seja ela consensual ou litigiosa e está previsto em seu art. 1.574. Ressaltamos que após o advento da Emenda Constitucional 66/2010 foi afastada a exigência prevista no Código Civil.

Os pressupostos do término dos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial estão no art. 1.576 do Código Civil de 2002.

Ao discorrer sobre o referido artigo, Venosa (2005, p. 186) relata que, com a separação judicial, há o fim destes pressupostos, porém não só com ela e sim também com o divórcio, ressaltando apenas a permanência dos alimentos.

Vale salientar o que diz o parágrafo único do art. 1.576, com relação aos casos de incapacidade, onde estes serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

O art. 1.578 do Código Civil dispõe sobre a perda do sobrenome do outro e assim descreve:

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I – evidente prejuízo para sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

1º. O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

2º. Nos demais casos, caberá a opção pela conservação do nome de casada.

O mencionado artigo relata, que no caso de culpa, o cônjuge que promoveu o ato perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que o cônjuge inocente tenha requerido, e seu pedido de alteração não ocasione dano ou prejuízo ao outro consorte.

As separações judiciais têm caráter de dissolução conjugal, sem interromper o matrimônio definitivamente, visto que os separados não poderão contrair novas núpcias, ela apenas antecede o divórcio e as partes no desejo de retornar a união, deverão fazer a conversão da separação judicial em casamento civil, sem ter que contrair matrimônio com todas as formas burocráticas para um novo casamento.

Segundo Rodrigues (2004, p. 209), as separações são classificadas em: com *causa específica* e com *causa genérica*.

A primeira encontra na lei situações específicas, tipificadas na norma, que autorizam a separação. Trazem *causas específicas* a separação por mútuo consentimento (CC, art. 1.574), por culpa de um dos cônjuges (CC, arts. 1.572, *caput*, e 1.573), por doença mental (CC, art. 1.572, parágrafo 2º), ou por separação de fato por um ano consecutivo (CC, art. 1.572, parágrafo 1º). Já como *causa genérica*, a lei traz um conceito vago, permitindo o rompimento por circunstâncias fáticas a serem verificadas pelo magistrado, nos termos previstos no parágrafo único do art. 1.573 do Código.

Para o mesmo autor (2004, p. 210), a separação com causa específica, é aquela que precisa da intervenção Judiciária, uma das partes teve comportamento que violou os deveres conjugais, dentre os quais, a mútua assistência, o respeito e considerações recíprocas.

A separação com causa genérica mostra-se vaga na identificação de quem deu a causa para o cometimento da ação inserida no art. 1.573 do Código Civil.

Existem duas formas de separação, a litigiosa e a consensual: a primeira é definida como aquela que importa a culpa das partes e a segunda por consentimento mútuo.

As partes, para pôr fim ao casamento, devem solicitar o divórcio na modalidade que se fizer necessário.

No que concerne ao Código de Processo Civil, as separações atendem os requisitos dos artigos 1.120 ao 1.124.

Atualmente, o fator culpa não é relevante para o divórcio em cônjuges.

4.3 A SEPARAÇÃO LITIGIOSA JUDICIAL

A separação litigiosa, prevista no art. 1.572 do Código Civil, resultante das hipóteses do art. 5º da Lei nº 6.515/77, pode ser requerida por apenas um dos consortes, a qualquer tempo do casamento, alegando situações que tornem insustentável a manutenção do casamento; depende de homologação do juiz que faz as apreciações para verificar a veracidade dos fatos.

O artigo 1.573 e seus incisos, anteriormente previstos no art. 317 do Código Civil de 1916, descrevem o que pode dar causa à separação:

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

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único: O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Salienta-se que o adultério, objeto do inciso I, do art. 1.573, constante do art. 240 do Código Penal Brasileiro, está revogado pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005 no que tange a imputação de crime, porém é um dos pressupostos ainda mantidos no Código Civil atual, para o pedido de separação judicial. Sobre os aspectos do art. 1.573, Venosa (2005, p. 210) faz as seguintes críticas:

Na verdade, todo o artigo mostra-se inútil, não só porque a matéria estava solidificada na doutrina e na jurisprudência dos últimos anos, como também porque o parágrafo permite que o juiz considere outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. [...]

Desse modo, em linhas gerais, qualquer ato que implique violação do dever de fidelidade, mútua assistência e convivência poderá lastrear o pedido de separação, devendo o requerente comprovar que tal ato tornou a vida em comum insuportável.

Observa-se que a lei deveria ser mais enfática em seus propósitos de mudanças. Sobre os pressupostos para a separação, abaixo algumas explicações:

I – Adultério: atualmente revogado o crime, como anteriormente citado. Porém é descrito como a conduta de fidelidade entre os cônjuges, a conduta que exigia a ação física do fato (MIRANDA, 2001, p. 473).

A questão do adultério era aplicada no art. 231, inciso I, do Código Civil de 1916 que descrevia a fidelidade recíproca entre os cônjuges.

O adultério era fundamento para ação de desquite previsto no artigo 317, inciso I do Código Civil de 1916, ao menos que estivesse dentro do que previa o art. 319 inciso I e II, ou seja, se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse; e se o cônjuge inocente lhe houver perdoado (MIRANDA, 2001, p. 472).

Nota-se que, naquela época, havia o perdão ao adúltero, presumido após seis (06) meses do conhecimento do delito, sem que houvesse uma ação contra o mesmo, abandono ou expulsão da vida conjugal (MIRANDA, 2001, p. 474).

II – Tentativa de morte: é a tentativa de crime um contra o outro.

O mesmo autor (2001, p. 471) destaca a respeito da tentativa de morte:

No direito canônico clássico, admitiu-se *divortium quoad thorum*, no caso de ódio capital entre os cônjuges, ou de termo de atentado à vida de um por parte do outro. Nisso, diversamente do que se há entender sob a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 5º, pr. 1ª parte, não se anui no Código Civil brasileiro: era preciso ter *havido* a tentativa, ainda que bastasse algum ato preparatório e não se exigisse começo de execução concreta.

De acordo com o que o autor expõe, há a necessidade da comprovação da tentativa, para que a parte ofendida solicite a separação judicial, alegando os motivos como suficientes para tal ação: uma omissão do cônjuge em chamar um médico em caso grave de saúde, correndo o risco de o companheiro falecer, pode ser considerada tentativa de morte, sendo comprovada a sua omissão.

III – Sevícias e injúria grave: a sevícia são os maus-tratos corporais, agressões físicas com intenção de machucar o outro, todo tipo de atentado a integridade corporal do outro (MIRANDA, 2001, p. 483).

A injúria grave é o ato de ofender a integridade moral do outro. Por exemplo: transmissão de doença venérea e relações homossexuais (PEREIRA, 2006, p. 261).

IV – Abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo: No Código Civil de 1916, o prazo era de dois (02) anos.

Gonçalves relata que “O dever de *coabitação* obriga os cônjuges, com efeito, a viver sob o mesmo teto e a ter uma comunhão de vidas” (2005, p. 210). Este autor ensina (2005, p. 210):

Para que o abandono do lar conjugal possa fundamentar a separação judicial exige-se: a) saída do domicílio conjugal; b) voluntariedade do ato; c) ausência de consentimento do outro cônjuge; d) intenção de não retornar à vida comum; e) decurso do prazo mínimo de um ano, requisito este que pode se dispensado se manifestado, de modo inequívoco, desde logo, o intuito de romper a vida conjugal, ou se acompanha de grave ofensa ao consorte.

Entende-se que havendo o desinteresse da outra parte, os indícios de recusa que a mesma demonstrar para que volte a vida conjugal, o silêncio, acarretam o abandono da vida conjugal.

Sobre o assunto, Pereira (2006, p. 263) descreve:

Convivendo embora no mesmo domicílio, constitui abandono sujeito à sanção legal o fato de um cônjuge relegar ao desamparo o outro cônjuge ou filhos, deixando de ministrar o necessário ao sustento, como ainda faltando ao dever de assistência moral à família. Diversamente do “abandono” mencionado no art. 1.573 do no Código Civil, que somente se caracteriza se prolongado por um ano, basta que se caracterize para constituir violação dos deveres conjugais.

Em outro aspecto, Gonçalves (2005, p. 213) leciona:

O dever de coabitação é recíproco, mas está subordinado a certas condições. Efetivamente, a mulher, em especial, pode ser escusada de não tê-lo cumprido, se o marido não há trata com o devido respeito e consideração, impondo-lhe maus-tratos, ou não cumprindo ele próprio a obrigação de manter e sustentar o lar. Não pode, assim, o marido exigir da mulher o cumprimento de sua obrigação se ele próprio não cumpre a sua.

Analisando os dois argumentos dos autores, verifica-se que em um casal que vive sob o mesmo teto, porém em condições de descumprimento aos deveres de casamento, aquele que der causa sofre as consequências de ser réu na ação de separação judicial litigiosa.

Outro aspecto de grande relevância é o abandono material e moral que importa sobre os filhos resultantes da união em comum, que pode ocasionar a perda do poder familiar e dar causa à separação judicial.

V – Condenação por crime infamante: é aquele que revela uma conduta não aprovada pela sociedade, tornando impossível à vida em comum, revelando um caráter reprovável de uma das partes, sujeito a dar a causa à separação judicial litigiosa (DINIZ, Maria Helena, 2004, p 274).

VI – Conduta desonrosa: definida como o comportamento de uma das partes que implique em obter desprezo no ambiente familiar ou perante a sociedade em que vivem. Exemplos: o vício em jogos, alcoolismo e tóxicos (PEREIRA, 2006, p. 264).

Sobre a conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento, Venosa (2005, p. 211) ensina:

Com a dicção referida, defere-se o poder discricionário do juiz na avaliação da separação por culpa de um dos cônjuges. Cabe ao magistrado, em cada caso concreto, definir se houve “*conduta desonrosa*” ou “*grave violação dos deveres do casamento*”. Em qualquer hipótese, deve também estar comprovado que os fatos tornaram “*insuportável*” a vida em comum.

Verifica-se que o juiz, dentro dos limites legais escolhe a melhor alternativa de atuação em qualificar os atos cometidos pela parte que provocar a separação litigiosa.

Cabe expor o entendimento de Pereira (2006, p. 265):

Sem precedentes em nossa legislação, o Código Civil de 2002 previu a possibilidade de o juiz “considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”, permitindo-lhe identificar novos fundamentos para a separação judicial. Trata-se de efetivo retrocesso buscar novas “culpas”, além daquelas elencadas nos arts. 1.573 e 1.572.

É de se verificar que embora o Código Civil de 2002 não tenha excluído a culpa de seu ordenamento jurídico, existem argumentos na doutrina a respeito de sua exclusão.

Desde o século XX, a legislação dos povos ocidentais vem excluindo a culpa como requisito para a dissolução dos casamentos, tanto pela separação judicial quanto pelo divórcio. Aumenta o argumento da inconveniência e da inutilidade do Estado intervir mediante o Poder Judiciário, na investigação dos motivos que levam um casal a separar-se, como fez o Código Civil de 2002 (LOBO, 2008, p. 139).

Para Lobo (2008, p. 140):

Quando o Poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresenta como abandonado e ofendido pelo outro, investiga a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressa na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar [...]

Em consonância com o exposto, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso X, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Lobo (2008, p. 140) ainda argumenta:

Afinal, o que é relevante não é afetado pela natureza litigiosa ou consensual da separação: a guarda dos filhos não pode mais ser utilizada como condenável triunfo, como ocorria no passado, pois, independentemente de quem seja o culpado, é atribuída ao pai ou à mãe que realize o princípio do melhor interesse da criança; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges, pois realizada segundo o regime de bens adotado; e os alimentos são assegurados até mesmo ao cônjuge que foi julgado culpado da separação, quando “indispensável à subsistência” (art. 1.694 do Código Civil), e os devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais.

É de se verificar que atualmente, nas separações litigiosas, os resultados da dissolução do casamento, como: a guarda dos filhos, a partilha de bens e os alimentos, não são determinados pela culpa e, na maioria das vezes, o fim do afeto conjugal é um resumo de um desgaste que ocorre dentro do casamento, dificilmente há possibilidades de investigar a causa para que se atribua uma culpa exclusiva para uma das partes.

4.4 A SEPARAÇÃO CONSENSUAL JUDICIAL

O art. 1.574 do Código Civil de 2002 regulamenta nos dias atuais as separações consensuais, aquelas por mútuo consentimento das partes.

“Para ajuizá-la, não precisam os separados declarar as razões que os impelem. Basta que manifestem o desejo de se separar, para que alcancem tal resultado” (RODRIGUES, 2004, p. 212).

Rodrigues (2004, p. 212) afirma ainda que:

A grande vantagem deste tipo de separação é a de ocultar a sua causa. A sociedade conjugal se dissolve discretamente, não ficando a constar no processo o motivo da dissolução. O contrário se dá na separação litigiosa, em que a razão da desavença deve se proclamada e provada, podendo constituir motivo de constrangimento para os litigantes e para os filhos. Por esse motivo, não raro um dos cônjuges, ao ver o propósito de seu consorte de intentar a separação judicial, concorda com a dissolução por mútuo consentimento, para fugir à desagradável publicidade peculiar àquela demanda. O único requisito para o ajuizamento da separação amigável além do mútuo consentimento, como é óbvio, consiste em estarem os separados casados há mais de um ano (art. 1.574). Desse modo, enquanto a separação litigiosa pode ser proposta no dia seguinte ao das núpcias, a amigável só o pode após um ano da data da celebração do casamento.

Verifica-se na separação consensual, que não há o elemento culpa visivelmente identificado, não há necessidade de uma das partes provar a culpa do outro para que seja feito o pedido da dissolução.

O processo de separação consensual judicial segue os ritos estabelecidos nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil (CPC), que assim determina:

Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

Parágrafo 1º Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles.

Parágrafo 2º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

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

I – a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II – o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;

III – o valor de contribuição para criar e educar os filhos;

IV – a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter;

Parágrafo 1º. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste livro, Título I, Capítulo IX.

Parágrafo 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com a sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Art. 1.122. Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação de vontade.

Parágrafo 1º Convencendo-se o juiz de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam a separação consensual, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de cinco (05) dias, a homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem, a fim de ratificar o pedido de separação consensual.

Parágrafo 2º Se qualquer dos cônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará autuar a petição e documento e arquivar o processo.

Art. 1.123. É lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação judicial, lhe requererem a conversão em separação consensual; caso em que será observado o disposto no art. 1.121 e primeira parte do parágrafo 1º do artigo antecedente.

Art. 1.124. Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados.

Para que se formule a separação consensual, é preciso fazer a juntada da petição inicial com certidão de casamento das partes e a escritura pública de pacto antenupcial quando houver, a descrição sobre a partilha, a guarda e visitação dos filhos e a pensão alimentícia entre os cônjuges.

Porém, sobre a partilha, o parágrafo primeiro ressalta, não havendo acordo entre as partes, está poderá ser feita posteriormente.

Convém ressaltar que a petição judicial, além de ser assinada pelas partes, deve ser assinada também pelo advogado assistente.

O art. 1.124 refere-se a simples homologação do acordo, dando ela por encerrada sem ocorrer o trânsito em julgado da mesma, ou seja, não há nada para discutir posteriormente, já que as partes consentem antecipadamente a separação e estipulam as condições e as vontades na petição inicial, estando previamente acordadas e cientes dos resultados.

A homologação definitiva da separação consensual tem resultados iguais ao da sentença da separação litigiosa, como a imposição da separação de corpos, fim dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Não cria coisa julgada quanto à guarda dos filhos menores e à regulamentação de visitas, às contribuições para educar e criar os filhos e à pensão alimentícia entre os cônjuges (RODRIGUES, 2004, p. 218).

4.5 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO DIVÓRCIO:

O que deu origem aos debates brasileiros sobre a inserção do divórcio na legislação foi a Emenda nº 09, de 28 de junho de 1977, depois regulamentada pela Lei nº 6.515/77, conforme abordada nos primeiros parágrafos deste capítulo.

Para Venosa (2005, p. 224),

A história do divórcio no Brasil traduz uma árdua e calorosa batalha legislativa e social, decorrente de longa e histórica tradição antidivorcista, sustentada basicamente pela Igreja, que erige o casamento em sacramento. As várias tentativas de admissão do divórcio no Brasil sempre esbarravam na oposição da Igreja Católica e especificamente no fato de a indissolubilidade do matrimônio pertencer à ordem constitucional [...].

A Constituição Federal reportou-se sobre o divórcio, em seu art. 226, parágrafo 6º:

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

O divórcio dissolve o casamento definitivamente, podendo as partes contrair novas núpcias. Para Lobo (2008, p. 128):

O divórcio é meio voluntário de dissolução do casamento. O meio não voluntário é a morte de um ou de ambos os cônjuges. O divórcio tem fundamento constitucional que o assegura, facultando duas modalidades, cada uma a partir de uma causa objetiva: a) o divórcio direto, para o qual a causa é a separação de fato dos cônjuges há mais de dois anos; b) o divórcio por conversão, cuja causa é exclusivamente o transcurso do prazo de um ano de trânsito em julgado da sentença da separação judicial ou da decisão judicial da separação de corpos.

Observa-se que o casamento só acaba voluntariamente se for requerido o divórcio e não voluntariamente se uma das partes vier a falecer.

O divórcio pode ser de forma direta, se as partes comprovarem a separação de fato por mais de dois anos, ou em forma de conversão, quando as partes requerem a conversão da separação judicial em divórcio ou decorrente de uma separação de corpos.

O divórcio direto pode ser consensual ou litigioso. Para os dois casos, existe a obrigação de demonstrar a separação de fato por mais de dois anos (revogado com o advento da Emenda constitucional 66/2010). O divórcio é consensual quando as partes, já de comum acordo, prescrevem sobre a guarda dos filhos, o sobrenome, os alimentos e a partilha. O divórcio é litigioso, quando as partes não concordam com disposições sobre estas mesmas questões e encaminham ao juiz as suas diferenças, neste tipo de modalidade, não se admite nenhuma causa de natureza subjetiva e nem mesmo a responsabilidade culposa, não a figura do culpado pelo fim do casamento (LOBO, 2008, p. 129).

O mesmo autor (2008, p. 129) destaca o parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil, mencionando que “não se aplica ao divórcio a regra contida no parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil, quanto à recusa do juiz à homologação da separação judicial consensual.”

Sobre essa consideração, é de se dizer que o juiz não julga o acordo, não há necessidade de observar se ele preserva o interesse dos filhos e dos cônjuges, como assim destaca o artigo:

Parágrafo único: O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

O autor Venosa (2005, p. 230) relata as regras para requerer o divórcio consensual:

No divórcio consensual a Lei do Divórcio determina que sejam obedecidas, em princípio, os dispositivos da separação judicial (arts. 1.120 e 1.124 do CPC), observadas ainda as seguintes normas (art. 40, parágrafo 2º, da Lei do Divórcio):

I – a petição conterá a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II – a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III – se houver prova testemunhal, ela será trazida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, a qual será obrigatoriamente realizada;

IV – a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.”

Como se há de verificar, a petição é a forma redigida do acordo entre as partes, nela estará contida todas as maneiras de como o casal deseja fazer o seu divórcio, deverá ser apresentada em juízo para que seja homologada.

Vale ressaltar sobre a partilha, o art. 1.581 “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.”

A respeito do divórcio direto litigioso, já exposto acima, é a forma onde há conflitos quanto ao acordo entre as partes.

Para o mesmo autor (2005, p. 232):

[...] São raros os casos de divórcio litigioso. Geralmente, o interessado a ele recorre quando não localizável o cônjuge requerido ou quando este é incapaz. Por outro lado, a qualquer momento o processo litigioso pode ser convertido em consensual. No divórcio não se declinam as causas da separação, de modo que qualquer dos cônjuges pode requerê-lo, ainda que, em tese, seja o responsável pelo desenlace [...]

Observa-se que são poucos os casos de divórcio litigioso (quando não há acordo entre as partes e não houve prévia separação judicial); as partes recorrem a ele quando não localizam um ao outro, ou quando se demonstra a incapacidade civil do outro consorte.

Sobre os procedimentos ocorridos no divórcio litigioso, atenta-se para o que explica Lobo (2008, p. 130).

[...] Como todo processo ordinário de jurisdição contenciosa, é cabível a tentativa de conciliação promovida pelo juiz na audiência prévia. Se os cônjuges não chegarem a qualquer acordo, mútuo ou provocado pelo juiz, este decidirá as questões decorrentes do divórcio, nomeadamente sobre a proteção dos filhos, a obrigação de alimentos de um para o outro e para os filhos comuns, o uso do nome do outro cônjuge, além de questões acidentais, como a medida cautelar da separação de corpos e do domicílio conjugal. O divórcio será consumado com o trânsito em julgado da sentença, que será registrada no registro de casamento. Pode o juiz recomendar aos cônjuges um mediador familiar, para que se lhes dê oportunidade de verificar as vantagens do divórcio pacificado e fruto do consenso, como prevê a lei francesa sobre o divórcio de 26 de maio de 2004.

O primeiro passo é a tentativa de conciliar o divórcio através de uma audiência antecipada, não havendo êxito, o juiz irá decidir tudo sobre o divórcio do casal, filhos, sobrenome, partilha e alimentos. Após o trânsito em julgado, serão encaminhados ao Registro Civil e Registro de Imóveis, os documentos necessários para que seja posto fim ao casamento bem como a divisão dos bens. O juiz observando que há possibilidade de transformar em consensual o litígio, pode nomear um curador familiar para que alerte as partes do possível mérito da pacificação.

No que diz respeito ao divórcio por conversão, Lobo (2008, p. 130) assim expõe:

O divórcio por conversão deriva da ocorrência de dois fatores: a) prévia separação judicial consensual ou litigiosa; b) transcurso do prazo de um ano após o trânsito em julgado da sentença correspondente ou da decisão que determinou a separação de corpos. Difere das duas modalidades de divórcio direito porque não podem ser discutidas as questões já resolvidas ou decididas na separação judicial. O divórcio por conversão também pode ser consensual ou litigioso, este quando um dos dois cônjuges se recusar a participar do pedido. A prova é meramente documental, fundada como está em decisão judicial anterior. Confirmando o transcurso do prazo, o juiz deverá decretar o divórcio e sua anotação no registro público. Quaisquer pendências ou controvérsias remanescentes da separação judicial não impedem o pedido de conversão, porque o único requisito legal é o decurso do prazo de um ano. A lei permite que o prazo seja contado a partir da decisão de separação de corpos, o que torna dispensável a própria decisão definitiva ou o trânsito em julgado desta.

A respeito do exposto pelo autor, entende-se que a conversão se dá mediante a separação judicial consensual ou litigiosa, após um ano da mesma, ou da decisão que determinou a separação de corpos.

Na conversão não se discute o que foi acordado na sentença de separação e a única prova é a documental, ou seja, o único requisito legal é a ocorrência de um ano após a separação.

A separação de corpos isenta o trânsito em julgado da separação judicial e começa a contar o prazo a partir daquela data. O efeito do divórcio é pôr fim tanto ao casamento civil.

Conclui-se neste capítulo, que, desde a primeira lei sobre a dissolução do casamento, aos poucos houve redução nos requisitos para tal, “desburocratizando” de alguma forma as separações e divórcios no Brasil. Assim, denota-se que há cada vez menos a interferência do Estado na dissolução do casamento, uma vez que, nos últimos 30 anos, passou de indissolúvel para dissolúvel, bem como houve a diminuição dos prazos para concessão de separações e divórcios.

Outra efetiva mudança foi a concessão de separações sem a necessidade de comprovação da culpa, ainda que no sistema do Código Civil ainda sejam elencadas causas. E, por fim, a facilitação do procedimento de separação, com o advento da lei, promulgada em 04 de janeiro de 2007, que faculta as separações e divórcios de maneira extrajudicial, objeto principal deste trabalho, e que será análise de estudo no próximo item.

5 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS DA LEI Nº 11.441/2007 - SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

O objetivo do presente capítulo é demonstrar um grande avanço nos procedimentos da legislação brasileira em relação à separação e divórcio, devida principalmente à inserção no Código de Processo Civil, no art. 1.124-A, resultante da Lei nº 11.441/07, de 04 de janeiro de 2007, que trata das separações judiciais e extrajudiciais, sua história, seus pressupostos e sua prática dentro dos Tabelionatos Brasileiros.

5.1 ANTEPROJETOS QUE INTERCEDERAM A PROPOSITURA DA LEI

Nos parágrafos que seguem, são brevemente relatados alguns Anteprojetos de Lei que buscavam alterações tanto no Novo Código Civil, quanto no Código de Processo Civil.

Parodi e Santos (2007, p.121) relatam que a nova Lei nº 11.441/2007 é fruto de incremento substitutivo e de variados debates no Congresso Nacional.

Antes da Lei em questão ser aprovada e publicada no Diário Oficial da União (DOU), em 05 de janeiro de 2007, vários Projetos de Lei foram propostos a fim de se formalizarem, dentre eles o PLS nº 296 de 2006, que voltado para “autorizar a separação e divórcio extrajudicial por escritura pública”. [se preocupou em harmonizar o sistema jurídico] (PARODI; SANTOS, 2007, p. 121-122).

O mencionado Projeto de Lei do Senado visava alterações no Código Civil Brasileiro quanto à sociedade conjugal. Para dar ênfase ao parágrafo anterior, verifica-se algumas tutelas do Projeto:

Projeto de Lei do Senado nº 296, de 2006

Art. 5º O art. 1.577 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigor com a seguinte redação:

Art. 1.577. É lícito aos cônjuges separados, a todo tempo, restabelecerem a sociedade conjugal:

I – em juízo, mediante simples requerimento direcionado ao processo de separação ou instruído com a escritura pública de separação;

II – extrajudicialmente, mediante aditamento à escritura pública de separação.

Parágrafo único. O restabelecimento será averbado no cartório que registrou o casamento, mediante ofício do juízo que decretou a separação ou comunicação do cartório no qual se lavrou o termo de aditamento à escritura de separação.

Art. 6º O *caput* do art. 1.580 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

(Código Civil), passa a vigor com a seguinte redação:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, da decisão concessiva da medida cautelar da separação de corpos, ou da lavratura da escritura pública de separação, qualquer dos cônjuges poderá requerer:

I – a sua conversão judicial em divórcio; ou

II – a lavratura de escritura pública de divórcio por mútuo consentimento, se os requerentes não tiverem filhos comuns incapazes, e tiver sido realizada a partilha de bens.

Observa-se, portanto, que os referidos artigos salientaram apenas sobre o restabelecimento dos rompimentos extrajudiciais; em nenhum momento foi mencionado a necessidade da prévia separação por via administrativa.

O mesmo Projeto de Lei do Senado, destacou em seu art. 3º a possibilidade de escrituras públicas de partilha de bens, as quais deveriam ser posteriormente homologadas via judicial.

“O principal Projeto de Lei referente às tratativas dos inventários e partilhas administrativas é o PLS nº 155 de 2004” (PARODI; SANTOS, 2007, p. 122).

O Projeto de Lei nº 155, que assim descreveu:

Art. 1º Dê-se a seguinte redação ao art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

“Art.2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável: I – por escritura pública, extrajudicialmente, quando existir um único bem a partilhar;

A opinião de Parodi e Santos (2007, p. 122) sobre este Projeto de Lei é que “o vincular da tutela legal a apenas um bem imóvel se constitui em flagrante violação ao princípio da isonomia”.

Este princípio destina-se à “*igualdade*”. Princípio segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a Lei. O mesmo faz presente na Constituição Federal de 1988, no que assegura os direitos e garantias fundamentais, precisamente em seu art. 5º.

Outros projetos que merecem destaques são: Projeto de Lei nº s 731/2003 e 4.725/2004, onde se salienta:

Projeto de Lei da Câmara 4.725/2004 Divórcio e Inventário Consensuais Autor: Poder Executivo

[...] TEXTO DO PROJETO

Altera dispositivos da Lei 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.

O Congresso Nacional decreta:

[...] Art. 3º A Lei 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

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

PROJETO DE LEI DA CÂMARA 731/2003 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO AUTOR: DEP. LÉO ALCÂNTARA

O Congresso Nacional decreta:

[...] Art. 2º Os arts. 982 e 983 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 2º A separação e o divórcio, realizados por mútuo consentimento, *poderão ser* efetuados mediante escritura pública.

JUSTIFICATIVA

Na verdade, o Código de Processo Civil, nos arts. 1.031 a 1.038 (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), preceitua que as partes civilmente capazes *podem requerer a homologação judicial das partilhas dos bens. Porém, é necessário que se faculte, em lei, a utilização das escrituras públicas para a realização de procedimentos que dispensam a homologação judicial [...]*.

Analisando os dois (02) projetos, verifica-se que o legislador facultou aos casais a separação ou divórcio consensual, tanto na esfera judicial quanto mediante a escritura pública.

É importante mencionar que o Projeto de Lei nº 731/2003, teve sete (07) emendas até sua conclusão final (MORAIS, 2007, p. 31).

Foram inúmeras as alterações ocorridas na legislação, dentro de várias propostas de projetos de lei, para que de alguma forma a implementação da Lei nº 11.441/2007 surgisse, trazendo em caráter satisfatório algumas mudanças e avanços no meio jurídico, que serão esplanadas a seguir.

5.2 ARTIGOS DA NOVA LEI

Depois das frustradas tentativas na forma de Projetos de Lei do Senado, vistas anteriormente, surge por fim a aprovação da Lei 11.441/2007, composta apenas por cinco artigos, sendo quatro de forma normativa, os artigos 1º, 2º, 3º e 5º, e apenas um, o artigo 4º, de maneira formalista (PARODI; SANTOS, 2007, p. 123 a 126). Nos próximos parágrafos, há uma análise dos artigos de caráter normativo.

Os artigos 1º ao 3º destacam a aplicação de práticas das novas relações administrativas. Os interessados devem estar consensualmente acordados para sua efetivação, cientes de seus direitos e deveres e das implicações do ato.

O artigo 1º altera o teor dos arts. 982 e 983 do Código de Processo Civil, conforme mencionam as autoras citadas (ibidem):

Art. 1º Os art. 982 e 983 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art.982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos fossem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão no ato notarial.

Art.983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. (Revogado).

Como se pode notar, o prazo alterou para sessenta (60) dias e não mais trinta como era exposto no artigo, abaixo salientado. O artigo 2º apenas faz referência ao artigo 1.031 do Código de Processo Civil, em razão do Código Civil:

Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre as partes capazes, nos termos do *art. 1.773 do Código Civil*, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei. (grifado o artigo anterior).

Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre as partes capazes, nos termos do *art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil*, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância nos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei. (grifado o teor reformado).

O Código Civil, em seu art. 2.015, fez menção à escritura pública como também objeto para a partilha de bens pelos herdeiros. No entanto, no que tange à partilha de bens referente aos inventários, não será objeto do presente trabalho, razão pela qual não se aprofundará o assunto.

No que diz respeito ao artigo 3º, ele acresce um novo dispositivo ao Código de Processo Civil, o artigo 1.124-A, que segue:

Art. 3º A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 1.124-A:

Art. 1.124-A. A Separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observando 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.

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

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

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

Nesta vereda, evidenciou-se um dos objetivos esperados da Lei 11.441/2007: ser uma facilitadora de respostas às necessidades jurídicas, diminuindo a morosidade dos atos

processuais e garantindo ainda a permanência do advogado nos processos de separação, divórcio e inventário.

O artigo 5º da nova Lei estipula a revogação do parágrafo único do art. 983 do Código de Processo Civil, mantendo o artigo, porém com teor reformado, quanto ao aumento do prazo para os inventários, como anteriormente relatado.

E, finalmente, o artigo 4º da nova Lei, que trata de mera formalidade, assim descreve: Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A publicação ocorreu em 05 de janeiro de 2007, no Diário Oficial da União (DOU), como já posto anteriormente.

5.3 ANÁLISE TEÓRICA DA LEI Nº 11.441/2007

As alterações da Lei nº 11.441/2007, presentes nos artigos que tratam da Separação e Divórcio dentro do Código de Processo Civil, mencionam como deve ser a partilha dos bens dos cônjuges, a alteração do sobrenome de casado das partes, bem como se haverá prestação de alimentos.

A partilha de bens pode ser descrita em três situações: a) não há bens para partilhar e os bens são de valor irrelevante; b) há bens e as partes estão de acordo com a partilha; e c) há bens, porém ambos não conseguiram decidir a divisão mais cômoda (ARAÚJO, 2007, p. 362).

Na letra a, não haverá problema algum em mencionar que não há partilha, ou até mesmo deixar em omissão, pois não ocasionará problemas futuros. Na letra b, não há argumentos para discussão, já que o casal de comum acordo constou na separação ou divórcio a partilha de seus bens, mesmo sendo ela feita de maneira desigual, houve um consenso de ambos, o que lhes permitiu na esfera extrajudicial. Na letra c, em que não houve um consenso sobre a partilha, o casal pode requerer sua separação ou divórcio administrativamente, e após acordo sobre a partilha, esta poderá ser feita posteriormente via judicial, requerida apenas por uma das partes.

Araújo (2007, p. 263) ainda salienta que:

Na hipótese que ora comentamos, isto é, na qual ambas as partes tem intenção de dissolver o vínculo matrimonial, sem, no entanto, concordar sobre a divisão do patrimônio, não há qualquer óbice para que a separação ou divórcio sejam feitos em cartório, observando os requisitos constantes na nova lei, deixando-se a partilha para um momento posterior.

Com relação ao sobrenome, pode-se citar o que diz Farias, Promotor de Justiça do Estado da Bahia e colaborador da Revista Brasileira de Direito de Família:

Outro não é o efeito da eventual ausência de indicação do ajuste de vontade quanto ao uso do nome patronímico pelo cônjuge (que, eventualmente, tenha acrescido ao seu sobrenome do consorte quando do casamento, conforme permissivo do parágrafo 1º do art. 1.565 da Codificação). Ausente disposição expressa de vontade, presume-se que o consorte manteve o seu nome de casado. Mesmo porque, não custa lembrar, o nome é direito da personalidade e, como tal, incorpora-se ao seu titular. Por isso, manter ou não o nome de casado concerne à própria dignidade da pessoa, sendo-lhe inafastável.

Portanto, sendo opção das partes a escolha do acréscimo do apelido de família em seu nome, conclui-se que, nas separações e divórcios consensuais haverá a necessidade da expressa manifestação de vontade das partes na alteração ou preservação de seu nome de casado(a).

As separações e divórcios, dentro na nova lei, poderão ser feitas em qualquer lugar do território nacional, independente do lugar de origem do casamento, domicílio das partes ou localização dos bens imóveis a partilhar, pois a mesma não faz menção a isso. Este entendimento está em consonância com o artigo 8º da Lei 8.935/1994, que trata dos Serviços Notariais e de Registro.

Art. 8º É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.

Convém ressaltar o art. 1.124 do Código de Processo Civil, este apenas menciona que, “após homologada a separação, averbar-se-á no registro civil, e havendo bens imóveis, na circunscrição onde acham-se registrados.”

Entende-se que o resultado da separação, ou seja, a carta de sentença ou a partilha de bens, e o mandado de averbação, são entregues junto ao Ofício do Registro Civil, para que seja alterado o casamento das partes, fazendo constar que houve a separação, e quanto aos imóveis, a carta de sentença ou a partilha de bens, deverá ser entregue ao Ofício do Registro de Imóveis, para que este efetue a divisão dos bens resultantes da separação.

A Lei nº 11.441/2007 determina que as partes que irão compor o ato de Separação e Divórcio são os casais legalmente constituídos matrimonialmente dentro do que prevê o casamento civil e que não possuem filhos menores. Porém atenta-se para as “mulheres que se acham grávidas”, não do ex-esposo, mas sim do companheiro atual, neste caso, o Tabelião deverá fazer constar por termo de declaração no próprio corpo da Escritura, de que, a mulher não se acha em estado de gravidez, ou se for o caso, que encontra-se grávida de seu companheiro atual, porém, se houver constatada a gravidez do ex-esposo, está impossibilitado a dissolução da sociedade conjugal administrativamente (PARODI, Ana Cecília et al., 2007, p. 138).

Em análise do parágrafo anterior, ressaltaram-se os direitos do nascituro, conforme preceitua os arts. 2º, 1798 e 1799 do Código Civil de 2002.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe em salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 1.798 Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento de abertura da sucessão.

Observa-se, portanto, que os dispositivos do Código Civil garantem os direitos do nascituro, portanto é inviável a separação extrajudicial por uma casal em que a esposa encontra-se grávida do marido, devendo estes recorrer a esfera judicial.

É a regra da Lei 11.441/2007, em seu artigo 3º, a não feita extrajudicial das separações e divórcio de casais com filhos menores. Quanto aos casais que possuem filhos maiores de idade, deverão apresentar em Tabelionato, as certidões de nascimento dos mesmos, conforme já previsto na Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, artigos 33 e 34, anexa a este trabalho, para que comprovem a veracidade dos fatos (nomes e sobrenomes, local e data de nascimento), bem como os dados das Certidões (Registro Civil que lavrou o ato, livro da transcrição, folhas, número do termo e data do registro), estas especificações deverão estar mencionadas no corpo da Escritura Pública, já que, mesmo dissolvida a união, as obrigações como pais não cessam, conforme dispõe o artigo 1.579 do Código Civil.

Art. 1579 O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

O divórcio extingue o casamento, porém não dissolve os direitos e deveres dois pais para com os filhos, que apenas modificam-se em relação à guarda e alimentos.

As partes também devem estar em perfeita capacidade civil, ou seja, cônjuges que possuem a capacidade diminuída, ou encontram-se em tratamento médico que reduza sua capacidade mental, ou representados por tutor ou curador judicial, devem recorrer aos meios judiciais não podendo o Tabelião atender suas necessidades dentro dos atos administrativos.

Dessa maneira, observa-se no art. 3º parágrafo 1º da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), que sendo constatada a incapacidade dos cônjuges para a dissolução, estes poderão ser representados por curador, ascendentes ou irmão. E para aqueles que não têm possibilidade de comparecer ao Tabelionato para assinatura da Escritura Pública, poderão ser representados através de Instrumento Público de Procuração (NAMUR, 2007, p. 119).

Dentro do Tabelionato, quem poderá efetuar o trâmite legal, é o Tabelião, no que prevê o artigo 3º da Lei 8.935/1994.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial do registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Para que fosse efetuada a separação consensual extrajudicial, era necessário que as partes estivessem casadas pelo período mínimo de um (01) ano. Situação inaplicável após a Emenda Constitucional 66/2010.

No que tange ao divórcio direito, Parodi e Santos (2007, p. 133) asseveram que “quando se tratar de divórcio direto, requer tempo mínimo de dois (02) anos da separação de fato, para a conversão em divórcio, requer um (01) ano do trânsito em julgado da sentença que prolatou a separação judicial.” Atenta-se a este parágrafo, o art. 1.580 e seus parágrafos do Código Civil de 2002.

O Tabelião irá pedir que o advogado assistente ou as partes, ao encaminharem o pedido para a formulação da Escritura Pública, apresentem as devidas certidões judiciais, extrajudiciais, civis e imobiliárias, negativas de impostos, comprovantes de pagamento de impostos, bem como o pedido do advogado por escrito da dissolução do casal, constando se haverá partilha de bens, alteração do nome do cônjuge, pensão alimentícia, tão quanto é

feito na Petição Inicial que é encaminhada em Juízo, só que desta vez direcionada ao Tabelionato que irá lavrar o Instrumento Público.

Quanto aos parágrafos anteriores, para melhores entendimentos, pode-se citar e utilizar a RESOLUÇÃO nº 35, de 24 de abril de 2007, em seus cinquenta e quatro (54) artigos nas SEÇÕES de I a V, promulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, na pessoa de sua Presidente, a Ministra Ellen Gracie, para que com aquela se discipline a Lei 11.441/2007, que é atualmente utilizada nos Tabelionatos que efetuam as Escrituras Públicas.

5.4 AS ESCRITURAS PÚBLICAS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EM SUA PRÁTICA

Como demonstrado, convém ressaltar que as escrituras públicas convencionando o fim do casamento civil devem conter, além da identificação das partes, o assistente jurídico, alimentos, a questão do sobrenome adquirido e a partilha de bens adequada para que o Ofício do Registro de Imóveis competente cumpra os requisitos necessários para total finalidade da separação e/ou divórcio, e a assinatura das partes, do advogado e do Tabelião.

Farias (2007, p. 94) ressalta que:

Agora, a peça fundamental da separação ou divórcio por mútuo consentimento é o acordo de vontades entre os esposos, levando ao registro, por meio de escritura pública, lavrada com a assistência de advogado. Não há mais necessidade de ratificação da vontade perante o magistrado e posterior homologação judicial, sendo suficiente a lavratura da escritura pública.

Os Tabelionatos representados por seus Notários, devidamente qualificados para o exercício de sua atividade profissional, cumprem o que cada lei determina em cada ato a ser lavrado em sua Serventia. Observa-se que o Órgão competente para fiscalizar, atribuir normas para desempenhar função, determinar emolumentos, procedimentos e suscitações de dúvidas dos mesmos, é a Corregedoria Geral de Justiça de cada Estado.

Nos próximos itens, serão observadas as práticas das Escrituras Públicas de Separação e Divórcio Extrajudicial, as definições de alguns temas relevantes informados de acordo com os provimentos expedidos pelas Corregedorias de Justiça de outros Estados, os quais estarão em anexo ao presente trabalho.

A dissolução da união pelos cônjuges extingue-se pelo simples negócio jurídico. Esta extinção, com o advento da Lei 11.441/2007, é dada mediante a escritura pública.

As escrituras que apresentarem defeito do negócio jurídico, como coação ou erro, sofreram ação anulatória, com prazo decadencial de quatro (04) anos, conforme dispõe o art. 178 do Código Civil, esta anulação se dá via judicial.

A seguir, as definições de alguns itens importantes para o pedido e elaboração das escrituras públicas de separações e divórcios extrajudiciais, bem como a definição de alguns modelos.

5.5 A PETIÇÃO INICIAL - REQUERIMENTO DIRECIONADO AO TABELIONATO

A Petição Inicial é o instrumento pelo qual as partes iniciam um processo. É através dela que se tem o direito de ação, é um dos pressupostos de existência de um processo, onde se invoca a prestação da tutela jurisdicional.

Os requisitos para a elaboração da petição inicial estão elencados no art. 282, do CPC, que assim descreve:

Art.282. A petição inicial indicará:

- I – o juiz ou tribunal, a quem é dirigida;
- II – os nomes, os prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
- III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV – o pedido, com as suas especificações;
- IV – o valor da causa;
- V – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos elencados;
- VI – o requerimento para a citação do réu.

Elaborada a petição inicial, conforme demonstra o artigo anterior, de praxe se consolidou em encerrar a mesma com a inclusão do nome da localidade, a data de sua realização e a assinatura do subscritor, embora não conste no referido artigo, porém, em tese, não poderia gerar indeferimento do pedido, conforme ensina Wambier et al (2007, p. 295).

Em análise aos parágrafos anteriores, observa-se o que dispõem os artigos 1.120, 1.121 e 1.122 do Código de Processo Civil, dos quais abaixo se destaca o artigo 1.120, com atenção ao que elenca os artigos da Lei 6.515/77 – Lei do Divórcio, com reparo na impossibilidade da separação extrajudicial para uniões que há filhos menores: “Art.1120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges”.

Embora a Lei nº 11.441/07 não preveja o uso da petição inicial, por analogia, atenta-se ao mencionado artigo. O casal que deseja dissolver sua união pode solicitar ao assistente jurídico a elaboração da petição inicial ou requerimento, para que se efetue sua separação ou divórcio, não deixando de nela mencionar: o tabelionato a qual é dirigida, os nomes (qualificação pessoal das partes interessadas), os fatos, o pedido, as provas (motivos da separação/divórcio), se há filhos, sobre os alimentos, a permanência ou não do sobrenome adquirido por um dos cônjuges com o casamento civil e a divisão de bens quando houver.

A petição inicial é um documento essencial na esfera judicial, formulada e devidamente assinada pela parte, bem como pelo seu assistente jurídico, expondo os motivos da separação ou divórcio. É um instrumento de grande importância, pois esclarece e registra a vontade das partes, não deixando subsídios para posterior reclamação, pois as partes já acordaram no pedido de sua apresentação.

5.6 A PROCURAÇÃO PÚBLICA

A procuração é um instrumento bilateral que outorga poderes de representação e pode ter caráter particular ou público. Em caráter particular, é quando a parte outorgante ou até mesmo outorgada elabora a minuta, apenas levando em Tabelionato para reconhecimento de assinatura do outorgante, quando necessário. O documento não fica registrado no cartório, apenas há o reconhecimento da assinatura. A procuração pública é a minuta elaborada pelo tabelião, devidamente transcrita em seu livro de notas; por se tratar de instrumento público, não exige o reconhecimento de assinaturas ou até mesmo de testemunhas.

Os artigos 36 e 37, do Código de Processo Civil, relatam a procuração como um documento que habilita o advogado para representação em nome da parte, em juízo.

No caso da Lei 11.441/07, o advogado não formula pedido judicial, sendo desnecessária a apresentação da procuração em nome do advogado para este fim, como ocorre na via judicial, visto que o mesmo comparece ao tabelionato para assinatura da escritura juntamente com as partes.

Quanto às expressões utilizadas, *ad negocia*, significa “para negócios” e *ad judicia* é “para representação em juízo”.

Ocorre que, a Lei 11.441/07 expressa claramente que a assistência é um ato de competência exclusiva do advogado, seu comparecimento dá validade ao ato notarial e a sua falta impede ao tabelião de lavrar o ato.

“As partes poderão contratar cada uma o seu próprio advogado. Porém, se ainda que apenas uma delas estiver desassistida, não poderá o Tabelião proceder a escrituração” (PARODI; SANTOS, 2007, p.181).

Observa-se, portanto, a obrigatoriedade do comparecimento do advogado nos atos de separação e divórcio extrajudicial.

O aspecto em questão é a utilização de procuração pelas partes contratantes, ou seja, as únicas pessoas que podem ser representadas. Esses devem estar em pleno uso e gozo de suas atividades mentais, cabendo a eles nomear uma terceira pessoa, ou até mesmo o próprio advogado. No caso onde o advogado é o procurador, ele exerce a função de representante e assistente.

Registra-se ainda sobre o aspecto do procurador, que ambos os interessados não poderão estar representados pela mesma pessoa, visto que se deve evitar conflitos de interesses, pois atuará respondendo por cada um.

Neste exposto, o art. 117 do Código Civil:

CAPÍTULO II

DA REPRESENTAÇÃO

[...] Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Posta assim a questão, é de se dizer que, um não pode outorgar poderes ao outro e nem ao mesmo advogado, pois este pode conflitar com sua atuação profissional.

Sobre outro aspecto de representação, as autoras Parodi e Santos (2007, p. 141) relatam que a legislação brasileira permite que o casamento civil se realize apenas com a presença de uma das partes interessadas, bastando para tanto que o ausente esteja representado legitimamente por poderes outorgados em procuração pública. No mesmo sentido, sob pena do ferimento do princípio da isonomia, é assegurado esse direito voltado para a dissolução conjugal através de representante devidamente constituído.

É irrelevante o sexo do mandatário. Contudo, os poderes devem ser individuados e, essencialmente especificados os termos que tenham sido previamente pactuados, não se admitindo ingerências, do procurador, em ato de transigência perante o outro cônjuge. Para que se preserve a validade do consentimento e relevadas as dimensões do negócio jurídico atípico em tela, não é conveniente que se admita a identidade de procurador para ambos os contraentes.

O procurador deve apenas realizar o ato para qual foi nomeado e o tabelião, por sua vez, deve estar atento aos poderes contidos na procuração pública.

No que diz respeito à validade da procuração pública, por analogia, ela segue os mesmos ritos, embora com outorga de poderes diferenciada da procuração pública outorgada para contrair as núpcias, ou seja, obedece às regras contidas no art. 1.542, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, ressaltando o parágrafo 3º, que determina o prazo de noventa (90) dias de validade para tal instrumento.

Como se observou, a procuração pública encontra-se omissa na Lei 11.441/07, assim como a petição inicial. Tem-se, portanto, outra lacuna na nova lei, e a analogia é utilizada. Sobre essa analogia, vale ressaltar o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

No que tange à procuração pública, e todos os expostos acima, cabe destacar os comentários do autor (NAMUR, 2007, p. 131):

A procuração a que ora nos referimos é aquela específica para o ato de representar em cartório os interessados na separação extrajudicial. Não nos opomos à sua existência, desde que haja a devida previsão legal, porque facilitaria a resolução de casos em que pudesse ser aplicada. E, em se admitindo essa previsão legal, recomenda-se que ambas as partes não sejam representadas pelo mesmo procurador, em virtude da natureza dos interesses envolvidos. Ainda, cabe-nos mencionar que, nesse caso, a procuração deveria ser emitida por meio de escritura pública, com fins específicos e prazo determinado [...]

A utilização da procuração pública é observada na Resolução nº 35, precisamente no seu art. 36, que determina o prazo de validade por trinta (30) dias.

Os notários utilizam-se deste artigo e possuem minuta própria para que seja realizada nas escrituras de separação e divórcio; quando há representação, ela de praxe é utilizada em todo território nacional e os modelos se padronizam em semelhantes aspectos e cláusulas (poderes).

Atenta-se que em se tratando de instrumento público, não se faz obrigatória a presença de testemunhas.

Em atenção aos parágrafos anteriores, deve-se observar que a procuração pública não será válida para os casos nuncupativos, expostos no art. 1.542, parágrafo 2º. Esses devem ser direcionados para via judicial, pois neste caso, pode figurar a diminuição da capacidade mental e/ou lucidez de uma das partes.

A utilização da procuração pública é de grande valia, pois satisfaz o problema de muitas pessoas em não poder se deslocar de um município ou até mesmo de um estado para outro, e dissolver seu casamento, inclusive fazendo valer a não presença física das partes. Isso ocorre por se materializarem princípios constitucionais, mencionados neste trabalho, que são da dignidade da pessoa humana e autodeterminação, quando desfaz aquele argumento nestes termos, de que tudo é muito burocrático.

Outro aspecto importante para se destacar, é a obrigatoriedade da confirmação de validade dessas procurações públicas, oriundas de outros Tabelionatos, que não aquele onde está sendo lavrado o ato. As confirmações devem ser feitas, pelo cartório que está utilizando o instrumento para com o cartório de origem, mediante telefone, fax ou *e-mail*; deve ser confirmada a existência da procuração, se se encontra em pleno vigor, e não deve constar anotações de substabelecimentos ou revogações (cancelamento) do mandato.

Os Tabelionatos estão sujeitos ao que dispõe o art. 889 e parágrafo único do Código de Normas da Corregedora Geral de Justiça do Estado, a seguir:

Art. 889. A lavratura de escritura com base em procuração advinda de outro Tabelionato de Notas deve ser precedida de confirmação de procedência e validade do instrumento por intermédio de meio idôneo, cujo comprovante de remessa e recepção deverá ser arquivado na serventia Parágrafo único: Comprovada a procedência e validade da procuração, o notário deverá fazer constar no corpo da escritura a realização da providência.

O tabelião recolhe a comprovação, quando via e-mail ou escrita via fax, mantém em seu arquivo junto ao processo de escritura. Outra exposição quanto às procurações, é o que dispõe o provimento nº 04/97 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado.

5.7 ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL

A nova lei introduziu o art. 1.124-A, no ordenamento do Código de Processo Civil, prevendo além da separação, o divórcio consensual por meio de escritura pública, observando os requisitos legais e prazos.

O divórcio direto se dará por escritura pública mediante a separação do casal ocorrida há mais de dois (02) anos, conforme o art. 1.580, parágrafo 2º do Código Civil que assim se descreve:

Art. 1.580, parágrafo 2º. O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O prazo estabelecido em lei deve ser ininterrupto, ou seja, se o casal se reconciliar em algum momento, o prazo fica interrompido, voltando a ser contado novamente da data que o casal separar-se de fato.

Para Farias (2007, p. 129):

É preciso pontuar, no entanto, também ser possível provar o lapso temporal de dois anos de separação de fato por meio de simples declarações das testemunhas, com firmas reconhecidas, apresentadas ao tabelião no momento da lavratura do acordo. É que, palmilhando a linha simplificadora da dissolução matrimonial implantada pela Lei 11.441/07 e incorporando seu espírito desburocratizante, não pode haver dúvida quanto à efetiva possibilidade de comprovação do lapso temporal de dois anos de separação de fato através de simples declarações assinadas por testemunhas que atestem conhecer o casal e saber já estar separado de fato pelo aludido período de tempo, como exige a norma constitucional.

Neste sentido, a presença física das testemunhas poderá ser dispensada, e no teor do corpo da escritura, mencionar tal fato, ou seja, que as partes apresentaram a declaração das testemunhas, com suas assinaturas devidamente reconhecidas.

Outros métodos podem ser utilizados para esta comprovação, o art. 332 do Código de Processo Civil assim descreve:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Nesse contexto, uma decisão judicial de separação de corpos efetivada há mais de dois (02) anos também serve como meio de prova do prazo de separação, para que se efetue o divórcio direto consensual.

Entretanto, o Colégio Notarial do Brasil ao discorrer sobre a prova do prazo, em seu Manual preliminar de instruções gerais sobre a Lei 11.441/07, no tocante ao divórcio consensual direto, menciona que: “o divórcio consensual direto exige a prova de dois anos de separação de fato dos cônjuges. A prova do prazo deve ser feita por ao menos uma testemunha. Não devem ser testemunhas as elencadas no art. 228 do CC. Testemunha que seja parente de uma das partes, somente se não houver outra (art. 228 CC, cumulado com o art. 405 do CPC, par. 2º, I e par. 4º). Neste caso, as partes devem declarar que não há outra testemunha disponível. Somente documentos não bastam para provar a separação de fato, mas podem ser indicados na escritura para corroborar a prova”.

Em concordância com o exposto no parágrafo anterior, Parizatto (2007, p. 114) assim escreve:

De se frisar que somente se admitirá como testemunhas parente de uma das partes, inexistindo outra, cabendo nesse caso a menção na escritura de que as partes não possuem outra testemunha que possa atestar o decurso do prazo em apreço. A regra do art. 405 do Código de Processo Civil, parágrafo 2º, inciso I e do parágrafo 4º tem aplicação à espécie.

Em qualquer ato jurídico público ou particular, sendo um simples Contrato Particular de Locação, ou até mesmo uma Procuração Pública, onde nesta figura a rogo (quando outorgante não é pessoa), exige-se a presença de duas (02) testemunhas para as escrituras públicas de divórcio direto; alguns tabeliões tem seguido a mesma regra, a fim de não causar prejuízo tanto às partes quanto ao próprio exercício de sua profissão.

A escritura do divórcio direto obedece às normas padronizadas nas demais escrituras públicas, na qual se destacam: qualificações das partes, número dos documentos e endereço, a data em que se separaram de fato (PARIZATTO, 2007, p. 114).

O art. 1.581 do Código Civil prevê o divórcio sem prévia partilha de bens. O Colégio Notarial do Brasil, conforme menciona Cassetari (2007, p. 39), em dois parágrafos seguidos, descreve a partilha posteriormente:

O Colégio Notarial do Brasil também entendeu em suas recomendações que, neste caso, o tabelião pode optar entre descrever os bens, inclusive direitos e as partes declararão que farão a partilha dos bens em outro momento.

Dessa forma, verifica-se ser possível que seja feita uma escritura somente para partilhar os bens do casal, separados ou divorciados, por escritura ou judicialmente, desde que haja consenso entre as partes.

Em cada ato, independente da natureza, o tabelião deve se atentar em verificar se as partes estão manifestando sem nenhum vício, de maneira livre e sem coação o desejo na dissolução conjugal.

5.8 ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL COM PARTILHA

A escritura de divórcio com partilha se enquadra nas padronizações e regras do divórcio direto quando se trata de documentação das partes, já mencionados anteriormente.

Atenta-se, nesse modelo, que será necessária agora a documentação dos imóveis, móveis, valores monetários entre outros que serão partilhados, conforme o anexo do modelo da referida Escritura.

A partilha pode ser feita de maneira desigual, estabelecendo no corpo da escritura que um dos consortes receberá patrimônio menor do que a lei lhe permite, pois a dissolução da união por via administrativa configura negócio bilateral, porém haverá incidência tributária com relação à partilha (FARIAS, 2007, p. 100).

De acordo com o mencionado, cabe ao advogado e tabelião, analisar o regime de bens adotado pelo casal.

A partilha será mencionada no corpo da escritura, bem como o recolhimento dos impostos: ITBI – imposto de transmissão sobre bens imóveis e ITCMD – imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, devido ao Município e ao Estado, representados pela Prefeitura Municipal e Exatoria Estadual, respectivamente, nos

casos de separação e divórcio com bens partilhados, verificando a porcentagem que cada um terá em cada bem, ou sua totalidade, dependendo expressamente da vontade das partes.

Nas partilhas, quando há uma doação por parte de um cônjuge ao outro, de qualquer bem do casal, cabe à Exatoria Estadual avaliar (há uma transferência não onerosa).

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Acre, através de seu Provimento nº 02/2007, descreve os impostos denominados como ITBI e ITCMD da seguinte forma:

- O Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis (ITBI) incide nas escrituras de separação ou divórcio, quando houver transmissão de propriedade imóvel de um cônjuge para outro, considerada a totalidade do patrimônio do casal, recebendo um cônjuge qualquer fração maior do que a da meação e pagando ao outro a diferença.

- O Imposto de Transmissão *causa mortis* e Doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD) incide na transmissão, a título gratuito, sobre a parte excedente da meação, quando houver transmissão de propriedade de imóvel de um cônjuge para outro, recebendo um cônjuge qualquer fração maior do que a meação, sem que seja pagamento pela diferença, havendo, portanto, doação de uma parte à outra.

Neste sentido, o Estado, como outros, também atua sobre o mesmo conceito.

5.9 ESCRITURA PÚBLICA DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL

Sobre a separação consensual, as partes devem estar acordadas, não terem filhos menores ou incapazes, obedecendo aos prazos previstos em lei (PARIZATTO, 2007, p. 96).

O artigo 1.124-A do Código de Processo Civil passou a prever a separação consensual extrajudicial. A mesma se dará comprovada mediante certidão de casamento, inexistente há um (01) ano. A inclusão desse artigo como intuito de conferir celeridade aos processos judiciais.

Neste aspecto, o mesmo autor (2007, p. 96) destaca:

Além disso, à evidência, as partes deverão apresentar ao tabelião, a certidão de casamento atualizada, de modo a se atestar a existência deste e a época de sua realização.

Observa-se que o artigo 1.574 do Código Civil, já previa a separação por mútuo consentimento:

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

Para Farias (2007, p.128), “o prazo de um ano de casamento é exigido, inclusive, para as separações consensuais originadas de conversão de separação litigiosa, em juízo, quando o magistrado obtém acordo entre as partes”.

A separação consensual é um ato jurídico semelhante ao divórcio, só que neste caso, não há necessidade de testemunha e o prazo é menor.

Sobre a partilha, as partes declaram no próprio corpo da escritura que não há bens para partilhar; quanto menção a respeito da pensão alimentícia, poderá haver dispensa e não renúncia, conforme prevê o artigo 1.707 do Código Civil; e sobre a alteração de nome, poderá voltar a usar o nome de solteiro ou optar pela manutenção do nome de casado (PARIZATTO, 2007, p. 99).

5.9.1 Escritura Pública de Separação Consensual com Partilha

A modalidade de separação com partilha de bens obedece aos mesmos requisitos da separação sem partilha acima referida, apenas acrescenta-se a partilha de bens, bem como o recolhimento dos impostos devidos, ITBI e ITCMD, conforme o caso.

A partilha poderá ser feita de forma desigual, ou apenas esclarecida que ocorrerá em outro momento, como já mencionado no item que trata do divórcio consensual com partilha de bens.

Após a efetivação da Escritura Pública de Separação Consensual com Partilha, esta deverá ser encaminhada ao Ofício de Registro de Imóveis competente aos bens especificados no corpo da escritura e ao Ofício do Registro Civil, onde os consortes se casaram, para que sejam feitas as respectivas anotações e averbações acerca dos imóveis e alteração do seu estado civil (PARIZATTO, 2007, p. 104).

5.9.2 Escritura Pública de Conversão de Separação em Divórcio

O casal que optar pela modalidade de escritura pública de conversão de separação em divórcio deverá cumprir os vários requisitos, dentre eles, o que dispõe o art. 1.580 do Código Civil, em outro momento já mencionado, que determina o prazo de um (01) ano após o trânsito em julgado da separação judicial.

Parizatto (2007, p. 111) comenta sobre o parágrafo 1º, do art. 1.580, que discorre sobre a conversão em divórcio decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou:

Apesar da restrição contida no parágrafo 1º do art. 1.580 do Código Civil, no sentido de que a conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a motivou, é de se observar que o parágrafo 2º de tal dispositivo, também se refere ao requerimento de pedido de divórcio. Ora, se a lei permite que se faça o divórcio extrajudicialmente, por escritura pública, ou seja, sem ser requerido, é de se entender que a conversão também poderá ser feita da mesma forma. Parece-nos que a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, deveria ter sido expresso mas não o foi e deveria ter mudado a redação dos parágrafos 1º e 2º do art. 1.580 do Código Civil.

O prazo mencionado no referido artigo satisfaz as necessidades; as partes deverão apresentar sua certidão de casamento atualizada com a anotação de sua separação judicial onde o tabelião e o assistente jurídico, atentos aos prazos, podem observar que o trânsito em julgado da separação já cumpriu o prazo previsto, estando o casal apto para realizar a conversão da separação em divórcio.

5.9.3 Escritura Pública de Conversão de Separação em Divórcio com Partilha

Na escritura pública de conversão de separação em divórcio com partilha, os requisitos são os mesmos anteriormente mencionados na subseção, havendo apenas a partilha de bens, o recolhimento dos impostos devidos, ITBI e ITCMD dependendo de cada caso. Dentre os requisitos retomados, pode-se destacar que, para o cumprimento de uma separação ou

divórcio extrajudicial, o tabelião deverá exigir das partes contratantes, o que dispõe o art. 33 da Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, dentre eles:

- a) certidão de casamento atualizada;
- b) documentos pessoais das partes, ou seja, Cédula de Identidade ou outro documento oficial de identificação, bem como o CPF da mesma;
- c) a escritura pública de pacto antenupcial, quando o regime de bens adotado pelo casal é diferente do legal (Comunhão Parcial de Bens);
- d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver;
- e) documentação dos bens a partilhar, escrituras, matrículas, títulos, comprovações dos bens e direitos se houver;

Na prática, o tabelião deverá ter reservado um espaço físico que não exponha as partes, pois as escrituras devem ser lidas em voz alta para os interessados.

Sobre o exposto, o autor, Parizatto (2007, p. 98), ressalta:

De se frisar, dada a pertinência do assunto, que os tabelionatos deverão possuir uma dependência separada para a realização destas escrituras, preservando-se a privacidade das partes envolvidas no ato notarial. Nada impede, contudo, que marquem determinado dia e hora para atendimento especial, visando-se a elaboração de tal documento.

Convém mencionar que, após a efetivação da referida escritura, ocorrem os mesmos procedimentos das separações consensuais com partilha, no que tange aos assuntos sobre o Ofício de Registro de Imóveis e Ofício do Registro Civil, para que se proceda às devidas averbações e anotações.

Analisados esses aspectos legais acerca da nova lei, e o procedimento para realização e elaboração das escrituras públicas de separação e divórcio extrajudicial, ainda restam algumas questões a serem analisadas relacionadas à formalidade para validade do ato, como a importância da elaboração através de instrumento público em cartório, considerando-se a fé pública da qual é dotado o tabelião, bem como a participação essencial do advogado.

6 O TABELIÃO, O ASSISTENTE JURÍDICO, A PUBLICIDADE E O ESTADO NAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS

Neste capítulo, são demonstradas as participações do Tabelião e do Advogado nas escrituras públicas de separação e divórcio extrajudicial, verificando ainda a possibilidade da manutenção do segredo de justiça protegido pelo Estado nas separações e divórcios judiciais.

6.1 A FIGURA DO TABELIÃO OU NOTÁRIO

Nos parágrafos seguintes, é abordado o papel do tabelião ou notário, no que trata a Lei 11.441/2007, destacando a sua responsabilidade nas Escrituras Públicas de Separação e Divórcio Extrajudicial.

A atividade do notário ganhou relevância na Idade Média, quando havia então o apelo da sociedade, utilizando-se da capacidade daquele para organizar a vida e as consequências jurídicas de seus atos, auxiliando – os para que pratiquem seus atos seriamente e com ponderação, tendo o notário um papel de criador da vontade individual. (PENTEADO, 2007, p. 189).

Nesse mesmo aspecto, vale ressaltar:

Por isso, de modo claro, a lei, em algumas circunstâncias especiais, exige que o ato jurídico seja praticado em “frente de um notário”, ou seja, que por ele seja reduzido a termo, que seja escriturado. A escrituração dos atos notariais faz com que eles ganhem fé pública e essa fé pública lhes dá a presunção de validade. Assim, em primeiro lugar, a prática do ato na presença de um notário faz com que seja praticado com uma seriedade, por assim dizer, ordinariamente maior que a habitual, faz com que as promessas sejam declaradas *serio et deliberato animo*. (id.ibid.,190)

Nota-se portando, que todas as formas de escrituras públicas são nada mais nada menos do que disposições de vontades das partes envolvidas, transcritas de forma legal, ou seja, obedecendo os requisitos que dispõem a lei, para cada ato que o notário ou tabelião transcreve em seus livros.

A fé pública do notário, os conhecimentos jurídicos que tem e a consciência da prática de seus atos acabaram por transmitir segurança aos clientes que de seus serviços necessitam.

6.2 A FIGURA DO ADVOGADO OU ASSISTENTE JURÍDICO

A participação obrigatória do advogado nas separações e divórcios extrajudiciais causou polêmica e se deu com a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Tal obrigação está contida no art. 1º, I, do Estatuto da OAB – Lei 8.906, de 04/07/1994, onde o mesmo assim destaca: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

Observa-se que quando se requer um pedido na esfera judicial, é dever do advogado representar os requerentes.

Sobre este aspecto da intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil, na permanência dos advogados mesmo na esfera extrajudicial, Falavigna (2007, p. 231), relata e coloca em polêmica o tema:

O que se diz é que houve uma pressão corporativa da Ordem dos Advogados do Brasil para que o advogado fosse peça obrigatória, algo como uma reserva de mercado, o que macula a nobre classe profissional, pois a instituição que os representa deixa de reconhecer o avanço social da facilitação dos conflitos familiares.

Para a mesma autora e colaboradora:

Não há necessidade de um advogado para se casar, muito embora seja recomendável que os nubentes tenham uma orientação sobre a escolha do regime de bens, por exemplo, assim, não há sentido em que no caso de separação e divórcio, em que não há litígio e nem filhos menores, a obrigatoriedade de um advogado para tutelar o casal, como se partindo da premissa que não possuem capacidade de discernimento próprio ou que estejam de má-fé (2007, p. 232).

Em todos os atos jurídicos, presume-se a boa-fé, a confiança que se deposita em cada relação jurídica. Não estando elas assim elaboradas, não se tem o direito propriamente dito.

Ainda para Falavigna, “são várias as situações que a presença de um advogado é louvável, [...] mas não é aceitável sua presença obrigatória, tirando qualquer liberdade de arbítrio das escolhas da vida” (2007, p.233).

Observa-se que houve muitas críticas com relação a este tópico. Porém o que se entende é que a Lei 11.441/2007 determina que o Tabelião somente lavrará a escritura se as partes estiverem assistidas por advogado constará no corpo do instrumento e assinará o ato juntamente com as partes. Em virtude destas considerações, cabe verificar as suposições do ato não ser lavrado pelo Tabelião com a participação do assistente jurídico o que pode levá-lo a ser considerado nulo.

Em consonância com o atacado, o casamento civil realizado sem a participação do juiz de paz é considerado inexistente, pois ele é um elemento essencial para que o ato produza seus devidos e legais efeitos. Já nas escrituras, o elemento essencial é que as mesmas sejam lavradas pelo Tabelião, o advogado apenas assiste (FALAVIGNA, 2007, p. 235).

A mesma autora (2007, p. 236) ressalta o que determina os artigos 84 e 246 do CPC, acerca da intervenção do Ministério Público que atua como fiscal da lei; ocorrendo o contrário, o ato pode ser declarado nulo.

Ao discorrer sobre o tema, Falavigna (2007, p. 238) esclarece posteriormente, em sua obra, que o advogado é indispensável para uma boa prática dos atos jurídicos, portanto recomenda-se que nas separações e divórcios embora extrajudiciais, sem litígio e até mesmo sem partilha de bens, um profissional seja consultado. As escrituras não serão lavradas sem assistência de um advogado, caso isto ocorra, o ato será considerado nulo.

6.3 A RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO E O ASSISTENTE JURÍDICO NAS ESCRITURAS PÚBLICAS

O Tabelião, no exercício de sua atividade, é o responsável pela conferência dos dados inseridos no texto das Escrituras Públicas, dos documentos pessoais das partes (RG e CPF), dos dados dos imóveis quando há partilhas, do recolhimento dos impostos (ITCMD) perante a Fazenda Estadual, da veracidade e da origem dos documentos apresentados, como exposto nos capítulos anteriores do presente trabalho.

Nos casos onde há partilhas, o notário deve verificar o regime de bens adotado pelo casal e sanar as suas dúvidas quanto à divisão dos bens. Havendo divergências ou conflitos, o notário deverá impedir a lavratura da escritura pública, orientando-os que procurem a via ordinária, ou seja, que efetuem a dissolução do casamento via judicial; portanto, o profissional deve ter especial cuidado e atenção nessas questões.

Na lavratura da escritura pública, o tabelião, verificando que houve erro na digitação e/ou escrita de seus elementos constantes é responsabilizado e deverá retificar o ato, isto no caso de ser comprovado o erro do próprio Tabelionato, dispensando, portanto, nesses casos, a cobrança das custas de retificação.

Penteado (2007, p. 196) expõe que:

Caso haja erro na tomada de dados na escritura pública, como RG, CPF, descrição de imóveis, e seja necessário fazer escritura de retificação, a responsabilidade é do notário, por ser seu dever que o documento saia hígido, salvo prova em contrário. Igual se diga quanto às despesas referentes aos emolumentos, que, neste caso, dispensados, tendo em vista a sua responsabilidade.

Nas escrituras de separação e divórcio extrajudicial, a divisão dos bens, ou seja, o que cada cônjuge receberá na partilha, deve estar redigida de forma nítida; o tabelião neste ato deve verificar se houve algum tipo de vício de validade, como simulação, fraude à lei, omissão, dolo, erro, sendo que ele poderá responder civilmente, inclusive perante terceiros, ressalvando que os princípios da boa-fé e segurança jurídica devem direcionar sua atividade profissional.

O tabelião, no exercício de sua atividade, deve estar atento, advertindo seus clientes para a total eficácia do negócio jurídico a ser realizado por eles.

Penteado (2007 p.197) cita o pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sobre o “segredo de justiça” das escrituras públicas de separação e divórcio, como descrito abaixo:

O TJSP pronunciou-se no sentido de que não incide o art. 155, II, do CPC não havendo sigilo para as escrituras públicas de separação. Penso que aqui seja necessária uma certa cautela. Obviamente, não se deve propugnar pelo segredo de justiça, aparentemente inviável em sede de serventias cartorárias. Mas deveres de sigilo e proteção do profissional, como deveres anexos, derivados de boa-fé objetiva, estes, sim, existem e integram a responsabilidade civil do notário. Desse modo, caso fique comprovado que o notário divulgou dados particulares dos separandos a que teve acesso por conta da sua atividade, responderá civilmente pelos danos causados, quer materiais, quer morais. Esses deveres decorriam da cláusula geral de boa-fé objetiva, que no sistema brasileiro, está no art. 422 do CC.

Os artigos acima mencionados do Código de Processo Civil e Código Civil Brasileiro, respectivamente, descrevem em seu teor que:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm todavia, em segredo de justiça os processos: [...] II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guarda, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Observa-se, portanto, que o tabelião, para sua própria segurança profissional, deverá manter sigilo sobre seus clientes em seus atos de escrituras públicas de separações e divórcios.

Outro aspecto seria a indicação pelo próprio tabelião de um assistente jurídico para as partes; neste contexto o mesmo autor (ibidem p.196) destaca:

Caso se comprove, por exemplo, a indicação de profissional de advocacia, pelo notário ou tabelião, independente de responsabilidade criminal, penso que haveria violação a dever ético disciplinar, punível administrativamente, e também, comprovado o dano, ilícito civil.

A Constituição Federal, em seu art. 236, parágrafo 1º, regulamentada pela Lei nº 8.935/94, sobre os Serviços Notarias e de Registro, ressalta a responsabilidade do tabelião, como assim dispõe:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercícios em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Parágrafo 1º Lei regulará as atividades disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus pressupostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

A Lei nº 8.935/94 dispõe da responsabilidade no art. 22, 23, 24 e parágrafo único, relatando a responsabilidade tanto civil quanto criminal, uma independe da outra, relativa aos crimes contra a legislação pública, caso haja dolo ou culpa dos prepostos, é assegurado o direito ao regresso, porém não os isenta da responsabilidade civil.

O tabelião desempenha um papel fundamental e de total responsabilidade, deve estar atento a todos os procedimentos adotados por ele, no exercício de sua função, para que não acarrete danos não só às partes, mas a ele mesmo.

Quanto ao advogado, assiste as partes e as acompanha, cumpre seu papel dando orientações aos clientes de forma jurídica e lícita, esclarecendo às partes os riscos da

separação ou do divórcio, a partilha dos bens de acordo com o regime matrimonial por eles adotado, os danos causados a terceiros quando ocorrer, os interesses dos filhos (pensão quando necessária e os bens), ou seja, de uma maneira sutil e profissional e com cautela, o assistente jurídico, demonstra aos mesmos, a solução dos problemas, auxiliando-os da melhor maneira possível.

Na prática, por muitas vezes, é o advogado que se encarrega de juntar toda a documentação necessária para a lavratura das escrituras públicas, certidões de casamento e nascimento, certidões de matrículas de imóveis junto ao registro, demonstrativos de débitos condominiais e municipais dos imóveis e das partes, negativas estaduais, federais e do INSS, entre outras, bem como as custas/emolumentos e impostos devidos quando há partilha de bens.

Ainda, encarrega-se de dar entrada ao processo junto ao Tabelionato, bem como junto à Exatoria Estadual, Registro de Imóveis, para que juntamente com o Tabelião, verifiquem a documentação apresentada, os valores a serem recolhidos e a elaboração de guias para pagamentos, tudo isto acompanhado da Petição Inicial direcionada ao Tabelionato e não ao Juízo competente como de costume das Separações e Divórcios Judiciais. Enfim, o advogado é o orientador das partes para que esta situação seja solucionada da melhor maneira possível, observando o que a lei prescreve, fazendo com que a parte por ele representada, ou ambas as partes, como ocorre em alguns casos, não seja(m) tão lesionada(s) nessa situação que, muitas vezes, é complicada e constrangedora para as partes envolvidas.

6.4 O SEGREDO DE JUSTIÇA NAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

O segredo de justiça significa o sigilo que cerca determinados tipos de processos. O Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 155, inciso II, assim dispõe:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm todavia, em segredo de justiça os processos:

[...] II – que dizem respeito ao casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único: O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse

jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Convém ressaltar que a Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos, art. 17, quando discute sobre a publicidade, assegura que, qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.

Observa-se um conflito de normas, porém o parágrafo único do artigo 155 do CPC limita a publicidade a quem tem interesse jurídico na situação, não deve um terceiro não interessado na separação ou divórcio de um casal solicitar certidões e verificar no texto as condições e cláusulas acordadas entre as partes.

Neste aspecto, vale salientar que os Ofícios de Registro de Imóveis e Registro Civil têm interesse jurídico na questão, pois necessitam das certidões para efetuar as averbações de partilha de bens e separação/divórcio do casal e para fazer alteração no estado civil dos mesmos.

Para Alves (2007, p. 286), se a Lei 11.441/07 não indica nenhuma questão quanto ao segredo de justiça, bem como o que trata o artigo 1.571 do Código Civil (que se refere apenas à separação judicial), resta apenas uniformizar o entendimento, segundo os critérios de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, atualmente inseridos na Constituição Federal Brasileira em vigor.

Os Tabelionatos são fiscalizados pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado, que edita os provimentos ao qual são submetidos.

Analisando sobre esse aspecto, vale ressaltar dois posicionamentos a respeito, um do Estado do Paraná, e outro, do Estado de São Paulo, demonstrados pelo mesmo colaborador e autor mencionado acima (2007, p. 287):

O Provimento 110 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná, editado em 01 de março de 2007, pelo Corregedor-Geral de Justiça, desembargador Leonardo Lustosa, dispõe, *in verbis*:

“11.11.8.6 – É permitida a expedição de certidão sobre a existência de escritura de separação e divórcio. O acesso ao ato lavrado e a expedição de certidão do conteúdo da referida escritura é restrita às partes e aos seus procuradores. Os terceiros interessados poderão requerê-la ao Juiz da Vara de Registros Públicos”.

Como se pode notar, no estado do Paraná, as escrituras estão limitadas, apenas se são expedidas certidões para o casal ou mediante procuração.

No outro estado, um Grupo de Estudos instituído pela Portaria CGJ/SP 01/2007, elaborou manifestações com relação às conclusões quanto à implementação da Lei 11.441/07 no âmbito notarial e suas implicações no Registro Civil, solicitando esclarecimento sobre o sigilo das escrituras e a posição foi:

No tocante às conclusões comuns à separação e ao divórcio consensuais, a conclusão de n. 5.11. foi no sentido seguinte: “Não há sigilo para as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais. Não se aplica, para elas, o disposto no art. 155, II do Código de Processo Civil, que incide apenas nos processos judiciais.

Nota-se que não há restrições como mencionado anteriormente. Essas diferenças para Alves (2007, p. 287), [...] são naturais, próprias do processo de maturação da Lei, “cabendo à sua experimentação e ao contributo da doutrina sedimentar o traçado adequado de incidência”.

Analisando os dois casos, observa-se que o provimento paranaense trouxe uma necessidade de verificar a tutela da dignidade humana, e que se deve respeitar as particularidades e interesses íntimos já previamente elencados na Constituição Federal bem como no Código de Processo Civil.

Ainda sobre a manifestação da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na conclusão, Cassetari (2007, p. 45) discorda e expõe seu argumento:

O motivo de discordar desse entendimento é que o fato da escritura ser pública não significa dar a ela publicidade a qualquer pessoa. A escritura é chamada de *pública* em veneração à forma solene nela adotada, e pelo tabelião de notas ter sido chamado por muito tempo em nosso país como *Oficial Público* (vide art. 1.642 do Código Civil de 1916).

Convém ressaltar em consonância com a exposição do autor, que os testamentos têm a mesma forma, porém não são expedidos a qualquer pessoa.

O mesmo autor menciona (2007, p. 45) a possibilidade de ser usada a analogia, quando se tratar da não expedição das escrituras públicas de separações e divórcios.

Parizatto (2007, p. 98) assim menciona sobre o segredo de justiça:

Considerando-se regra que impera no ordenamento jurídico, de que estão sujeitos a segredo, as causas atinentes à família, incluindo-se a separação e divórcio, à evidência, tem-se que nos parece plausível que as escrituras dessa natureza se lavrem em um livro específico para tanto. De qualquer forma, sabe-se que o ato notarial é público e poderá ser fornecido traslado do ato, mediante solicitação a quem a tanto pedir. Entendemos que deverá ocorrer alguma regulamentação a cerca da questão, porque se é pública a escritura, como o próprio nome diz, não se conseguiria preservar a privacidade das partes envolvidas.

Observa-se o posicionamento do autor sobre se o ato é público e pode ser solicitado por qualquer pessoa, verifica-se a necessidade de novas regras com relação à proibição destes atos.

Em Santa Catarina, a Circular nº 01/2007 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado não menciona o segredo de justiça, os notários podem utilizar a Resolução nº 35, em seu art. 42:

Art. 42. Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais.

Cabe expor a possibilidade de usar a analogia como está sendo utilizada em outros estados; porém a Corregedoria Geral de Justiça ainda não se manifestou, não há publicação de nenhum provimento que trate da questão, justificando o uso da mencionada Resolução.

6.5 O ESTADO E SUAS PARTICIPAÇÕES ATUAIS (CASAMENTO CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL)

O Estado presente no Código Civil de 2002, em sua definição atual, é aquele que, por muitas vezes, ainda se mantém em regime autoritário, com tendências influenciadoras do Código Civil de 1916, quando se pregava o casamento civil como o *único modelo de constituição de família* e sua dissolução implicava em rompimento do instituto que se define por *família*. De alguma forma, esse rompimento acabava com uma utopia, a de que o Estado tinha interesse público na manutenção das relações nupciais (FARIAS, 2007, p. 11).

Com base na exposição do parágrafo anterior, e sobre o aspecto dissolução do vínculo conjugal, nota-se que, aos poucos, essa influência estatal vem diminuindo de maneira satisfatória aos olhos dos que precisam resolver sua situação matrimonial de maneira consensual.

Em virtudes dessas considerações, o art. 1.124-A do CPC dá a oportunidade aos casais que regularizem sua situação de fato de forma rápida, prática e sem nenhum constrangimento, quando retiram a presença do Estado através do Poder Judiciário e os facultam o direito de decidirem pôr fim ao casamento civil.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, em defesa das garantias fundamentais dos cidadãos, expressa no seu art. 5º e suas alíneas, a liberdade, a privacidade e a igualdade e reconhece também a união estável como entidade familiar (art. 226, parágrafo 3º). No entanto, a união estável não é objeto deste trabalho.

Em outro aspecto, analisando o art. 226 da Constituição Federal de 1988 e observando seu parágrafo 6º, verifica-se a facilitação da dissolução do casamento, dando eficácia ao princípio da liberdade de autodeterminação. Sendo assim, por outro lado, se há constituição de família mediante o casamento por determinação das partes – sem, nesse caso, dispensar as formalidades da celebração, para que as partes desconstituam a união – pode facultada ser participação do Estado.

Somente os cônjuges podem saber o momento exato em que seu casamento exige o fim, os próprios sabem valorar o que suporta uma vida conjugal, superando traumas e mágoas, diagnosticando o papel que cada um ocupa, como será a fase final e se realmente estão preparados para a liquidação saturada de uma vida a dois, ou até mesmo, até que ponto a relação falida de ambos prejudica o interesse de terceiros e até mesmos dos filhos (maiores e capazes). Diante disso, não cabe mais ao Estado intervir de maneira retardatária na resolução de uma separação ou divórcio, não cabe mais a demora nas soluções.

Registra-se ainda o posicionamento de Farias (2007, p. 13) que expõe a seguinte ideia:

O sistema jurídico (seja o direito material, seja o direito processual) tem de se adequar a essa realidade e, reconhecida a existência de limites para a intervenção estatal na vida privada, respeitar a autonomia dos titulares de direitos para a sua própria autodeterminação.

A Lei nº 11.441/2007 faculta às partes à conclusão final de seus interesses, respeitando a vontade daqueles, mesmo que lhes impondo a participação do Tabelião na confecção da Escritura Pública, bem como a permanência do advogado assistente, desde que observadas e respeitando as exigências legais para tal, quanto aos prazos, as dissoluções sem filhos menores e não litigiosas. Esta lei representa um basta da intervenção estatal, dando um ajuste correto na vida privada de cada cônjuge, reconhecendo os direitos fundamentais de cada um, eles não podem ser violados nem mesmo pelo Estado, independente de qualquer desculpa.

Farias (2007, p. 14 e 15) tece também o seguinte comentário:

Com o advento da Lei nº 11.441/07, percebe-se, sem embaçamentos, que o Estado retira-se de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se que venha, em futuro próximo, a cuidar com mais vigor e competência das atividades que, realmente necessitam de sua direta e efetiva atuação). Foi vencido na guerra. E o vencedor (a pessoa humana, revigorada pelo reconhecimento, em sede constitucional, de sua

fundamental dignidade) pode, agora, desenvolver amplamente os seus projetos existenciais e patrimoniais, como corolário de sua liberdade.

Cabe às partes, portando, a decisão e a agilidade em resolver o que é melhor para cada uma, sem deixar de atender os requisitos exigidos por lei, porém de forma mais rápida e eficaz para ambos.

Ainda sobre a participação ou não do Estado na Lei 11.441/07, é de grande importância ressaltar a permanência deste, quando oferece meios para as partes que necessitam de assistência judiciária gratuita. Na Constituição Federal de 1988, entre as garantias fundamentais, no seu art. 5º, inciso LXXIV, há a previsão de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Vê-se, desse modo, a relevante participação do Estado nestas questões.

O Tabelião, por outro lado, não pode negar a lavratura do ato, mediante as declarações prestadas pela parte de que ela não possui condições financeiras para o pagamento dos emolumentos cartorários, sob pena de sofrer uma reclamação contra ele na Corregedoria Geral de Justiça a que é submetido, para que lhe sejam tomadas providências administrativas contrárias (FARIAS, 2007, p. 78-79). Para isto, pode exigir que a parte declare sua pobreza, nos termos da Lei 7.115/83, elaborada pelo próprio interessado ou seu procurador, sob penas da lei de que o mesmo não possui condições econômicas para as despesas (TARTUCE, 2007, p. 107).

A Lei 7.115/83 trata da prova documental e disciplina a emissão e responsabilidade pelas declarações emitidas. O seu art. 1º dispõe: a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interesse ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira (TARTUCE, 2007, p.106).

Convém ressaltar que os delegados de polícia também são agentes emissores dessas declarações, conforme prevê o artigo 32, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Conclui-se que o Estado, nesses casos dentro da Lei. 11.441/07, no que tange às assistências judiciárias gratuitas, mantêm-se ativo.

Em consonância com o exposto no capítulo, são muitas as interpretações com respaldo ao que determina a esfera judicial, como a elaboração da petição inicial e as representações por procuração que não constam no texto da lei.

Embora constem algumas lacunas na Lei nº 11.441/2007, convém ressaltar que os novos procedimentos dão muitas contribuições relevantes para o Poder Judiciário, já que, resolvendo essas questões meramente administrativas, os Tabelionatos tiram dele vários processos, diminuindo a morosidade em resolver outros quesitos pertinentes a ele.

A nova lei claramente termina com a obrigatoriedade da participação estatal, por meio de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário, para a dissolução do casamento. Conforme analisado, o tabelião ou notário, detentor de fé pública, sem exercer qualquer juízo de valor, transcreve, em escritura pública, a vontade das partes, conferindo a segurança jurídica necessária para esse ato tão importante. Os interesses dos incapazes continuam resguardados pela via judicial, já que a lei não possibilita a elaboração de escritura para tal quando houver incapacidade de uma das partes ou de seus filhos.

A orientação jurídica fica por parte da participação obrigatória do advogado como assistente jurídico. Ainda que críticas tenham sido feitas à obrigatoriedade da participação do advogado, resta a compreensão de que ele é responsável pela orientação das partes, ainda que seja uma questão consensual.

Assim, cada vez mais, o Estado respeita a autonomia da vontade das partes no que tange à dissolução do casamento, e a elaboração dos atos por escritura pública em nada fere a segurança jurídica necessária, desobstrui o Judiciário e facilita a resolução do fim do casamento, sendo portanto um benefício a toda sociedade.

Ocorre que a Lei 11.441/07 expressa claramente que a assistência é um ato de competência exclusiva do advogado; seu comparecimento dá validade ao ato notarial e a sua falta impede ao tabelião de lavrar o ato. “As partes poderão contratar cada uma o seu próprio advogado. Porém, se ainda que apenas uma delas estiver desassistida, não poderá o Tabelião proceder a escrituração” (PARODI; SANTOS, 2007, p.181). Observa-se, portanto, a obrigatoriedade do comparecimento do advogado nos atos de separação e divórcio extrajudicial.

O aspecto em questão é a utilização de procuração pelas partes contratantes, ou seja, as únicas pessoas que podem ser representadas, que, como já mencionado, devem estar em pleno uso e gozo de suas atividades mentais, cabendo a eles nomear uma terceira pessoa, ou até mesmo o próprio advogado. No caso em que o advogado é o procurador, ele exerce a função de representante e assistente.

Registra-se ainda sobre o aspecto do procurador, que ambos os interessados não poderão estar representados pela mesma pessoa, visto que se deve evitar conflitos de interesses, pois atuará respondendo por cada um. Neste exposto, o art. 117 do Código Civil:

CAPÍTULO II

DA REPRESENTAÇÃO

[...] Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Posta assim a questão, é de se dizer que, um não pode outorgar poderes ao outro e nem ao mesmo advogado, pois este pode conflitar com sua atuação profissional.

Sobre outro aspecto de representação, as autoras Parodi e Santos (2007, p. 141), relatam que a legislação brasileira permite que o casamento civil se realize apenas com a presença de uma das partes interessadas, bastando para tanto que o ausente esteja representado legitimamente por poderes outorgados em procuração pública. No mesmo sentido, sob pena do ferimento do princípio da isonomia, é assegurado este direito no que tange a dissolução conjugal através de representante devidamente constituído.

É irrelevante o sexo do mandatário. Contudo, os poderes devem ser individuados e, essencialmente especificados os termos que tenham sido previamente pactuados, não se admitindo ingerências, do procurador, em ato de transigência perante o outro cônjuge. Para que se preserve a validade do consentimento e relevadas as dimensões do negócio jurídico atípico em tela, não é conveniente que se admita a identidade de procurador para ambos os contraentes.

O procurador deve apenas realizar o ato para qual foi nomeado e o tabelião, por sua vez, deve estar atento aos poderes contidos na procuração pública.

No que diz respeito à validade da procuração pública, por analogia, ela segue os mesmos ritos, embora com outorga de poderes diferenciada da procuração pública outorgada para contrair as núpcias, ou seja, obedece às regras contidas no art. 1.542, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, ressaltando o parágrafo 3º, que determina o prazo de noventa (90) dias de validade para tal instrumento.

Como se observou, a procuração pública encontra-se omissa na Lei 11.441/07, assim como a petição inicial. Tem-se, portanto, outra lacuna na nova lei e a analogia é utilizada. Esta analogia, vale ressaltar o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

No que tange à procuração pública, e todos os expostos acima, cabe destacar os comentários do autor (NAMUR, 2007, p. 131):

A procuração a que ora nos referimos é aquela específica para o ato de representar em cartório os interessados na separação extrajudicial. Não nos opomos à sua existência, desde que haja a devida previsão legal, porque facilitaria a resolução de casos em que pudesse ser aplicada. E, em se admitindo essa previsão legal, recomenda-se que ambas as partes não sejam representadas pelo mesmo procurador, em virtude da natureza dos interesses envolvidos. Ainda, cabe-nos mencionar que, nesse caso, a procuração deveria ser emitida por meio de escritura pública, com fins específicos e prazo determinado [...]

A utilização da procuração pública é observada na Resolução nº 35, precisamente no seu art. 36, que determina o prazo de validade por trinta (30) dias.

Os notários utilizam-se desse artigo e possuem minuta própria para que seja realizada nas escrituras de separação e divórcio; quando há representação, ela de praxe é utilizada em todo território nacional e os modelos se padronizam em semelhantes aspectos e cláusulas (poderes).

Atenta-se que em se tratando de instrumento público, não se faz obrigatória a presença de testemunhas.

Os Tabelionatos estão sujeitos ao que dispõe o art. 889 e parágrafo único do Código de Normas da Corregedora Geral de Justiça do Estado, a seguir:

Art. 889. A lavratura de escritura com base em procuração advinda de outro Tabelionato de Notas deve ser precedida de confirmação de procedência e validade do instrumento por intermédio de meio idôneo, cujo comprovante de remessa e recepção deverá ser arquivado na serventia Parágrafo único: Comprovada a procedência e validade da procuração, o notário deverá fazer constar no corpo da escritura a realização da providência.

O tabelião recolhe a comprovação, quando via e-mail ou escrita via fax, mantendo-a em seu arquivo junto ao processo de escritura.

Outra exposição quanto às procurações, é o que dispõe o provimento nº 04/97 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado.

6.6 ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL

A nova lei introduziu o art. 1.124-A, no ordenamento do Código de Processo Civil, prevendo além da separação, o divórcio consensual por meio de escritura pública, observando os requisitos legais e prazos.

O divórcio direto se dará por escritura pública mediante a separação do casal ocorrida há mais de dois (02) anos, conforme o art. 1.580, parágrafo 2º do Código Civil que assim se descreve:

Art. 1.580, parágrafo 2º. O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O prazo estabelecido em lei deve ser ininterrupto, ou seja, se o casal se reconciliar em algum momento, o prazo fica interrompido, voltando a ser contado novamente da data que o casal separar-se de fato.

Para Farias (2007, p. 129):

É preciso pontuar, no entanto, também ser possível provar o lapso temporal de dois anos de separação de fato por meio de simples declarações das testemunhas, com firmas reconhecidas, apresentadas ao tabelião no momento da lavratura do acordo. É que, palmilhando a linha simplificadora da dissolução matrimonial implantada pela Lei 11.441/07 e incorporando seu espírito desburocratizante, não pode haver dúvida quanto à efetiva possibilidade de comprovação do lapso temporal de dois anos de separação de fato através de simples declarações assinadas por testemunhas que atestem conhecer o casal e saber já estar separado de fato pelo aludido período de tempo, como exige a norma constitucional.

Nesse sentido, a presença física das testemunhas poderá ser dispensada, e no teor do corpo da escritura, mencionar tal fato, ou seja, que as partes apresentaram a declaração das testemunhas, com suas assinaturas devidamente reconhecidas.

Outros métodos podem ser utilizados para essa comprovação. O art. 332 do Código de Processo Civil assim descreve:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Nesse contexto, uma decisão judicial de separação de corpos efetivada a mais de dois (02) anos também servia como meio de prova do prazo de separação, para que se efetue o divórcio direto consensual.

6.7 ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL COM PARTILHA

A escritura de divórcio com partilha segue as regras do divórcio direto, quando se trata de documentação das partes, já mencionados anteriormente.

No modelo em questão, se faz necessário a apresentação da documentação relativa aos imóveis, móveis, valores monetários entre outros que serão partilhados.

A partilha pode ser feita de maneira desigual, com destaque no corpo da escritura o recebimento de patrimônio menor do que a lei lhe permite, cabendo ao advogado e tabelião, analisar o regime de bens adotado pelo casal.

Vale ressaltar que ficando caracterizada uma transferência onerosa haverá a incidência do Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis (ITBI). Se a característica for de doação haverá a incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD)

Vejamos o Recurso Especial (REsp 723.587/RJ) :

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO POR DOAÇÃO – SEPARAÇÃO JUDICIAL – MEAÇÃO.

1. Na separação judicial, a legalização dos bens da meação não está sujeita a tributação.

2. Em havendo a entrega a um dos cônjuges de bens de valores superiores à meação, sem indícios de compensação pecuniária, entende-se que ocorreu doação, passando a incidir, sobre o que ultrapassar a meação, o Imposto de Transmissão por Doação, de competência dos Estados (art. 155, I, da CF). [g.n.]

3. Recurso especial conhecido e provido. (unanimidade)

2ª Turma do STJ. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento: 05/05/2005.

Nesse sentido, o Estado como outros, também atua sobre o mesmo conceito.

6.7.1 Escritura Pública de Separação Consensual

Na separação consensual, as partes devem estar acordadas, não terem filhos menores ou incapazes, além de obedecer aos prazos previstos em lei

A previsão para a separação consensual extrajudicial está disposta no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil.

A mesma se dará com a comprovação mediante certidão de casamento, inexistente há um (01) ano.

Convém mencionar que, após a efetivação da referida escritura, ocorrem os mesmos procedimentos das separações consensuais com partilha, no que tange aos assuntos sobre o Ofício de Registro de Imóveis e Ofício do Registro Civil, para que se proceda às devidas averbações e anotações.

7 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

A Emenda Constitucional que aboliu os prazos para concessão da dissolução do vínculo conjugal resultou da PEC Nº 33/2007, de autoria do deputado federal, Sérgio Barradas Carneiro, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família. A referida proposta já havia sido anteriormente apresentada pelo deputado federal Antônio Carlos Biscaia, através da PEC Nº 413/2005.

Dentre as razões apontadas na justificativa da PEC, encontra-se o fato de que, anteriormente à própria edição da Proposta de Emenda, o expressivo número de divórcios diretos realizados no Brasil já era uma realidade. Em verdade, dados do IBGE apontam que, em 2007, 70,9% dos divórcios realizados no Brasil ocorreram pela forma direta. Além disso, ainda conforme o IBGE, a maior parte desses mesmos divórcios, mais precisamente 75,9%, se deu de maneira consensual, ou seja, sem a imputação de culpa.

Assim, o que, em verdade, a justificativa quis apontar foi o fato de a separação judicial ser instituto em desuso. Na realidade, não só a separação como também a sua modalidade culposa.

Os dados estatísticos apontados realmente traduzem o anseio social pela mudança na lei. A estipulação de prazo e a duplicidade de procedimentos não mais se justificam, o que não quer dizer que a alteração constitucional tenha extinguido a separação judicial.

Em discurso, a favor da aprovação da Emenda na Câmara dos Deputados, o deputado Sérgio Barradas, autor da PEC, resume os motivos pelos quais acreditava ser necessário que a mudança legal ocorresse:

Não falei antes, Sr. Presidente, para colaborar com os colegas e agilizar as votações. Ouvi diversas opiniões sobre as PECs. Sou autor de uma delas e quero apenas dizer que sou católico e a favor do casamento. Meus pais fizeram bodas de ouro, creio sinceramente no casamento e acho que essa PEC equivocadamente ficou conhecida como a PEC do Divórcio. Na verdade, teria de ser conhecida como a PEC do Casamento, porque favorece o casamento. Casamento não é papel e aliança, e sim uma comunhão de afetos, de propósitos, de vida em comum. Ninguém pode obrigar uma pessoa a conviver com outra. Então, o separado é uma figura jurídica impedida de se casar. Ele vai engrossar as estatísticas da união estável, mas não ficará, obrigado, casado com ninguém. Ao passo que o divorciado pode casar se inclusive com a pessoa com quem fora casado e da qual se separou. De forma que eu quero, respeitando tudo o que foi dito, dizer que a lei – aqui foi citada a lei – só poderá ser modificada se for desconstitucionalizado esse assunto. Se não for mudada a Constituição, não poderemos mudar a lei. Aqui também foi dito das custas processuais. São 2 custas processuais, 2 honorários advocatícios. É o serviço do serventuário da Justiça, do juiz, são as entranhas do amor levadas aos tribunais, aos

estranhos. Quando a pessoa se divorcia, a decisão já foi tomada. Peço aos companheiros compreensão. Que respeitem as convicções religiosas de todos – como eu tenho as minhas e sou a favor do casamento –, e possamos facilitar a vida de cerca de 500 mil brasileiros que se separam por ano. Não somos nós que vamos obrigá-los a ficar casados. E não será uma lei dizendo que eles devam ficar casados que vai fazer com que eles fiquem casados. Se a lei não pode separar ninguém, a lei também não pode obrigar ninguém a ficar casado. Quando a pessoa vai se casar, ela diz aquele — sim! para a vida toda. Eu creio nisso. Eu creio que, quem se casa, casa para a vida toda. Mas, infelizmente, às vezes ocorre a separação. A essas pessoas estamos oferecendo um remédio, um remédio para algo que já aconteceu. Eu peço, portanto, a compreensão e a reflexão aos colegas, porque nós votamos, e o Brasil aplaudiu. Vários editoriais e jornais deram seu apoio, a imprensa, enfim, aplaudiu a decisão da Câmara. Não vamos retroceder no dia de hoje. Muito obrigado pela atenção (CARNEIRO, 2009, p. 25773).

Apesar da plausibilidade dos argumentos a favor da aprovação da PEC, Ives Gandra da Silva Martins (2010, *online*), em artigo para a Folha.com, posiciona-se contra a alteração constitucional, tendo em vista que, para ele, o prazo estipulado pelo legislador constituinte deveria continuar a existir, uma vez que seria imprescindível para a reflexão do casal sobre o assunto.

A Confederação dos Bispos do Brasil (CNBB) entende que a alteração legal compromete profundamente a instituição a família:

Tempestivamente, um cônjuge poderá pedir separação imediata. Se o legislador anuir, despacha-se o pedido numa meia hora. Deveriam ser levadas em conta questões delicadas sobre a vida conjugal, de foro íntimo. Separação é profundamente traumatizante. Caso inevitável, antes de consumada, o casal deve ser acompanhado. Isso comporta um processo de discernimento consciente, maduro, responsável. O sentido da vida banaliza-se. A vida familiar se desfaz, de fato, por medidas como estas, destruindo seus valores perenes. A instituição familiar é substituída pelos relacionamentos fortuitos, feitos para não durar. Pessoas são usadas e substituídas como peças descartáveis. Como ficam os filhos? Será que não se sentirão inseguros, obrigados a se virar por aí? Pensão alimentícia ou visitinhas de faz de conta substituem a presença e o calor humano de um pai? Muitos filhos crescem problemáticos. A origem reside na ausência da Família. Pergunte se isso é ou não verdade a um formador numa boa escola. Pergunte-o mesmo a um traficante. (CNBB, 2010, *online*).

A par de argumentos contra ou a favor, a PEC N° 33/2007 foi aprovada pelo Congresso Nacional e é norma constitucional em vigor. Isso, é evidente, cede espaço para inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Diante da nova redação constitucional, inúmeras interpretações acerca da sua aplicabilidade emergiram, destacando-se três entre elas: a primeira com o entendimento que permanece o instituto da separação jurídica, judicial e administrativa, as quais existem de forma simultânea com o divórcio direto sem exigência de prazos; a segunda, a qual defende

que se aplica a legislação ordinária no divórcio e a separação jurídica, exigindo-se os mesmos requisitos (prazos e causas), já que a EC 66/2010 apenas estabelece que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio; ou ainda, a terceira, no sentido de que houve a extinção do instituto da separação jurídica, aplicando-se o divórcio direto sem exigência de prazos e discussão de causas (CARVALHO, 2010, p. 1).

O entendimento da primeira corrente, a qual foi adotada nos cartórios de São Paulo e do Rio Grande do Sul, consoante indicação dos seus respectivos Colégios Notariais do Brasil, a separação judicial ainda existe sob o argumento de que apenas uma alteração na Constituição não extingue o instituto da separação, o que só ocorreria com uma alteração na redação do Código Civil, tendo em vista que também aborda o tema. Considera que o referido instituto permanece no ordenamento jurídico como uma possibilidade a mais, exigindo-se ainda, um ano de casamento para realizar a separação consensual. (CRUZ *apud* NUBLAT, 2010).

A segunda corrente sustenta que, enquanto a redação do Código Civil não for alterada, permanece a separação, bem como a exigência de prazos. É o que argumenta o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, do Rio Grande do Sul e o juiz Fernando Henrique Pinto, de Jacareí, no estado São Paulo.

Por fim, a terceira corrente, adotada pelo Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM) e enunciada por Rodrigo da Cunha Pereira (Divórcio – Teoria e Prática, Rio: GZ Editora, 2010); Maria Berenice Dias (Divórcio Já, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010); Zeno Veloso, Rolf Madaleno, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (O novo divórcio, SP: Saraiva, 2010); José Fernando Simão, Flávio Tartuce, Christiano Cassetari (Separação, Divórcio e Inventário por escritura pública, SP: Método, 2010) entre outros doutrinadores, aduz ter ocorrido a revogação tácita dos dispositivos do Código Civil que abordavam as espécies, motivos e conteúdo do processo de separação judicial. Pode-se assim concluir, tendo em vista que tais dispositivos regulamentavam precisamente os requisitos prévios da separação judicial e da separação de fato, previstas na anterior redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição. Em virtude do desaparecimento dos mencionados requisitos, os dispositivos do Código que deles tratavam foram automaticamente revogados, mantendo-se vigentes aqueles disciplinam o divórcio direto e seus efeitos. (OLIVEIRA, 2010, p. 1).

De igual forma, entendeu a Juíza da 2ª Vara de Família de Goiânia, a Dra. Maria Luiza Póvoa, a qual invocou todas as pessoas que estavam em processo de separação a transformarem suas ações em pedidos de divórcio. As varas de família de Salvador, Belo

Horizonte e Maceió, por meio das decisões proferidas, também adotaram esse posicionamento. (CRUZ, 2010, p. 1).

Conforme se verificou, face à Emenda Constitucional n. 66/2010, inúmeras foram as interpretações acerca dos seus efeitos, entretanto, verifica-se como mais assertiva aquela que sustenta a extinção do instituto da separação jurídica, em virtude das razões que serão neste tópico apresentadas.

O novo texto do artigo 226, §6º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 66, de 14 de julho de 2010, causou impacto no direito de família, tendo em vista que eliminou do ordenamento jurídico o instituto da separação, bem como todas as exigências impostas para a concessão do divórcio, bastando, para tanto, a vontade das partes ou iniciativa de qualquer delas, sem outras razões ou fundamentos.

Constata-se o sentido da alteração do comando constitucional na exposição de motivos da referida Emenda Constitucional:

Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista a obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio. De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no direito brasileiro possível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àqueles frontalmente contrários à dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com a possibilidade de pôr termo, apenas e tão-somente, à sociedade conjugal. (BISCAIA, 2005, p. 1).

O casamento, em outros tempos, possuía um caráter patrimonialista, sobre o qual o ordenamento jurídico objetivava proteger o patrimônio do casal em detrimento da felicidade dos próprios consortes, razão essa que justificava a existência da separação legal.

Com a nova redação da Constituição Federal de 1988, a pessoa passou a ser mais importante do que o seu próprio patrimônio, o que por sua vez tornou a separação desnecessária para a obtenção do divórcio, tendo em vista que com a possibilidade do divórcio direto, passou a não ser elemento obrigatório para dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Dessa forma, foi abolido o caráter patrimonialista da separação, prevalecendo a Teoria da Deterioração Factual, a qual é baseada no respeito ao princípio da autodeterminação e na liberdade de escolha dos consortes, para que assim possam decidir pela constituição, manutenção e extinção da entidade familiar, sendo desta forma um instrumento de proteção a uma vida digna, à vida privada e ao direito de intimidade (LARA, 2010, p. 1).

A manutenção da via dupla para a obtenção do divórcio, a qual exigia prévia separação judicial ou de fato, sempre foi criticada por juristas do país em virtude da multiplicação de processos ocasionada, das despesas e da burocracia excessiva com a reiteração de sofrimentos às partes até que obtivessem o que almejavam. (VELOSO, 2010, p. 1).

Verifica-se que a finalidade do lapso temporal de um ano para conversão da separação judicial em divórcio ou o transcurso de dois anos de separação de fato para a obtenção do divórcio direto não mais se justifica, tendo em vista que a incorporação dessas exigências a redação na Lei do Divórcio resultou de influências de antivorcistas, em sua maioria representantes de movimentos religiosos. (VIEGAS, 2010, p. 1).

Sobre o tema, leciona Dias (2010, p. 75):

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010, finalmente restou sepultado o instituto da separação. A transformação do desquite em separação foi a única saída para, em um primeiro momento, ser aprovada a dissolubilidade do casamento, em um país marcadamente conservador e sujeito a forte influência religiosa. Por isso a imposição de duplicidade de formas, amarras e muitas restrições.

No entanto, a crença religiosa não pode ser confundida com o casamento civil, o qual é dissolúvel. Além disso, o Brasil é um país laico desde a proclamação da república, razão pela qual não pode ser governado por regras religiosas. Assim, devem os religiosos atender os princípios de suas religiões, sendo que se a união matrimonial deve ser indissolúvel, resta incabível a separação jurídica da mesma forma que o divórcio. (CARVALHO, 2010, p. 1).

Outro argumento para manter o instituto da separação no ordenamento jurídico é que há a possibilidade da reconciliação do casal separado, a qual poderá ocorrer a qualquer tempo, a pedido dos cônjuges, de acordo com o que dispõe o artigo 1.577 do Código Civil. Para isso, é preciso que as partes peticionem ao juízo que decretou a separação, por meio de um advogado, informando-lhe da reconciliação. Na via administrativa, o procedimento será feito diante do tabelião, através de escritura pública, com a participação de advogado, sendo o casal responsável pelas despesas ocasionadas pelo procedimento.

Vale ressaltar que a reconciliação é ato raro entre os processos de separação, em razão de que as pessoas decididas a se separar, dirigem-se ao judiciário após todas as possibilidades de acordo restarem esgotadas.

Já os divorciados, caso queiram restabelecer a união conjugal, devem casar-se novamente, dirigindo-se ao cartório de registro civil, habilitando-se ao casamento e sem precisar de advogado

e de nova cerimônia. Na hipótese de hipossuficiência econômica, poderão as partes inclusive realizar o ato notarial sem despesas financeiras. (LARA, 2010, p. 1).

Atualmente, o conceito de família se pluralizou, sair de um relacionamento para outro não causa mais reação social, o que por sua vez não mais justifica a permanência de um casamento que deixou de corresponder ao modelo de felicidade idealizado por imposição de amarras pelo Estado (DIAS, 2010, p. 1). Em vista dessa dinâmica, no que tange à família brasileira, é imperioso que a lei acompanhe o fato social em prol da efetividade à proteção devida pelo Estado, conforme estabelece o artigo 226 da Constituição Federal (VIEGAS, 2010, p. 1).

Verifica-se que a separação judicial representa um óbice à busca da felicidade, tendo em vista que diante do desamor, perpetuam-se as tensões familiares advindas da ruptura da união conjugal. Dessa forma, é dever do Estado garantir os meios necessários para o exercício da autonomia da vontade de cada pessoa, a qual, diante da escolha pelo fim do matrimônio, deve ter a liberdade de assim fazer, sem restrições injustificadas, preservando assim a sua privacidade e o direito de ser feliz. (VIEGAS, 2010, p. 1).

Ademais, por previsão do artigo 1.513 do Código Civil, é proibida a intervenção na comunhão de vida instituída pela família, seja por pessoa de direito público ou privado. Diante disso, a escolha pelo fim do casamento por meio do divórcio deve ser respeitada, sem a exigência de prazos e causas. (VIEGAS, 2010, p. 1).

O Direito Civil Constitucional sustentado pelos juristas Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Paulo Lôbo, Maria Celina Bodin de Moraes, dentre outros, preceitua a aplicação da hermenêutica constitucional, em que a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria Constituição Federal. Assim, se a nova redação do §6 do artigo 226 da Constituição Federal não prevê mais a expressão separação judicial, não há como mantê-la na legislação infraconstitucional (PEREIRA, 2010, p. 1).

Além disso, em uma interpretação sistemática, não se pode ampliar o que o texto constitucional restringiu, razão pela qual a legislação infraconstitucional deve ser compatível com o disposto na Constituição Federal. Por conseguinte, encontra-se revogada a norma infraconstitucional que aborde tão somente a dissolução conjugal, tendo em vista a sua incompatibilidade com a atual redação constitucional estabelecida pela Emenda Constitucional n. 66/2010. (PEREIRA, 2010, p. 1).

Nessa esteira, leciona Lobo (2010, p. 1):

Há grande consenso, no Brasil, sobre a força normativa própria da Constituição, que não depende do legislador ordinário para produzir seus efeitos. As normas constitucionais não são meramente programáticas, como antes se dizia. É consensual, também, que a nova norma constitucional revoga a legislação ordinária anterior que seja com ela incompatível. A norma constitucional apenas precisa de lei para ser aplicável quando ela própria se limita "na forma da lei". Ora, o Código Civil de 2002 regulamentava precisamente os requisitos prévios da separação judicial e da separação de fato, que a redação anterior do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição estabelecia. Desaparecendo os requisitos, os dispositivos do Código que deles tratavam foram automaticamente revogados, permanecendo os que disciplinam o divórcio direto e seus efeitos. O entendimento de que permaneceriam importa tornar inócua a decisão do constituinte derivado e negar aplicabilidade à norma constitucional.

Razões sistêmicas justificam a extinção da separação do ordenamento jurídico, tendo em vista que a norma constitucional posterior a suprimiu de seu texto, tornando-a incompatível com a alteração auferida pela Emenda Constitucional 66/2010.

Apenas uma interpretação literal da EC nº 66/2010 poderia levar à conclusão de que a separação de direito permaneceria, enquanto não revogados os dispositivos que tratam da matéria no Código Civil, mas a conclusão não sobreviveria a uma interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. (LOBO, 2010).

A supressão da separação judicial torna a legislação brasileira consentânea com a realidade atual, em razão de que prioriza a economia processual, celeridade na prestação jurisdicional e maior responsabilização dos indivíduos por suas escolhas, os quais veem o direito de liberdade para desconstituir a sociedade conjugal assegurado. Em suma, não há mais prazos injustificados, discussão da culpa pelo fim do enlace conjugal, bem como a possibilidade de separação judicial.

É inegável que obrigar alguém a manter-se casado vai de encontro ao princípio da dignidade humana, o direito à liberdade, à convivência familiar e afetividade. (DIAS, 2010, p. 1).

Logo, o que se sustenta é um ordenamento jurídico sob uma perspectiva de promoção da dignidade humana, em que se assegurem meios eficazes e não burocráticos, para que diante do abalo emocional do casamento, possam os cônjuges se libertar do vínculo que os prende, prosseguindo em outros investimentos pessoais que lhes garantam felicidade. (GAGLIANO, 2010, p. 1)

Vale ressaltar que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não acabou com a noção de sociedade conjugal existente no ordenamento jurídico, entretanto, anteriormente, era

possível terminar-se com a sociedade, mas manter-se o vínculo, atualmente, ambos se encerram de forma simultânea com o divórcio. (SIMÃO, 2010, p. 1)

Acerca da expressão “pode” que consta da Emenda Constitucional nº 66/2010, saliente-se que se refere ao fato de que o casamento não se dissolve somente pelo divórcio, mas também pela morte de um dos cônjuges, anulação ou nulidade (CARVALHO, 2010, p. 1).

A Emenda Constitucional produz efeitos imediatos, tendo em vista que se trata de norma constitucional de eficácia plena, sendo desnecessária qualquer complementação por norma infraconstitucional para que possa produzir efeitos instantâneos. Destaca-se, também, a ineficácia das normas infraconstitucionais que vão de encontro às novas diretrizes estabelecidas, as quais não foram recepcionadas pelo novo texto constitucional. (ASSIS, 2010, p. 1).

A nova redação constitucional eliminou a exigência de prazos para a obtenção do divórcio, bem como tornou a separação judicial e as regras que a regiam inconciliáveis com o ordenamento jurídico. Entretanto, diversas situações já consolidadas ou temporárias foram surpreendidas com a Emenda Constitucional n. 66/2010, razão pela qual se torna necessária uma compreensão sob a ótica do direito intertemporal. O direito intertemporal disciplina conflitos que envolvem a entrada em vigor de uma lei e o antigo regramento, estabelecendo princípios reguladores à sua aplicabilidade (CARVALHO, 2010, p. 47).

Destacam-se cinco situações que são diretamente atingidas pela mudança do texto constitucional, quais sejam, o estado civil dos separados de direito, a reconciliação para restabelecer o casamento dos separados juridicamente, a possibilidade de conversão da separação em divórcio, as ações de separação judicial em andamento e, ainda, aquelas que foram ajuizadas após a publicação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

O estado civil daqueles que já estavam separados juridicamente permanece igual, pois a vigência da nova norma constitucional não altera esta situação já consolidada. Entretanto, é uma situação transitória e os separados podem optar pela reconciliação ou pelo divórcio, o qual poderá ser obtido por meio da propositura da Ação de Divórcio ou ainda, em caráter excepcional, pela conversão da separação em divórcio (CARVALHO, 2010, p. 48).

Os casais separados antes da vigência da nova redação constitucional podem reconstituir o casamento a qualquer tempo, tendo em vista que a separação dissolve apenas a sociedade conjugal, mantendo-se incólume o vínculo matrimonial, razão pela qual é possível a reconstituição da união conjugal por meio de simples petição ao juiz ou por escritura pública, conforme o que preceitua o art. 1.577 do Código Civil (CARVALHO, 2010, p. 48).

No que tange à conversão da separação em divórcio, como a nova norma só pode ser aplicada para as dissoluções ocorridas após a sua vigência, os casais que já se situavam com o pedido em andamento ou aguardando o transcurso do prazo exigido para a conversão podem assim requerê-la, obtendo-se o divórcio indireto. Não mais subsiste a necessidade da comprovação do requisito objetivo temporal de um ano da separação ou da cautelar de corpos para requerer a conversão, o que por sua vez autoriza o pedido imediato logo após o trânsito em julgado da separação judicial ou lavratura da escritura pública, desde que anterior à Emenda Constitucional n. 66/2010 (CARVALHO, 2010, p. 49).

As separações judiciais ou extrajudiciais em andamento são submetidas aos efeitos da Emenda Constitucional n. 66/2010, em virtude de não ter se operado a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Dessa forma, por economia processual, as partes deverão ser intimadas para adequarem o pedido com o requerimento de divórcio, bastando, para tanto, que a parte autora se manifestem nesse sentido ou ainda, na hipótese de separação consensual, a anuência dos interessados.

Caso as partes não se manifestem ou recusem a readequação do pedido, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido, conforme o que dispõe o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil (a, 2010, p. 50). Vale ressaltar que, nesse particular, não deverá ser imposto às partes a restrição constante do artigo 264 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não se trata de alteração do pedido no curso do processo, mas hipótese de supressão da base normativa que embasava o pedido formulado, sendo necessário adequar o pedido à nova ordem jurídico-constitucional para que se confira efetividade ao processo (ASSIS, 2010, p. 1).

Na hipótese da ação de separação ser proposta após o dia 14/07/2010, data de publicação da Emenda Constitucional n. 66/2010, o processo deverá ser extinto por impossibilidade jurídica do pedido (artigo 267, IV, Código de Processo Civil) e arquivado, tendo em vista que a partir do momento da publicação da norma, o instituto da separação foi eliminado do ordenamento jurídico em razão de não ter sido recepcionado pela Constituição Federal.

A Constituição Federal, tanto por sua redação originária quanto a estabelecida por emenda constitucional, revoga a legislação infraconstitucional antecedente e incompatível com as suas normas (LOBO, 2010, p. 1).

O novo texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal enseja na revogação ou a perda parcial de eficácia de determinados artigos do Código Civil, com efeitos *ex nunc*. (LOBO, 2010, p. 1). É o que se verifica, em parte do art. 10, o qual dispõe acerca da possibilidade de averbação da separação judicial em registro público, tendo em vista que o instituto da separação foi suprimido do ordenamento jurídico. De igual forma, o art. 980 sofre perda parcial de eficácia, pois estabelece que a sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis. Da mesma sorte ocorre com o art. 1562, quando determina que a parte poderá requerer, nos casos de necessidade, a separação de corpos antes da ação de separação judicial e ainda, o art. 1566, ao dispor sobre os deveres matrimoniais, os quais resultaram inalterados. Entretanto, o descumprimento de tais obrigações legais não mais constitui causa para separação, em razão de que esse instituto deixou de existir. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 123)

No mesmo sentido, o caput do art. 1.571, tendo em vista que indica as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo conjugal (e de igual forma, o seu § 2º), encontra-se revogado, pois alude ao divórcio por conversão, o qual foi eliminado do ordenamento jurídico. O mesmo é válido para os arts. 1.572 e 1.573, por regularem as causas da separação judicial; os arts. 1.574 a 1.576, que indicam os efeitos da separação judicial; o art. 1.578, o qual prevê a perda do direito ao sobrenome do outro para o cônjuge considerado culpado; o art. 1.580, que dispõe sobre o divórcio por conversão e o prazo para divórcio direto; e ainda, os arts. 1.702 a 1.704, que regulam os alimentos devidos por um cônjuge ao outro em virtude da culpa pela separação judicial – sendo que para o divórcio a matéria está regulada no art. 1.694 (LOBO, 2010, p. 1).

Assim, encontram-se revogadas as expressões “separação judicial” contempladas nos demais dispositivos do Código Civil de 2002, quando associadas ao divórcio (LOBO, 2010, p. 1). Contudo, algumas normas do Código Civil permanecem em vigência, como o art. 1.566 que indica os deveres conjugais, mantendo-se sua matriz ética. A referência à dissolução da sociedade conjugal em alguns dispositivos do Código Civil deve ser entendida como a dissolução do vínculo conjugal, a qual abrange o divórcio, a morte de um dos cônjuges e a invalidade do casamento (LOBO, 2010, p. 1).

Dessa forma, torna-se necessária uma interpretação em consonância com o que dispõe a Constituição Federal, como exemplo, o art. 1.597, II, de que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução

da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento, sendo que a expressão “sociedade conjugal” deve ser lida e interpretada como dissolução do vínculo conjugal. De igual forma, o art. 1.721 quando dispõe que o bem de família não se extingue com a "dissolução da sociedade conjugal". (LOBO, 2010, p. 1).

Ademais, não há necessidade de lei para regulamentar novo divórcio, em razão de que os artigos do Código Civil já o regulamentam por meio do art. 1.582, que dispõe que o divórcio somente competirá aos cônjuges, o que por sua vez impede que terceiros o façam, salvo no caso dos incapazes para propor ação ou se defender, os quais serão substituídos por curador, ascendente ou irmão. Quanto a outros aspectos, o art. 1.579 determina que o divórcio não altera os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos; os arts. 1.583 a 1.589 e os arts. 1.689 a 1.693 abordam as modalidades de guarda e proteção dos filhos menores dos pais divorciados, além da administração, alienação e oneração dos bens daqueles § 2º do art. 1.571, o qual garante o direito do cônjuge divorciado em manter o nome de casado, sem guardar relação com a culpa; o art. 1.694 prevê o direito ao cônjuge de pedir alimentos ao outro, extinta a modalidade de alimentos de subsistência, em razão de que guardava relação com a culpa pela separação. Já o art. 1.709 estabelece que o novo matrimônio do devedor não extingue a obrigação alimentar determinada na sentença do divórcio. (LOBO, 2010, p. 1).

O art. 1581, por sua vez, dispõe a possibilidade de concessão do divórcio sem que haja prévia partilha dos bens e ainda, na forma do art. 33 da Lei 6.515, de 1977, caso os consortes divorciados objetivem restabelecer a união conjugal poderão fazê-la através de novo matrimônio. (LOBO, 2010, p. 1).

Logo, a nova redação constitucional não necessita de nova regulamentação infraconstitucional, tendo em vista que as questões essenciais do divórcio estão contempladas na legislação civil atual. (LOBO, 2010, p. 1).

Em virtude da alteração na redação constitucional conferida pela Emenda Constitucional n. 66/2010, houve a extinção do divórcio por conversão no ordenamento jurídico brasileiro, permanecendo a possibilidade do divórcio judicial litigioso, divórcio judicial consensual e ainda, o divórcio extrajudicial consensual.

Em todas as modalidades, exige-se apenas a exibição da certidão de casamento e que as questões essenciais sejam definidas, como a guarda e proteção dos filhos, sobrenome utilizado, alimentos e partilha dos bens. Destaca-se que permanece a regra do art. 1.581 do

Código Civil, o qual permite que os cônjuges deixem a partilha dos bens comuns, no divórcio judicial, para outra ocasião, entretanto, sem prejuízo da decretação deste.

O divórcio judicial litigioso caracteriza-se pela ausência de consenso dos cônjuges quanto à própria ruptura do casamento ou sobre alguma das questões essenciais, como o montante dos alimentos, a guarda ou convivência dos filhos ou ainda, sobre a partilha de bens, sendo que nesse caso os cônjuges poderão submetê-la a processo autônomo. Ademais, é a única via possível quando houver filhos menores, ainda que nas demais questões haja consenso dos cônjuges, em razão de que os interesses das crianças e adolescentes são considerados como indisponíveis, os quais merecem a vigilância do Ministério Público.

Na hipótese de danos morais ou materiais, os consortes deverão discutir os em processo próprio, consoante as normas de responsabilidade civil. Se um dos cônjuges considerar-se enganado pelo outro e resultar caracterizado o erro essencial sobre a pessoa deste, caberá na situação uma ação de anulação de casamento.

O divórcio judicial consensual é uma opção aos cônjuges que não optem pela via extrajudicial. Tem como objetivo obter a homologação judicial, em que o juiz apenas verifica se o acordo firmado soluciona de forma adequada as questões essenciais.

O divórcio extrajudicial consensual é realizado por meio de escritura pública lavrada por notário, desde que os cônjuges estejam assistidos por advogado ou defensor público, não houver filhos menores e ainda estiverem de acordo quando as questões essenciais. A Lei 11.411, de 2007 exige o ajuste sobre todas as questões essenciais, sob pena de o notário não poder lavrar a escritura.

Não havendo acordo, o divórcio litigioso permanece como possibilidade de se extinguir o vínculo conjugal. Todavia, o réu não poderá sustentar nada em sua defesa para discutir culpa ou até mesmo a questão dos prazos, tendo em vista que estes aspectos tornaram-se irrelevantes com a alteração constitucional.

Cogita-se somente a possibilidade de através de reconvenção, o réu pedir a nulidade ou anulação de casamento se provar alguma causa de nulidade ou anulabilidade, tendo em vista que o casamento não pode ser desfeito por divórcio, o qual se situa no plano da eficácia, se estava eivado de um vício que comprometia a sua validade. Caso a reconvenção seja julgada procedente, o casamento será anulado e os consortes voltam ao estado de solteiros. (LÔBO, 2010, p. 1).

A alteração do texto constitucional é uma evolução no âmbito do direito de família brasileiro, em razão de que efetiva a celeridade na concessão do divórcio, o qual se dará por meio de um único ato, seja através de uma decisão judicial ou escritura pública nos casos admitidos pela Lei 11.441/07. (SIMÃO, 2010, p. 1)

Assim, o matrimônio será desfeito e os ex-cônjuges, caso queiram, poderão contrair novas núpcias, sendo dessa forma, se necessária, a discussão da culpa restrita à ação autônoma, sem prejuízo da almejada concessão do divórcio.

7.1 AS DECISÕES ATUAIS

Diante da alteração constitucional efetuada, colhe-se das atuais decisões proferidas o entendimento que vem se consolidando:

Apelação cível. Ação de separação judicial litigiosa. Advento da emenda constitucional n. 66/2010. Norma de eficácia imediata. Conversão, de ofício, da separação em divórcio direto litigioso. Imprescindibilidade de intimação pessoal da autora para se manifestar acerca do interesse no procedimento conversivo. Recurso provido. Conforme entendimento doutrinário dominante, merece destaque o fato de que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, deixou de ser requisito objetivo a prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou a comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Contudo, a Emenda Constitucional 66/2010 não extirpou do direito positivado o instituto jurídico da separação (judicial ou consensual), mas apenas possibilitou aos interessados a dissolução direta do matrimônio por meio do divórcio, dispensados da observância do cumprimento de requisitos legais objetivos até então exigidos (artigos 1.574 e 1.580, ambos do Código Civil). Assim, por não ser viável a conversão, de ofício, da separação judicial em divórcio direto litigioso, deve-se anular a sentença de primeiro grau para que se possibilite à autora manifestar-se acerca do seu interesse no procedimento conversivo (SANTA CATARINA, 2011).

Apelação cível - ação de separação judicial litigiosa - superveniência da **emenda constitucional** nº **66/2010**, que suprimiu do ordenamento jurídico pátrio a necessidade da separação judicial como condição para a obtenção do **divórcio** - intimação das partes para adequação do pedido ao novo texto da norma **constitucional**, sob pena de extinção - demandante que demonstra interesse na conversão do feito em ação de **divórcio** - ré que manteve-se inerte - sentença que extingue o feito, por impossibilidade jurídica do pedido - recurso do varão - alegada obstaculização do acesso à prestação jurisdicional - decisum contrário aos princípios da celeridade e economia processual - discordância de uma das partes que não impede a conversão pretendida - sentença cassada - deferimento do pedido de conversão - retorno dos autos à origem para prosseguimento - recurso conhecido e provido (SANTA CATARINA, 2011).

Evidencia-se, dessa forma, que a emenda constitucional, de fato, suprimiu a exigência de prévia separação judicial para concessão do divórcio, bem como que há a necessidade de intimação das partes para a adequação do pedido à nova redação constitucional. Todavia, conforme o entendimento do magistrado, e em respeito aos princípios da celeridade e economia processual, a discordância de uma das partes não obsta a conversão do feito em ação de divórcio, razão pela qual deferiu a referida conversão e determinou a remessa dos autos à origem para o prosseguimento regular do feito.

No mesmo diapasão:

Apelação cível. Ação de separação judicial litigiosa. Alegação de negativa de prestação jurisdicional. Pedido de conversão em divórcio. Emenda constitucional n. 66, de 13-7-2010. Prevalência dos princípios da economia e da celeridade processual. Aplicação imediata. Decretação do divórcio. Partilha de bens não efetivados. Remessa da discussão para as vias ordinárias. Recurso parcialmente provido com a alteração redacional do parágrafo § 6º do art. 226 da carta magna, ocorrido pela emenda constitucional n. 66, de 13-7-2010, a qual pôs fim com a exigência prévia de separação judicial para a decretação do divórcio, não há impedimento de que, havendo pedido expresso para sua conversão – ainda que feito apenas na fase recursal – , seja ele atendido. Quando os autos necessitam de uma avaliação mais minuciosa a respeito dos bens e dívidas discutidas, e não havendo consenso entre as partes acerca da partilha, nada obsta que o divórcio seja homologado e a discussão patrimonial seja remetida às vias ordinárias (SANTA CATARINA, 2011c).

Registre-se que no julgado acima exposto, o magistrado não entendeu necessária a remessa dos autos à origem para a decretação e homologação do divórcio, entretanto, por envolver discussões patrimoniais minuciosas acerca da partilha, remeteu os autos às vias ordinárias.

De igual forma, o requisito objetivo temporal do pedido de divórcio direto, qual seja, a prova da separação de fato por mais de dois anos não é mais exigido. É o que se verifica conforme o julgado abaixo colacionado:

Processual civil e civil. Justiça gratuita. Presença dos requisitos. Deferimento. Divórcio direto. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Discussão acerca do prazo bienal. Desnecessidade. Exegese do § 6º do art. 226 da cf, com a redação dada pela ec n. 66/2010. Impugnação à justiça gratuita. Via inadequada. Não conhecimento. Partilha limitada aos bens comprovadamente do casal, na proporção de 50% para cada litigante. Recurso parcialmente provido. Se a parte prova sua incapacidade econômico-financeira para fazer face às custas processuais, sob pena de prejudicar seu próprio sustento e o de sua família, defere-se-lhe a justiça gratuita. Com o advento da emenda constitucional n. 66/2010, suprimindo o requisito objetivo temporal do pedido de divórcio direto, não mais se exige a prova da separação de fato por mais de dois anos. Não se conhece da impugnação à assistência judiciária inserta no corpo do recurso de apelação, porquanto deve ela ser apresentada em petição avulsa, por meio de incidente, em autos apartados, na forma dos artigos 4º, § 2º, e 7º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/50. Deixando a requerida de provar a existência de bens deixados por seu

falecido sogro, a inventariar, a partilha deve limitar-se aos bens comprovadamente do casal. (SANTA CATARINA, 2011d).

Consoante o demonstrado por meio das jurisprudências selecionadas, ainda que com o surgimento de diversas correntes acerca da aplicabilidade e efeitos da Emenda Constitucional n. 66/2010, o posicionamento que vem sendo adotado pelo Poder Judiciário é no sentido de reconhecer a autoaplicabilidade do preceito constitucional, o que por sua vez, corresponde a sua própria finalidade e ao anseio de todos, em razão de que elimina a perquirição de culpa, causas e ainda, a exigência de prazos para a obtenção da dissolução do casamento.

7.2 OS REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Verifica-se que, inicialmente, o casamento foi instituído para regulamentar os enlaces conjugais advindos de uma sociedade patriarcal e que enaltecia o patrimônio em detrimento da felicidade dos próprios consortes, sendo que incumbia ao Direito Canônico regulamentar suas diretrizes. Diante disso, a possibilidade da dissolução voluntária do casamento somente foi admitida após inúmeras resistências, as quais sob o argumento de que seria o fim das entidades familiares, postergou por anos o direito dos cônjuges de pôr fim à união conjugal.

Em 1977, ainda que com a supressão do princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal, as exigências de causas e prazos impostas para dissolução do mesmo evidenciavam a tentativa do Estado em manter o casamento constituído, ainda que não se coadunasse com a vontade dos próprios consortes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se o conceito de família, tendo em vista que passaram a ser admitidas as suas várias formas de constituição, bem como foram revogados os dispositivos com caráter patriarcal, estabelecendo-se dessa forma, a normatização de novos valores no âmbito do direito de família.

Assim, diante das novas diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 foi que ocorreu a aprovação do Código Civil de 2002, em que se passou a reconhecer juridicamente a existência de vínculos de afeto, bem como a grande relevância que possuem para solucionar questões relativas às entidades familiares.

Ademais, tem-se que as finalidades do casamento delineiam-se consoante o contexto social e normativo em que se inserem, razão pela qual permite concluir que atualmente as principais finalidades estão ligadas à criação da família com base na existência de afeto, o desejo de comunhão de vidas e a mútua assistência entre os cônjuges.

Por conseguinte, evidencia-se o quão retrógrada é a tendência de impor amarras como exigências de prazos e causas para a dissolução do vínculo conjugal, tendo em vista que é baseada na afetividade que a atual entidade familiar se consolida. A resistência na adequação do ordenamento jurídico aos fatos sociais que regulamenta não merece prosperar, razão pela qual para trazer fundamentais inovações como a extinção do anacrônico instituto da separação, bem como a desnecessidade de perquirição de um culpado pelo insucesso da união conjugal que a Emenda Constitucional n. 66/2010 foi elaborada.

Cumpre salientar que a mudança é muito significativa na medida em que se consideram os seus principais objetivos, quais sejam, de respeitar o direito de liberdade e autonomia privada dos cônjuges, o que por sua vez implica no respeito à intimidade da vida do casal; impedir o aumento de processos em virtude da duplicidade de vias para a extinção do vínculo conjugal; evitar as despesas e a burocracia excessiva que ensejava maiores desgastes às partes envolvidas e ainda, a adequação da lei ao fato social que regula, com o intento de assegurar a proteção devida pelo Estado.

7.3 A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DA SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA Nº 66/2010

Cuida-se em saber se a supressão da parte final do § 6º do art. 226 operou a revogação ou ainda se houve inconstitucionalidade superveniente relativamente às normas atinentes ao instituto da separação judicial, notadamente no que concerne às regras positivadas no Código Civil de 2002.

Como antes mencionado, a referida emenda suprimiu a parte final do dispositivo constitucional relativo à dissolução do vínculo conjugal, qual seja: —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. (BRASIL,

1988, *online*). Sem aludida referência ao requisito da separação, o § 6º do art. 226 da Carta Magna passou a conter somente a afirmação de que a dissolução do casamento pode ocorrer pelo divórcio.

Ocorre o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente quando uma norma pré-constitucional é incompatível com ordem constitucional que lhe é posterior. Em casos dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que não há inconstitucionalidade superveniente, mas sim apenas a revogação de uma norma infraconstitucional. Seria, segundo esse entendimento, um simples conflito de normas no tempo:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais do quinquentenária. Ação direta de que não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (STF - ADI 2/DF, Rel. Ministro Paulo Brossard, J: 06/09/92, DJ: 21/11/97).

O advento da Lei Nº 9.882/99, que trata acerca da disciplina da ADPF, possibilitou que, na prática, questões afeitas a normas pré-constitucionais pudessem ser discutidas com eficácia geral e efeito vinculante pelo STF, o que antes não podia ser realizado. Apesar disso, a jurisprudência do STF continua sendo pacífica no sentido não admitir a inconstitucionalidade superveniente, como afirma Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 1078-1079):

A despeito das objeções bem fundamentadas suscitadas pelo Ministro Pertence – firme na convicção de que recusar a via de ação direta para aferir a constitucionalidade das normas anteriores à Constituição é expurgar do STF missão e responsabilidade que são suas, bem como de que qualificar de revogação o fenômeno de comparação da compatibilidade entre uma norma e a Constituição não exclui a possibilidade de também entendê-lo como controle de constitucionalidade, portanto, sindicável pela via de ação direta perante a Corte Constitucional – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua a entender que a questão da inconstitucionalidade somente se põe quando se cuida de lei posterior à Constituição.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 57), teria havido inconstitucionalidade superveniente das normas positivadas no Código Civil:

Em verdade, aprofundando mais o entendimento da matéria, concordamos com Dirley da Cunha Jr., quando sustenta, comentando o controle de constitucionalidade em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que, em situações como a analisada neste livro, o que ocorreria seria uma verdadeira inconstitucionalidade superveniente das normas legais ordinárias: [...].

A par das observações feitas acima, o essencial para o deslinde da questão é saber se há entre nova norma constitucional e as normas do Código Civil conflito, no dizer jurídico, antinomia. Somente através da interpretação do dispositivo constitucional é que será possível dar solução à questão.

Conforme Maria Berenice Dias (2010), parte dos juristas entende que, com o uso do verbo “pode”, quis, na realidade, o legislador manter o instituto da separação judicial, apenas tornando-o facultativo a partir de então. Para esta mesma autora, não persiste tal tese, uma vez que a vontade legislativa pugnou, em verdade, pelo fim da interferência estatal em uma questão de foro estritamente íntimo, qual seja a permanência ou não do vínculo matrimonial. Não faria sentido, de tal modo, que o Estado exigisse a manutenção de tal vínculo.

No mesmo sentido, encontra-se o posicionamento de Paulo Lôbo. Para esse autor, é impossível uma interpretação puramente literal da norma contida no § 6º do art. 226 da CF/88. Assim, ele questiona:

No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir, sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de dissolver a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de quantum despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal. (LÔBO, 2011, p. 152).

No âmbito de uma interpretação histórica, isto é, aquela em que se investiga os antecedentes da norma, inclusive as manifestações parlamentares durante o processo legislativo, alude-se à Justificativa proposta para a Emenda Nº 66/2010 como meio de argumentar a favor da revogação. Na referida justificativa, já transcrita neste trabalho, são apontados os motivos pelos quais teria se operado a revogação do instituto aqui abordado. Dentre eles: o excessivo dispêndio financeiro da duplicidade de procedimentos, a desnecessária exposição da vida íntima do casal e o fato de atualmente o número de divórcios diretos serem bem mais expressivo que o de divórcios por conversão.

Entretanto, não se pode dar demasiada importância ao método da interpretação histórica, como bem preleciona Carlo Maximiliano: “O recurso aos Materiais Legislativos serve para descobrir apenas uma ideia do passado; o apego à mesma acarretaria a estagnação, a imobilidade; constituiria um obstáculo ao progresso jurídico e um elemento para ossificar a jurisprudência (MAXIMILIANO, 2009, p. 113-114)”.

Após a norma entrar em vigor, ganha vida própria, independente das justificativas parlamentares para sua realização. Na realidade, os profissionais do Direito é que irão imprimir sentido ao novel dispositivo legal. Nesse sentido, ressaltem-se os diversos acórdãos encontrados argumentando pela permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. PEDIDO TRANSFORMADO, DE OFÍCIO, NA SENTENÇA, EM DIVÓRCIO. SENTENÇA EXTRA PETITA. A Emenda Constitucional n.º 66 não revogou a legislação infraconstitucional, mas, tão somente, desconstitucionalizou a matéria, que continua regulada pelo Código Civil, notadamente em seu art. 1.580 e parágrafos, que estabelece os limites e as condições para o ingresso da ação de divórcio. Instituto e regramentos da separação, contidos no Código Civil, permanecem em vigor, sendo extra petita a sentença que, de ofício, transforma o pedido de separação consensual em divórcio. Sentença desconstituída, para prosseguimento da ação na forma do pedido dos autores. APELAÇÃO PROVIDA. (TJRS - Apelação Cível nº 70039826847, Rel.: André Luiz Planella Villarinho, Sétima Câmara Cível, J: 29/06/2011, DJ: 08/07/2011).

No mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. AUTOR INTIMADO PARA MANIFESTAR-SE SOBRE A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. DISCORDÂNCIA.

PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELO DO AUTOR VISANDO À ANULAÇÃO DA SENTENÇA. CONVERSÃO. MERA FACULDADE. SOBREVIVÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARA QUE A AÇÃO TENHA SEGUIMENTO NA ORIGEM. A nova disposição constitucional (EC 66/2010) não extinguiu a possibilidade da separação, mas apenas suprimiu o requisito temporal para o divórcio, nova modalidade de extinção da sociedade conjugal (CC/2002, art. 1571). Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, em seu art. 2º, § 1º, que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Além de a Emenda Constitucional não ter revogado, expressamente, a separação judicial, não há incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê o instituto da SEPARAÇÃO. (TJSC - Apelação Cível nº 2011.052992-0, Rel: Des. Luiz Carlos Freyesleben, 2ª Câmara Cível, J: 22/09/2011, DJ: 5/10/2011).

E ainda acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1) AÇÃO DE SEPARAÇÃO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL. ADVENTO DA EC Nº 66/2010. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INADMISSIBILIDADE NA ORIGEM. 2) ADVENTO DA EC Nº 66/2010. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DOS TRIBUNAIS. CIZÂNIA DOUTRINÁRIA. LEADING CASE. 3) LEGISLADOR CONSTITUINTE. RETIRADA DO PALCO CONSTITUCIONAL DOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS À SEPARAÇÃO. ANTIGO ANSEIO DOS ESTUDIOSOS. SEPARAÇÃO JUDICIAL NÃO SUPRIMIDA DO ORDENAMENTO. 4) LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. COMPATIBILIDADE COM A NOVA REDAÇÃO DA CF/88. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO CASAMENTO CIVIL. DISTINÇÃO. 5) LIBERDADE AO LEGISLADOR ORDINÁRIO. 6) CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO CONCRETO. 7) EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. AUSÊNCIA DE FORÇA NORMATIVA. RECURSO IMPROVIDO. 1) Cuida-se de recurso aviado pelo Ministério Público contra o decisum a quo que não recebeu o recurso de apelação cível interposto pelo Parquet voltado à declaração de nulidade de sentença homologatória de separação judicial, por suposta impossibilidade jurídica do pedido por fato superveniente. 2) A matéria é absolutamente nova, eis que a Emenda Constitucional nº 66/2010 data de 13 de julho do corrente ano. Para além da ausência de manifestação dos tribunais, a doutrina derrama rios de tinta sobre a referida quaestio iuris, mas não há, evidentemente, orientação conclusiva. 3) O legislador constituinte apenas retirou da Constituição Federal pressupostos dantes imprescindíveis à separação, antigo anseio dos estudiosos do Direito de Família, com o escopo de propiciar liberdade legislativa ordinária. Não se suprimiu, por ora, o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico, mas tão somente o requisito da prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos como antecedente lógico do divórcio. 4) O art. 1.571 do Código Civil - ao veicular que a sociedade conjugal termina pela separação judicial (inc. III) - não se mostra materialmente incompatível com a nova redação do § 6º do art. 226 da Lei Maior. Disse ali o legislador constituinte que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, o que não anula a possibilidade de findar a sociedade conjugal via separação judicial. A dissolução da sociedade conjugal faz cessar deveres de fidelidade, de coabitação e o regime de bens, mas não fulmina, decerto, o casamento civil. Daí não haver incongruência lógico-material entre a manutenção da separação civil e a novel disposição constitucional. 5) Ao tolher do ambiente formal constitucional os referidos requisitos do divórcio e inclusive a menção à separação civil, abriu portas o legislador constituinte a que o Congresso Nacional, sob regime de tramitação mais benévolo, possa amadurecer a discussão acerca da manutenção (ou não) da separação judicial em nosso ordenamento jurídico. O quadro que hoje emana do ordenamento jurídico, todavia, evidencia que o instituto da separação judicial não foi suprimido pela Emenda Constitucional. 6) No caso concreto, se as partes almejam categoricamente a separação consensual, mas sem divórcio imediato, não há impor a conversão do pedido em divórcio. A fortiori descabe falar-se em extinção do feito sem resolução de mérito por suposta impossibilidade jurídica do pedido ou mesmo em nulidade do acordo celebrado entre as partes, e com parecer opinativo favorável do Parquet, ainda que prolatado antes do advento da emenda. Irrelevante, no particular, o fato de o primeiro agravado, em sua contraminuta, pugna pelo provimento do recurso se, em acordo judicial, posicionou-se, por liberalidade, pela separação, o que impede, gize-se, a posterior postulação do divórcio. 6) Malgrado vislumbre essa possível tendência a ser observada na pena do legislador ordinário, fato é que as exposições de motivos não possuem força normativa - muito menos vinculante -, servindo apenas como fonte exegética doutrinária. A norma não pode ser suprida pela exposição de motivos, e esta, aliás, igualmente não pode suprimir legislação ordinária. Recurso improvido. (TJES - Agravo de Instrumento nº 24100920958. Rel.: Eliana Junqueira Munhos Ferreira, Terceira Câmara Cível, J: 22/03/2011, DJ: 07/04/2011).

Como os acórdãos acima expostos, tantos outros podem ser encontrados nos Tribunais de Justiça brasileiros, todos confirmando a tese de que persiste a separação judicial no ordenamento jurídico pátrio enquanto não expressamente revogada.

O Conselho da Justiça Federal editou o enunciado nº 514: “Art. 1.571. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

No enunciado de nº 517, o mesmo Conselho entendeu o seguinte: “A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão”.

Vejamos o entendimento do Conselho Nacional de Justiça no pedido de providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 35 DO CNJ EM RAZÃO DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES “SEPARAÇÃO CONSENSUAL” E “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL”. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- A Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, para suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos.

- Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio.

- Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida.

- Pedido julgado parcialmente procedente para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, nos seguintes termos: a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e; b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: “Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.”(CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0005060-32.2010.2.00.0000 - Rel. JEFFERSON LUIS KRAVCHYCHYN - 112ª Sessão - j. 14/09/2010).

Apesar de ser compreensível a repercussão social da alteração constitucional e considerando ainda a inutilidade da referida duplicidade de procedimentos, é possível

afirmar que o instituto da separação judicial continua vivo, vez que não entra em confronto com o parágrafo sexto do art. 226 da CF/88. Na realidade, enquanto não houver revogação expressa das regras atinentes à separação judicial, esta continuará presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Não há o conflito aduzido, uma vez que o fato de a Constituição Federal não mais mencionar o instituto não quer dizer que o tenha excluído. Apesar de entendermos que esta teria sido uma medida salutar (a exclusão), não foi o que ocorreu. O que de fato houve foi que a separação judicial deixou de ser um requisito para a concessão do divórcio. Soma-se a isso o fato de não mais existir prazo algum para a dissolução do vínculo conjugal, bastando apenas existir o casamento para haver divórcio.

Com propriedade, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil dos Santos, expõe acerca do tema:

No Código Civil de 1916 foi introduzido o desquite, como forma e pôr fim à sociedade conjugal, mantendo íntegro o vínculo. Até então, sinala-se, o tema da extinção da sociedade conjugal não tinha sido alçado á dignidade constitucional. Nossa primeira Constituição a dispor acerca dessa matéria foi a de 1934, que, no art. 144, erigiu a princípio constitucional a indissolubilidade do vínculo matrimonial, como estratégia para dificultar a introdução do divórcio em nosso país, acrescentando, no parágrafo único, que: A Constituição de 1937, porém, em seu art. 124, embora tenha mantido o princípio da indissolubilidade, calou acerca do desquite, que, no entanto, permanecia previsto no Código Civil. O mesmo ocorreu com a Carta de 1946, com a Carta outorgada de 1967 (art. 167) e com a Emenda Constitucional 1/69: preservação do princípio da indissolubilidade do vínculo e silêncio completo acerca do desquite, que, como notório, sobrevivia soberanamente apenas na legislação ordinária (Código Civil de 1916). Ao que se saiba, na época, ninguém sustentou a tese de que, pela circunstância de que a Constituição deixara de contemplar o desquite dentre seus dispositivos, esse instituto fora abolido. E isso pela singela razão de que o desquite continuava previsto no Código Civil. E isso bastava!. (SANTOS, 2010, p. 24).

Em verdade, o fato de não mais haver referência ao tema na Carta Magna não significa obrigatoriamente que o legislador constituinte optou pela revogação do instituto. Conforme preleciona Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 100) a respeito do tema omissão constitucional:

A dificuldade para o intérprete da Constituição pode estar, ainda, na circunstância de se deparar com uma situação não regulada pela Carta, mas que seria de se esperar que o constituinte sobre ela dispusesse. [...] Quando ocorre a primeira das situações acima descritas, será necessário discernir se o constituinte não deixou de disciplinar a matéria, justamente para permitir que o legislador o fizesse, conforme as peculiaridades do momento, sem a rigidez que marcam as decisões fixadas no Texto Magno. Teríamos, então, apenas uma matéria que a Carta da República não regulou, por haver preferido situá-la no domínio da liberdade de conformação do legislador comum. O assunto é extraconstitucional.

Entende-se, por outro lado, que a exigência da duplicidade de procedimentos realmente não mais se justifica, tendo em vista a atual conjuntura social brasileira, em que o conceito de família não mais se apoia na ideia tradicional do casamento. Além disso, o desgaste emocional e financeiro provocado pela obrigatoriedade de haver separação e divórcio leva a crer que o instituto da separação cairá em desuso. Fato este que já vem ocorrendo como referido no capítulo anterior.

Neste momento, surge a indagação: uma norma de direito deixa de existir simplesmente por que caiu em desuso? Seria excesso de positivismo entender que não ou excesso de romantismo defender o posicionamento contrário apenas para salvaguardar uma opinião simpática à maioria das pessoas?

A figura da revogação de uma lei pelo desuso é vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Para corroborar tal assertiva, interessante o acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ART. 105, INC. III, LETRAS _A_ E _C_, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRAÇÃO PENAL DO ART. 58, PARÁGRAFO 1., DO DEC. LEI 6.259/44 (JOGO DO BICHO). SUA ALEGADA REVOGAÇÃO PELO DESUSO DA NORMA CONTRAVENCIONAL E TOLERÂNCIA DA SOCIEDADE. O ART. 2, DA LEI INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, É CLARO: NÃO SE DESTINANDO À VIGÊNCIA TEMPORÁRIA, A LEI TERÁ VIGOR ATÉ QUE OUTRA A MODIFIQUE OU REVOGUE. COM BASE NESSE PRINCÍPIO DA LEI CIVIL, NÃO BASTA A SIMPLES ALEGAÇÃO DE SEU DESUSO, PARA QUE DEIXE O JUIZ DE APLICAR A LEI. MONTESQUIEU ADVERTIU PARA O FATO DE QUE DIZ O JUIZ E A BOCA DA LEI. AO LEGISLADOR COMPETE DERROGAR OU REVOGÁ-LA, NO EXERCÍCIO DE SEU PODER. HIPÓTESE EM QUE SE CONHECE DO RECURSO E DÁ-SE-LHE PROVIMENTO, PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RESTABELECE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. (STJ - Recurso Especial nº 20.798/RO, Rel. Ministro José Cândido de Carvalho Filho, Sexta Turma, J: 30/07/1992, DJ: 28/09/1992).

Anota Maria Helena Diniz (2007) que uma norma em vigor assim permanece até o surgimento de outra norma que altere ou revogue expressamente a anterior, citando para tanto o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

É bem verdade que existem dois tipos de revogação: a expressa e a tácita. A expressa é aquela da hipótese apresentada acima, ou seja, quando a norma posterior expressamente menciona a revogação da lei anterior. A tácita ocorre, segundo Maria Helena Diniz (2007), se houver entre ambas as normas relação de incompatibilidade, o que, como antes mencionado não é o que aqui acontece.

Norberto Bobbio (1995, p. 86) assim define o que seja antinomia: Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.

De posse de tal conceito, é possível aduzir que não há incompatibilidade entre a nova norma constitucional e as normas do Código Civil. Conforme o § 6º do art. 226 da CF/88: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, há aqui evidentemente uma permissão e não uma obrigatoriedade de ser o divórcio um meio compulsório de dissolução da sociedade conjugal”.

Em um esforço interpretativo, poder-se-ia resumir as normas do Código Civil de 2002 da seguinte forma: o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial; também aqui há uma permissão, com a única diferença de haver o requisito da prévia separação judicial.

Não há verdadeiramente uma relação de oposição entre as duas normas, como se pode ver. Há sim um sutil desajuste entre ambas no que diz respeito à exigência de um pré-requisito para a realização do divórcio, leia-se, o desajuste é em relação somente à exigência do pré-requisito. Não é entre a norma constitucional e os institutos que disciplinam a separação. Destarte, o que há é que a norma infraconstitucional apresentava um requisito prévio para a concessão do divórcio, o qual, este sim, foi abolido por força da modificação operada pela emenda nº 66/2010. Portanto, o que foi eliminado foi a separação como requisito para o divórcio somente. Quanto ao instituto da separação em si, este permanece, como opcional, é verdade.

Na realidade, como aponta Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (2011), o fato de permanecer a separação judicial como opcional no ordenamento jurídico brasileiro nenhum prejuízo traz para quem pretende requerer diretamente o divórcio. Nesse sentido, podemos afirmar que, no presente momento, a separação judicial de obrigatória que era para a dissolução do vínculo conjugal passou a ser uma opção do casal. O que não caberia aqui seria a indagação sobre os motivos dessa escolha (religiosos, indecisão etc.), mas, se tal ocorrer, será lícita.

Não há antinomia, não há prejuízo para ninguém o fato de a separação permanecer como opcional. Nessa linha, até em obediência há uma interpretação mais favorável, ao contrário do que se pode ser levado a crer, o instituto permanece intacto, vez que suprimi-lo simplesmente seria deixar de dar esta opção aos separandos. Não se pode negar aos cônjuges –

únicos interessados – o direito de optar por um instituto que é disciplinado, com características próprias, pela legislação civil, sob o argumento de sua derrogação, revogação tácita, ou ineficácia por não receptividade (CAHALI, 2011, p. 73).

Continua o autor afirmando que essa própria liberdade de opção assegura, da mesma forma, o direito de os cônjuges postularem, desde logo, o divórcio, com todos os seus consectários (CAHALI, 2011, p. 73).

O que a modificação constitucional proporcionou foi o salutar espaço para uma posterior alteração da legislação ordinária, uma vez que a Constituição Federal não mais impõe requisitos para a dissolução do vínculo conjugal. Nesse âmbito, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro, há o Projeto de Lei Nº 7.661/2010 que se propõe a revogar expressamente as regras do Código Civil atinentes à separação judicial. A aprovação do mencionado projeto terá o condão de produzir o efeito falsamente antecipado pela maior parte da doutrina, isto é, a extinção da separação judicial.

Nessa ordem de ideias, além da extinção dos prazos requisitados para a dissolução do vínculo, imprescindível afirmar que a nova norma do § 6º do art. 226 foi vantajosa no sentido de permitir que, posteriormente, pudesse a legislação ordinária pertinente ser revogada, tendo em vista o instituto da separação judicial haver perdido seu caráter de norma formalmente constitucional.

Dessa maneira, a alteração constitucional apenas suprimiu qualquer pré-requisito para a concessão do divórcio. Assim, permanece toda a legislação infraconstitucional acerca da separação judicial, exceto a relativa aos prazos antes exigidos e à separação como requisito obrigatório para o divórcio. Esta passa a ser, como já referido, opcional.

Portanto, à margem da simpatia que a extinção do instituto apresenta, não se pode afirmar, diante do exposto, que ele foi expurgado do ordenamento jurídico brasileiro. Caberá, é verdade, à jurisprudência o melhor delineamento da questão, enquanto não há a revogação expressa do instituto.

8 CONCLUSÃO

O tema proposto apresentou uma evolução histórica da formação da família e do casamento, demonstrando a importância desse conceito e da diversidade de arranjos familiares na família contemporânea influenciada pela dinâmica de seus relacionamentos. Em relação ao casamento, realizamos o estudo do instituto do casamento desde a sua evolução histórica, passando pelo conceito, natureza jurídica, elementos, finalidades e efeitos. Afirmamos que a concepção atual de casamento está pautada na afetividade das relações conjugais.

Conceituamos divórcio e fizemos uma correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana trazendo para este contexto o princípio da afetividade, além de afastar a apuração de culpa para concessão do divórcio.

Além disso, fizemos um breve levantamento histórico das separações e divórcios no Brasil, desde a Lei nº 6.515/77 até a promulgação da nova lei, relatando que não foram muitas as mudanças, porém suficientes para um novo passo dentro da lei brasileira que visa o matrimônio, dando maiores oportunidades aos que dela necessitam.

Atualmente, os pensamentos e maneiras de vivenciar e optar pelo casamento civil não podem mais estar agregados ao formalismo do Direito Romano, ou seja, o fato das pessoas não desejarem mais o vínculo apenas patrimonial do casamento, e sim afetivo, deve ser respeitado pelo Estado. Tal mudança de prisma é adequada, visto que inúmeras separações de fato e posterior constituição de união estável por pessoas que não têm acesso ao Judiciário, ou mesmo quando têm, defrontam com a demora de uma solução processual e ficam incluídas na massa de casais que aguardam resultados, que, por muitas vezes, não têm a oportunidade em caráter emergencial de tornar pública ou documentada oficialmente sua nova união, pelo desejo de constituir uma nova família nos padrões impostos pelo nosso sistema jurídico.

Verificou-se que as pessoas não precisam mais invocar o Ministério Público para a dissolução conjugal. Se estiverem de comum acordo e não possuírem filhos menores, a maneira agora ficou muito mais rápida, facilitadora e sem constrangimentos em ter que estar dentro de uma sala de audiências.

O trabalho abrangeu ainda os procedimentos para efetuar a separação ou o divórcio através das escrituras públicas, feitas pelo Tabelionato, na figura do notário, seus requisitos, dificuldades e dúvidas quanto à finalização do ato procedimental.

Os argumentos e exposições mencionados no trabalho esclarecem as dúvidas quanto aos problemas, pois foram demonstrados os requisitos e procedimentos para efetuar as escrituras, a participação do Estado, e algumas respostas a perguntas que ocorrem ainda quando se trata do tema abordado.

Este estudo pretendeu elucidar as situações de obscuridade e interpretações analógicas da lei, que é uma alternativa no meio jurídico para quem se interessa por Direito de Família, tanto para o advogado, para os estudantes ou para os apreciadores do direito brasileiro.

Foi objeto da análise também o instituto da separação judicial sob o prisma da alteração constitucional produzida pela Emenda N° 66/2010, a qual suprimiu a parte final do § 6° do art. 226 da CF/88. Tal dispositivo previa que a dissolução do casamento civil seria realizada através do divórcio, após prévia separação judicial de um ano ou ainda separação de fato por dois anos. A modificação suprimiu os requisitos apontados, bastando a simples condição de casadas para as pessoas que desejem atualmente o divórcio.

Salutar a intervenção realizada no referido dispositivo legal. Entretanto, não ficou claro, em virtude de não haver o legislador se manifestado sobre o assunto, se a separação estaria superada a partir da entrada em vigor da nova norma constitucional. Parte da doutrina entende que sim, uma vez que a separação seria instituto obsoleto nos dias atuais. Por outro lado, há aqueles que entendem que não houve revogação, apontando para isso a falta de incompatibilidade entre as normas ditas em confronto.

Ficou demonstrado, após ampla análise doutrinária e jurisprudencial, que não houve a revogação aludida. Simplesmente, a separação deixou de ser pré-requisito para o divórcio, porém ela permanece como opcional. Dessa forma, é inevitável concluir que toda a legislação atinente ao tema separação continua vigente, uma vez que não ocorreu a extinção do instituto.

Entretanto, até que haja a palavra soberana do legislador acerca do tema, permanecerá a controvérsia objeto deste trabalho. Assim, está claro que somente com o prosseguimento do debate doutrinário e com a experiência colhida nas Varas de Família e nos Tribunais haverá possibilidade de encontrar o melhor caminho para aplicar a cada caso concreto a solução mais justa.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, L. O. de. A Função Social da Família e a Ética do Afeto: Transformações Jurídicas no Direito de Família. **REGRAD**, v. 1, n.1, 2008.
- ALVES, J. F. Separação Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. In: DELGADO, M. L. (Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007, p.285-290.
- ARAÚJO, V. D. de Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. In: DELGADO, M. L.(Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007, p.261-270.
- ASSIS, A. C. de. **EC n. 66/10: A Emenda Constitucional do Casamento**. Jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>>. Acesso em: 08 Nov. 2012
- BARBOSA, Á. A. **Prática da mediação: ética profissional**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey (2006). p.55-67.
- BARBOSA, C. de L. C. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROS, S. R. de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 14, jul/set, 2002, p. 05-10.
- BISCAIA, Antonio Carlos. **Deputado Federal. Justificativa à PEC 413/2005**.
- BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- BONAVIDES; P.; ANDRADE, P. de. **História constitucional no Brasil**. Brasília: OAB, 2004.
- BORGHI, H. **Casamento e União Estável: formação, eficácia e dissolução**. São Paulo Juarez Oliveira, 2005.
- BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. **Conselho da Justiça Federal (CJF)**. Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências nº 0005060 - 32.2010.2.00.0000**. 12ª Sessão. Relator Cons. Jefferson Kravchychyn. Brasília. 14/09/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2377620/integra-do-acordao-do-cnj-sobre-a-alteracao-da-resolucao-n-35-em-razao-da-emendaconstitucional-n-66-2010>>. Acesso em: 23 jun. 2014.
- BRASIL. Decreto – Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. In: **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Institui a Lei que altera os dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Códigos de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. In: **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. In: **Códigos 5 em 1 – Código Civil (2002/1916), Processo Civil, Código Penal, Processo Penal e Legislação Complementar**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Institui Lei que regula os casos de dissoluções da sociedade conjugal e do casamento, seus e feitos e respectivos processos, e dá outras providências (parcialmente derogada). In: **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro. In: **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva; 2002.
- BUENO, F. da S. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000.
- CAHALI, Y. S. **Divórcio e Separação**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAHALI, Y. S. **Divórcio e separação**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CAHALI, Y. S. **Separações Conjugais e Divórcio**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CARNEIRO, S. B. **Deputado Federal**. Justificativa à PEC 33/2007.2007.
- CARNEIRO, S. B. Proposta de Emenda à Constituição nº 413-B, de 2005. In: **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Ano LXIV, n. 094, p. 25773, 3 jun. 2009.
- CARVALHO, D. M. de. **Divórcio Judicial e Administrativo de acordo com a EC 66/2010**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 14 e 15.
- CASSETTARI, C. **Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública – teoria e prática**. São Paulo: Método, 2007.
- COELHO, F. U. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. São Paulo
- Confederação dos Bispos do Brasil (CNBB). **Divorcio Fácil, fácil. 2010**. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/confira-todos-os-documentos-7/doc_details/1200-migracoes-internacionais-no-brasil?tmpl=component>. Acesso em: 10 dez. 2013

CRUZ, M. L. P. **Separação, divórcio e inventário por via administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA, S. S. da. **Dicionário Compacto de Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, M. L. (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011.

DIAS, M. B. **Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, M. B. **EC 66/10 – e agora?** 23 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>. Acesso em: 08 Nov. 2012.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. São Paulo.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONATI, P. **Família no século XXI: uma abordagem relacional**. São Paulo: Editora Paulinas, 2008.

FALAVIGNA, M. C. O. D. **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais**. In: COLTRO, A. C. M.; DELGADO, M. L. (Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007, p. 229-238.

FARIAS, C. C. de. **O novo procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei nº 11.441/2007)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**, Vol. VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**, Vol. VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, L. R. de F. **O casamento no direito brasileiro – aspectos diante da Constituição Federal**. **Revista Forense**. v.323, p. 105-118, 1993.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 6, 2.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, C. R. **Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARA, P. M. T. **Comentários à Emenda Constitucional nº 66/10**. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em: 08 Nov. 2012.

LEITE, E. de O. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LÔBO, P. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, P. **Direito Civil Famílias**. Saraiva, 4. ed. 2011.

- MALUF, C. A. D.; MALUF, A. F. D. O novo divórcio no Brasil. In: FERRAZ, C. (Org.). **O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 131
- MARTINS, I. G. S. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/763650-o-divorcio-relampago-fragiliza-ainda-mais-a-familia>>. Acesso em: 08 de Nov de 2012.
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonal, 1947
- MIRANDA, P. de. **Tratado de Direito de Família – Direito Matrimonial**. Campinas: Brookseller, 2001.
- MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- MORAIS, E. Separação Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. In: COLTRO, A. C. M. DELGADO, M. L. (Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007, p.19-35.
- NAHAS. L. F. **União Homossexual – Proteção Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.
- NALINI, J. R. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NAMUR, C. S. Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. In: COLTRO, A. C. M.; DELGADO, M. L. (Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007, p.116-139.
- NAMUR, S. A irrelevância da culpa para o fim do casamento. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista 08/Discente/Samir.pdf>>. Acesso em: 08 Nov 2012.
- NUBLAT, J. Juízes e Cartórios têm três interpretações para emenda do divórcio. 2010. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0708201037.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2013.
- OLIVEIRA, E de. **Separação ou divórcio?** Considerações sobre a EC 66. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 06 out. 2010
- OLIVEIRA, E. B. de. Nova Regulamentação da união estável – inovações da Lei n. 9.278/96. **Tribuna da Magistratura** (Caderno de Doutrina), São Paulo, jun. 2003.
- OLIVEIRA, E. B. de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do código civil**. São Paulo: Editora Método, 2002.
- OLIVEIRA, E. de; HINORAKA, G. M. F. N. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- OLIVEIRA, E. G. de. Da emergente relevância atribuída ao divórcio e do desprestígio a separação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5330>. Acesso em: jan 2014.
- OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F. **Direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

- PARIZATTO, J. R. **Inventário e Partilha Separação e Divórcio Consensual Extrajudicial e Judicial – Lei nº 11.441, de 04-01-07 e CPC**. São Paulo: EDIPA; Parizatto, 2007.
- PARODI, A. C. et al. **Inventário e Rompimento Conjugal por Escritura Pública – Praticando a Lei nº 11.441/2007**. Campinas: Russel Editores, 2007.
- PARODI, A. C.; SANTOS, C. R. **Inventário e rompimento conjugal por escritura: praticando a Lei nº 11.441/2007**. 2. ed. São Paulo: Russell, 2007.
- PENTEADO, L. de C. Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. In: COLTRO, A. C. M.; DELGADO, M. L. (Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007, p.188-198.
- PENTEADO, L. de C. Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. In: COLTRO, A. C. M.; DELGADO, M. L. (Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007, p. 188- 198.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. 5 v. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, R. da C. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal**. São Paulo: Edipro, 2010.
- PEREIRA, R. da C. A família: estruturação jurídica e psíquica. In: PEREIRA, R. da C. (coord.). **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PEREIRA, R. da C. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PEREIRA, R. da C. **Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PETRINI, J. C. In: FARIAS, C. C. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.
- REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 8, nº 40, fev/mar 2007.
- REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 9, nº 41, abr/maio 2007.
- RODRIGUES, J. G. **O princípio da afetividade no direito de família**. Prática Jurídica, ano XI, n 129, dez. 2102.
- RODRIGUES, S. **Direito civil – Direito de família**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, S. **Direito Civil – Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SANTA CATARINA, 2011. **2011. 015014-1**. SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRIMEIRA CAMARA DE DIREITO CIVIL. RELATOR DES. JOEL FIGUEIRA JUNIOR.FLORIANOPOLIS. 30.07.2011. Disponível em: < <http://tjsc.jus.br/busca.do>>. Acesso em:10 out. 2013

SANTA CATARINA. Segunda Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível: AC 204420 SC 2011.020442-0. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. "AÇÃO DE SEPARAÇÃO".** Relator: Luiz Carlos Freyesleben, 12/07/2011.

SANTA CATARINA. TJ-SC - Terceira Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível: AC 193206 SC 2011.019320-6. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO.** Relator: Fernando Carioni, 02-06-2011.

SANTOS, L. F. B. **Emenda do divórcio: cedo para comemorar.** IBDFAM. Belo Horizonte, 2010.

SIERRA, V. M. **Família: teorias e debates.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SIMÃO, J. F. **A Pec do Divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família.** 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 08.12.2013

SIMÃO, J. F. **O novo divórcio no Brasil: de acordo com a E.C. nº 66/2010.** Salvador: Juspodivm, 2011. 443p.

Singly, F. de. **Sociologia da família contemporânea.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SOARES, G. R. Divórcio, dignidade humana e isonomia. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 368, 10 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5425>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

SOARES, O. **União Estável.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, S. I. N. de. **O novo divórcio em uma perspectiva civil constitucional: suas implicações com a separação do direito civil brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2011. 443p.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, F. Separação Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias, DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Questionamentos sobre a Lei nº 11.441/2007.** São Paulo: Método, 2007, p.99-108.

VELOSO, Z. **O novo divórcio e o que restou do passado.** 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direito de Família.** 5. ed. São Paulo: Atlas S. A, 2005.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direito de Família.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direito de Família.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6.

VIEGAS, Suzana. **A nova emenda constitucional do divórcio – é o fim da família?** 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=656>>.

WAMBIER, L. R. et al. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.