

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

LÁZARO LUIZ DA SILVA

**A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO ATRAVÉS DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E AS CONSEQUÊNCIAS DESSA
ALTERAÇÃO**

RUBIATABA- GO

2012

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

LÁZARO LUIZ DA SILVA

**A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO ATRAVÉS DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E AS CONSEQUÊNCIAS DESSA
ALTERAÇÃO**

Monografia apresentada à FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Ms. Jaqueline José Silva Oliveira.

De acordo

Prof. Orientador

RUBIATABA- GO

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

LÁZARO LUIZ DA SILVA

**A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO ATRAVÉS DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E AS CONSEQUÊNCIAS DESSA
ALTERAÇÃO**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

MS. JAQUELINE JOSÉ SILVA OLIVEIRA

Orientadora

Examinador 1

Examinador 2

Rubiataba, 2012

Dedico este trabalho à Deus, que me sustentou e amparou em todos os momentos, a minha família, pelo apoio incondicional, aos mestres pelos ensinamentos repassados e experiências de vida trocadas.

Agradeço a todos aqueles que me ajudaram e apoiaram no decorrer deste curso, em especial a minha família que soube compreender minhas ausências e me incentivar em todos os momentos.

“A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos”.

Charles Chaplin

RESUMO: A família brasileira passou por diversas transformações, o casamento, outrora indissolúvel, acabava somente com a morte de um dos cônjuges, passou pela separação judicial, desquite e divórcio. Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66, aprovada em julho de 2010, que por meio do artigo 226, §6º da Constituição Federal, dispôs sobre a dissolubilidade do casamento civil por meio do divórcio. Para alguns considerada uma inovação no direito de família brasileira e para outros a desestruturação da família, gerou controvérsias. O objetivo deste trabalho é compreender as mudanças e alterações introduzidas pela nova emenda constitucional e seus reflexos e conseqüências na sociedade brasileira.

Palavras-chaves: família, casamento, emenda constitucional, divórcio, Constituição Federal, sociedade brasileira.

ABSTRACT: The Brazilian family has gone through several transformations, marriage, once inseparable, only ended with the death of a spouse, went through legal separation, divorce and divorce. With the approval of Constitutional Amendment 66, approved in July 2010, by Article 226, § 6 of the Federal Constitution, provided for the dissolubility of civil marriage through some divórcio. Para considered an innovation in the Brazilian family law and other unstructured families, generated controversy. The objective of this study is to understand the changes and amendments introduced by the new constitutional amendment and its impact and consequences in Brazilian society.

Keywords: family, marriage, constitutional amendment, divorce, Federal Constitution, Brazilian society.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO | 13 |
| 1.1 Conceituações | 13 |
| 1.2 A Família no Direito Romano | 14 |
| 1.3 A Família no Direito Canônico | 14 |
| 1.4 A Família e Sua Evolução | 16 |
| 1.5 A Família Brasileira na Atualidade | 18 |
| 1.6 Historicidade do Casamento | 20 |
| 1.6.1 Natureza Jurídica do Casamento | 21 |
| 1.7 Da Capacidade para o Casamento e do Processo de Habilitação | 22 |
| 1.7.1 O Procedimento | 22 |
| 1.7.2 Documentos Necessários | 23 |
| 1.7.2.1 Certidão de Nascimento ou Documento Equivalente | 23 |
| 1.7.2.2 Autorização das Pessoas sob cuja Dependência Legal Estiverem, ou Ato Judicial que a Supra | 23 |
| 1.7.2.3 Certidão d Óbito do Cônjuge Falecido, da Anulação do Casamento Anterior ou do registro de Sentença de Divórcio | 24 |
| 2. ESPÉCIES DE CASAMENTO | 25 |
| 2.1 Casamentos Válidos | 25 |
| 2.1.1 Casamento Putativo | 25 |
| 2.1.2 Casamento Nuncupativo e em Caso de Moléstia Grave | 27 |
| 2.1.3 Casamento Religioso com Efeitos Civis | 27 |
| 2.1.4 Casamento Consular | 29 |
| 2.1.5 Conversão da União Estável em Casamento | 29 |
| 2.2 Casamento Inválido | 29 |
| 2.2.1 Casamento Inexistente | 30 |
| 2.2.2 Casamento Nulo | 30 |
| 2.2.3 Casamento Anulável | 32 |
| 2.2.4 Casamento Irregular | 32 |

| | |
|---|----|
| 3. A SEPARAÇÃO JUDICIAL E O DIVÓRCIO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66 | 34 |
| 3.1 Historicidade | 34 |
| 3.2 A Separação Judicial | 35 |
| 3.2.1 Modalidades de Separação Judicial | 35 |
| 3.2.1.1 Consensual ou por mútuo consentimento dos cônjuges | 35 |
| 3.2.1.2 Separação Judicial Letigiosa | 36 |
| 3.3 Aspectos a Serem Observados Alebração do Acordo de Separação | 37 |
| 3.3.1 A Guarda dos Filhos Menores e Direito de Visitas | 38 |
| 3.3.2 A Prestação de Alimentos | 38 |
| 3.3.3 Partilha de Bens | 38 |
| 3.3.4 Nome da Mulher | 39 |
| 3.4 Conversão da Separação Judicial em Divórcio | 39 |
| 3.5 O Divórcio | 40 |
| 3.5.1 Os Tipos de Divórcio | 40 |
| 3.5.1.1 Divórcio indireto | 40 |
| 3.5.1.1.1 Divórcio consensual indireto | 41 |
| 3.5.1.1.2 Divórcio litigioso indireto | 41 |
| 3.5.1.2 Divórcio direto | 41 |
| 3.6 A Evolução Histórica do Divórcio no Brasil | 42 |
| 3.7 Efeitos do Divórcio | 44 |
| 3.8 Extinção do Direito ao Divórcio | 45 |
| 4. AS CONSEQUÊNCIAS DA EMENDA CONSTITUCIOANL 66/10 | 46 |
| 4.1 O Contexto Jurídico do Projeto de Emenda do Divórcio | 47 |
| 4.2 O Divórcio na Emenda Constitucional 66/10 | 48 |
| 4.3 A Historicidade da Emenda Constitucional 66/10 | 48 |
| 4.4 A Aprovação da Emenda Constitucional 66/10 | 49 |
| 4.5 A Emenda Constitucional 66/10, Consequências e Reflexos no Direito Brasileiro | 52 |
| CONCLUSÃO | 58 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 60 |

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CC_ Código Civil

CP- Código Penal

CPC- Código de Processo Civil

CNBB- Confederação Nacional dos Bispos do Brasil

EC. – Emenda Constitucional

Ed. – Edição

p. - página

LISTA DE SÍMBOLOS/ SIGLAS

ANOREG-SP – Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo

§ - parágrafo

Nº. – Número

EC 66/10 – Emenda Constitucional 66, ano de 2010

IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o seguinte tema: A Dissolução do Casamento através a Emenda Constitucional nº 66/2010 e as consequências dessa alteração, que busca demonstrar todos os aspectos históricos, religiosos e culturais. Sendo um tema em evolução que acompanha a sociedade em si trazendo com ela várias inovações.

O estudo se propõe a compreender e analisar a dissolução do casamento a luz da Emenda Constitucional nº 66/2010, bem como seus reflexos e consequências na sociedade brasileira, bem como especificar a inovação do direito de família brasileira e para outros a desestruturação da família, que gerou controvérsias.

A problemática levantada dentro do tema vem do desconhecimento e atualização das normas legais, características que configuram a dissolução do casamento de forma rápida, a falta de conhecimento a respeito do tema, ficando aos cônjuges a busca de seus direitos e deveres perante a legislação vigente.

Tendo como objetivo compreender as mudanças e alterações introduzidas pela emenda constitucional e seus reflexos e consequências na sociedade brasileira, bem como analisar a legalidade e a ilegalidade da dissolução do casamento e seus efeitos dentre as leis do Código Civil.

Este trabalho busca, especificamente, demonstrar em relação à história evolução do tema dentro do complexo atual, estabelecendo os direitos gerados com caracterização da dissolução do casamento no que condiz a separação.

A metodologia de trabalho é de compilação, para confecção deste trabalho foram utilizados pesquisas em livros doutrinários de renomados autores na área pesquisada; da via internet, devido à atualidade dos fatos e as constantes atualização em sites confiáveis, analisando assim as leis sob o tema apresentado.

O capítulo I pretende compreender a historicidade da evolução do casamento, como era visto na igreja e na sociedade antiga, bem como união legal entre o homem e mulher antes era o chefe da casa arcando com todas as despesas. Para melhor entendimento fica bem fixado nos capítulos seguintes.

O capítulo II aborda as espécies de casamento como: como casamentos válidos, casamento putativo contraído de boa fé por ambos os cônjuges casamento nuncupativo e em moléstia grave, casamento religioso com efeito civil (art. 226, §§ 1º e 2º), casamento consolar celebrado no estrangeiro perante autoridade, inexistente, nulo e irregular constituem formas válidas de uniões conjugais regulamentadas na lei.

O capítulo III trabalha a separação judicial e o divórcio antes da Emenda Constitucional 66/2010 era dissolúvel com a morte de um dos cônjuges e com a separação de fato de dois a cinco anos. A diferença entre a separação judicial e o divórcio é apenas uma: o divorciado pode se casar novamente, enquanto tal direito não é conferido ao separado.

O capítulo IV busca demonstrar as questões existentes em nossa sociedade, como a Emenda Constitucional 66/2010 veio facilitar o acesso ao divórcio no Brasil extinguindo os prazos antes exigidos pela lei a qualquer tempo e, sem necessidade de declinar seus motivos ou de prévio procedimento de separação judicial causando assim várias controversas devido ao entendimento em relação à nova lei.

A Emenda Constitucional do divórcio é considerada uma verdadeira revolução no Direito de Família Brasileiro. Porém, enquanto muitos acreditam que a nova legislação banaliza a união conjugal, facilitando de imediato a dissolução do casamento, para outros, a inovação facilita a constituição de novos vínculos, estando mais adequada à realidade contemporânea.

A Emenda Constitucional suprimiu da lei tudo o que se referia a separação, inclusive uma discussão antes considerada importante: de quem é a culpa. Pelas regras anteriores, na separação litigiosa, quando não havia acordo alguém era responsabilizado pelo fim do relacionamento e o culpado perdia direitos como a pensão alimentícia. O que tornava o processo demorado, lento, desgastante, levando para o espaço público a intimidade e a vida privada dos casais envolvidos.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

1.1. Conceituações

A família é a mais antiga de todas as sociedades. É o primeiro modelo de sociedade política, onde o chefe é a imagem do pai, o povo a dos filhos; e todos ao nascerem iguais e livres, somente alienam a sua liberdade pela utilidade que aí obtêm. A vida familiar se apresenta em todas as sociedades humanas.

De acordo com Giorgis (2010, p.44), a palavra família deriva do latim *famulus*, *famulia* e daí *famel*, usada pelos oscos, habitantes da Itália, que constituía um conjunto de pessoas obedientes ao patriarca.

No entendimento de Venosa (2001 p. 15), família em sentido amplo é um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge que são os parentes por afinidades.

Continua o autor a afirmar que família, em sentido restrito, compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder de família.

A família desde sua constituição primitiva é a base para a formação dos seus membros. Nela o indivíduo recebe educação, assistência, proteção e toda estrutura para o seu pleno desenvolvimento físico, psíquico e emocional.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, § 4º assim preconiza sobre a família: “Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Ferreira (2008, p. 396), define família como pessoas aparentadas que vivem na mesma casa, particularmente, o pai, a mãe e os filhos. Pessoas do mesmo sangue.

1.2. A Família no Direito Romano

A família brasileira sofreu influências da família romana, canônica e germânica.

Em Roma se definia a família como um conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família era independente da consangüinidade. O *pater familias* exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa, sobre as mulheres casadas com *manus* e com os seus descendentes. A família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

A evolução da família romana ocorreu para restringir progressivamente a autoridade do “*pater*”, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo o parentesco agnático pelo cognático.

Parentesco agnático não se considerava os aspectos consangüíneos e o cognático considerava parentesco determinado pelo sangue.

Na Grécia a família era composta pelo grupo ligado ao ancestral comum, aditando-se os cônjuges e enteados, genros e noras, e cunhados, ao ponto de alguns estudiosos à associarem à figura do geno, devido tamanha abrangência.

Em Roma coexistiam a gens, que tinha como chefe o *pater gentis*, e a família era composta pela mulher, pelos filhos, netos e bisnetos, bem como pelos respectivos bens, sujeito ao poder do pater familias, o ascendente comum mais idoso. Esta organização romana é fundamental para a compreensão da família descrita em praticamente todos os códigos modernos, desde o alemão de 1896, ao de Napoleão de 1804, como ao brasileiro de 1916.

1.3. A Família no Direito Canônico

Os canonistas opuseram-se ao divórcio, considerando-o um instituto contrário à própria índole da família e ao interesse e formação dos filhos.

Os homens não podiam dissolver a união realizada por Deus.

A Bíblia Sagrada, tanto no Velho e no Novo Testamento repassa a ideia de que o marido e a mulher constituem uma só carne. Gênesis 2:24 e Evangelho de São Mateus 19:6, *in verbis*: Por isso, deixa o homem pai e mãe e se une à sua mulher, tornando os dois uma só carne (Gênesis 2:24). De modo que já não são mais dois, porém uma só carne. Portanto o que Deus ajuntou não o separe o homem (Mateus 19:6).

No período da Idade Média as relações de família foram regulamentadas exclusivamente pelo direito canônico. Do século X ao XV somente o casamento religioso foi reconhecido.

O casamento romano sempre foi monogâmico, mas não era mais que um fato social. Com o surgimento do Cristianismo, religião oficial do Império Romano, a partir do século IV, o mesmo tornou-se um sacramento.

O casamento passou a ser considerado uma união indissolúvel e abençoada por Deus, conforme os preceitos bíblicos de que "o que Deus uniu, não separe o homem."

Na Idade Média, a Igreja juntamente com o Estado interferia decisivamente nos institutos familiares. Destaca-se que confundiam a Igreja com o Estado. Este na pessoa do rei e aquela na pessoa do papa.

A Igreja combatia tudo aquilo que pudesse desagregar o seio familiar: o aborto, o adultério, e principalmente o concubinato. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnavais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.

Os primeiros casamentos foram realizados apenas com o consentimento dos nubentes. Esta simplificação na celebração fez com que nascesse dentro da sociedade, relações

clandestinas. A Igreja sentiu-se na obrigação de convalidar o ato nupcial, à presença de um de seus representantes. Do século X ao século XV a única forma de casamento que tornou-se aceita foi a eclesiástica, ordenando as paixões humanas e a concupiscência pecaminosa.

No catolicismo o casamento formalizava--se apenas pelo acordo consensual dos nubentes e era um ato indissolúvel; uma vez casados, nada além da morte poderia separar os noivos, formando "uma só carne". Este casamento perpétuo tinha a função de garantir a ordem social, impedindo que os laços constituídos se rompessem, punindo os homens e mulheres que ousassem se separar com o banimento social.

Na Idade Média passou a fazer parte do rito matrimonial a autorização das famílias dos noivos, sempre influenciadas pela situação social e econômica das famílias, principalmente da mulher, cabendo a esta a entrega de um dote (ao casar a filha, deveria o pai pagar ao noivo algo muito semelhante a uma indenização, um patrimônio que seria por aquele administrado, ficando assim solteiras as moças que não pudessem pagar um dote, ou unindo-se sem as bênçãos da Igreja).

De 1542 a 1563, os católicos reuniram-se em Trento e publicaram as normas do Concílio referentes ao casamento, reafirmando o seu caráter sacramental e reconhecendo a competência exclusiva da Igreja Católica para a sua celebração e validação. Ainda cuidaram de consolidar o casamento como um ato formal e público exigindo-se a expedição de proclamas no domicílio dos contraentes.

O Direito Canônico muito contribuiu no processo de formação e de desenvolvimento do Direito Civil. Atualmente nos códigos e em matéria de Direito de Família cita-se como exemplo os impedimentos matrimoniais descritos no artigo 183 do Código Civil, classificados como dirimente públicos ou absolutos, privados ou relativos, e impedientes ou proibitivos.

1.4. A Família e Sua Evolução

A família na Babilônia fundava-se no casamento monogâmico, mas o direito, sob influência semítica autorizava esposas secundárias.

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos era quase absoluto. No Direito Romano e Grego o afeto natural não era o elo de ligação entre os membros da família.

Por muito tempo na história humana o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica.

Com o desaparecimento da família pagã, a família cristã guardou esse caráter de unidade culta, que na verdade nunca desapareceu por completo, apesar do casamento ser tratado na história mais recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado à religião oficial. A família sempre foi considerada como célula básica da Igreja ou igreja em miniatura. Nos tempos primórdios a família era consubstanciada no matrimônio, onde a entidade familiar era ampla e hierarquizada, na qual o pai era a figura central (família patriarcal), e tinha o poder sobre a vida e a morte dos membros da família.

A família na Grécia tinha estreito relacionamento com a organização política da cidade e eram agrupadas em fratrias e tribus. A mulher não tinha autoridade ou influência. Ela vivia na inércia e ignorância, privada de capacidade jurídica. Conseqüentemente, na organização familiar, a chefia ficava totalmente na mão do marido. Este também chefiava a religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo.

A família no Código Civil Napoleônico sobressaía o poder do marido sobre a mulher, a supremacia absoluta da família legítima, a condição jurídica submissa da mulher e a criminalização do adultério feminino, dentre outros.

Diante disso, a hierarquia familiar tinha por base o pátrio poder machista, reforçado pelo poder público. Esse modelo de família era caracterizado pela regulação de cima para baixo, onde o Estado com seu poder sobre os cidadãos ditava os padrões a serem seguidos pelos particulares.

Após a Revolução Industrial começou um processo de evolução da família. A mulher ganhou o mercado de trabalho, e teve uma participação ativa na sociedade, iniciou-se a lutar

para obter as mesmas oportunidades dos homens, protestando por seus direitos e buscando cada vez mais sua independência. A mulher ao alcançar o mercado de trabalho, trouxe para si o dever de contribuir com o sustento da família, bem como o dever do homem em também se preocupar com os afazeres domésticos e na criação dos filhos, diferentemente do que acontecia nos tempos mais antigos da civilização.

1.5. A Família Brasileira na Atualidade

No Brasil, o patriarcalismo também predominou durante muito tempo. A constituição de 1824 não fez nenhuma menção acerca da família, ou seja, permanecendo o modelo patriarcal do existente até aquele momento, em grande parte do mundo.

A Constituição de 1891, também não trouxe nenhum tratamento específico sobre a família. Nesse período ocorreu um rompimento do Estado com a Igreja e o Catolicismo deixou de ser a religião oficial. O casamento para ser reconhecido deveria ser civil, como pressuposto da constituição da família. O casamento religioso deixou de ter valor jurídico.

No Código Civil de 1916 a chefia da família e do casamento era exercida pelo homem e reconhecia-se apenas a família legítima. A mulher casada era considerada relativamente incapaz, e somente exercia o pátrio poder na falta do pai. Só os filhos naturais eram reconhecidos legítimos, os nascidos fora do casamento eram considerados ilegítimos e não tinham proteção legal.

No Código Civil de 1916, a família juridicamente protegida era aquela fruto do casamento civil que privilegiava o poder do marido, pátrio poder, com valores tradicionais e a mulher era relativamente submissa.

A Constituição de 1934 foi a primeira a trazer um capítulo especial sobre a família brasileira estabelecendo as regras indissolúveis do casamento.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto diversas normas inovadoras a respeito da família, dentre as quais citamos: a superação da família sobre os ditames do

Estado, o reconhecimento de outras formas de famílias, além da institucionalizada, a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher dentro da sociedade conjugal, a ruptura com o paradigma da família institucional até então vigente.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico no direito de família brasileiro. A Carta Magna regulamentou o direito de família, abordou novos conceitos de família, causou profundas revoluções estruturais na sociedade ao legalizar e proteger os relacionamentos constituídos fora do casamento, Cumpre também ressaltar que ampliou novas formas de constituição de família e entidade familiar, como o reconhecimento da união estável e do vínculo monoparental, acabando com a necessidade da realização do casamento para o reconhecimento por parte do Estado, bem como base e formação da família.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a união estável como entidade familiar em seu artigo 226 § 3º, *in verbis*: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Também o artigo 226 em seu § 4º reconhece as relações monoparentais como entidade familiar, *in verbis*: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Com a evolução da sociedade reconhece-se atualmente a aplicação dos direitos dados ao casamento, como a uma união declarada estável, definida previamente pela lei onde a mulher galgou direitos importantes.

O termo concubinato designa a união de duas pessoas impedidas de casar, obviamente por um deles já ser casado, por exemplo. É a chamada união adúltera.

Para que haja o reconhecimento da união estável e da entidade familiar é necessário que a união seja entre pessoas desimpedidas ou mesmo que casadas, sejam separadas de fato ou judicialmente. Os filhos oriundos da união estável não têm nenhuma discriminação em relação aos filhos advindos do casamento.

Com a promulgação da Constituição de 1988 transformou-se o conceito de família. O casamento não possui uma posição de primazia: a família derivada da convivência entre homem e mulher tem mais proteção, considerando família a associação de mãe e filhos, ou

pai e filhos e mais polemica a associação entre duas pessoas do mesmo sexo. Somente não tem amparo legal.

O concubinato não é equiparado ao casamento, mas já é considerado uma família. A União estável pode ser convertida em casamento, o concubinato não pode, pois pessoas com vínculos matrimoniais com terceiros não podem se casar e a bigamia não é aceita no Brasil.

Mediante os fatos expostos, pode-se constatar que a família foi amplamente modificada e passou por grandes transformações e evoluções ao reconhecer a união estável entre um homem e uma mulher e o vínculo de um dos pais com seus filhos.

1.6. Historicidade do Casamento

Casamento é a união legal entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituírem a família legítima. Reconhece-se-lhe o efeito de estabelecer “comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (CC/02, artigo 1511). Como complemento surge a norma protetiva do artigo 1513 do CC/02: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

União legal é aquela celebrada com observância das formalidades exigidas na lei. É entre um homem e uma mulher porque o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é permitido, embora existam movimentos neste sentido.

O Código Civil ao proclamar que o casamento estabelece comunhão plena de vida, faz referência à existência de uma comunhão de vidas sob o aspecto patrimonial e espiritual.

O casamento cria a família legítima. A união estável, reconhecida pela Constituição Federal e pelo Código Civil (artigo 1723), como entidade familiar, pode ser chamada de família natural. Quando formada por somente um dos pais e seus filhos, denomina-se família monoparental (CF/88, art. 226, § 4º).

1.6.1. Natureza Jurídica do Casamento

O casamento quanto à natureza jurídica, na concepção clássica, também chamada de individualista, é uma relação puramente contratual, resultante de um acordo de vontades, como acontece nos contratos em geral.

A doutrina institucionalista ou supraindividualista sustenta que o casamento é uma grande instituição social, a ela aderindo os que se casam.

Na concepção eclética, o casamento constitui-se na fusão das formas anteriores, pois considera o casamento um ato complexo: um contrato especial, do direito de família, mediante o qual os nubentes aderem a uma instituição pré-organizada alcançando o estado matrimonial.

Dentre as diversas inovações trazidas pelo novo Código Civil destacam-se as seguintes:

- Gratuidade da celebração do casamento e se comprovada a pobreza habilitação, registro e primeira certidão (art.1512);
- Regulamentação e facilitação do registro civil do casamento religioso (art. 1516);
- Redução da capacidade do homem para casar para dezesseis anos (art. 1517);
- Previsão somente dos impedimentos ou dirimentes absolutos reduzindo- se o rol (art. 1521);
- Tratamento das hipóteses de impedimentos relativamente dirimentes do Código Civil de 1916 não mais como impedimentos, mas como casos de invalidez relativa do casamento (art. 1550);
- Substituição dos antigos impedimentos impedientes ou meramente proibitivos pelas causas suspensivas (art. 1523);
- Exigência de homologação da habilitação para o casamento pelo juiz (art. 1526).
- Casamento por procuração mediante instrumento público, com validade restrita a noventa dias;
- Consolidação da igualdade dos cônjuges, aos quais compete a direção da sociedade conjugal, com o desaparecimento da figura do chefe de família (arts 1565 e 1567);

- Oficialização do termo sobrenome e possibilidade de adoção do utilizado pelo outro por qualquer dos nubentes (art. 1565, § 1º).

1.7. Da Capacidade para o Casamento e do Processo de Habilitação

É interesse do Estado que as famílias se constituam regularmente. Para tanto transforma o casamento num verdadeiro ritual e exige o cumprimento de uma série de formalidades que dizem respeito ao processo de habilitação, que se desenvolve perante o oficial do Registro Civil (CC. Art. 1526, com a redação dada pela Lei nº 12.133, de 17-12-2009). Destina-se a constatar a capacidade para o casamento, a inexistência de impedimentos matrimoniais e dar publicidade à pretensão dos nubentes.

1.7.1 O Procedimento

Os noivos devem requerer a instauração do referido processo no cartório de seu domicílio. Se domiciliados em municípios ou distritos diversos, processar-se-á o pedido perante o Cartório de Registro Civil de qualquer um deles, mas o edital será publicado em ambos. O oficial afixará os proclamas em lugar ostensivo de seu cartório e fará publicá-los pela imprensa local, se houver. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público, que poderá requerer a juntada de documentos ou alguma outra providência. Caso haja a impugnação do oficial do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz (CC, art. 1526, *caput*, e parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 12.133/2009).

Decorrido o prazo de quinze dias a contar da afixação do edital em cartório, o oficial entregará aos nubentes, certidão de que estão habilitados a se casar dentro de noventa dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Dispõe o artigo 1512 do Código Civil que a celebração do casamento civil é gratuita e acrescenta o parágrafo único que, comprovada a pobreza, a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas.

1.7.2. Documentos Necessários

1.7.2.1. Certidão de Nascimento ou Documento Equivalente

O primeiro documento exigido é a certidão de nascimento ou equivalente (CC, art. 1525, I), que pode ser a cédula de identidade ou o título de eleitor.

A certidão de nascimento destina-se a comprovar, em primeiro lugar, que os nubentes atingiram a idade mínima para o casamento. Os que ainda não completaram dezesseis anos de idade poderão, no entanto, casar-se para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez (CC, art. 1520), em crime contra os costumes, requerendo ao juiz o suprimento da idade. Objetiva-se com a antecipação da capacidade para o casamento proteger a prole vindoura.

1.7.2.2. Autorização das Pessoas sob cuja Dependência Legal Estiverem, ou Ato Judicial que a Supra

Pela certidão de nascimento o oficial verifica se os nubentes atingiram a maioridade. Se não, devem apresentar a autorização por escrito dos pais ou tutores, ou prova do ato judicial que a supra ou da emancipação. É necessário o consentimento de ambos os pais (CC, art. 1517). Se não forem casados bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou se este não for reconhecido, o consentimento materno. A anuência dos pais, tutores e curadores pode ser revogada até a celebração do casamento (CC, art. 1518).

1.7.2.3. Certidão de Óbito do Cônjuge Falecido, Da Anulação do Casamento Anterior ou do Registro de Sentença de Divórcio

O viúvo deve provar o seu estado com a certidão de óbito do cônjuge falecido, ou sentença de morte presumida, sem decretação de ausência (C C, art. 7º) ou em justificação judicial requerida perante juiz togado (LRP, art.88).

Nos casos de nulidade ou anulação do casamento deverá ser juntada a certidão do trânsito em julgado da sentença. Se um dos cônjuges for divorciado é preciso juntar certidão do registro dessa sentença no Cartório do Registro Civil onde o casamento se realizou, porque somente com esse registro produzirá efeitos (CC,art. 10,I; Lei nº 6.515/77, art. 32).

2. ESPÉCIES DE CASAMENTO

O casamento é um ato da vida repleto de formalismos e solenidades.

As solenidades do casamento e o procedimento formal de habilitação que o antecede impedem que decisões apressadas levem os nubentes a um ato superficial do qual possam arrepender-se; obrigam os interessados a meditar sobre o novo estado familiar no qual pretendem ingressar, realçando as responsabilidades e contribuem para a vitalidade da instituição e da família perante a sociedade que dele toma público conhecimento.

Carbonnier apud in Venosa (2001, p. 83), afirma que os ritos do casamento possuem duplo objeto: manifestar à sociedade a fundação de um novo lar e fornecer aos nubentes uma prova do ato.

O Código Civil Brasileiro de 2002 dedicou o capítulo VIII deste subtítulo à invalidade do casamento, de que são espécies a nulidade e a anulabilidade. A doutrina inclui também no referido gênero a espécie inexistência.

Os casamentos putativo, nuncupativo, religioso com efeitos civis, consular e por procuração, desde que presentes os elementos essenciais e observados todos os requisitos legais, constituem formas válidas de uniões conjugais regulamentadas na lei.

2.1. Casamentos Válidos

2.1.1. Casamento Putativo

É o casamento que, embora nulo ou anulável foi contraído de boa-fé por um ou por ambos os cônjuges .

Código Civil/02, art. 1561, *in verbis*: Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

Boa-fé, neste caso, significa ignorância da existência de impedimentos dirimentes à união conjugal. A boa-fé é presumida cabendo o ônus da prova da má – fé à parte que a alega.

A ignorância da existência de impedimentos decorre do erro, que tanto pode ser de fato (irmãos que ignoram o parentesco) como de direito (tios e sobrinhos que ignoram a necessidade do exame pré- nupcial).

Na sentença em que proclama a invalidade do casamento, o juiz declara a putatividade de ofício ou a requerimento das partes. Se a sentença é omissa, a declaração pode ser obtida em embargos de declaração ou em ação declaratória autônoma.

Os efeitos dessa espécie de união conjugal são todos os de um casamento válido, para o cônjuge de boa – fé, produzidos até a data de sentença que lhe ponha termo. A eficácia dessa decisão se manifesta *ex nunc*, sem retroatividade e não *ex tunc*, não afetando os direitos até então adquiridos. Essa situação faz com que o casamento putativo se assemelhe à dissolução do matrimônio pelo divórcio.

Quanto aos cônjuges, os efeitos pessoais são de qualquer casamento válido. Findam na data do trânsito em julgado. Cessam os deveres matrimoniais impostos no artigo 1566, *in verbis*:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
 I - fidelidade recíproca;
 II - vida em comum, no domicílio conjugal;
 III - mútua assistência;
 IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
 V - respeito e consideração mútuos.

Dispõe o artigo 1564 do Código Civil que: “quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: I- na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente; II- na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial”.

Ao casamento inexistente não se aplicam as regras sobre o casamento putativo, restritas ao nulo e ao anulável.

2.1.2. Casamento Nuncupativo e em Caso de Moléstia Grave

O Código Civil elenca duas exceções em relação às formalidades para a validação do casamento. A primeira, em caso de moléstia grave de um dos nubentes (art. 1539); a segunda, na hipótese de estar um dos nubentes em iminente risco de vida (arts. 1540 e 1541). Na primeira situação o juiz realizará a cerimônia na casa do doente ou no hospital, em companhia do oficial, perante duas testemunhas alfabetizadas. Na segunda hipótese se permite a dispensa do processo de habilitação e até a presença do celebrante. Os contraentes poderão celebrar o casamento na presença de seis testemunhas que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau (CC, art. 1540)

Artigos 1539, 1540, 1541, *in verbis*:

Art. 1.539. No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.

Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

Art. 1.541. Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de:

- I - que foram convocadas por parte do enfermo;
- II - que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo;

III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.

2.1.3. Casamento Religioso com Efeitos Cíveis

A Constituição Federal prevê dois modos de união legal (art. 226, §§ 1º e 2º): casamento civil e religioso com efeitos cíveis. O último era regulamentado na Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73, arts. 70 a 75).

Artigo 226 §§1º e 2º *in verbis*:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

O novo Código Civil suprindo omissão do anterior, disciplina expressamente o casamento religioso, que pode ser de duas espécies:

a) com prévia habilitação (art. 1.516, §1º); *in verbis*:

Art. 1516 (...)

§1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

b) com habilitação posterior à celebração religiosa (art. 1516, § 2º).

Art. 1516 (...)

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos cíveis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

Em ambas, exige-se o processo de habilitação. A celebração é realizada pela autoridade religiosa da religião professada pelos nubentes.

A validade civil do casamento religioso está condicionada à habilitação e ao registro no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Código Civil art. 1515, *in verbis*: O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

2.1.4 Casamento Consular

Casamento consular é aquele celebrado por brasileiro no estrangeiro perante autoridade consular brasileira.

Dispõe o artigo 1544 do Código Civil/02 que:

O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

A exigência é a mesma na hipótese de casamento de brasileiro realizado fora do país de acordo com as leis locais.

2.1.5. Conversão da União Estável em Casamento

O artigo 1726 do Código Civil disciplina a conversão da união estável em casamento nos seguintes termos: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

2.2. Casamento Inválido

A invalidade do casamento, tratada no Capítulo VIII do Subtítulo I do Título I do Código Civil abrange a nulidade e a anulabilidade, ou seja, a nulidade absoluta e a relativa. A doutrina inclui também no referido gênero a inexistência.

Distinguem-se três espécies de casamento inválido: inexistente, nulo e anulável.

2.2.1. Casamento Inexistente

Para que o casamento exista é necessário a presença dos elementos chamados essenciais: diferença de sexo, consentimento e celebração na forma da lei. O casamento pode existir e não ser válido.

De acordo com Venosa (2001, p. 97), é considerado inexistente o casamento no qual o consentimento não existe; na ausência de autoridade celebrante ou quando há identidade de sexos.

A teoria do ato inexistente é hoje admitida em nosso direito, malgrado o Código Civil a ele não se refere. Em razão de constituir um nada no mundo jurídico, não reclama ação própria para combatê-lo.

O artigo 1554 do Código Civil/2002 preconiza que: “Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamento e nessa qualidade tiver registrado o ato no Registro Civil”.

Trata-se de aplicação do princípio geral de direito *in dubio pro matrimônio* e do que protege a boa fé.

2.2.2. Casamento Nulo

O Código Civil, de 2002 no artigo 1548 considera nulo o casamento quando contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil e quando infringe impedimento. Artigo 1548, *in verbis*:

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

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

II - por infringência de impedimento.

A primeira hipótese compreende a insanidade mental permanente e duradoura caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas, que acarretam a incapacidade absoluta do agente. Código Civil, artigo 3º, II, *in verbis*:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.

O Código Civil em seu artigo 4º, II, considera relativamente incapazes os que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido, referindo-se aos fracos de mente e acarretará a incapacidade relativa e a anulabilidade do casamento, nos termos do artigo 1550, IV, do Código Civil, que se reporta ao incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. Artigo 4º, II, e Artigo 1550, IV *in verbis*:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.

O casamento será decretado nulo por ação proposta por qualquer interessado ou pelo Ministério Público. Artigo 1549, *in verbis*:

Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

Os impedimentos para o casamento estão elencados no artigo 1521, I a VII do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

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

V - o adotado com o filho do adotante;

- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

2.2.3. Casamento Anulável

O Código Civil, em seu artigo 1550, elenca em seus incisos quando o casamento é anulável, *in verbis*:

- Art. 1.550. É anulável o casamento:
- I - de quem não completou a idade mínima para casar;
 - II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
 - III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;
 - IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
 - V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;
 - VI - por incompetência da autoridade celebrante.

O casamento anulável produz todos os efeitos enquanto não anulado por decisão judicial transitada em julgado. A sentença que anula o casamento tem efeitos retroativos, considerando os cônjuges como se jamais o tivessem contraído.

2.2.4. Casamento Irregular

Casamento irregular é aquele contraído com inobservância das causas suspensivas.

As causas suspensivas estão preconizadas no Código Civil, no artigo 1523, *in verbis*:

- Art. 1.523. Não devem casar:
- I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
 - II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
 - III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
 - IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

O casamento não é nulo nem anulável, mas irregular e acarreta ao infrator apenas uma sanção: o casamento será considerado realizado no regime da separação de bens, conforme prediz o Código Civil, artigo 1641, I, *in verbis*:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento.

O Código Civil em seu artigo 1523, parágrafo único afirma que os nubentes poderão solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as mencionadas causas suspensivas provando-se a inexistência do prejuízo, *in verbis*:

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

3. A SEPARAÇÃO JUDICIAL E O DIVÓRCIO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Os institutos do casamento e do divórcio estão intimamente ligados. O casamento no mundo antigo tinha conteúdo econômico devido a subsistência humana.

3.1. Historicidade

Os babilônios, egípcios e hebreus admitiam o divórcio com maior ou menor extensão. No Direito Romano, o casamento dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges, pela perda da capacidade e pela perda da *affectio maritalis*. A perda da afeição matrimonial era uma consequência do casamento romano.

O cristianismo modificou o direito matrimonial em relação à dissolução do casamento. Desaparece definitivamente a noção de repúdio da mulher e cria-se maiores dificuldades para a separação do casal.

No século XII surge a doutrina da indissolubilidade do vínculo conjugal e cria-se a teoria da separação de corpos, que cessa a vida em comum sem a possibilidade de contrair novas núpcias, como o desquite que vigorou até 1977, até que a Emenda Constitucional nº 9/77, introduziu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 A Separação Judicial

A separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal, não rompendo o vínculo matrimonial e nenhum dos consortes poderá contrair novas núpcias.

O artigo 1571, III preconiza que: “A sociedade conjugal termina: pela separação judicial”.

3.2.1. Modalidades da Separação Judicial

São duas as modalidades de separação Judicial:

3.2.1.1. Consensual ou por mútuo consentimento dos cônjuges

O acordo não precisa ser acompanhado de motivação, precisa de homologação judicial para ter eficácia jurídica.

Está no Código Civil, no artigo 1574, *in verbis*:

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 convenção.

Venosa (2001, p.176), afirma que:

A separação judicial ou desquite dissolve a sociedade conjugal sem desfazer o vínculo. Os desquitados prosseguem com o vínculo, embora a sociedade conjugal tenha sido dissolvida. Desaparecem vários efeitos do casamento e outros terão seu conteúdo modificado. A separação judicial também importará na separação dos corpos e na partilha dos bens.

A Lei 6.615/77, artigo 3º ensina que, “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”.

O mesmo ordenamento jurídico, no artigo 7º leciona sobre a separação de corpos e partilha de bens, *in verbis*: Art 7º - A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens.

Originalmente na Emenda 9/77 e na Lei 6.515/77, a separação judicial e o divórcio tinham o caráter de sucessividade, ou seja, somente poderiam divorciar-se após terem passado pela separação judicial. A Emenda 9/77 dispunha que o casamento somente poderia ser dissolvido com a prévia separação judicial por mais de três anos. Não se admitia, como regra geral, a ação direta de divórcio sem a prévia separação com o lapso temporal exigido.

O divórcio no Direito brasileiro tem suas linhas mestras tratadas no plano constitucional. A Constituição de 1988 trouxe profunda modificação ao instituto, dispondo no artigo 226, § 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. (redação anterior a PEC 66).

De acordo com a Lei nº 6515/77, artigo 3º, parágrafo 1º, A legitimidade para propositura da separação judicial é personalíssima dos cônjuges, *in verbis*: § 1º - O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.

3.2.1.2 Separação Judicial Litigiosa

A separação judicial litigiosa é um dos meios de dissolução da sociedade conjugal. Embora não rompa o vínculo matrimonial, ela faz cessar o complexo de direitos e obrigações inerentes à vida comum dos cônjuges. A separação judicial é litigiosa quando há, no processo, discussão entre os cônjuges sobre quem é o culpado pela separação, ou quando um dos cônjuges provarem ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição, ou, ainda, quando o outro cônjuge estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum. (Disponível em, <http://www.jusbrasil.com.br/franciscofalconi.wordpress.com/2010/07/19/separacao-judicial-e-divorcio-apos-a-ec-n%c2%ba-66-de-13-de-julho-de-2010/>).

A diferença entre a separação judicial e o divórcio é apenas uma: o divorciado pode se casar novamente, enquanto tal direito não é conferido ao separado. E não há por que tal diferença ser mantida.

A separação judicial foi mantida, após o Brasil ter se tornado um país divorcista, por uma questão meramente psicológica. Por ser um país basicamente católico houve, à época dos estudos a respeito da aprovação do divórcio, uma intensa pressão de representantes da Igreja e seus fiéis que se mostravam radicalmente contrários a uma figura jurídica que pudesse dissolver o matrimônio.

Assim, sob tais pressões, foi mantida a figura da separação como um degrau para que se chegasse ao divórcio. Seria como se o divórcio estivesse longe dos casais separados. O casamento não estaria dissolvido de pronto e os separados não poderiam se casar novamente num primeiro momento.

Disponível em <http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2007/11/23/327284485.aspb> em 22/08/11

De acordo com Lobo (2009, p. 140), em 1977 a separação judicial era requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação do prazo de três anos daquela; não havia, portanto, divórcio direto.

Continua o renomado jurista,

Em 1988, a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, passando a ser facultativa, tendo duas finalidades: 1. ser convertida em divórcio, após um ano da decisão da separação judicial (ou da separação de corpos), o que a tornava em requisito por decisão dos cônjuges; 2. permitir a reconciliação dos separados, antes do divórcio por conversão; o divórcio direto, por sua vez, dependia de requisito temporal (dois anos) da separação de fato.

O artigo 5º da Lei 6.515/77 descreve as possibilidades da separação litigiosa, in verbis:

Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição. (Redação dada pela Lei nº 8.408, de 13.2.1992)

§ 2º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

3.3. Aspectos a Serem Observados Antes da Celebração do Acordo de Separação

Diversos aspectos e questões deverão ser apreciados, discutidos e definidos pelo casal com vista à formulação de acordo de separação. Incumbe ao advogado, visando à conciliação, colocá-las em sequência, abordando sempre em primeiro lugar as questões em que se apresente menor dificuldade, o que poderá variar de situação para situação.

3.3.1 A Guarda dos Filhos Menores e Direito de Visitas

Os filhos, enquanto menores terão que ficar submetidos à guarda, orientação e proteção de um dos genitores. A homologação da separação exige prévio acordo sobre a guarda. O casal deve discutir e decidir previamente a respeito.

Ao genitor a quem não se assegura a guarda devem ser garantidos dias de visita aos filhos, permitindo-se, inclusive, tê-los em sua companhia em finais de semana e feriados.

3.3.2. A Prestação de Alimentos

Estabelece a Lei do Divórcio, a respeito dos alimentos, que o cônjuge responsável pela separação judicial (litigiosa) prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar, asseverando, outrossim, que para a manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

Os artigos 19 e 20 da Lei 6.615/77 assim determinam:

Art 19 - O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.

Art 20 - Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

De acordo com o Código Civil, artigo 1694, os alimentos devem ser prestados de forma proporcional, levando em conta as necessidades de quem tem a eles direito e as possibilidades de que vai prestá-los.

Artigo 1694, Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

3.3.3 Partilha de Bens

A partilha de bens não necessita ser tratada na separação consensual, podendo ser discutida por ocasião do divórcio. O ideal, no entanto, é que já se discuta e se defina também este aspecto, evitando futuros litígios entre o casal. Precisa-se observar o regime de bens escolhido no momento do casamento.

3.3.4. Nome da Mulher

Fala a respeito do nome da mulher, quando ela adotou os apelidos do marido ao casar-se. A Lei do Divórcio (art. 17, § 2º) faculta que o casal disponha a respeito preservando a mulher, por opção, o nome de casada. Deve a petição inicial tratar desse assunto, deliberando o casal sobre se deve a mulher continuar fazendo uso dos apelidos do marido ou se voltará ela a usar o seu nome de solteira. Essa decisão é de livre deliberação do casal.

Art.17, § 2º, assim determina: § 2º - Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.

3.4 Conversão da Separação Judicial em Divórcio

O artigo 25 da Lei do Divórcio regulando o artigo 175, § 1º da constituição de 1969, conforme a Emenda nº 9/77, estabeleceu que a conversão de separação judicial em divórcio, existente há mais de três anos, contada da decisão que a decretou ou da que concedeu a medida cautelar correspondente, seria decretada por sentença sem menção da causa que a determinou.

Por sua vez, a Constituição de 1988, no artigo 226, § 6º dispôs: 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(redação anterior a EC 66/10).

A redução para o prazo de um ano foi introduzida pela atual Constituição.

O artigo 26 da Lei do Divórcio passou a ter a seguinte redação:

A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão que a concedeu a medida cautelar correspondente será decretada por sentença da qual não constará referência à causa que a determinou.

Venosa (2001, p. 205) nos ensina que essa conversão pode ocorrer tanto pela forma consensual, mediante acordo entre as partes homologado judicialmente, como pela modalidade litigiosa, com citação do outro cônjuge e sentença.

3.5 O Divórcio

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial.

O Código Civil assim se refere ao divórcio no artigo 1.571, IV e §1º:

Art. 1.571 (...)

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.

3.5.1 Os Tipos de Divórcio

Segundo Diniz (2006, p. 324), são duas as modalidades de divórcio admitidas em nosso direito:

3.5.1.1 Divórcio indireto: consensual ou litigioso, conforme dispõe o CC art. 1580, § 1º, *in verbis*:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou

O divórcio indireto pode apresentar-se como:

3.5.1.1.1 Divórcio Consensual indireto

A separação judicial consensual ou litigiosa pode se converter em divórcio com o pedido de um ou de ambos os cônjuges resultando em livre consentimento do casal. Conforme preconiza a Constituição Federal em seu artigo 226, § 6º, *in verbis*: § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

3.5.1.1.2 Divórcio Litigioso Indireto

Obtido mediante uma sentença judicial proferida por um processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado há um ano, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir no divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial consensual ou litigiosa, em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produzia.

Diniz (2006, p.326) afirma que: A única distinção entre o divórcio consensual indireto e o divórcio litigioso indireto repousa tão somente no consenso ou no dissenso dos cônjuges, provocando o último um litígio.

3.5.1.2. Divórcio direto: consensual e litigioso, conforme dispõe o CC. § 2º do artigo 1580, *in verbis*: § 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 divórcio direto distingue-se do indireto porque resulta de um estado de fato, autorizando a conversão direta da separação de fato por mais de dois anos, desde que comprovada em divórcio, sem que haja partilha de bens e prévia separação judicial, em virtude de norma constitucional. (Constituição Federal, art.226, § 6º, citado anteriormente).

Código Civil, artigo 1581, *in verbis*: Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

O Código Civil, ao prescrever no § 2º do artigo 1580 que: O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos, volta a admitir tanto o divórcio consensual direto como o divórcio litigioso direto, uma vez que estabelece nos arts. 1571,§ 2º, 1579, 1581, 1584 e 1586, critérios não

fundados na culpabilidade das partes para solucionar questões na ausência de acordo sobre partilha, guarda de filhos, dentre outros.

Art. 1571 (...)

§ 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.

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Alterado pela L-011.698-2008)

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Acréscido pela L-011.698-2008)

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

3.6 A Evolução Histórica do Divórcio no Brasil

De acordo com o Código Civil de 1916, art. 315 constavam três formas de extinção da sociedade conjugal: morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do matrimônio; ou pelo desquite, judicial ou amigável.

Art.315. A sociedade conjugal termina:

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

O casamento era indissolúvel e os desquitados não estavam liberados da relação jurídica criada pelo casamento e não podiam casar-se novamente.

O Direito das Famílias daquela época não permitia a dissolução do casamento em vida. Os indivíduos refaziam suas vidas afetivas por meio do concubinato, aplicável à época a todas as relações extramatrimoniais.

A Lei do Divórcio no Brasil defrontou-se um processo moroso de críticas, debates e movimentos organizados contrários, foram quase três décadas para que o divórcio fosse aprovado.

No ano de 1977, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, que outorgou nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, que passou a dispor que:

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

A Lei nº 6515/77, Denominada Lei do Divórcio substitui o denominado desquite pelo instituto da separação judicial ou de direito.

Com o advento da Constituição federal de 1988 houve um grande avanço com a diminuição do lapso temporal para o divórcio por conversão precedido de uma separação de direito, cujo prazo foi diminuído para um ano e a criação de um novo meio de dissolução do casamento, o divórcio direto, cujo prazo era de dois anos de separação de fato, sem a necessidade de prévia separação judicial.

A Lei 7841/89 extinguiu o limite de concessão de divórcio, instituído pelo artigo 38 da Lei 6515/77 colocou fim à curiosa situação onde os indivíduos somente poderiam se divorciar uma única vez.

O Código Civil de 2002 elenca quatro formas terminativas de casamento: a morte, a anulação ou nulidade do casamento, a separação judicial e o divórcio.

A Lei 11441/07 passou a possibilitar através da escritura pública, a separação e o divórcio extrajudiciais.

3.7 Efeitos do Divórcio

Diniz (2006, p.336), afirma que a sentença do divórcio que o homologa ou decreta possui eficácia *ex nunc*, não atingindo ou suprimindo os efeitos produzidos pelo casamento antes de seu pronunciamento.

A sentença de divórcio, depois de registrada no Registro Público competente (art. 32 da Lei 6515/77), produz os seguintes efeitos:

- a- Dissolve definitivamente o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso que estiver obviamente transcrito no Registro Público (Lei 6515, art.24; CC, art.1571,§ 1º).
- b- Põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges.
- c- Extingue o regime matrimonial de bens, procedendo a partilha conforme o regime.
- d- Faz cessar o direito sucessório dos cônjuges, que deixam de ser herdeiros um do outro, em concorrência ou na falta de descendente e ascendente.
- e- Possibilita novo casamento aos que se divorciam observando-se o disposto no art.1523, III e parágrafo único do Código Civil.
- f- Não admite reconciliação entre os cônjuges divorciados, de modo que se quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento (Lei nº 6515/77, art.33).
- g- Possibilita pedido de divórcio sem limitação numérica, pois a Lei 7841/89, art.3º, permite que no Brasil uma pessoa pode-se divorciar quantas vezes quiser.
- h- Põe termo ao regime de separação de fato ao se tratar do divórcio direto.
- i- Substitui a separação judicial pelo divórcio, se indireto, alterando o estado civil das partes que de separadas passam a divorciadas.
- j- Permite que ex-cônjuges, embora divorciados, possam adotar conjuntamente criança, contanto que concordem sobre a guarda e regime de visitas, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal (CC, art. 1622, parágrafo único).
- k- Mantém o dever de assistência por parte do cônjuge que teve a iniciativa da ação de divórcio por ruptura de vida em comum por mais de um ano e por grave doença mental.
- l- Subsiste a obrigação alimentícia para atender às necessidades de subsistência do ex- consorte.
- m- Não faz perder o direito ao uso do nome do cônjuge, salvo se no divórcio indireto, o contrário estiver disposto em sentença de separação judicial (CC, art.1571,§2º).

- n- Outorga ao ex-cônjuge o direito a um terço do FGTS, na hipótese do outro ser demitido ou aposentar-se, se assegurado em sentença de divórcio.

3.8 Extinção do Direito ao Divórcio

O direito ao divórcio extingue – se:

- a- Pelo seu exercício, ou seja, se o casamento for dissolvido por sentença que homologa ou decreta o divórcio ou se o pedido de divórcio for negado.
- b- Pelo perdão que deverá ocorrer antes da propositura ou no curso da ação de divórcio, desde que haja comprovação de que o cônjuge ofendido está disposto a continuar a vida em comum.
- c- Pela renúncia ou desistência da ação de divórcio, que atingirá o próprio direito.
- d- Pelo decurso do tempo.
- e- Pela morte de um dos cônjuges no curso da ação, antes do registro da sentença.

4. AS CONSEQUÊNCIAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10

A Emenda Constitucional nº 66/2010 foi aprovada e apresentou radicais e necessárias mudanças na forma de dissolução do vínculo matrimonial.

A modificação mais evidente é a consagração do princípio da autonomia da vontade aplicado às relações conjugais e a extinção da culpa.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 surgiu em boa hora, eliminando procedimentos desnecessários e acompanhou o real momento vivenciado pela sociedade, livrando-se dos velhos dogmas enraizados.

Segundo Chaves (2011, p.17), “a Emenda Constitucional 66/2010 trouxe para o Direito de família brasileiro a mais importante modificação positiva do milênio”.

4.1. O Contexto Jurídico do Projeto de Emenda do Divórcio

De acordo com Gagliano (2010, p. 09), não cabe a lei nem a religião estabelecer condições ou requisitos necessários ao fim do casamento, pois apenas aos cônjuges e a ninguém mais, é dado tomar esta decisão.

O ordenamento jurídico na promoção da dignidade da pessoa humana precisa garantir meios diretos, eficazes e não- burocráticos para que mediante o desmoronamento emocional do casamento, os cônjuges possam se libertar do vínculo falido e partir para outros projetos pessoais de felicidade e de vida.

O primeiro passo para a concretização desse objetivo foi a aprovação da Lei nº 11.441/2007, a qual regulou a separação e o divórcio administrativos em nosso país, permitindo que casais sem filhos menores ou incapazes pudessem, consensualmente, lavrar escritura pública de separação ou divórcio, em qualquer Tabelionato de Notas do país.

A PEC do Amor, ou seja, a PEC 28/2009 resultou da iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFAM, abraçada pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07) e depois de acalorada discussão é aprovada a Emenda Constitucional nº 66/2010.

A emenda aprovada pretende facilitar a implementação do divórcio no Brasil e apresenta dois pontos fundamentais:

- a- Extingue a separação judicial;
- b- Extingue a exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.

Com a entrada em vigor da nova emenda é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais espaço para a discussão de lapso temporal de separação fática do casal ou de qualquer outra causa específica de descasamento.

Segundo Gagliano (2010, p.17), a decisão do divórcio insere-se em uma seara personalíssima, de penetração vedada por parte do Estado, ao qual não cabe determinar tempo algum de reflexão.

Continua o renomado jurista:

Não é papel do Estado criar obstáculos indesejados ou inúteis na eterna busca da felicidade a que se lança todo ser humano na jornada terrena. Deixemos as questões do coração serem julgadas pelas próprias pessoas envolvidas nas relações de afeto E não pelo Estado.

4.2. O Divórcio na Emenda Constitucional 66/10

O casamento civil na redação original do artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988 podia ser dissolvido pelo divórcio, após:

- a- Prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei;
- b- Comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Por muito tempo, apenas o casamento com vínculo indissolúvel tinha a proteção por parte do Estado. Essa situação foi modificada pela Emenda constitucional nº 9/77 e regulamentada pela Lei do Divórcio, Lei 6.515/77, estando a dissolução do casamento prevista no artigo 226, § 6º da CF/88, como direito fundamental da pessoa, *in verbis*: § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

4.3. A Historicidade da Emenda Constitucional 66/10

A Emenda Constitucional 66/10 resultou de proposta elaborada por grupo de juristas, sob patrocínio da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM, encampada, em 2005, pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005), e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007). A redação proposta era a seguinte: "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, *na forma da lei*".

A Câmara dos Deputados, durante a votação nos dois turnos em plenário, suprimiu as expressões em itálico. O texto resultante ficou mais adequado ao espírito da proposta. A norma passou a ter eficácia imediata, direta - e não contida -, sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária, inclusive com a reintrodução dos requisitos subjetivos da

culpa ou até mesmo de prévia separação judicial, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição.

É certo que a interpretação histórica ou autêntica é sempre considerada com as cautelas devidas, pois, mais que a mens legislatoris, o direito se afirma com a mens legis. Mas não pode ser desconsiderada. A doutrina especializada confere-lhe importante papel, até mesmo como orientadora da própria mens legis, como procuraremos investigar a seguir. Daí ser imprescindível recordar o cerne da justificativa que fundamentou a decisão do legislador constituinte, contida na proposta de emenda constitucional:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação".

4.4. A Aprovação da Emenda Constitucional 66/10

Foi publicada no dia 14 de julho de 2010 uma Emenda Constitucional que gerou uma revolução no Direito de Família brasileiro. A EC nº 66/2010, que procurou facilitar o acesso ao divórcio no Brasil, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Segundo o professor da Rede LFG e magistrado na Bahia Pablo Stolze, “O que se quis, em verdade, por meio da aprovação da recente Emenda do Divórcio, é permitir a

obtenção menos burocrática da dissolução do casamento, facultando, assim, que outros arranjos familiares fossem formados, na perspectiva da felicidade de cada um. Pois sem amor e felicidade não há porque se manter um casamento.”

A EC nº 66/2010 provou que uma simples alteração legislativa é suficiente para colocar abaixo correntes jurisprudências consolidadas, sólidas lições doutrinárias e livros jurídicos inteiros. Quando mudanças dessa natureza se processam, doutrinadores terão que reescrever capítulos de suas obras; e igual trabalho terão os atualizadores, que passarão à condição de verdadeiros autores, reformulando radicalmente as obras de juristas finados.

A Emenda Constitucional 66/10 altera o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal, acaba com os processos de Separação Judicial e facilita a vida dos casais que querem se divorciar, extingue os prazos antes exigidos pela lei, passando a vigorar com uma nova redação.

Pela antiga redação da CF, o casamento civil só pode ser dissolvido pelo divórcio após prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano nos casos expressos em lei ou com comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos. A nova Emenda Constitucional muda as regras em vigor ao extinguir a exigência de prévia separação judicial por mais de um ano ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos para obtenção do divórcio.

A proposta da matéria para a nova Emenda Constitucional foi fundamentada na realidade em que vivem milhares de casais brasileiros que perderam o sentido de manter pré-requisitos temporais para a concessão do divórcio, já que no mundo inteiro essa exigência foi abolida, pois não faz sentido manter unidas por mais tempo ainda pessoas que não querem permanecer juntas.

Com a vigência da chamada PEC do Divórcio, poderão ser extintos todos os processos de separação judicial em exame, assim como aqueles em que os casais já obtiveram essa decisão, estando na fase de cumprir os dois anos para o pedido do divórcio. Pois, essas pessoas também poderão requerer de forma direta e imediata o próprio divórcio.

A promulgação da proposta de emenda constitucional que facilita a dissolução do casamento pelo divórcio gerou debates efusivos acerca de suas consequências jurídicas e, principalmente, reacendeu discussões sobre a relevância da culpa pelo fim do matrimônio.

A emenda alterou substancialmente o sistema jurídico vigente para a dissolução do casamento, extingue os requisitos para a decretação do divórcio e deixa de contemplar o instituto da separação judicial.

A dissolução do casamento passa a ser feita apenas por meio do divórcio, que pode ser promovido a qualquer momento, sem a necessidade de se aguardar qualquer decurso de prazo ou de se submeter o anterior processo de separação judicial, já que atualmente, para o decreto do divórcio, exige-se o decurso de um ano da separação judicial ou da liminar de separação de corpos ou o decurso de dois anos da separação de fato do casal.

A nova ordem constitucional erigiu como fundamento de todo o sistema jurídico a dignidade da pessoa humana – através de respeito à sua integridade física e moral, além da preservação de sua liberdade e igualdade –, assim definida por Ingo Wolfgang Sarlet, como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”.

O princípio da dignidade humana como norte do ordenamento jurídico moderno passou a exigir uma nova visão das relações privadas, primordialmente no que se refere às relações familiares, assegurando, com a aplicação e interpretação das normas, a vida humana, em todos os seus aspectos, de maneira integral e prioritária.

O novo espírito constitucional reforçado pela promulgação da emenda constitucional rebate de forma explícita a utilização do direito como instrumento de punição pelo fim do casamento e privilegia a liberdade individual e a autonomia dos cônjuges, que já as detinham na ocasião do início do relacionamento e agora as conquistarão também no momento de dissolvê-lo.

Na Emenda Constitucional 66/ a ação de divórcio não permite a discussão sobre a culpa pela falência do casamento, limita-se à análise de seus requisitos temporais e às questões outras associadas à dissolução do matrimônio, como, por exemplo, alimentos, partilha, guarda e visitas dos filhos comuns.

Com a nova emenda constitucional, o casamento passa a ser dissolvido apenas pelo divórcio, a qualquer tempo, e sem a necessidade de declinar seus motivos ou de prévio procedimento de separação judicial.

As relações matrimoniais felizes não se mantêm porque a lei assim exige. Ninguém é fiel ao outro cônjuge, respeitando-o e assistindo-o por obrigação legal, mas porque está ligado ao outro pelo vínculo do afeto.

O afeto passa a imperar não só no momento da constituição da entidade familiar, mas também em toda a constância da relação, de modo que cessado o liame afetivo, não há mais a base sólida para a sustentação da família tal como deve ser, sob o aspecto moral: leal, cúmplice, solidária, fraterna, voluntária e responsável.

4.5. A Emenda Constitucional 66/10, Consequências e Reflexos no Direito Brasileiro

A sociedade brasileira evoluiu muito, os costumes mudaram e o divórcio é quase sempre buscado para que se estabeleça um novo casamento ou para libertar-se do matrimônio, por questões emocionais e psicológicas daqueles que um dia já formaram um casal e não desejam mais manter a relação conjugal.

Com a implantação da Emenda Constitucional 66/10 percebe-se mudanças na legislação brasileira, dentre as quais elencamos as principais consequências e os principais reflexos oriundos desta nova lei.

A nova lei é a favor do casamento, haja vista que abre a possibilidade de um novo casamento. Com o divórcio, a relação jurídica antes existente entre os cônjuges, decorrente do casamento, se extingue, podendo o cônjuge divorciado contrair novas núpcias.

O especialista em direito de família, Ricardo Zamariola Júnior, considera a nova emenda positiva, "uma mudança absolutamente salutar". Para o advogado, acabar com a separação judicial "leva ao fim da discussão da culpa pela falência do casamento, discussão essa que assoberbava as varas de família e deteriorava por vezes de maneira gravíssima o ambiente familiar, inclusive em prejuízo dos filhos", pondera.

De acordo com dados da pesquisa "Estatísticas do Registro Civil 2007", realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2006 foram concedidas 101.820 separações judiciais. Os dados mostram também que a taxa de divórcios no Brasil subiu 200% entre 1984 e 2007.

No entendimento do juiz de direito e professor da UFBA (Universidade Federal da Bahia) Pablo Stolze, a PEC é uma solução para acabar com o longo processo a que o divórcio estava submetido. "A emenda acaba com o excesso de prazo, então é uma solução para milhares de casais que antes sofriam com essa espera". Para o magistrado, com a decisão do divórcio direto, "o Brasil vai ser um dos países mais avançados do mundo" na questão da dissolução do matrimônio.

A Anoreg-SP (Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo) também prevê rapidez no processo, nos cartórios de todo o país, e menos custos para os casais. Segundo explicação do presidente da Associação, Rogério Bacellar, "em média, os cartórios vão levar entre três e cinco dias, se não houver partilha de bens. Se houver, é preciso fazer o inventário e, aí, o processo pode durar até 45 dias".

Outro ponto ainda observado por Stolze é o princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada. Ou seja, o Estado não deve intervir nos relacionamentos. "A decisão é do casal", ressalta, e "o princípio da intervenção mínima estabelece que o Estado não pode interferir no campo da família de forma ostensiva. A emenda respeita este princípio ao não colocar prazo para o divórcio".

Proporciona economia financeira proporcionada às partes envolvidas que, ao invés de passarem por dois processos Quem judiciais - separação e divórcio -, poderão dissolver o casamento com apenas uma das medidas. Quem quiser se separar está ganhando um benefício, seja de tempo como até mesmo de economia de medidas administrativas ou judiciais, inclusive pagamento de advogados e de despesas cartoriais.

Para o especialista em direito de família, Zamariola, a emenda nada tem a ver com banalização do matrimônio. "A decisão de se unir a alguém ou de se separar é baseada em sentimentos. Não creio que as facilidades ou dificuldades impostas pela lei tenham papel decisivo na formulação do juízo de cada um".

Não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais, é apenas um sintoma do fim.

O que se convencionou, historicamente, chamar de culpa (no sentido de causa da dissolução) não passa, na realidade, de consequência. É a consequência do único motivo que gera a dissolução de uma relação afetiva: o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos comuns. Esta a única e verdadeira causa da extinção do casamento!

Na vigência da atual codificação civil, o Direito de Família perdeu sensivelmente seu caráter punitivo e repressor, na medida em que a culpa pelo fim do casamento foi perdendo as consequências jurídicas que outrora gerava. Atualmente, o cônjuge culpado pela separação apenas pode perder o direito ao uso do nome do outro, passa a ter direito apenas aos alimentos necessários à sua sobrevivência e, em relação ao Direito Sucessório, perde o direito à participação na herança, em caso de culpa pela separação de fato há menos de 2 anos.

A Emenda Constitucional 66/10 causou uma verdadeira revolução no Direito de Família Brasileiro. Alguns acreditam que a nova legislação banaliza a união conjugal, facilitando de imediato a dissolução do casamento enquanto para outros, a inovação facilita a constituição de novos vínculos, estando mais adequada à realidade contemporânea.

O novo texto tem aplicação imediata, independente de qualquer norma infraconstitucional. Porém, em relação à situação das pessoas que se encontram separadas juridicamente na vigência da nova lei não podem ser consideradas automaticamente divorciadas. Há necessidade de ingresso com pedido de divórcio judicial ou extrajudicial, dependendo de cada caso.

Desaparecem do sistema jurídico as expressões: separação judicial, extrajudicial, enterrando definitivamente a tripla classificação da separação judicial em separação-sanção, separação-ruptura e separação-remédio, bem como as classificações em divórcio direto e indireto, consensual e litigioso.

A aprovação da nova lei do divórcio não destruiu a noção de sociedade conjugal que permanece intacta no sistema. Ao se casar, surgem a sociedade conjugal e o vínculo. Contudo, se antes era possível terminar-se com a sociedade, mas manter-se o vínculo, atualmente, a

sociedade conjugal e o vínculo terminam simultaneamente com o divórcio. A nova lei não alterou o conceito ou a existência de uma sociedade conjugal, mas mudou apenas a forma de sua extinção.

A mudança introduzida com a aprovação da Emenda Constitucional 66/10 é clara e notável. O divórcio ocorre de forma mais rápida e em um único ato o casamento é desfeito e os antigos cônjuges podem buscar, em nova união ou casamento, a felicidade que buscaram antigamente na relação que se encerra.

A nova lei do divórcio representa um avanço para o país, pois acelera o desenlace de casais e as questões de ordem patrimonial.

A CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) discorda da nova lei e disse, em nota divulgada no fim do ano passado, que a medida banaliza a união conjugal, facilitando de imediato a dissolução do casamento.

Entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro, suprimindo-se todas as normas relativas à separação judicial, contempla a disciplina necessária ao divórcio e a seus essenciais efeitos: quem pode promover, como promover, guarda e proteção dos filhos menores, obrigação alimentar, manutenção do nome conjugal, partilha dos bens comuns. Não há qualquer vazio, nem necessidade de lei para regulamentar o que já está regulamentado.

A nova norma constitucional não precisa de nova regulamentação infraconstitucional, pois as questões essenciais do divórcio estão suficientemente contempladas na legislação civil existente e nenhuma norma destinada à separação judicial ou à dissolução da sociedade conjugal podem ser aproveitadas, porque foram revogadas, em virtude de sua incompatibilidade com a dissolução do casamento pelo divórcio.

Outro aspecto vantajoso da nova lei do divórcio se refere ao desafogamento do judiciário, uma vez que, nos casos de impossibilidade de separação extrajudicial (quando há filhos menores ou incapazes do casal), dois procedimentos deveriam ser adotados, quais sejam: Ação de Separação e, após o transcurso de prazo, Ação de Conversão de Separação em Divórcio ou, ainda, o Divórcio direto, nos casos de comprovação do rompimento do vínculo por mais de 02 (dois) anos.

Com o novo procedimento, nos casos em que não exista a possibilidade de proceder ao divórcio extrajudicial, o Poder Judiciário será provocado apenas uma vez, o que ajudará a diminuir o volume de processos distribuídos perante as Varas de Família e Sucessões de todo Brasil.

As partes envolvidas serão beneficiadas com a mudança da legislação também no que se refere ao tempo despendido para solução da questão, haja vista que poderão contrair novo matrimônio assim que lavrada a escritura pública do divórcio direto, bem como na redução dos custos envolvidos.

Com a agilidade dos trâmites, haverá redução de custos tanto para os casais como para o governo, que gastará menos com o trabalho de servidores públicos.

A nova lei do divórcio permite que casais peçam o divórcio de imediato. Além da praticidade, a medida traz economia aos envolvidos e ao estado. Com a nova lei, os casais podem requerer o divórcio diretamente nos tabelionatos, uma economia de tempo e dinheiro. Outro fator importante é a redução do número de processos que tramitam na Justiça, desafogando o Judiciário.

A nova lei não dispensa a presença de um advogado, que já deve levar para o tabelionato uma minuta pronta.

O Juiz da 6ª Vara da Família de São Paulo, Alberto Raimundo dos Santos, ressaltou que a Emenda Constitucional não banaliza o matrimônio e que as pessoas não estão se separando mais por causa da nova lei.

Desde julho houve um aumento, mas é porque está mais rápido, fácil e com custos reduzidos, há casais que estavam em processo judicial na justiça e desistiram dessa ação para formalizar o divórcio por meio da escritura pública. Não creio que as facilidades impostas pela lei tenham papel decisivo na formulação do juízo de cada um ressaltou. A morosidade da Justiça e os altos custos com honorários advocatícios impediam os casais de formalizarem o divórcio. Hoje, embora ainda seja exigida a presença de um advogado, o custo sai muito mais barato, sendo necessário apenas pagar pela escritura, onde o casal já define a partilha dos bens, pagamento ou dispensa de pensão alimentícia e o uso ou não do sobrenome do outro cônjuge.

Continua o renomado jurista a afirmar que: com a nova lei, o poder judiciário se exime da vida do casal, deixando que eles decidam até quando querem ficar juntos, o que antes não acontecia, uma vez que o casal tinha que provar que estava separado, e se um não tivesse de acordo, o divórcio se arrastava.

O Judiciário acabava intervindo na vida das pessoas, quando obrigava que o casal comprovasse que estava há dois anos em separação de fato ou um ano em separação formal feita pela Justiça ou pelo cartório, para, então, se divorciar. Agora, o casal dá início ao processo quando quiser.

A Emenda Constitucional/66 representou uma revolução histórica na sociedade brasileira, onde o sistema de separação/divórcio já perdurava por 33 anos, com medidas de conservação do casamento. Durante anos, o Estado, de forma indireta, intervia na vida privada.

A nova lei do divórcio otimiza o trabalho dos promotores de Justiça do Ministério Público que se torna mais fácil. Sem a necessidade de fiscalizar o cumprimento de prazos que já não existem mais, os promotores concentram a atuação na defesa dos direitos dos filhos menores dos casais divorciados. A intervenção do MP se dará em processos decisórios de visitação, guarda e fornecimento de alimentos às crianças.

A Emenda Constitucional nº 66/10 alterou a lei do divórcio, proporcionou agilidade processual e significou um grande ganho para a sociedade, assegurou maior facilidade e acelerou a dissolução do casamento civil.

CONCLUSÃO

Em grande momento, após anos de espera a Emenda Constitucional nº 66/10 introduziu a nova lei do divórcio no ordenamento jurídico pátrio. Por muitos anos, a sociedade sofreu incontáveis mudanças principalmente no tocante às relações afetivas. O conceito de amor eterno e casamento perpétuo se relativizaram e hodiernamente, admite-se o

lógico: os seres humanos são suscetíveis a erros, logo os indivíduos podem errar ao escolher o seu companheiro.

A sociedade brasileira evoluiu-se, os costumes são outros e o divórcio é realizado para que se estabeleça um novo casamento ou para se colocar um fim no matrimônio, por questões emocionais e psicológicas daqueles que um dia já formaram um casal e não desejam mais continuar casados.

Na antiga redação da Constituição Federal, o casamento civil só poderia ser dissolvido pelo divórcio após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou com comprovada separação de fato por mais de dois anos. A EC nº 66/10 mudou as regras em vigor ao extinguir a exigência de prévia separação judicial por mais de um ano ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos para obtenção do divórcio.

Para alguns a nova emenda banaliza o casamento. A CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) discorda da nova lei e disse, em nota divulgada no fim do ano passado (2010), que a medida banaliza a união conjugal, facilitando de imediato a dissolução do casamento.

Para a maioria a emenda nada tem a ver com banalização do matrimônio. A decisão de se unir a alguém ou de se separar é baseada em sentimentos. As facilidades ou dificuldades impostas pela lei não têm papel decisivo na formulação do juízo de cada pessoa.

Ao reduzir a interferência do Estado na vida privada dos cidadãos, a medida acarretará economia de recursos técnicos e financeiros para o Judiciário e para os indivíduos que pretendem se divorciar, uma vez que não serão necessários os dois processos, separação judicial e divórcio.

O princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico moderno passou a exigir uma nova visão das relações privadas, primordialmente no que se refere às relações familiares, assegurando, com a aplicação e interpretação das normas, a vida humana, em todos os seus aspectos, de maneira integral e prioritária.

O divórcio antigamente demorava de um a dois anos, agora é concedido em 24 horas. Em ressalva para casais com filhos menores e com alguma deficiência, que devem requerer ao

juiz. Os casais ou um dos conjugues que desistiram da união, podem solicitar o divórcio diretamente nos tabeliões. Mesmo com a nova lei, ainda é necessária a presença de um advogado, que já deve levar para o tabelionato uma minuta pronta.

Independentemente do ponto de vista dos mais conservadores, não há como ignorarmos que há hoje na sociedade um número bem maior de relações estáveis que tempos atrás. Atualmente é natural pessoas viverem um segundo casamento. E dificilmente a família moderna é composta de pai, mãe e filhos de um único casamento.

A Emenda Constitucional nº 66/10, também conhecida como a nova lei do divórcio causou uma verdadeira revolução no Direito de Família Brasileiro. Porém, enquanto muitos acreditam que a nova legislação banaliza a união conjugal, facilitando de imediato a dissolução do casamento, para outros, a inovação facilita a constituição de novos vínculos, estando mais adequada à realidade contemporânea.

É um grande avanço que tem seus reflexos diretos sobre o Direito de Família. A Emenda Constitucional nº 66 de 13/09/2010, que alterou a lei do Divórcio proporcionou agilidade processual, significa uma grandiosa conquista para a sociedade brasileira, assegurando maior facilidade e a aceleração da dissolução do casamento civil.

A nova emenda Constitucional não alterou o conceito ou a existência de uma sociedade conjugal, mas mudou apenas a maneira de se extingui-la

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

CHAVES, Marianna. O divórcio e separação no Brasil: algumas considerações após a aprovação da EC 66/10. Porto Alegre. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já!. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, São Paulo, ano 12, ago/set 2010.

_____. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Cunha (Coords). **Direito de família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, ano XII, n. 17, set. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniccionario Aurélio século XXI**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 16, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Código de Processo Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2001.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **O fim da separação judicial e o divórcio direto**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2007/11/23/327284485.aspb>. Acesso em: 22 ago. 2011

BORGES, Ana Luisa Porto. **PEC do divórcio revoluciona o direito de família.** Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/462022/?noticia=PEC+DO+DIVORCIO+REVOLUCIONA+O+DIREITO+DE+FAMILIA>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRANDÃO, Gorette. **PEC do divorcio extingue processos de separacao judicial em exame.** Agência Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/para-demostenes-pec-do-divorcio-extingue-processos-de-separacao-judicial-em-exame.aspx>. Acesso em: 22 ago. 2011

CASTILHOS, Augusto Sommer. **A nova lei do divórcio.** Disponível em: <http://revistasaudeinterativa.com.br>. Acesso em: 22 ago. 2011

FALCONI, Francisco. **Separação judicial e divórcio após a EC nº 66, de 13 de julho de 2010.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/franciscofalconi.wordpress.com/2010/07/19/separacao-judicial-e-divorcio-apos-a-ec-n%c2%ba-66-de-13-de-julho-de-2010/>. Acesso em: 22 ago. 2011.

GERIN, Giovanna. **PEC do divórcio agiliza processo de separação e desafoga varas familiares, dizem especialistas.** Disponível em: <http://www.uol.com.br/conteudo/noticias/47523/ultimainstancia+pec+do+divorcio+agiliza+processo+de+separacao+e+desafoga+varas+familiares+dizem+especialistas+.shtml>. Acesso em: 22 ago. 2011

O GLOBO. Disponível em: <http://www.oglobo.globo.com/opiniao/mat/2007/11/23/327284485.aspb>. Acesso em: 22 ago. 2011

JURISWAY. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br>. Acesso em: 22 ago. 2011.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO NETTO, Paulo Luiz. **Divórcio:** alteração constitucional e suas consequências.

Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo = 626>. Acesso em: 22 ago. 2011

MAGALHÃES, Audrey. **PEC acaba com separação judicial e com prazos para divórcio.** Disponível em <http://www.45graus.com.br/pec-acaba-com-separacao-judicial-e-com-prazos-para-divorcio,audrey-magalhaes,65541.html>. Acesso em: 22 ago. 2011

NÓBREGA, Airton Rocha. **Aspectos práticos da separação consensual.** Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/civil62.htm>. Acesso em: 22 ago. 2011

OAB. Disponível em:

http://www.oabvr.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=77:nova-lei-do-divorcio&catid=1:teste&Itemid=6. Acesso em: 22 ago. 2011.

TARTUCE, Flávio. **Promulgada a PEC do divórcio:** Emenda Constitucional 66/2010. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2010/07/sancionada-pec-do-divorcio-emenda.html>. Acesso em: 22 ago. 2011

VEJA. Disponível em: <http://www.veja.abril.com.br/noticia/brasil/custos-com-novo-divorcio-podem-cair-pela-metade> Acesso em 22 ago. 2011.

Revisado por

Célia Romano do Amaral Mariano
Biblioteconomista CRB1/ 1528