

CAIO ANTÔNIO DA SILVA

**COEXISTÊNCIA DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

CAIO ANTÔNIO DA SILVA

**COEXISTÊNCIA DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Me. Francisco Valle Brum.

ANÁPOLIS - 2018

CAIO ANTÔNIO DA SILVA

**COEXISTÊNCIA DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho procura abordar de forma objetiva e clara a importância da diferenciação no ordenamento jurídico do divórcio para a separação, trazendo cada característica e efeito jurídico de cada instituto, e demonstrando toda a evolução história da formação da família e o casamento até os modernos modos de dissolução da união, como por exemplo o divórcio extrajudicial. Terá como base de estudo a legislações pátrias atuais e já revogadas, bem como jurisprudências e doutrinas de diversas épocas.

Palavras chave: divórcio; casamento; família; união; separação.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 01 |
| | |
| CAPÍTULO I – DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA | 03 |
| 1.1 Da evolução história da família | 03 |
| 1.1.1 A família no Direito brasileiro antes da Constituição Federal de 1988 | 04 |
| 1.2 Do Casamento | 05 |
| 1.2.1 Natureza Jurídica do casamento | 05 |
| 1.2.2 Características do casamento | 07 |
| 1.2.3 Da capacidade para o casamento | 08 |
| 1.3 Da união estável..... | 13 |
| 1.3.1 União estável no Código Civil de 2002..... | 14 |
| | |
| CAPÍTULO II – DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA | 16 |
| 2.1 Da evolução do pensamento jurídico | 17 |
| 2.1.1 Da evolução da separação e do divórcio..... | 17 |
| | |
| CAPÍTULO III – COEXISTÊNCIA DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL | 26 |
| 3.1 A relação entre os institutos | 26 |
| 3.2 Os efeitos jurídicos | 28 |
| 3.2.1 Efeito jurídico da separação | 28 |
| 3.2.2 Efeito jurídico do Divórcio | 29 |
| 3.2.3 Da guarda dos filhos..... | 31 |
| 3.2.4 Pensão alimentícia | 32 |
| 3.2.5 Pensão entre os cônjuges | 33 |
| 3.3 Ocasões de conversão de separação para divórcio | 34 |
| | |
| CONCLUSÃO | 35 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 37 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a ideia central de analisar a diferença e a coexistência do divórcio e do casamento em nosso ordenamento jurídico, sob a luz da legislação brasileira vigente.

O presente trabalho foi realizado através de pesquisas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudência e normas do sistema jurídico brasileiro, assim sendo, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática, em três partes.

Em primeiro momento, abordamos a evolução histórica da formação da família, trazendo uma explicação desde os primórdios da sociedade humana, com a criação dos clãs até a sociedade moderna que temos hoje, com casamentos homo afetivos e união estável.

O segundo capítulo, trata-se sobre toda a evolução do casamento e das formas de dissolução dessa comunhão. O ordenamento jurídico brasileiro já sofreu muitas mudanças em relação ao direito de família, e até hoje está em pleno desenvolvimento. Na presente monografia está presente uma análise sistemática de diversas Constituições Federais e de Códigos Cíveis, para uma comparação pelo fator do tempo.

Por derradeiro, no último capítulo foi demonstrado todas as características da separação e do divórcio, bem como os efeitos jurídicos de cada instituto. Também demonstrando as situações onde será permitida a conversão da separação

no divórcio, e as jurisprudências em relação ao assunto que foram proferidas recentemente.

Dessa maneira, o trabalho adiante trará de forma clara as características de cada instituto, e a exposição da coexistência no ordenamento jurídico atual, sempre com foco na melhor literatura jurídica acerca do assunto.

CAPÍTULO I – DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

A palavra família possui vários significados, de acordo com a área que é trabalhada. No entanto, para fins deste estudo, limitaremos o conceito trazido pela ciência jurídica.

A legislação pátria não prevê um conceito definido para família, então tomaremos como base os ensinamentos de Maria Helena Diniz, que traz como o conceito amplo, “que seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade”. (DINIZ, 2013)

1.1 Da evolução história da família

A família é a forma de relação mais antiga do ser humano, pois mesmo antes do homem se organizar em comunidades, já viviam em grupos de pessoas formados a partir de um ancestral comum ou através da junção de um homem e uma mulher.

Cada membro da família tinha suas obrigações morais entre si, sempre obedecendo a liderança do seu ancestral, que era conhecido como “patriarca”, pois normalmente era representado pelo sexo masculino. Onde se organizavam de acordo com sua identidade social, cultural e patrimonial. Essas primeiras entidades familiares, unidas pelos seus laços sanguíneos, eram chamadas de clãs. (MIRANDA, 2001)

O termo família, veio do latim com a expressão *famulus*, que significava o escravo doméstico, designava o escravo que servia em casa, sob a autoridade de um patriarca. (MIRANDA, 2001)

Com o desenvolvimento das sociedades, os laços sanguíneos foram cada vez mais dissolvidos entre a população, fazendo que ganhasse importância para o Direito romano antigo, criando o instituto da família natural, que era composta por apenas um casal e seus filhos. E era originado atrás de uma relação jurídica, o casamento. (DINIZ, 2008)

1.1.1 A família no Direito brasileiro antes da Constituição Federal de 1988

A colonização do Brasil pelos portugueses foi caracterizada pelos preceitos da igreja católica, o que se fez refletir no direito aplicado no país. Onde a única forma de família reconhecida na época, era formada através do casamento. Que podia ser realizado de forma solene na igreja ou o casamento atrás de trato público e da fama, que era conhecido como casamento com marido conhecido.

[...] Aqui no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia (DINIZ, 2008, p 51)

O casamento continuou como único instituto familiar juridicamente reconhecido e foi mantido pelas legislações imperiais. Os preceitos canônicos foram mantidos até 1890, com decreto 181º, que passou a considerar como valido apenas os casamentos realizados pelas autoridades civis e instituiu a separação de corpos, não sendo atribuído qualquer valor jurídico o matrimônio religioso. (DINIZ, 2013)

O decreto vigorou até a promulgação do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16), em que se mantém o sistema patriarcal, no qual o homem é o chefe da família, incluindo a mulher casada no rol dos indivíduos relativamente incapazes. A legislação civil consagra o casamento como o único instituto jurídico formador da família. (WALDI, 2002)

Por fim, o código civil de 1916 consagra a instituição do casamento e não admitia a dissolução do vínculo conjugal, permitindo apenas o chamado “desquite”, substituída pela separação judicial pela polêmica Lei nº 6.515/77, a qual também criou a instituição do divórcio. (FUGIE, 2012)

1.2 Do Casamento

O casamento, como todas as instituições sociais, varia com o tempo e os povos. Washigton de Barros Monteiro afirma “não existir, provavelmente em todo direito privado instituto mais discutido”. (MONTEIRO, 1995)

Várias são as definições para casamento, na idade média era definido como uma conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do humano.

Para o direito brasileiro atual, duas definições são consideradas clássicas, a primeira de Lafayette Rodrigues Pereira, que diz “O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sobre promessa recíproca de fidelidade no amor e de mais estreita comunhão de vida” (PEREIRA,1945)

Já a segunda é mais do ponto de vista de contratual, feito por Clovis Bevilacqua, que proclama “O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem, legalizando por eles suas relações sexuais, estabelecendo estreita comunhão de vida e a promessa de criar e educar a prole, que de ambos nascer”. (BEVILAQUA, 2001)

Observando os conceitos, todas as definições apresentam o casamento como uma união entre homem e mulher, ou seja, união de sexos diferentes. Tal requisito foi afastado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) que reconheceu expressamente a inexistência do impedimento em razão da igualdade de sexos, união homo afetivas.

1.2.1 Natureza Jurídica do casamento

As doutrinas trazem duas teorias sobre a natureza jurídica do casamento, sendo a clássica, também chamada de individualista e a institucionalista, conhecida também de supra individual.

Para a teoria clássica, o casamento civil é indiscutivelmente um contrato, que para ser válido e eficaz necessita apenas da vontade das partes. Essa

concepção era uma contraposição da ideia religiosa, que visava o casamento como um sacramento. Sendo tratado como um contrato, para os defensores dessa teoria, o casamento poderia ser dissolvido através de um destrato. Sendo necessário apenas o consentimento mútuo, para que possa ser feito o destrato. (MONTEIRO, 1995)

Já a teoria institucionalista, era defendida pelos elaboradores do Código Civil Italiano. Para essa corrente, o casamento é uma instituição social, aonde as regras são estabelecidas pelo legislador, onde fica facultada a adesão. (VENOSA, 2015)

No Brasil, demonstrando aversão a corrente contratualista, Lafayette afirmou que o casamento, “atenta a sua natureza íntima, não é um contrato, antes difere dele profundamente, em sua constituição, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus efeitos”. (LAFAYETTE, 1945)

Perante essa polêmica surgiu uma terceira teoria, nomeada como eclética ou mista, que considera o casamento como um ato complexo, mas ao mesmo tempo um contrato e uma instituição. Sendo um contrato especial, contrato de direito especial, contrato de direito de família. (CARVALHO, 1961)

Defendendo essa linha, Carvalho Santos doutrina que:

[...] é um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor (1961, p. 10-11)

Eduardo Espínola se junto a essa corrente, defendendo:

Parece-nos, entretanto, que a razão está com os que consideram o casamento um contrato *sui generis*, constituído pela recíproca declaração dos contratantes, de estabelecerem a sociedade conjugal, base das relações de direito de família. Em suma, o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das

pessoas, dá origem a relação de família, reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública. (1957, p. 48-50)

Então tem que se enfatizar que a natureza de negócio jurídico de que se reveste o casamento reside especialmente na circunstância de se cuidar de ato de autonomia privada, presente na liberdade de casar-se, de escolha do cônjuge e também na de não casar. No plano dos efeitos patrimoniais, tem os cônjuges liberdade de escolha, através do pacto antenupcial, do regime de bens a vigorar em seu casamento. Esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido, entretanto, dentro dos limites constitucionais e legais que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica. (DINIZ, 2013)

1.2.2 Características do casamento

O casamento possui diversas características, porém algumas são peculiares e determinados pelo ordenamento jurídico. Como por exemplo:

É um ato eminentemente solene, pois é repleto de formalidades do direito civil. Essas formalidades dão maior segurança ao ato, garantindo a sua validade. Destacando-se a formalidade da celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem se casar, declara efetuado o casamento mediante sacramento do art. 1.535 do Código civil. As formalidades exigidas constituem elementos essenciais e estruturais do casamento, onde caso seja desrespeitadas torna o ato inexistente. (GONÇALVES, 2013, p. 39)

As normas que o regulamentam são de ordem pública, o casamento é constituído de um conjunto de normas imperiais, cujo o objetivo consiste em dar a família uma organização social moral compatível com as normas do Estado e a natureza permanente do homem, baseado em princípios Constitucionais e leis civis. (GONÇALVES, 2013)

Estabelece comunhão plena de vida, baseado na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, sendo expresso no art. 1.511 do Código Civil. O primeiro dever que é imposto entre os cônjuges é o de fidelidade recíproca, estabelecido no art. 1.566 CC. Não comporta termo ou condição, sendo apenas um negócio jurídico puro e simples. (VENOSA, 2015)

Permite liberdade de escolha entre os nubentes, uma consequência natural de caráter pessoal. Cabe exclusivamente aos consortes a manifestação de sua vontade de se casar, que pode ser feito pessoalmente ou por procurador com poderes especiais. (BRASIL, 2002)

1.2.3 Da capacidade para o casamento

O Estado possui certo interesse para que as famílias se constituam regularmente. A lei considera relevante que o consentimento dos nubentes obedeça a certas solenidades, não só para que seja manifestado livremente, como também para facilitar a prova do ato. As formalidades preliminares se desenvolvem perante um oficial do registro civil, Art. 1.526 CC. Destinando-se este a constatar a capacidade para o casamento, a inexistência de impedimentos matrimoniais e a dar publicidade a pretensão dos nubentes. (VENOSA, 2015)

Sobre a capacidade e os efeitos gerados caso seja descumprido as normas, Maria Helena Diniz doutrina que:

[...]Ter-se-á casamento inexistente, se não houver celebração na forma prevista em lei. P. ex.: se duas pessoas se declaram casadas redigindo um instrumento particular temporário; se o ato nupcial se der perante um simples particular, que se apresenta sob a falsa condição de juiz. Se o oficial do registro lavrar um assento matrimonial sob forte coação ou de má fé sem que tenha havido qualquer cerimônia. Dever-se-á atentar para a boa-fé de ambos os cônjuges ou de um deles, caso em que se tem casamento putativo. (2012, p. 68-69)

Carlos Roberto Gonçalves, em seu livro faz uma crítica sobre o Código Civil Pátrio no seu Art. 183, onde fala sobre a confusão feita pelo legislador sobre a incapacidade para o casamento e o impedimento matrimonial:

[...] Uma das críticas endereçadas ao Código Civil de 1916 é a de confundir, no Art. 183, incapacidade para o casamento com impedimento matrimonial. A incapacidade significa a inaptidão do indivíduo para casar com quem quer que seja, como sucede no caso de menor de 16 anos, da pessoa privada do necessário discernimento e da já casada. O impedimento se funda, todavia, na ideia de falta de legitimação, trazida da seara do direito processual para o direito civil. Não se cogita, nesta hipótese, de uma incapacidade genérica, mas de inaptidão para o casamento com

determinada pessoa. O nubente não é incapaz, pois goza de aptidão para celebrar o negócio jurídico solene do direito de família. No entanto, não se lhe permite que constitua o vínculo matrimonial somente com pessoa certa. (2013, p. 49-50)

O código civil de 2002 trouxe uma inovação, por trazer um capítulo específico para a capacidade para o casamento, sendo dos art. 1.517 ao 1.520. Nele deixa expressa a necessidade de demonstração no processo de habilitação, a idade mínima de 16 anos, denominando idade núbil, tanto para o homem como para a mulher, porém dependendo de autorização de ambos os responsáveis. (PIANOVSKI, 2008)

Já nos art. 1.521 e 1.522, trata dos impedimentos que podem ser pelo parentesco, por pessoa já casada ou por crime praticado contra o consorte.

Em relação ao impedimento proveniente de parentesco, é subdividido em consanguinidade, afinidade e adoção. Sobre a consanguinidade, dispõem o art 1521 I, da impossibilidade entre ascendentes e descendentes, e no inciso IV a impossibilidade entre irmãos, unilateral ou bilateral e demais colaterais, até terceiro grau de parentesco. (PIANOVSKI, 2008)

A relação sexual entre os parentes por consanguinidade caracteriza o incesto, que sempre foi combatido, mesmo entre os povos de pouca cultura. Somente em grupos sociais muito primitivos eram comuns uniões envolvendo pais, filhos e irmãos. (DINIZ, 2013)

O Código Civil não admite núpcias incestuosas. O casamento entre parentes consanguíneos próximos pode provocar o nascimento de filhos defeituosos. O impedimento demonstra então, uma preocupação de natureza eugênica. San Thiago Dantas diz que:

Além das razões morais, existem outras, derivadas da eugenia, ciência que se ocupa da defesa da raça, pois é uma ideia mais ou menos aceita por quase todos os higienistas de hoje que a endogamia familiar favorece a decadência das raças e estimula a transmissão de taras familiares.... a exogamia familiar, casamento contraído com pessoa de sangue diverso, favorece o desenvolvimento da raça, do mesmo modo que o casamento com

peças do mesmo sangue favorece a sua decadência.(1991, p. 139)

O código civil em seu art. 1521, II, diz que não podem se casar “os afins em linha reta”.

Parentesco por afinidade é aquele que liga um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro, sendo resultado do casamento ou da união estável. Porém a proibição é apenas em linha reta. Dissolvido a união que deu origem ao parentesco, o viúvo não pode se casar com a enteada, nem com a sogra, pois a afinidade não se extingue com a dissolução da união, expresso no art. 1595, parágrafo segundo. (GONÇALVES, 2013)

No artigo referido anteriormente, no seu inciso terceiro, também faz previsão da proibição do casamento com filho adotado, “o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante”, e no inciso quinto diz que “o adotado com o filho do adotante”. (BRASIL, 2002)

Tal proibição é de ordem moral, considerando o respeito e a confiança quem devem reinar no seio da família. A adoção, é uma “imitação” da família. Desse modo, o pai adotivo ou a mãe adotiva não pode se casar com a viúva do filho adotivo ou vice e versa. (GONÇALVES, 2013)

Silvio de Salvo Venosa ainda doutrina que “a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”. (2015, p. 42)

Inciso quinto do art. 1521 traz o impedimento para as pessoas já casadas (BRASIL, 2002)

Enquanto persistir válido o casamento anterior, persiste o impedimento. Pois no Brasil preserva-se o princípio familiar da monogamia, que domina a civilizações cristãs. Caso o inciso for infringido, será anulável o segundo casamento, respondendo ainda o infrator pelo crime de bigamia, punido com pena de dois a seis anos de reclusão, expresso no código penal em seu art. 235, como crime a bigamia.

Únicas formas para se acabar com esse impedimento seria por morte, anulação ou divórcio. (VENOSA, 2015)

A separação judicial, popular separação de corpos, não extingue esse impedimento, pois não extingue o vínculo conjugal, mas apenas a sociedade conjugal, como não o fazia o desquite. Sua conversão em divórcio faz desaparecer o vínculo e o impedimento. (DINIZ, 2013)

O casamento religioso de um ou de ambos os cônjuges, que ainda não foi registrado no cartório de registro civil, não constitui impedimento para a celebração do casamento civil, uma vez que, na esfera jurídica, não é nulo nem anulável, mas sim inexistente. (GONÇALVES, 2013)

Por fim dos impedimentos, é vetado o casamento entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa contra o seu consorte, conforme demonstrado com art. 1521, VII. (BRASIL, 2002)

O artigo, embora não tenha trago distinção, abrange somente os homicídios dolosos, como é tradição no nosso ordenamento jurídico. Entretanto, só existe tentativa de homicídio, se for doloso. No homicídio culposo não há o intuito de eliminar um dos cônjuges para desposar o outro, por essa razão, não se justificaria punir o autor com a proibição. (VENOSA, 2015)

Como justificativa do impedimento Bevilaqua obtempera que:

O homicídio ou tentativa de homicídio contra a pessoa de um dos cônjuges deve criar uma invencível incompatibilidade entre o outro cônjuge e o criminoso, que lhe destruiu o lar e afeições que deveriam ser muito caras. Se esta repugnância não surge espontaneamente, é de supor convivência no crime, poderá ser ausência de sentimento de piedade para com o morto, ou de estima para consigo mesmo, mas em grau subido que, se a cumplicidade não existiu, houve a aprovação do crime, igualmente imoral. E, nesta hipótese, a lei não ferira um inocente, quer haja codelinquência, quer simples aprovação do ato criminoso. (1950, p. 183)

O impedimento então se torna de ordem moral. Sendo exigido para a sua existência, uma sentença penal condenatória. Se caso houver absolvição ou o crime prescrever, extingui a punibilidade, não se configurando mais o impedimento.

Fortalecendo esse posicionamento, Carlos Eduardo Pianovski, quis que “Ainda que a condenação seja posterior ao casamento, retroagirão seus efeitos para a situação jurídica matrimonial já estabelecida, operando sua nulidade”. (PIANOVSKI, 2008)

Também existem os impedimentos relativos, que tornam um casamento anulável. Diferentemente das causas de impedimento, que fazem com que o casamento já seja nulo desde o começo.

Esses impedimentos relativos têm como objetivo apenas proteger pessoas que se encontram sob determinadas situações subjetivas, sob condução de vontade ou em estado etário que demora imaturidade para o matrimônio. (VENOSA, 2015)

De forma mais técnica, o vigente código transplantou essas situações para casos específicos de anulabilidade, no art. 1550. Então não há mais que se falar em impedimentos, mas sim em causas de anulação de casamento. (BRASIL, 2002)

O art. 1550, traz um rol taxativo para os casamentos que poderão ser anulados. No inciso primeiro, trata sobre “as pessoas que ainda não completaram a idade mínima para se casar”, ou seja, os menores de 16 anos conforme já estudado anteriormente. (BRASIL, 2002)

No Inciso segundo, fala sobre “os menores de idade, com idade núbil, porém sem a autorização de seus representantes legais” para que possa se casar. Os maiores de 16 anos e menores de 18 devem ter autorização dos responsáveis, sem divergirem entre si, e pode ser obtida via judicial, caso seja injusta a denegação da autorização, conforme expresso no art. 1519. Os menores emancipados não necessitam de autorização. (VENOSA, 2015)

O casamento de menor em idade núbil, só poderá ser anulado se a ação for proposta em 180 dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários. Ninguém mais terá legitimidade para inquirir esse casamento. (VENOSA, 2015)

Inciso terceiro, traz sobre “o vício da vontade, nos termos dos arts. 1556 a 1558”. A vontade pessoal para que seja celebrado o casamento é um dos requisitos essenciais para a validade. Caso não seja de livre e espontânea vontade, torna o casamento anulável. (BRASIL, 2002)

Inciso quarto refere-se sobre “os incapazes de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento”. A lei tem intenção de proteger os incapazes, que no momento da celebração não tinham o devido discernimento, estando, por exemplo, em efeitos de álcool ou drogas. (VENOSA, 2015)

No quinto inciso, é anulável o casamento que seja “realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges”. (BRASIL, 2002)

A situação retrata sobre a hipótese de casamento por procuração, não sendo muito aplicado nos dias de hoje, pelo fato de tornar mais fácil a anulação. Último inciso, traz legislação sobre os casamentos celebrados por autoridade incompetente. A incompetência pode ser relativa ou em razão do lugar. Só terá validade, em princípio, o casamento realizado pelo juiz do distrito onde se processou o procedimento de habilitação, será anulável o casamento realizado por juiz que não está em exercício ou o celebrar fora dos limites de seu distrito. (DINIZ, 2013)

1.3 Da União Estável

União estável é a união prolongada entre um homem e uma mulher, sem a cerimônia do casamento, foi chamada durante longo período de concubinato. Bittencourt diz que:

A expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, a margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos os que mantem vida marital sem serem casadas, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso, os que celebrarem validamente no estrangeiro um matrimônio não reconhecido pelas leis pátrias; e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado

nulo e que não reunia as condições para ser putativo. Os problemas do concubinato incidem, por conseguinte, em inúmeras situações, o que contribui para revesti-los da máxima importância. (1969, p. 43)

A união livre difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. Por isso, a doutrina clássica esclarece que o concubinato pode ser rompido a qualquer instante.

1.3.1 União estável no Código Civil de 2002

Restaram revogadas as leis nº 8971/94 e 9278/96 em fase da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente a união estável no livro de família e acrescentando cinco artigos (1723 a 1727). (GONÇALVES, 2013)

O novo diploma tratou, nesses dispositivos, dos aspectos pessoais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório (BRASIL, 2002)

Não será o tempo junto que determinará a união estável, mas sim os elementos expressamente mencionados no código que são a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Entretanto, na união estável não se aplica o impedimento do inciso VI do art 1521 do CC, que diz de pessoas já casadas. (VENOSA, 2015)

No campo pessoal, o código em seu art. 1724, traz os mesmos deveres constituídos do casamento que são: “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” como obrigação recíproca.

Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição. Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida comum. (GONÇALVES, 2013)

Vários são os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos. Podem ser apontados como de ordem subjetiva as seguintes: convivência *more uxório*; affectio maritalis, animo ou objetivo de constituir família. E como de ordem objetiva: diversidade de sexos, notoriedade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica. (GONÇALVES, 2013)

CAPÍTULO II – DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A família muitas vezes é considerada a relação social mais antiga do ser humano, no qual, de acordo com a história, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, já se agrupavam em grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio.

Cada membro da família assumia uma obrigação moral entre si, sob o comando do ancestral comum, conhecido como “o patriarca”, símbolo da unidade da entidade social, reunindo em uma mesma comunidade todos seus descendentes, os quais compartilhavam da mesma identidade cultural e partilhando o patrimônio. As primeiras entidades familiares, unidas por laços consanguíneos de parentesco ou por ou relação de afinidade, foram nomeadas de *clãs*. (MIRANDA, 2001)

Com o crescimento da população desses clãs, foram obrigados a também expandir seus territórios, para manter a subsistência de sua família, que chegaram a possuir milhares de membros, e então esses familiares organizados em clãs, começaram a se reunir, formando as primeiras tribos, grupos sociais compostos de incorporações dos grupos de descendentes. (MIRANDA, 2001)

Assim, a organização das famílias primitivas, fundadas basicamente nas relações de parentesco consanguíneo, se originou às primeiras sociedades humanas organizadas.

A expressão “família” surgiu da expressão em latim *famulus*, que significa “escravo doméstico”, que era o apelido dado aos escravos que trabalhavam de forma legalizada na agricultura familiar das tribos. (MIRANDA, 2001)

2.1 Da evolução do pensamento jurídico

No implemento do Código Civil no Brasil, com o instituído do direito de família as causas que provocavam a dissolução do casamento, apenas poderia ficar ao nível do desquite, que era atribuída somente a um dos cônjuges. Entre as causas que geravam o desquite estavam: abandono do lar, adultério, alcoolismo, brutalidade e/ou violência doméstica. Assim gerando que os desquites amigáveis eram muito raros. Geralmente, o casal aguentava, passivamente as situações intoleráveis na vida conjugal, em razão de dois fatores principais:

- A) Condição e título de separada era fortemente condenado, tanto pela sociedade quanto pela igreja.
- B) O separado, principalmente pela parte da mulher, não tinha reais possibilidades de construir solidamente uma nova vida afetiva, tanto por falta de reconhecimento legal, quanto pelo preconceito da sociedade. (GERALDA, 1989, p. 68)

2.1.1 Da evolução da separação e do divórcio

O Decreto nº181 de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, previa o divórcio *a thoro et mensa* (divórcio canônico), que acarretava somente a separação de corpos, mas não rompia o vínculo matrimonial. O Código Civil de 1916 previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, sem também o rompimento do aludido vínculo. (DINIZ, 2014)

O divórcio vincular, que dissolve o vínculo e permite novo casamento, somente passou a ser aplicado no Brasil com a aprovação da Emenda Constitucional nº9 de 1977, que deu nova redação ao §1 do art.175 da Constituição de 1969, suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, e após a sua regulamentação pela Lei nº 6515 de 1977. (DINIZ, 2014)

O referido §1 passou a ter como novo instituto o divórcio. “§1 o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja previa separação judicial por mais de três anos”. Sendo assim, não era permitido o divórcio direto, a separação judicial, por mais de três anos, era requisito prévio para o pedido de divórcio.

A constituição de 1988 tratou do assunto no “§6 o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Reduziu-se, assim, o prazo da separação judicial para um ano, no divórcio-conversão, criando-se uma modalidade permanente e ordinária de divórcio direto, desde que comprovada a separação judicial passou a ser facultativa. (DINIZ, 2014)

Em uma doutrina do ano de 1989, da editora Saraiva, encontramos um ponto de discussão interessante. Sendo ela “ a distinção entre terminação da sociedade conjugal e a terminação do casamento”, que foi escrita pela Juíza federal do trabalho de Brasília, Dra. Geralda Pedroso Freitas. (GERALDA, 1989)

[...] A terminação da sociedade conjugal é um conceito diverso da terminação ou dissolução do casamento, porque, desde que o Art. 2º da Lei nº 6.515, de 26/12/1977, incluiu entre as causas que põem termo a sociedade conjugal a nulidade e a anulação do casamento, o correspondente capítulo deveria ser intitulado “da dissolução da sociedade conjugal”. Ademais, o caput do art. 2º faz correção ao utilizar a palavra “termina”: “a sociedade conjugal termina...” a mesma situação se repete no projeto do código civil. Essa problemática esclarece a terminologia usada no título deste trabalho: “terminação do vínculo conjugal”. (1989, p. 218)

O casamento na época era o instituto mais amplo que apenas a sociedade conjugal. O casamento regula toda a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas e seus deveres com toda a sociedade baseada na família. (GERALDA, 1989)

Porem a sociedade conjugal, apesar de ser contida no casamento, era um instituto menor, estabelecendo apenas o regime patrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho de ambos. Logo então não se pode confundir vínculo matrimonial com sociedade conjugal. (GERALDA, 1989)

Nos anos 80, pela lei vigente uma das formas para se acabar com o matrimônio era pela morte de um dos cônjuges. Assim podendo a outra parte se casar novamente. Entretanto, as separações judiciais (conhecida como separação de corpos) apenas dissolvia a sociedade conjugal, mantendo íntegro o vínculo, pois impedem os cônjuges de se casarem outra vez. (GERALDA, 1989)

A outra forma era através do divórcio, que dava fim tanto com o vínculo matrimonial quanto com a sociedade conjugal. Daí se pode concluir que poderia haver dissolução da sociedade conjugal sem a dissolução do vínculo conjugal entre eles. (GERALDA, 1989)

Para entender o motivo dos empecilhos impostos pela história e pela lei em relação ao casamento, precisamos atentar a própria evolução do conceito de família, que desde sempre foi caracterizada como um bem em si mesmo. A preservação do vínculo conjugal era uma tentativa de consolidar as relações sociais do estado. Tanto é verdade, que a ideia de família sempre está ligada ao de casamento. As relações firmadas fora do casamento, conhecidas como extramatrimoniais eram reprovadas socialmente e punidos na forma da lei. Quando se rompia uma sociedade conjugal se configurava como um esfacelamento da própria família.

[...] sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, justificava-se a concepção do casamento como instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permaneceria intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanescia, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Vínculos extrapatrimoniais sempre foram tolerados, mas nunca reconhecidos. (BERENICE, 2015, p. 202)

Sobre as relações extrapatrimoniais, eram raras as referências legais e que se limitavam a negar essas uniões quaisquer benefícios. As restrições legais, entretanto, não impediam que as pessoas, que eram desquitadas ou apenas separadas de fato, constituíssem novos vínculos afetivos, que, pejorativamente, eram chamados de concubinato. A necessidade de resolver os conflitos decorrentes dessas uniões levou a justiça a reconhecer sua existência e a atribuir-lhe alguns direitos. (BERENICE, 2015)

Depois de muitas resistências dos seguimentos mais conservadores, foram 27 anos de luta, até que o Senador Nelson Carneiro, mediante reforma

constitucional, conseguiu acabar com a indissolubilidade do casamento, com a Emenda Constitucional 9 de 1977. (BERENICE, 2015)

No entanto, para a promulgação da lei do divórcio (Lei nº 6.515/1977), foram feitas algumas alterações. Entre elas foram a permanência do desquite, mas com a mudança da terminologia. O que no Código Civil era denominado como desquite, a nova lei denominou como separação, com idênticas características.

Com a publicação da nova lei, para se obter o divórcio, eram necessários alguns requisitos. Primeiramente as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter sua separação no divórcio. Assim era nítida a intenção do legislador de apenas admitir o divórcio para quem se encontrava separado de fato por mais de cinco anos, quando da emenda da Constituição.

Eram imposto o atendimento cumulativo de três pressupostos: a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos. b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional, e c) ser comprovada a causa da separação. A jurisprudência aos poucos emprestou interpretação mais elástica a esse dispositivo. (BERENICE, 2015)

E não teve jeito, os avanços foram de tal ordem que obrigaram a constituição de 1988 a institucionalizar o divórcio direto, não mais com caráter de excepcionalidade. Houve a redução do prazo de separação de 2 anos e foi afastada a necessidade de identificação de uma causa para a sua concessão. (BRASIL, 1988)

Apesar de todas as mudanças, a separação sobreviveu, instituto que guardava em sua essência a marca de um conservadorismo injustificável. Era algo quase que sem explicação, a pessoa se separava, não era mais casada, porém, não poderia se casar de novo. Por um lado, foi um fato facilitador para a aprovação da lei do divórcio. Mas nos dias atuais não existe mais causa para manter a dupla via para pôr fim ao matrimônio. (DINIZ, 2014)

O primeiro avanço para cortar uma parte da intervenção do estado nos vínculos afetivos foi a possibilidade de separação e divórcio consensual serem feitos

de forma administrativa por meio de escritura pública junto ao cartório, fiscalizado pelo tabelião, CPC/15, Art. 731. Mas para essa possibilidade deve haver total consentimento de ambas as partes e não possuírem filhos menores de idade. (DINIZ, 2014)

Demorou muito tempo até que o povo tirasse a fantasia de que o divórcio iria acabar com o casamento, e que era desnecessária a previa separação judicial e só depois a conversão para o divórcio. Foi graças ao IBDFAM -Instituto Brasileiro de Direito de Família- a iniciativa para a apresentação da Emenda Constitucional em que pôs fim a separação, declarando-a inútil, desgastante e onerosa.

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar a redação nova em seu art. 226, § 6, conseguiu sozinha resolver todos os paradigmas do direito de família, ou seja, a dissolução do casamento sem ter prazos para o divórcio ou identificação de culpados pela separação. Assim deixando o estado menos presente na vida das pessoas, pois sessou a imposição de vínculos jurídicos aonde não existia mais vínculos afetivos. (FONSECA, 2013)

A referida alteração resultou de proposta elaborada pelo instituto brasileiro de direito de família IBDFAM, apresentada em 2005 pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC nº 413/2005) e reapresentada em 2007 pelo deputado Sergio Barradas Carneiro (PEC nº33/2007), com a redação desta forma: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divorcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

A câmara dos deputados, entretanto, de forma correta, suprimiu a parte final do dispositivo 226 CF, que passou a ter assim, a seguinte redação. “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”. Desse modo, a PEC do divórcio passou a ter eficácia imediata e direta, afastando-se possibilidade de eventuais limitações futuras, que poderiam advir de lei ordinária. (GONCALVES, 2015)

Agora na pratica jurídica, só se encontra uma forma para a dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu do nosso ordenamento jurídico. Com o fim o instituto da separação, toda a teoria da

culpa esvaiu-se, não sendo necessário trazer para o âmbito jurídico qualquer controvérsia sobre a postura de um dos cônjuges na relação do matrimônio. (GONCALVES, 2015)

Da mesma forma, foi extinta o desarrozoado, que consistia no período de tempo em que as pessoas não eram mais casadas, porém também não podiam se casar novamente. O casamento estava rompido, não havia deveres matrimoniais, mas a relação jurídica entre eles não teria acabado. Como elas estavam impedidas de se casarem, eram obrigadas a viver em união estável, ou seja, também não teria como se igualar a união ao casamento conforme previsão atual da Constituição.

Ora, se é direito da pessoa humana constituir núcleo família, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna. É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim aquilo que o aflige sem ter que inventar motivos. Desse modo, o direito de buscar o divórcio está amparado na princípio da dignidade da pessoa humana, nada justificando a resistência do estado, que impunha prazos e exigências a identificação de causas para pôr fim ao casamento. (GONCALVES, 2015, p.265)

A nova redação constitucional veio para atender ao pedido de todos e extinguir com uma excecência que só se manteve durante anos pela histórica resistência ao divórcio. Com isso, depois demais de três décadas, nada mais justifica manter dupla via para assegurar o direito à felicidade. (GONCALVES, 2015)

A separação e o divórcio são institutos distintos, porém serviam para o mesmo propósito, colocar fim ao casamento (CC 1571, III e IV). A diferença entre ambos que sempre causou discussão. O Código Civil disciplina a separação em sete artigos, e ao divórcio são apenas três dispositivos legais. A lei expõe que o casamento termina pela morte, pela nulidade ou anulação do casamento, pelo divórcio e pela separação, mas que somente o se dissolve pela morte ou pelo divórcio (CC 1571 §1). Ou seja, a separação termina com o casamento, porém só se dissolve com o divórcio. (GONCALVES, 2015)

Desde sempre foi muito questionada pela doutrina a indevida intromissão do Estado na vontade das partes, estipulando prazos ou exigindo que se apontasse um culpado da termino do casamento. É notório o desrespeito ao direito de

liberdade, por isso por muitas vezes foram consideradas inconstitucionais as limitações impostas à separação e ao divórcio, por irem contra ao maior princípio que consagra o respeito à dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2014)

Era algo abominável o Estado forçar seus cidadãos a manter o estado de casado, quando o casamento já não existia mais. Ninguém pode ser obrigado a viver com quem não está feliz. (BERENICE, 2015)

Antigamente a separação era vista com repúdio e estigmatizava, principalmente contra a mulher. Com o passar do tempo, tornou-se um instituto ultrapassado. Tanto que foi abolido, pois não fazia mais sentido sua permanência. Como diz Maria Celina Bodin de Moraes, “a relação de casamento é, juridicamente, uma relação simétrica e solúvel entre pessoas iguais. Se por circunstâncias que não cabe ao direito investigar, não está ocorrendo o que se espera de uma relação conjugal, a solução é a dissolução”. (GONCALVES, 2015)

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010, deu nova redação ao § 6 do art. 226 CF, banindo o instituto da separação do sistema jurídico pátrio. A separação judicial não mais existe, deixando apenas o divórcio que ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo do matrimônio. (BRASIL, 1988)

Não se pode deixar de ler o novo texto constitucional sem antes ter como base o texto antigo. A redação anterior dizia “§ 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” (GONCALVES, 2015)

Ou seja, eram impostas duas restrições para a concessão do divórcio: a) ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano; b) estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos. (GONCALVES, 2015)

A redação atual está assim “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Então a Emenda Constitucional apenas retirou a parte final do dispositivo legal, deixando de existir qualquer condição para que se faça diretamente o divórcio. (DINIZ, 2014)

Ao ser afastado, o instituto da separação do texto constitucional, também fora derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional que falavam sobre o mesmo tema. Não mais integrando o sistema jurídico. (GONCALVES, 2015)

Porém, como foi mantido o verbo “pode” na redação do código civil, ainda existe quem defende que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges busquem a concessão pelo fato de continuar na lei civil dispositivo regulamentador. Apesar de ser prejudicial, pois vai contra a grande conquista levado por esse feito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificável, obrigava que as pessoas permanecessem casadas, mesmo contra sua vontade. (DINIZ, 2014)

Outras vertentes, que ainda tentam não ver a mudança e admirar o novo, sustentam que tem que existir a necessidade de manter a absurda identificação de culpa de um dos cônjuges, que levou ao termino do casamento, para a quantificação do valor dos alimentos que estaria condicionada a culpa de quem a pleiteia (CC 1694 §2º). Entretanto, este dispositivo não se aplica mais, tendo sido extinto juntamente com os artigos 1702 e 1704 do Código Civil.

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.

§ 1 Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência. (BRASIL, 2002)

Outro argumento de quem ainda defende a separação é a possibilidade da reconciliação, o arrependimento das partes, levando a desnecessidade de

ocorrer novo casamento, e que obrigaria a partilha dos bens do casamento anterior ou até a adoção do regime de separação obrigatória. (CC. Art. 1523 III e 1641 I). (BRASIL, 2002)

No entanto, tal argumento não convence, pois, havendo dúvida ou a necessidade de um prazo para os cônjuges pensarem se é o divórcio que querem, tanto a separação de fato como a separação de corpos preservam o interesse do casal. Qualquer dessas providencias suspendem os deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. (GONCALVES, 2015)

A separação de corpos inclusive pode ser lavrada e feita de forma consensual por meio de escritura pública, em cartório. E se caso ocorrer a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Não havendo necessidade nem de revogar a separação de corpos. O único efeito é que os bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de responsabilidade de cada um, ou seja, de quem adquiriu bens ou contraiu a dívida. A não ser que os cônjuges façam um acordo que esteja expresso de forma adversa. (DINIZ, 2014)

Igualmente é descabido o argumento de que se estaria fragilizado a família e banalizado o casamento. Certamente ninguém acredita que alguém vai se casar simplesmente porque ficou mais fácil se separar. Até porque, quem está feliz com seu parceiro, não vai se divorciar somente porque agora o procedimento é mais rápido. Pelo contrário, certamente vai acontecer um aumento do número de casamentos, pelo fato de que a tendência será as pessoas oficializarem suas uniões, o que era obstaculizado pelos meios legais e não poderia mais ser dissolvido. (BERENICE, 2015)

Em 2017, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi reafirmado pela Terceira Turma ao julgar caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmando decisão do juízo de primeiro grau, não converteu uma separação em divórcio porque uma das partes se opôs expressamente.

Assim deixando um questionamento, podem coexistir os institutos da separação e do divórcio?

CAPITULO III – COEXISTÊNCIA DA SEPAÇÃO E DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURIDICO ATUAL

O Decreto nº181 de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, previa o divórcio a *thoro et mensa* (divorcio canônico), que acarretava somente a separação de corpos, mas não rompia o vínculo matrimonial. O Código Civil de 1916 previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, sem também o rompimento do aludido vínculo. (DINIZ, 2014)

O divórcio para invalidar o vínculo matrimonial e permitir que se possa realizar um novo casamento, somente passou a ser aplicado no Brasil com a aprovação da Emenda Constitucional nº9 de 1977 que deu nova redação ao §1 do art.175 da Constituição de 1969. (DINIZ, 2014)

O referido §1 passou a ter como novo instituto o divórcio. “§1 o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

3.1 A relação entre os institutos

A constituição de 1988 tratou do assunto no “§6 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”

Ou seja, eram impostas duas restrições para a concessão do divórcio: a) ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano; b) estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos. (GONCALVES, 2015)

A redação atual apresenta-se assim "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". Então a Emenda Constitucional apenas retirou a parte final do dispositivo legal, deixando de existir qualquer condição para que se faça diretamente o divórcio. (DINIZ, 2014)

Porém, como foi mantido o verbo "pode" na redação do código civil, ainda existe quem defende que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges busquem a concessão pelo fato de continuar na lei civil dispositivo regulamentador.

A separação e o divórcio são institutos distintos, entretanto, serviam para o mesmo propósito, colocar fim ao casamento (CC 1571, III e IV). A diferença entre ambos que sempre causou discussão. O Código Civil disciplina a separação em sete artigos, e ao divórcio são apenas três dispositivos legais. A lei expõe que o casamento termina pela morte, pela nulidade ou anulação do casamento, pelo divórcio e pela separação, mas que somente o se dissolve pela morte ou pelo divórcio (CC 1571 §1). Ou seja, a separação termina com o casamento, porém só se dissolve com o divórcio. (GONCALVES, 2015)

A separação de corpos inclusive pode ser lavrada e feita de forma consensual por meio de escritura pública, em cartório. E se caso ocorrer a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Não havendo necessidade nem de revogar a separação de corpos. O único efeito é que os bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de responsabilidade de cada um, ou seja, de quem adquiriu bens ou contraiu a dívida. A não ser que os cônjuges façam um acordo que esteja expresso de forma adversa. (DINIZ, 2014)

O nosso Código Civil de 2002, traz um rol taxativo dos motivos em que se encerra a sociedade conjugal, estando nele tanto o divórcio quanto a separação.

Art. 1571. A sociedade conjugal termina:

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

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

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial. (BRASIL, 2002)

3.2 Os Efeitos Jurídicos

A separação e o divórcio possuem efeitos jurídicos diferentes, um visando o término do vínculo matrimonial e o outro apenas pretende acabar com o relacionamento e obrigações entre os cônjuges.

A separação configura-se quando o casal apenas deixa de compartilhar a residência como marido e mulher sem recorrer ao judiciário. A separação não quebra o vínculo jurídico do casamento, e o casal não poderá se casar outra vez enquanto não estiver divorciado. O divórcio, por sua vez, é a oficialização de uma separação. É o ponto final da relação e permite que ambos possam casar-se novamente, pois no processo é feito o rompimento jurídico da união. (DINIZ, 2014)

3.2.1 Efeito Jurídico da Separação

A separação pode ser feita de duas formas, através do judiciário, por meio de um processo, e pode ser feita de forma extrajudicial, por meio de escritura pública em cartório, porém para ser feita extrajudicialmente existe alguns requisitos, entre eles, não possuir filhos menores, tem que haver consentimento entre eles e também serem maiores e capazes. (DINIZ, 2014)

Conforme dispõe o artigo 1.576 do Código Civil a separação encerra os deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens, no entanto mesmo após a separação os cônjuges não poderão se casar novamente, apenas após o divórcio. (DINIZ, 2014)

Então após a separação a pessoa poderá se relacionar com outras, haja vista não existir a obrigação de fidelidade e também poderá adquirir bens, pois eles estarão fora do regime adotado no casamento, entretanto não poderão se casar novamente, pois o vínculo matrimonial não foi quebrado, apenas houve a finalização do relacionamento e das obrigações de casados. (BERENICE, 2015)

Separação Judicial consensual: acontece quando as duas partes desejam o fim do casamento, é também chamada de amigável, prevista no artigo 1.574 do Código Civil: “Dar-se-á 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”. (BRASIL, 2002)

Assim não há necessidade de apresentação de nenhum motivo especial para a separação, somente a vontade de ambos e a comprovação de um ano de casados que se dá facilmente pela certidão de casamento. Separação Judicial a Pedido de Um dos Cônjuges (Também chamada Litigiosa): Segundo o artigo 1.572 do Código Civil qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”, a esta categoria se dá o nome de separação sanção. São considerados graves violações aos deveres do casamento o descumprimento dos deveres de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal (coabitação) e dever de mútua assistência. (BERENICE, 2015)

3.2.2 Efeito Jurídico do Divorcio

O divórcio foi trago até no nosso ordenamento jurídico através da Emenda constitucional nº9. O conceito de divórcio e o de separação judicial são parecidos, entretanto são diferentes quando analisamos profundamente. Enquanto na separação, apesar de que separados de corpos ainda subsiste o vínculo matrimonial, já no divórcio promove a cessação definitiva do casamento, e assim põe termo aos deveres de inerentes ao instituto. (BERENICE, 2015)

É necessário dizer que o status civil divorciado somente poderá ser desconstituído se possuir novo casamento, sendo assim o divórcio é irreversível.

O divórcio irá oficializar a separação do casal, permitindo que a partir daí os envolvidos possam se casar novamente, optando pelo regime de bens que preferirem.

Quem deseja se divorciar depois de conversar com o profissional e explicar o seu caso, deve reunir a documentação necessária para dar entrada no

processo. Certidão de casamento, certidões de nascimento dos filhos caso tiver, cópia dos documentos pessoais dos cônjuges, documentos de propriedade dos veículos e documentos dos imóveis adquiridos ao longo da vida conjunta estão entre os documentos que podem ser solicitados ao dar início ao processo de divórcio. (DINIZ, 2014)

O divórcio pode ser consensual ou litigioso. Consensual, quando ambos os cônjuges concordam com o final do casamento ou, litigioso, quando o casal discorda de algum aspecto e precisa da decisão de um juiz. O divórcio pode ser feito diretamente no cartório, por escritura pública, caso o casal não possua filhos menores ou incapazes. Entretanto, a oficialização do rompimento por meio do divórcio deverá ser feita pela via judicial, se houver filhos menores e incapazes. (DINIZ, 2014)

O divórcio, é dividido em duas possibilidades, podendo ser litigioso ou consensual. O divórcio consensual, refere-se àquele que acontece de comum acordo entre os cônjuges e pode ser realizado extrajudicialmente, em cartório, já o litigioso ocorre quando há divergências entre o casal e faz-se necessária a sentença de um juiz para extinguir o vínculo criado pelo matrimônio. (DINIZ, 2014)

Nos casos onde existem filhos provenientes da união, que sejam menores de idade, mesmo existindo comum acordo entre os pais, o divórcio terá que ocorrer em juízo, para que se definam questões como a guarda dos filhos, pensão alimentícia e direito de visitas.

Com relação à divisão de bens no processo, observa-se o regime de união quando do casamento, assim, se o casal havia se casado sobre o regime de comunhão parcial de bens, somente os bens adquiridos depois da formalização da união são objeto de divisão; em se tratando de separação total de bens, não há comunicação entre os patrimônios das partes; quando se fala de comunhão universal de bens, a comunicação dos bens de ambos os cônjuges é total, ou seja, deve ocorrer a divisão em percentuais iguais para cada um. (FONSECA, 2013)

O Novo Código de Processo Civil tendo entrado em vigor em 2015, tem foco total para que sejam resolvidos os conflitos de forma amigável das demandas

envolvendo famílias, principalmente quando constarem com a presença de menores, evitando os traumas comuns causados por batalhas judiciais, como a alienação parental por parte de um dos genitores contra o outro. (FONSECA, 2013)

A mediação, nestes casos, pode ser mais vantajosa do que o próprio processo, por sua eficácia e também por causar menos desgastes dos envolvidos em um divórcio, entretanto, não havendo possibilidades de acordo, o judiciário passará a contar ainda mais com profissionais de outras áreas, como é o caso dos psicólogos, visando a redução de conflitos em casos conturbados.

3.2.3 Da Guarda dos Filhos

Em 2014, foi sancionada a Lei nº 13.058 que tornou a guarda compartilhada uma regra, até em casos de conflito entre os pais do menor. A lei, que tem como objetivo dividir a responsabilidade sobre a criança entre o casal e impedir que desentendimentos entre os pais acabem afetando a vida da criança, que mudou bastante a dinâmica das famílias depois de uma separação. A alteração, basicamente, diz que a responsabilidade sobre os filhos é de ambos, independentemente do cônjuge que possui a guarda. (FONSECA, 2013)

Em relação ao direito de família, a guarda é sobretudo o interesse do menor para seu melhor bem-estar, princípio que deve reger tais ações, caso os pais estejam em desacordo, a guarda compartilhada não trará benefícios e sim instabilidade. E se a base para ações dessa natureza é justamente a proteção integral à criança e adolescente, na forma do artigo 227 da CF/88, como também no artigo 3.º do ECA – lei 8.069/90.

Art. 227 CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Não obstante, o artigo 6.º do ECA ainda diz:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os

direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (BRASIL, 1990)

E justamente tendo em vista essa parte final do artigo, “a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento”, é que entraremos em um tema que além de bastante relevante, tem se tornado o pilar das discussões em relação da guarda e visitação: a alienação parenta.

3.2.4 Pensão alimentícia

Os alimentos são prestações que servem para satisfação das necessidades vitais de quem não consegue se sustentar pelos seus próprios meios e esforços. Visa suprir os gastos com a alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversão, e com recursos para a instrução e educação, se for menor de idade. (FRANZONI, 2015)

O direito a alimentos, então, engloba os valores, prestações, bens ou serviços que são destinados à satisfação das necessidades de manutenção da pessoa. O direito a alimentos decorre das relações de parentesco, em razão do fim das relações matrimoniais ou da união estável, e em razão dos direitos de amparo à infância e ao idoso. (FRANZONI, 2015)

Vale salientar que a obrigação da prestação dos alimentos é recíproca entre os pais e filhos. Os Pais são obrigados por lei a prestar alimentos aos filhos menores e incapazes, e filhos adultos também são obrigados a prestar alimentos aos pais necessitados. A relação de dever de alimentos entre pais e filhos é a mais comum. Os outros parentes descendentes, ascendentes e colaterais só serão obrigados a pagar alimentos no caso de impossibilidade comprovada dos pais e filhos. (FRANZONI, 2015)

Com o objetivo de mais celeridade e resultados, a ação de alimentos entre pais e filhos, são conduzidas por um procedimento judicial especial, regulado pela Lei de Alimentos (Lei 5478/68). (BRASIL, 1968)

Para pedir alimentos com base na lei nº 5478/68, é necessária a apresentação de uma prova anterior, que demonstre a obrigação alimentar. Uma

pessoa pode ter essa prova em razão do parentesco, quando filho deve-se apresentar a certidão de nascimento, em razão do casamento deve-se comprovar pela certidão de casamento, em razão da união estável que comprove por escritura pública ou contrato particular, ou até mesmo em razão de sentença judicial nos divórcios, dissolução de união estável, tutela e curatela. (FONSECA, 2013)

3.2.5 Pensão entre os cônjuges

O pagamento de pensão alimentícia também poderá ser exigido entre os cônjuges, ou seja, um dos ex-companheiros poderá pagar pensão para o outro, conforme determina o artigo 1694 do CC:

Art. 1694. 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.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (BRASIL, 2002)

Entretanto, vai depender vários fatores que deverão ser avaliados no caso concreto. Um dos principais fatores a ser levado em consideração pelo Juiz ocorre quando um cônjuge deixa de lado sua vida pessoal ou por livre escolha decide se dedicar exclusivamente ao companheiro, casa e filhos, nesses casos, na maioria das vezes é fixado valor de pensão em favor daquele que abriu mão do mercado de trabalho externo e dedicou anos de sua vida apenas a família. O motivo para que exista este instituto, se decorre do fato de clara impossibilidade de inserção no mercado de trabalho. (GONCALVES, 2015)

Um caso famoso de pagamento de pensão alimentícia entre cônjuges ocorreu entre o jogador de futebol e sua ex-esposa, uma jovem atriz. Em primeira instância a pensão alimentícia foi fixada em R\$ 50.000,00. A juíza argumentou que a jovem atriz abriu mão de contratos de alta monta e de todo o trabalho para viver com o atleta no exterior.

3.3 Ocasões de conversão de separação para divórcio.

Tratando-se de conversão da separação judicial em divórcio, esta pode ser requerida por um ou por ambos os cônjuges, devendo, para tanto, cumprir o que determina o artigo 1.580, do Código Civil e artigo 35 da Lei n.º 6.515/77:

Com a Emenda Constitucional 66, qualquer dos cônjuges pode, a qualquer momento, buscar o divórcio sem precisar de causas ou motivos. A EC retirou do texto o dispositivo que se referia à separação judicial e aos requisitos temporais para a obtenção do divórcio. (GONCALVES, 2015)

Nesse sentido, o juiz de Direito Décio Luiz José Rodrigues diz que a conversão da separação em divórcio é legalmente possível. Segundo ele, a conversão pode ser feita inclusive pela via extrajudicial, conforme artigo 52 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça. “Dessa forma, não há necessidade de se aguardar o antigo prazo de um ano de separação para se pedir a conversão e está, na prática, vai corresponder a um próprio pedido autônomo de divórcio e amparado na mudança Constitucional, sem requisito algum, nem se cogitando de culpa”. (2014, *online*)

Diante dessa facilidade, o também juiz de Direito Nemércio Rodrigues Marques disse que é importante lembrar que a Emenda 66 não excluiu a possibilidade de separação judicial (litigiosa ou consensual). “Ela apenas disciplinou de forma diversa o instituto do divórcio”. (2014, *online*)

CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou toda a fase do direito de família, desde os primórdios da constituição da família, até o término da relação e do vínculo através do divórcio. Trazendo inclusive as possibilidades da efetivação do divórcio consensual.

Como amplamente explanado, observa-se que o tema ainda causa dúvidas na sociedade, a respeito dos efeitos do divórcio e da separação. Com isso um dos objetivos do presente trabalho é esclarecer todas as possíveis dúvidas a respeito do tema.

O instituto do divórcio, foi instituído com a Emenda constitucional número 9 do ano de 1977, porém com diversas barreiras por parte do Estado a fim de dificultar a sua concessão, sob argumento de que desta forma estaria protegendo a família.

Até que com a Constituição Federal de 1988, ocorreu mais uma grande evolução do direito civil brasileiro, onde deu novos contornos a entidade família, dando uma nova característica para o casamento e removendo sua indissolubilidade.

Porém apesar de todas essas mudanças apenas em 2010, com a Emenda Constitucional 66, finalmente os casados ganham a verdadeira autonomia e aplicaram o princípio do direito de família da intervenção mínima do Estado. Onde excluiu do ordenamento jurídico qualquer requisito para que pudesse se divorciar.

O casal que não tivesse mais uma comunhão saudável e feliz com seu

cônjuge, a qualquer momento poderia se divorciar e começar sua vida nova, sem qualquer vínculo com seu ex cônjuge.

Para maior facilidade ainda, o legislador prevê a possibilidade do divórcio extrajudicial, cumprindo os requisitos de total consentimento entre ambas as partes, os cônjuges maiores e capazes e a não existência de filhos menores, cumprindo todos esses requisitos o divórcio pode perfeitamente ser realizado em cartório por meio de escritura pública.

Com todas essas mudanças, facilitando cada vez mais a dissolução do casamento e com a intervenção mínima do Estado trouxe a separação uma situação de desuso, pois não haveria mais motivos para se efetuar a separação e manter o vínculo matrimonial, ficando vinculado com seu ex cônjuge. O divórcio já romperia tudo, não deixando espaço para o uso do divórcio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf. Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

ALVES, Jones Figueiredo. **Abuso de direito no direito de família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte, IBDFAM, 2006.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé. **A “Despenalização” do direito de famílias**. In, BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique. Família e jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BALBRLA, João Rubens Pires; STEINER, Renata Carlos. **União estável como ato-fato: importância da classificação**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, nº 18, 2012.

BERENICE, Maria. **Manual De Direito Das Família**. 10 edição. Revistas dos Tribunais, Rio de Janeiro, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 3. Ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. Ed. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set 2017.

_____. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990** (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 20 set 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 26 nov 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família**. Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004.

_____. **Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar.** In SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. Casamento: uma escuta além do Judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006.

CAHALI, Yussef Said. Separações conjugais e divórcio. 12 ed. São Paulo. Ed, RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro.** Saraiva, 4 edição, São Paulo, 2014.

EHRHART JUNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no direito contemporâneo:** Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador, Juspodivm, 2010.

FONSECA, Priscila M. P. Correia da. **Direito Civil.** Vol 5, 17 edição, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** Direito de família, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado Do Direito De Família.** Bookseller, São Paulo, 2001.

MONTEIRO, Washington Barros, SILVA, Reina Beatriz da. **Curso de Direito Civil:** Vol. 2 - Direito da Família, 42ª edição. Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** Direito de Família, 7ª edição. Forense, 12/2015.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil:** Direito de Família, 25ª edição. Forense, 2017.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo R., **Direito civil.** Florianópolis, Editora Conceito, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - **Direito de Família.** Vol. 6 - 28ª Edição - Coleção Direito Civil. Saraiva, 2004.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Divórcio e separação coexistem no ordenamento jurídico mesmo após EC 66.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Div%C3%B3rcio-e-separa%C3%A7%C3%A3o-coexistem-no-ordenamento-jur%C3%ADdico-mesmo-ap%C3%B3s-EC-66>. Acesso em: 26 set 2017.

_____. **Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges>. Acesso em: 26 set 2017.

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil - Vol. IV - **Responsabilidade Civil**, 15ª edição. Atlas, 2015.