



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

BRUNO PATRICK DE OLIVEIRA FRAGA

**O INSTITUTO DO DIVÓRCIO: ASPECTOS ALUSIVOS A DISSOLUÇÃO DO
VÍNCULO CONJUGAL**

ARACAJU
2019

BRUNO PATRICK DE OLIVEIRA FRAGA

**O INSTITUTO DO DIVÓRCIO: ASPECTOS ALUSIVOS A DISSOLUÇÃO DO
VÍNCULO CONJUGAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Administração
e Negócios de Sergipe FANESE como requisito
parcial e obrigatório para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Orientador: Professor **Brício Luís da
Anunciação Melo**

**ARACAJU
2019**

F811i FRAGA, Bruno Patrick de Oliveira

Instituto do Divórcio: Questões Alusivas a Dissolução do Vínculo Conjugal / Bruno Patrick de Oliveira Fraga; Aracaju, 2019. 55p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Bricio Luis da Anunciação Melo .

1. Dissolução.matrimonial 2. Divórcio 3. Separação 4. Casamento.

347.6272 (813.7)

Dados de Catalogação

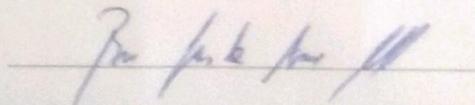
BRUNO PATRICK DE OLIVEIRA FRAGA

INSTITUTO DO DIVÓRCIO: Questões Alusivas a Dissolução Do Vínculo Conjugal

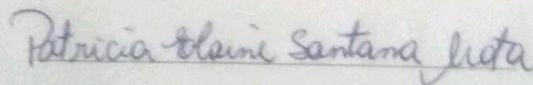
Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 05/12/2019

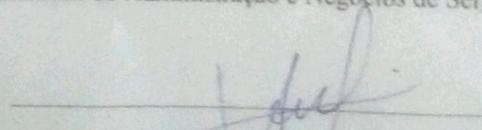
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Bricio Luis da Anunciação Melo (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Patrícia Elaine Santana Mota
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. João Carlos Medrado Sampaio
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a **Deus e a Nossa Senhora das Graças**, pois, me ajudaram bastante nesse processo de confecção do Trabalho de Conclusão de Curso. Durante a confecção da monografia, passei por muitos problemas pessoais e de saúde. O trabalho foi feito durante o horário das aulas e horas vagas na biblioteca da faculdade, pois, o meu computador está quebrado. Fiquei doente durante dias, perdi muitos quilos em pouquíssimo tempo, fiquei bastante debilitado, desidratado, não andava, não conseguia me alimentar direito, devido, a uma doença viral que atacou os meus rins e coluna. Diuturnamente sentia fortes dores nos rins, dores de cabeça e infelizmente, tive que trancar algumas matérias, pois, precisava cuidar da saúde.

Passei por dias horríveis, tive que utilizar alguns medicamentos intravenosos e via oral. Cogitou-se até o trancamento do semestre. Ainda estou em recuperação, inclusive, faltei aula na sexta-feira do dia 19 de outubro de 2019 por ter passado mal. Só Deus sabe o quanto foi difícil passar por tudo isso. Posteriormente, quero agradecer a **minha família, pai, mãe e irmão**, estes me deram todo apoio, atenção, incentivo, carinho e força. Posso afirmar que, sou um homem rico por ter o que o dinheiro jamais será capaz de comprar, afinal, tenho o melhor irmão do mundo, a melhor mãe do mundo e o melhor pai do mundo. Quero agradecer também ao meu Orientador e Professor **Brício Luís da Anunciação Melo**, pela paciência, compreensão, educação e respeito. Gostei bastante do professor Bricio, tem um coração imenso, sem comentários!

Agradeço ao professor **Eudes de Oliveira Bomfim** pela humildade absurda, educação, amor ao trabalho e excelência profissional, quero destacar que no dia 19 de outubro de 2019, das 7:30 as 22:00 horas da noite, este professor ficou disponível na FANESE para tirar dúvidas e ajudar os alunos na estruturação do trabalho acadêmico, tudo isso sem ganhar um centavo. Inclusive, neste mesmo dia, este incrível professor deixou de almoçar para me ajudar no TCC, ficamos até quase 15: 00 horas da tarde. E por mais incrível que pareça, o Professor Eudes fez tudo isso com sorriso no rosto, educação e interação, me tratou muito bem, não foi grosso com ninguém, pelo contrário, sorria bastante, contava histórias e compartilhava conhecimento. Tenho um carinho imensos por todos eles!

RESUMO

No Brasil o casamento está presente desde a época imperial segundo as normas da Igreja Católica, porque o catolicismo era a religião oficial de Portugal e a problemática envolve-se acerca da indissolubilidade do matrimônio, sendo este, ferrenhamente defendido pela sociedade antiga. No entanto, apesar de todo este caráter de perpetuidade do casamento, com a evolução da sociedade, houve a possibilidade de dissolução matrimonial.

Uma das primeiras normas relativas ao desfazimento do casamento, surgiu com o denominado Código de Hamurabi ou Lei de Talião, criada pelo rei Hamurabi, por volta do século XVIII, este complexo de normas jurídicas baseadas em sanções, pautava-se sobre diversos assuntos, como por exemplo, relações familiares, agricultura, pecuária e dentre outros.

O referido código trazia possibilidades para a dissolução matrimonial, por exemplo, em caso de infertilidade da mulher, adultério, moléstia grave transmissível ou abandono do lar conjugal, poderiam requer o divórcio e o transgressor da norma jurídica vigente, teria uma punição severa, inclusive, podendo ser condenado a pena de morte. Dessa forma, houve o rompimento do caráter matrimonial eterno, dando-se a faculdade de optar desfazer o vínculo matrimonial sob justificativa das possibilidades citadas acima.

Desse modo, a pesquisa aborda acerca da dissolução sociedade e do vínculo conjugal, sendo possível através do falecimento de um dos cônjuges, anulação ou nulidade matrimonial, separação judicial e pelo divórcio.

Palavras-chave: Dissolução matrimonial. Separação Judicial. Separação Extrajudicial Divórcio.

ABSTRACT

In Brazil, marriage has been present since the imperial era according to the norms of the Catholic Church, because Catholicism was the official religion of Portugal and the problem is involved about the indissolubility of marriage, which is strongly defended by ancient society. However, despite all this character of perpetuity of marriage, with the evolution of society, there was the possibility of marriage dissolution. One of the first rules relating to the undoing of marriage, arose with the so-called Code of Hammurabi or Law of Talion, created by King Hammurabi, around the eighteenth century, this complex of legal rules based on sanctions, was based on various issues, such as family relations, agriculture, livestock and among others. This code brought possibilities for the dissolution of marriage, for example, in case of infertility of the woman, adultery, serious transmissible disease or abandonment of the conjugal home, could require divorce and the transgressor of the current legal rule, would have a severe punishment, including, and can be sentenced to death penalty. Thus, there was a rupture of the eternal matrimonial character, giving the possibility to choose to undo the matrimonial bond under justification of the possibilities mentioned above. Thus, the research deals with the dissolution society and the marital bond, being possible through the death of one of the spouses, annulment or marriage nullity, judicial separation and divorce.

Versão do resumo em inglês.

Keywords: Marriage Dissolution. Judicial Separation. Extrajudicial Separation. Divorce

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIVÓRCIO	9
2.1 Formas de Dissolução de Acordo com o Código de Hamurabi: Infertilidade da Mulher	
2.2 Abandono do Leito Conjugal ou a Fuga para Cidade	
2.3 A Mulher Acumulou Bens, Decidiu Abandonar o Leito Conjugal, Negligenciado a Casa e o Marido	
2.4 Repulsa por Infidelidade do Marido	
2.5 A Mulher que era Representante do Sagrado	
2.6 Moléstia Grave da Mulher	
3 ASPECTOS LEGAIS E ATUAIS DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL	
..... Error! Bookmark not defined.	
3.1 Diferenciação entre Sociedade Conjugal e Vínculo Matrimonial	
3.2 Hermenêutica Constitucional e Perecimento da Separação de Direito	
3.3 Anulação da Culpa e o Lapso Temporal na Dissolução Matrimonial	
3.4 As Causas Responsáveis pelo Término da Sociedade e Vínculo Conjugal	
3.5 Hipóteses que Geram a Nulidade ou Anulação Matrimonial	
3.6 Espécies de Separação	
3.7 Separação Judicial e Extrajudicial	
3.8 O Divórcio e suas Modalidades	
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS	51
ANEXOS	Error! Bookmark not defined.

1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar ao referido instituto do divórcio, deve-se compreender que, o casamento foi introduzido no Brasil desde a época do Império que estava sob a égide da Igreja Católica Apostólica Romana e tinha como preceito ou norma, de que o casamento era indissolúvel, constituído como um vínculo a se perdurar durante toda uma vida harmoniosa no âmbito conjugal.

Neste período, mesmo com o chamado Divórcio Canônico, previsto com advento do decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, instituído pelo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório, que baseava-se na separação dos corpos, por motivos de adultério, mútuo consentimento dos membros da relação conjugal, desde que fossem casados por um período de 2 anos ou por abandono espontâneo do domicílio conjugal em um prazo de 2 anos consecutivos. Portanto, pautava-se na chamada “Separação de Corpos”, que seria o afastamento de um dos cônjuges do domicílio conjugal, mas, no entanto, não haveria o rompimento do vínculo matrimonial.

O divórcio é a medida que tem como fundamento a dissolução do vínculo matrimonial válido, trazendo como consequência a nulificação de deveres relativos ao ambiente conjugal. No ordenamento jurídico nacional em vigência, o referido instituto trata-se de um modo voluntário de dissolução da relação conjugal, sem que haja uma causa que se possa especificar, tendo de forma compreensível apenas a manifestação de vontade pura e simples, em relação a um dos cônjuges ou por um desejo recíproco dos envoltimentos na relação matrimonial, a partir disso, configura-se capaz a permissão para a concessão de novos vínculos de matrimônio.

O Código Civil de 1916 previa o ato jurídico pelo qual se dissolve a sociedade conjugal, com separação de corpos e bens dos cônjuges, tendo como denominação de “desquite”, sendo este, também instituído sem quebra do vínculo matrimonial.

Após a Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de junho de 1977, que se implicou como

aplicação no Brasil o chamado “divórcio vincular”, este, passou-se a dissolver o casamento, rompendo o vínculo patrimonial e possibilitando contrair novo matrimônio.

Atualmente, a velocidade em relação a constituição dos relacionamentos e do seu término ocorre de uma forma absurdamente célere, sobretudo, com o avanço tecnológico e possibilidade de entrarmos em contato com pessoas que residem em diversas partes do planeta. Por isso, o modelo antigo que impedia novas formas de arranjos familiares, deixa de existir e dá lugar a novas possibilidades no que diz respeito a busca de uma vida conjugal harmoniosa e prazerosa.

Ademais, hoje em dia, com o advento da multiplicidade de meios para a constituição de uma família e bem como um ambiente matrimonial válido e saudável, respeita-se o princípio da busca da felicidade e bem como a dignidade da pessoa humana, sobretudo, no quesito de ser o divórcio uma forma para a extinção de uma relação conjugal que não há mais a possibilidade de reconciliação.

Diante do que foi exposto, desperta-se como questionamento principal: Quais as formas de extinção do vínculo conjugal. Desta forma, serão explanadas as causas que atingem a dissolução do vínculo conjugal, relativas ao falecimento de um dos cônjuges, nulidade ou anulação matrimonial, separação judicial e divórcio, bem como a inovação constitucional que impede a discussão acerca da culpabilidade na ação de divórcio. A emenda constitucional nº66 de 2010, que trata acerca da alteração do art.226 §6º referente ao casamento civil dissolvido pelo divórcio, retirando os requisitos do tempo e da prévia separação.

O Objetivo deste estudo é demonstrar os mecanismos jurídicos que tratam da dissolução matrimonial, bem como, as diferenças relativas a dissolubilidade do casamento, desde o império aos dias atuais.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIVÓRCIO

A manutenção da família é um dos principais objetivos de todos os seres humanos, pois, para compreender-se o arcabouço estrutural de uma sociedade, deve-se entender a sua formação, consolidação e o desfazimento das famílias.

Em momento histórico primário, ocorria uma gigantesca resistência jurídica à extinção do vínculo conjugal, admitindo-se apenas em caso de falecimento ou ratificação e reconhecimento do matrimônio no que diz respeito a sua nulidade. Portanto, seu contexto histórico se deu de maneira tão vagarosa quanto polêmica, afinal, a religião, seus preceitos e dogmas tinham uma influência notável no que diz respeito ao instituto do divórcio. Devido a isso, qualquer mutabilidade e inovação em relação ao desfazimento, extinção ou dissolução do matrimônio, causava temor e conseqüentemente, discussões acerca do tema.

Alguns povos antigos reconheciam a dissolução do vínculo do matrimônio, como o código de Hamurabi e o Velho Testamento do povo hebreu.

O código de Hamurabi, contém dispositivos relativos ao casamento e ao divórcio, como por exemplo, os genitores eram responsáveis pela combinação relativas à união dos noivos, instituído por meio de um contrato, acordo entre as partes destes.

No tocante a realização do casamento, havia o pagamento de um determinado preço, ou dote, como o chamavam, sendo por meio de pecúnia ou pela realização de prestação de serviços. Na antiguidade, o casamento era vislumbrado como um contrato financeiro ou aliança a ser firmada, conseqüentemente, os contraentes do vínculo matrimonial da época conheciam as suas respectivas noivas ou noivos, no exato momento da realização da cerimônia matrimonial.

Como de costume, nessas sociedades remotas, as mulheres tinham alguns direitos deturcados e mitigados em conformidade aos seus maridos, sendo estes, de acordo com a estrutura patriarcal da época, considerados chefes de família e provedor da alimentação, administração e gerência familiar. Inclusive, em relação a prática de adultério, do qual as mulheres sofriam sanções e punições mais graves do que os seus maridos adúlteros, sendo estas não perdoadas pela prática da infidelidade e por conseguinte, julgadas e condenadas a maior e a pena mais desprezível moralmente que é a morte, juntamente com os seus concubinos.

A mulher sempre sofreu por sua “fragilidade”, tanto que, elas eram “obrigadas” para a manutenção do casamento, aceitar dentro do escopo familiar da época a admissão de concubinatos para a divisão de obrigações sexuais, satisfazendo-os como uma máquina de prazeres.

Desta forma, referente a união matrimonial o Código de Hamurabi em seu artigo 128 diz "Se um homem tomou uma esposa e não redigiu seu contrato, essa mulher não é sua esposa". Este artigo refere-se a mulher legítima, aquela que seguiu os tramites da época para adquirir o vínculo matrimonial. Nesse sentido, a mulher herdará os bens após a morte de seu marido através da transferência de propriedade, conhecida como dote e a outra parte será repartida de forma igualitária aos filhos. No entanto, na prática as viúvas que não possuíam descendentes ou não contraíam um outro casamento, perderia tudo, admitindo-se inclusive até a prática do casamento levirato.

O casamento levriato, traz como vocábulo a derivação da palavra em latim *Levir*, que significa cunhado, portanto, seria o matrimônio da viúva sem filhos com o irmão do marido. Tratava-se de dogmas religiosos da época, expressos na Bíblia Sagrada que diz “ Então Judá disse a Onã: "Case-se com a mulher do seu irmão, cumpra as suas obrigações de cunhado para com ela e dê uma descendência a seu irmão" (GÊNESIS, 38:8).

Estas regras sociais resultantes da prática reiterada de forma prolongada e generalizada, tornando-se portanto obrigatória, é mencionado no Antigo Testamento como uma das leis de Moisés. A desobediência do Casamento Levriato, seja total ou parcial, acarretava sanções graves. O homem que recusar-se no que diz respeito ao cumprimento da lei, seria exposto perante o público e era execrado, muitas vezes, condenados à morte.

O livro Sagrado de forma expressa diz:

Quando irmãos morarem juntos, e um deles morrer, e não tiver filho, então a mulher do falecido não se casará com homem estranho, de fora; seu cunhado estará com ela, e a receberá por mulher, e fará a obrigação de cunhado para com ela. E o primogênito que ela lhe der será sucessor do nome do seu irmão falecido, para que o seu nome não se apague em Israel. Porém, se o homem não quiser tomar sua cunhada, esta subirá à porta dos anciãos, e dirá: Meu cunhado recusa suscitar a seu irmão nome em Israel; não quer cumprir para comigo o dever de cunhado. Então os anciãos da sua cidade o chamarão, e com ele falarão; e, se ele persistir, e disser: Não quero tomá-la; Então sua cunhada se chegará a ele na presença dos anciãos, e lhe descalçará o sapato do pé, e lhe cuspirá no rosto, e protestará, e dirá: Assim se fará ao homem que não edificar a casa de seu irmão; E o seu nome se chamará em Israel: A casa do descalçado. (DEUTERONÔMIO 25:5-10).

Segundo a Bíblia Sagrada “Onã, porém, soube que esta descendência não havia de ser para ele; e aconteceu que, quando possuía a mulher de seu irmão, derramava o sêmen na terra, para não dar descendência a seu irmão “. (GÊNESIS 38:9)

Esta passagem bíblica diz a respeito do cunhado que se casou com a viúva do seu

irmão, no entanto, não queria gerar descendentes com a mesma.

Percebe-se que apesar do estabelecimento de normas religiosas para o casamento, regramentos e códigos da época também traziam a possibilidade do término do matrimônio.

O Código de Hamurabi tipifica e impões condições necessárias relativas a dissolução do vínculo matrimonial, também chamadas de carta de repúdio.

O divórcio ou as cartas de repúdios, eram manifestadas às famílias das mulheres que infringiram as condições abaixo ou até mesmo expostas diante de tribunais. Admitia-se a dissolubilidade do casamento de acordo com o Código de Hamurabi nas seguintes condições:

2.1 Formas de Dissolução do Casamento de acordo com o Código de Hamurabi: Infertilidade da Mulher

O marido da mulher estéril tinha duas possibilidades para exigir a dissolução do vínculo matrimonial, que seria abandoná-la ou devolvê-la para a família, em caso de resistir no tocante a possibilidade de ter uma segunda mulher. Considerado uma das condições mais dolorosas, tristes e marcantes, a infertilidade era vista como uma ameaça ao patrimônio familiar. Existem dois artigos referentes ao tema, como o artigo 138 do Código de Hamurabi diz “Se um homem quer abandonar sua primeira esposa, que não lhe gerou filhos, dar-lhe-á a prata correspondente, isto é, o preço que o pai do noivo pagou ao pai da noiva e restituir-lhe-á o dote que trouxe de seu pai. Só então poderá abandoná-la.”

Inclusive, na Grécia antiga isto também era condição para que fosse admitido o divórcio. E por último, o artigo 139 que diz “Se o pai do noivo nada pagou e não houve dote, dar-lhe-á uma mina de prata como indenização do repúdio.”

Afinal na época o casamento era um tipo de contrato do qual aceitavam-se o pagamento em pecúnia ou serviços prestados.

2.2 Abandono do leito conjugal ou a fuga para a cidade

A fuga do homem para um outro local, no sentido de negligenciar e abandonar a sua esposa, é considerado uma das condições para o divórcio e diante disso, a mulher não será obrigada a aceitá-lo em caso de arrependimento, pois ele a desprezou, abandonando-a. Este

fundamento encontra-se no artigo 136 do Código de Hamurabi.

2.3 A Mulher Acumulou Bens, Decidiu Abandonar o Leito Conjugal, negligenciando a Casa e o Marido

A esposa que reside na casa do seu respectivo marido, decidiu abandoná-lo após guardar bens para si, dilapidando-se, o marido terá duas possibilidades, podendo repudiá-la, não oferecendo nada, nem o custo para viajar, bem como indenização com a dilapidação do matrimônio. E a segunda possibilidade é não a repudiar, contraindo relacionamento com outra mulher e a sua esposa viverá em sua residência como uma escrava ou serviçal. Esta norma está prevista no art.141 do Código de Hamurabi.

2.4 Repulsão por Infidelidade do Marido

Trata-se da malevolência relativa ao homem infiel, sendo esta analisada nos tribunais e consequentemente comprovada. Ou seja, a mulher que cumpria com as obrigações de esposa e fosse traída, humilhada, execrada pelo homem que contraiu o matrimônio, terá a possibilidade de resgatar o seu dote e retornar a casa dos pais, em caso de não ter culpa da infidelidade. No entanto, se a esposa é culpada, seja por desonrar o marido ou destruir o vínculo familiar ou em caso de suspeita, será jogada no rio, caso morra afogada, automaticamente seria ratificada a culpabilidade. Pode-se constatar nos artigos 142 e 143 do Código de Hamurabi

Esse caso é analisado nos tribunais para testar a conduta da mulher em casa. Deve ser comprovada a infidelidade e humilhação do marido apesar da postura correta da esposa com as suas obrigações de mulher e dona de casa, de acordo com o art. 142 Se uma mulher tomou aversão a seu marido e disse-lhe: 'Tu não terás relações comigo', seu caso será examinado em seu distrito. Se ela for irrepreensível e não tiver falta e seu esposo for um saídor e a tiver humilhado muito, essa mulher não tem culpa, ela tomará o seu dote e irá para a casa de seu pai." "art. 143 Se ela não é irrepreensível, mas é saídora, dilapida a sua casa e desonra seu marido, jogarão essa mulher n'água."

2.5 A mulher que era representante do sagrado

A autoridade ou ministro religioso era chamado de sacerdote ou sacerdotisa.

As mulheres sacerdotisas possuíam a anuência no que tange a prática de atos jurídicos em nome próprio, tendo inclusive, o poder de adquirir, investir e administrar os seus próprios negócios, por meio da alienação de bens imobiliários, podendo ter independência financeira, tendo condições para manter-se em caso de dissolução matrimonial. No entanto, só poderiam contrair novo matrimônio após a criação dos seus descendentes.

Desta forma, um homem que decidiu findar o casamento com uma sacerdotisa, que lhe gerou descendentes, devolverá a ela o seu dote e lhe dará metade da terra, bens móveis e a sacerdotisa instruirá os seus filhos. Após o período de educação e criação dos filhos, de tudo que foi deixado para eles dar-lhe-á a parte correspondente à de um herdeiro e o homem de seu coração poderá tomá-la por esposa.

As condições enumeradas acima, trata-se dos motivos para a concessão do divórcio de acordo com o Código de Hamurabi. Além disso, traz possibilidades que inadmita a dissolução do vínculo matrimonial ou a carta de repúdio, sendo estes:

2.6 Moléstia Grave da Mulher

Se o homem contraiu o matrimônio com uma mulher e este foi diagnosticada com patologia transmissível, e se ele decidiu esposar outra mulher, ele terá esse direito, contudo, não poderá repudiar a esposa doente. Ela continuará residindo no leito conjugal e o marido continuará sustentando-a enquanto vida estiver. Porém, caso a esposa não aceite essa condição, o homem poderá devolver o dote que trouxa da casa do pai e ela poderá ir embora.

O divórcio ou carta de repúdio não foi condenado nas Escrituras por causa das condições desfavoráveis impostas à mulher pela cultura da sociedade e por causa da poligamia. Mas havia condições explícitas e bem definidas para a concessão da carta.

Em diversas sociedades também houve a relutância a concessão do divórcio, como em Roma, sendo vetado nos primeiros anos. Contudo, após toda esta oposição romana relativa a dissolução do vínculo matrimonial, não só no Império, como também em diversas classes, o divórcio ganhou força. Porém, no início apenas os homens detinham a faculdade de pedir o divórcio, posteriormente, estendeu-se as mulheres, com a possibilidade de haver um consenso

mutuo ou exprimir a vontade de apenas um dos cônjuges presentes no seio matrimonial.

Em contrapartida, o cristianismo adotou providências e normas efetivas para dificultar ou erradicar com a possibilidade de desfazimento do vínculo matrimonial. Por estar fundado nos princípios morais e religiosos, o casamento deveria ser eterno, como dizem “até que a morte nos separe”.

A Bíblia Sagrada traz de forma expressa ao dizer:

Porque a mulher que está sujeita ao marido, enquanto ele viver, está-lhe ligada pela lei; mas, morto o marido, está livre da lei do marido. De sorte que, vivendo o marido, será chamada adúltera se for de outro marido; mas, morto o marido, livre está da lei, e assim não será adúltera, se for de outro marido. (Romanos 7: 2, 3)

Com o domínio da Igreja Católica por ser a religião oficial da antiga metrópole Portuguesa, gerou grande influência normativa em relação a contrair matrimônio na sociedade do Ocidente, sobretudo, na sociedade brasileira.

Assim sendo, o casamento introduzido no Brasil na época do império e este estava sob o regimento da Igreja Católica, que efetivava a aplicabilidade das normas através das disposições contidas 19º concílio ecumênico da Igreja Católica, o Concílio de Trento, realizado em 1545 a 1553, também era denominado de Concílio Contrarreforma, pois está inserida no contexto da Reforma da Igreja Católica e da reação à divisão então vivida na Europa devido à Reforma Protestante. Este, tratava do não desfazimento do casamento.

Desta forma, o casamento era considerado como uma união indissolúvel absoluta do vínculo conjugal, excluindo qualquer possibilidade de desfazimento do matrimônio, sendo este, contraído com base no preceito divino, deixado por Jesus Cristo na Bíblia Sagrada que diz:

Alguns fariseus chegaram perto dele e, querendo conseguir alguma prova contra ele, perguntaram: — Será que pela nossa Lei um homem pode, por qualquer motivo, mandar a sua esposa embora?
Jesus respondeu: — Por acaso vocês não leram o trecho das Escrituras que diz: “No começo o Criador os fez homem e mulher”?

E Deus disse: “Por isso o homem deixa o seu pai e a sua mãe para se unir com a sua mulher, e os dois se tornam uma só pessoa.” Assim já não são duas pessoas, mas uma só. Portanto, que ninguém separe o que Deus uniu.” (Mateus, 19, 3 –6)

De acordo com o Evangelho, o homem e a mulher devem caminhar juntos para o Reino do Senhor, pautado no amor recíproco, manutenção do vínculo conjugal e no sacrifício em relação aos obstáculos que surgem com o passar da convivência matrimonial e pessoal. Diante disso, o divórcio nunca foi visto com bons olhos por parte do Estado, tendo o caráter de indissolubilidade, pautados em valores religiosos, culturais e morais vigentes na época.

No Brasil, país predominantemente católico, resistiu durante anos a adoção do divórcio como dissolução do vínculo matrimonial, gerando grandes prejuízos para as sociedades. Após uma árdua e intensa batalha legislativa, da qual teve como destaque a força do senador Nelson Carneiro que lutou durante 30 anos contra a oposição da Igreja Católica a possibilidade do divórcio, foi introduzido pela Emenda Constitucional n.9 de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao parágrafo 1º do art.175 da Constituição Federal de 1969, que exterminou o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e o estabelecimento de modelos para a dissolução do casamento, através de lei ordinária.

O referido dispositivo legal retificado ganhou-se a seguinte forma “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Após diversos embates, prevaleceu o código de 1916 a tradição da religião católica, previsto no art.315 que dizia “que o matrimônio válido só poderia ser dissolvido pelo falecimento de um dos cônjuges. O único pedido para os que eram contrários ao divórcio, foi o chamado “desquite”, posteriormente denominado de separação, que permitia o término da sociedade conjugal e a separação de corpos do casal, mas mantinha o vínculo matrimonial, o que impedia novo casamento.

No dia 24 de janeiro de 1890 foi promulgado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, militar, político e primeiro chefe do Governo Provisório da então República dos Estados Unidos do **Brasil**, o Decreto nº 181, instituindo o **casamento civil** no Brasil, que previa o divórcio “athoro et mensa”, que acarretava a separação de corpos, mas sem haver o rompimento do vínculo matrimonial.

O divórcio vincular ou “a vínculo”, que dissolve o vínculo e permite novo casamento, somente passou a ser aplicado no Brasil com a regulamentação da emenda constitucional pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. A sua modalidade básica era o divórcio-conversão, aquela em que inicialmente o casal se parava judicialmente, e decorrido o prazo de três anos requeria a conversão da separação em divórcio.

O divórcio direto tratava-se de uma forma incomum, prevista no art. 40 da Lei 6. 515/ 77 que diz:

No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação. (Redação dada pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989)

§ 1º - O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos.

(Revogado pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989)

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

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

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

§ 3º - Nos demais casos, adotar-se-á o procedimento ordinário.

Portanto, de acordo com o referido artigo, este instituto recai sobre os casais que já estavam separados de fato por um período superior a cinco anos em 28 de junho de 1977.

A Constituição Federal de 1988, modificou o prazo de separação judicial, reduzindo para 1 ano, referente ao divórcio-conversão, incorporando uma nova modalidade de divórcio direto, mas com a comprovação da separação de fato por mais de dois anos.

Houve uma limitação a adaptação acerca da Lei de Divórcio á nova Constituição, em relação a Lei n. 7841, de 17 de outubro de 1989. Contudo, a nova redação ao art.40 da mencionada lei, extingue qualquer probabilidade de discussão acerca da causa eventualmente culposa da separação. Portanto, a única condição para a realização do divórcio direto tornou a ser, a comprovação da separação de fato por um período superior a dois anos.

O divórcio, segundo o Novo Código Civil, limitou-se a dizer que é uma das causas que motivam findar a sociedade conjugal, tendo o atributo de dissolução do matrimônio válido, constado no art. 1.571, em especial nos incisos IV e § 1º do Código Civil.

De acordo com o referido artigo da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, acerca da sociedade conjugal diz :

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

§ 1º Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que perfez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.

§ 2º Na hipótese do inciso V do art. 1.550, o prazo para anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração.

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

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.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 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 Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão “.

A partir do art. 1.579 do Código Civil, que ratifica e reitera a inalterabilidade do art. 27 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, Lei do Divórcio em relação aos direitos e deveres dos pais no que diz respeito aos seus filhos, em consequência do divórcio e de um novo matrimônio de qualquer um deles.

O art. 27 da Lei do Divórcio aduz:

Art.27 - O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único - O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.

Outro artigo que expressa a regulação da transformação da separação judicial em divórcio é o art.1.580 do Código Civil de 2002, que expõe a seguinte redação:

Do Casamento

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

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

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

O caput do artigo 1.580 do Código Civil sofreu uma invalidação concernente ao requerimento do divórcio a períodos de separação judicial, seja de corpos ou de fato.

Foi concedido uma permissão da qual o divórcio direto pode ser requerido independentemente de prazo, conforme o art.226, § 6º, da Constituição Federal da

República, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 76/ 2010. Desta forma, o divórcio pode ser requerido a qualquer momento, seja por um dos cônjuges ou por ambos.

Qualquer controvérsia em relação a impossibilidade de converter a separação judicial em divórcio pelo não exercício de cumprimento de obrigações reconhecidas na sentença ou pacto de separação judicial, por tratar-se de não obrigatoriedade de exigência prevista na Carta Magna e nos Códigos de Processo Civil e Civil.

O prazo previsto e autorizado no artigo 1.580 do Código Civil de 2002 havia previsão na Constituição Federal em seu art. 226, § 6º que prevê:

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho 2010, oferece nova redação ao § 6 do art. 226 da Constituição Federal, que trata da dissolução do casamento civil pelo divórcio, abolindo a exigência prévia de separação judicial por um período superior a 1 ano ou comprovada a separação de fato por um prazo superior a dois anos.

Desta forma, não haverá mais uma contemplação da Constituição Federal no que diz respeito a separação judicial, em especial, ao requisito voluntário para a transformação em divórcio, tornando-se revogado a parte concernente ao assunto ‘no art.1. 580 do Código Civil.

Conforme compêndio do Superior Tribunal de Justiça, “a decretação do divórcio poderá ser realizada sem que exista prévia partilha de bens “, o art.1581 do Código Civil e, ainda súmula do STJ, trata-se sobre o assunto.

Contudo, o art. 1.523, III, trata-se das causas suspensivas das pessoas que não devem casar, como menciona o referido artigo “o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”.

O Novo Código Civil aduz em seu art. 1.582 “O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges”

Portanto, o mencionado artigo possui o caráter personalíssimo da ação de divórcio, pois, apenas os cônjuges terão legitimidade para tal. Contudo, o parágrafo único do art. 1.582

do Código Civil, refere-se aos casos em que há a incapacidade para o requerimento do divórcio, trazendo a possibilidade de substituição dos cônjuges pelo curador, ascendente ou irmão, uns em falta do outro.

Outro artigo que trata do caráter personalíssimo para a propositura da ação de dissolução judicial é o artigo 1.576 do Código Civil.

Ao tratar dos legitimados para a propositura da ação, aqueles expressos no artigo 1.582, não haverá nenhum ato punitivo para o cônjuge que tiver a iniciativa de ajuizá-la. Desta forma, texto do o art. 26 da Lei de Divórcio não se reproduziu, que trazia uma punição para o cônjuge propositor da ação de separação, nos fatos de desfazimento da vida conjugal em comum por um período superior a um ano e de grave doença mental adquirida posterior ao matrimônio e com possibilidade de cura improvável, com a prestação de assistência material e imaterial do cônjuge.

O novo casamento adquirido pelos pais, bem como o divórcio, não traz como consequências a modificação dos direitos e deveres destes para com os filhos, conforme o art. 1.579, § parágrafo único. Estes direitos e deveres relativos ao poder paternal ou familiar, possui previsão legal.

Conforme o autor Gonçalves (2011, 412) “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

O art. 1.634 do Código Civil de 2002, abarca esses direitos e deveres do poder familiar que diz:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Com a dissolução matrimonial, resultando o divórcio, extinguem os direitos e deveres alimentícios, consequentes do dever de assistência mútua, salvo se houver estabelecimento deste de forma prévia a dissolução do vínculo do matrimônio.

O art. 1.708 do Código Civil, traz no que diz respeito ao novo casamento, a união estável ou concubinato do cônjuge credor da pensão a extinção da obrigação do cônjuge credor.

Segundo o autor Monteiro e Tavares da Silva (2012, p. 280) acerca da pensão do cônjuge credor, diz:

Se continuasse a pensionar o cônjuge credor, que convolou novas núpcias, ou que passou a viver em união estável ou ter relações com outra pessoa que é casada, neste último caso em razão não só da desnecessidade, mas, principalmente, da indignidade desse procedimento.

Porém, o art. 1.709 do Código Civil, traz a possibilidade do devedor contrair matrimônio ou união estável com outra pessoa, o novo casamento ou união estável, não irá alterar a sua obrigação.

3 ASPECTOS LEGAIS E ATUAIS DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

3.1 Diferenciação entre Sociedade Conjugal e Vínculo Matrimonial

Os motivos que acarretam a dissolução da Sociedade Conjugal estão expressos no art.1.571 do Código Civil, tais como: falecimento de um dos cônjuges, casamento nulo ou anulável, separação judicial e por último, o divórcio. O §2 do referido artigo acrescenta que após a dissolução do matrimônio por meio do divórcio ou por conversão, o cônjuge era possibilidade de mudança do nome de casado, exceto, se houver sentença de separação judicial que disponha contrariamente.

A diferença entre sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, consiste no fato do primeiro, ser o convívio, portanto, tratando-se de um complexo de direitos e deveres entre os

cônjuges, já o vínculo matrimonial seria o casamento válido, sendo este último, um instituto maior que a sociedade conjugal. O casamento estabelece, simultaneamente, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Segundo Diniz (2008)

O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto morais quanto as matérias e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo apenas o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Daí não se pode confundir o vínculo matrimonial com sociedade.

De acordo com Gagliano (2010) aduz:

A separação judicial é instituto menos profundo do que o divórcio. Com ela, dissolve-se, tão-somente, a sociedade conjugal, ou seja, põe-se fim a determinados deveres decorrentes do casamento como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando-se também, em seu bojo, realizar-se a partilha patrimonial.

Conforme Gomes (1990), sobre a separação judicial expõe:

A separação judicial não rompe o vínculo matrimonial, mas dissolve a sociedade conjugal. Consiste na separação dos cônjuges “*quoad thorum et habitationem*”, permanecendo intacto o vínculo conjugal -, o que impede novo casamento do separado.

Além de determinar a separação dos cônjuges, a sentença que a homologa ou decreta os desliga dos deveres de coabitação e de fidelidade recíproca. Quanto à dispensa de viverem juntos os cônjuges, sempre se admitiu. Já a liberação do dever da fidelidade recíproca era negada, vindo-se a aceita-la, porque proibido o divórcio vincular e defeso o reconhecimento dos filhos adulterinos, para favorecer a prole dos desquitados. Supressas, como foram, as duas proibições, era, quando menos, desnecessária a menção desse efeito controverso da separação.

Deste modo, o casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges adquirirem ao estado civil de casados, como exclusivos da sociedade constituídas e partícipes necessários. Ademais, a consequência da mudança de status, seria a aquisição de direitos e deveres, de diversos segmentos, morais, econômicos, culturais, religiosos e no âmbito dos bons costumes.

O artigo 1.571 do Código Civil aduz:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

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

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

Portanto, os § 1º e 6º, traz a possibilidade de que a dissolução do vínculo matrimonial somente acontecerá pelo divórcio e pelo falecimento de um dos cônjuges, considerado a morte legítima e a presumida relativa a ausência, nas relações concretas em que o dispositivo legal permite a abertura de sucessão definitiva.

3.2 Hermenêutica Constitucional e Precimento da Separação de Direito

A realização do matrimônio, produz de forma simultânea a sociedade conjugal e o vínculo conjugal. Desta forma, quando o 6º do art. 226 da Constituição Federal, com a atual redação por meio da Emenda Constitucional n.66/ 2010 que retirou a prévia separação judicial por um prazo maior que um ano ou comprovada separação de fato por um período superior a dois anos, permanecendo apenas a possibilidade do casamento civil de ser extinto pelo divórcio, trata do casamento, afirma que, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial poderão ser extintos pelo divórcio. Não desfaz somente o vínculo do matrimônio, como também a sociedade conjugal.

Portanto, não cabe a alegação que trata da possibilidade da permanência da separação judicial e o vínculo conjugal enquanto não houver a extinção dos dispositivos legais que tratam a matéria contidos na Lei n. 10. 406/ 2002 e 11. 441/2007.

O advento da Emenda Constitucional n.66/2010 gerou uma divergência em relação a nova redação dada ao art. 226, §6, em especial, a supressão da parte em que extingue a separação judicial e na hipótese de adquirir divórcio, sem que houvesse o requisito de explicar o lapso temporal relativo a separação de fato ou separação judicial.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de utilização da interpretação literal, só deverá ocorrer em caso de não colisão com outros meios amplos relativos a hermenêutica científica, não havendo a interpretação formal de um preceito normativo provido de sanção.

Ou seja, os métodos interpretativos, sendo eles histórico, racional, sistemático e teleológico, quando utilizados de forma conjunta, harmônica e correta, trará maior amplitude, efetividade e eficiência no que tange a compreensão e o alcance do texto normativo.

Sendo assim, o método de interpretação histórica do texto normativo, baseia-se na análise das circunstâncias exteriores às normas criadas pelo membro da legislatura. Haverá uma investigação dos antecedentes da norma, sendo considerado como um dos melhores ou o melhor métodos de apuração em relação ao significado, vontade e objetivos do legislador quando criou a norma. Por isso, é importante a constatação das circunstâncias relativas a criação da norma, como por exemplo, o fato social, econômico, políticos e o pensamento vigente a época da confecção do dispositivo de lei, não restringindo apenas a interpretação no sentido literal da norma.

Ao aplicar este método de interpretação clássica, deve-se realizar uma pesquisa que perpassa da origem, motivo, fundamento, fatores, elaboração, aprovação e a vigência da norma.

Para retratar a conversão e mudança da Emenda Constitucional n.66/2010, trazendo a justificativa e a exposição dos fatores sociais relativos à aprovação da emenda, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, introduziu na proposta o seguinte texto:

“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 se sustenta. Impõe-se a unificação do divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação 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. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio, que apenas prevê a causa objetiva de separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos. Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender

amigavelmente, máxime em relação a guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial”.

Em relação ao texto inserido acima pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, afirma-se que os motivos que gerou a dissolução do casamento, não é relevante quando por tratar-se de aspectos íntimos e por isso, apenas as consequências jurídicas serão importantes. Desta forma, não poderá e não será interessante no âmbito público a exposição das intimidades dos cônjuges conflitantes.

Outro método clássico interpretativo é o racional ou lógico, que se baseia na razão, buscando a intenção da lei e de quem a criou. Esta vontade ou intenção entende-se de uma forma dúplice, subjetiva e metafórica, de acordo com Magalhães Filho (2013) dispõe essas duas formas de interpretação lógica da norma : “ou como a intenção subjetiva original que imediatamente motivou o surgimento da norma (corrente subjetivista) ou como uma metáfora que se refere a uma vontade intrínseca à norma que encontra raízes na sociedade (corrente objetivista)”.

Pode-se citar como exemplo o advento da Emenda Constitucional n.66/2010 encerrando o ciclo de evolução originado com a Lei do Divórcio de 1977. A aprovação da Emenda Constitucional citada, trouxe um sistema que se separou em divorcistas e antidivorcistas, no que diz respeito a dissolução do vínculo legal do matrimônio. O sistema criado em relação a indissolubilidade matrimonial baseado nos moldes religiosos, sociais e morais, tinha que acompanhar o processo evolutivo, por este motivo, que o Estado deixou de interferir na intimidade, vida privada e interesses íntimos dos cidadãos para acompanhar o avanço do ordenamento jurídico das civilizações ocidentais.

Houve uma superação deste sistema dual de rompimento do vínculo legal matrimonial, do qual Lobo (2009. pag. 127) expõe:

Repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Nota-se a importância da Emenda Constitucional n.66/2010 e bem como a mudança no escopo jurídico e nos valores morais, sociais e religiosos impeditivos da possibilidade da dissolução matrimonial.

E por último, temos o método interpretativo teleológico, que trata-se da técnica que tem por objetivo a importância relativa a qual fim a norma se destina. Esta forma de interpretação normativa possui grande relevância nos órgãos responsáveis pela resolução dos litígios dentro do território brasileiro. Um grande exemplo acerca disso é o Princípio da Finalidade Social do Processo do Trabalho, contido nos princípios peculiares do Processo do Trabalho e tem previsão no art.5º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC- Decreto Lei 46547/42 que diz:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

De acordo com o artigo mencionado, o magistrado ao efetivar a prestação jurisdicional, deve-se pautar na igualdade, isonomia, aplicação proporcional e digna, encaixando-se com o processo de mutabilidade evolução social. Deve-se cumprir o propósito da qual a norma pretender atender, tendo o objetivo de atender os anseios dos cidadãos.

3.3 Anulação da Culpa e o Lapso Temporal na Dissolução do Vínculo Matrimonial

Com o advento e vigência da Emenda Constitucional n.66 que teve como alteração a redação contida no art.226, § 6º da Constituição Federal, trouxe grandes evoluções para o Direito de Família na República Federativa Brasileira.

Sendo uma delas a inexistência de condição para que o divórcio fosse efetivado, sem haver a necessidade de prévia separação judicial ou de fato, não extinguindo a figura da separação judicial do ordenamento jurídico nacional, porém, possibilitou aos cônjuges a efetivação da escolha entre o instituto do divórcio ou a própria separação.

Dentro do âmbito das ações de litígio, existe diversas problemáticas e questões debatidas acerca da culpabilidade referente a dissolução da relação entre os cônjuges, como por exemplo, o cônjuge que possuir culpa relativa ao desfazimento da relação conjugal, perderá o direito de requerer alimentos perante a justiça, salvo se não possuir condições para a realização de suas atividades laborais ou caso tenha nenhum outro parente com condições de prover pensão, desta forma, serão estes os casos sobre a indispensabilidade acerca da própria subsistência. Conforme mencionado acima o art. 1.704 do Código Civil – Lei 10.406 02 aduz:

Dos Alimentos

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.

Outro caso que gera discussão sobre o fim da relação conjugal é que o cônjuge que foi considerado culpado não terá mais o direito de permanecer usando o sobrenome do outro cônjuge, desde que não gere dano grave admitido por decisão judicial, não acarrete dano relativo a sua identificação ou gere prejuízo acerca da diferenciação entre o nome do cônjuge e dos seus descendentes da união que sofreu dissolução. Diante disso, o art. 1.578 do Código Civil de 2002, dispõe:

Do Casamento

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

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

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

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

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

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

E por último, trata-se acerca do cônjuge que tenha realizado a separação de fato por um período superior a dois anos, não entrará na sucessão de seus consortes, em caso ter sido culpado pela separação conjugal. Acerca disso, o Código Civil de 2002 em seu art.1.830 discorre:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Para fins hermenêuticos relativos ao art. 1.830 do Código Civil, acresce o art. 5, XXXI da Constituição Federal expõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

Diante do que foi exposto, a Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto Lei 4657/42 dispõe em seu art. 10:

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus. (Redação dada pela Lei nº 9.047, de 1995)

§ 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.

Em relação a culpabilidade do cônjuge na prática da dissolução da relação conjugal, o dispositivo legal preceitua acerca dos motivos e consequências dessa prática.

O dispositivo que expressa sobre a culpa do cônjuge e que tenha como resultado a insuportabilidade da vida a dois, está contido no art. 1.572 do Código Civil que enuncia:

Do Casamento

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

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

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Em conformidade com o referido artigo, um outro artigo que expressa acerca da possibilidade de não ocorrer a convivência plena de vida relativas aos valores éticos e afetivos, é o art.1.573 do Código Civil de 2002 que diz:

Do Casamento

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

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

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

O Inciso I da referida lei, trata-se do adultério, sendo a prática de infidelidade conjugal ao se relacionar com outro companheiro diferente do habitual, não sendo considerado como crime, porém poderá requerer indenização por danos morais. Portanto, para efeitos de culpa deverá ter a sentença condenatória transitada em julgado, sem possibilidade de cabimento de recurso.

E a inseminação artificial em caso de material genético doado por terceiro, não configura o adultério, pois, não existiu a conjunção carnal para a prática do fato.

A tentativa de morte, contida no inciso II está expressa no art.121 do Código Penal - Decreto Lei 2848/40 que diz:

Art.121.Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Considera-se tentativa quando a conduta praticada não se consolidou devido aos motivos alheios a vontade do agente do fato, a tentativa de homicídio está contida no art.14 do Código Penal que expõe:

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pena de tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desistência voluntária e arrependimento eficaz (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

No inciso III, trata-se da Servícia ou Injúria Grave, sendo a primeira a prática de agressões físicas, como tapas, chutes, socos ou maus tratos que possibilitam a dissolução ou desfazimento do vínculo conjugal, como por exemplo, o cônjuge que força a sua mulher a prática de sexo anal.

E o segundo, trata-se da injúria grave, que seria a imputação de qualidade negativa a reputação, decoro ou honra da pessoa, tipificada no Código Penal em seu art. 140 que diz:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de extorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

O crime de injúria, por exemplo, ocorre quando o cônjuge faz insinuações aos vizinhos de que a sua mulher está recebendo dinheiro em troca de favores sexuais, chamando-a de prostitua com a intenção de ferir a sua honra e a respeito dentro da relação conjugal.

O inciso IV, trata-se do abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo, que seria prática de um dos cônjuges se retirar do ambiente conjugal, de forma injustificada e por espontânea vontade, sem a intenção de retornar. Portanto, retirar-se do lar conjugal por motivos de agressão, maus tratos e afins, não será considerado abandono do lar.

O inciso V, condenação por crime infamante, ocorre quando o agente pratica fato criminoso arbitrário a dignidade, má-fama ou a honra de quem pratica. São crimes que geram repulsa e intensas reprovações pela sociedade devido aos meios gravíssimos e intoleráveis relativos a execução do crime, como por exemplo, os crimes hediondos elencados no Art. 1 da Lei dos Crimes Hediondos - Lei 8072/90, bem como, o tráfico de drogas, crime de tortura, terrorismo e dentre outros.

O inciso VI, trata-se da conduta desonrosa que gere prejuízo a relação conjugal e bem como seja considerada imoral ou não aceita pela sociedade, como por exemplo, vícios em substâncias lícitas ou ilícitas, vícios em jogos de azar e dentre outras condutas não aceitas pela sociedade.

As causas subjetivas, ou seja, a culpabilidade, deverá ser pleiteada na ação ressarcitória caracterizada pela ofensa relativa a honra e relativas aos danos causados ao patrimônio da pessoa, pois, está inserida no âmbito da responsabilidade civil. Desta forma, não poderá conter na ação de divórcio, bem como na separação de fato.

Outra possibilidade de discussão da culpa, ocorrerá em relação a possibilidade de tornar o matrimônio nulo por vícios de manifestação de vontade, como por exemplo, ameaça física ou moral, e erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.

O art.1.550 do Código Civil de 2002, traz as hipóteses de anulabilidade do matrimônio, que são:

Do Casamento

Art. 1.550. É anulável o casamento: (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

- 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.

§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

O inciso III do artigo.1.550 do Código Civil, trata do vício por manifestação de vontade, nestas hipóteses, a culpa de um dos consortes, incorrerá em algumas perdas, sendo estes prejuízos trazidos ao cônjuge culpado, previstos no art.1.564 do Código Civil, que preceitua:

Do Casamento

Art. 1.564. 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.

Portanto, conforme o referido artigo, a questão da culpabilidade em caso de coação ou erro essencial em relação a pessoa do cônjuge, sendo causada por um deles, perderá as vantagens descritas acima.

Um outro artigo referente as sanções relativas ao cônjuge culpado, trata-se do art.1.578 do Código Civil de 2002, que preceitua:

Do Casamento

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

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

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

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

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

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

O art.1.694 trata da possibilidade de prestação de alimentos do cônjuge culpado, trazendo expressamente a seguinte redação:

Dos Alimentos

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.

§ 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.

O artigo citado acima, refere-se ao direito de não haver contestação em relação prestação alimentícia, ou seja, trata-se de um direito potestativo, desta forma, apenas um dos envolvidos poderá requer do outro o direito de prestar alimentos.

Em relação ao Do ramo do Direito Civil responsável pelas normas referentes as transmissões do patrimônio do “De cuius”, conhecido como autor da herança ou falecido, para os sucessores, em atenção a lei ou manifestação de última.

A culpabilidade do cônjuge na separação de fato, possui previsão expressa no art. 1830 do Código Civil de 2002 que diz:

Institui o Código Civil.

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Acerca da nomenclatura “Sucessão”, os doutrinadores Plácido e Silva (2004, p. 1.339) preceitua:

a transmissão de bens e de direitos de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode usufruí-los, dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome". Em sentido estrito, a sucessão é a transmissão do patrimônio de uma pessoa em razão da sua morte, abrangendo bens, direitos e obrigações pertencentes àquele no momento de seu óbito.

Contudo, também ocorrera a extinção das causas objetivas, ou seja, relativas ao transcurso de tempo da separação judicial, não dependem da manifestação da vontade ou ato praticado pelo cônjuge que cause prejuízo.

As causas objetivas referente a separação judicial, possui previsão no art1.572, §2º E § 3º, que preceitua:

Do Casamento

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

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

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Portanto, não haverá causa justificativa ou prazo para o divórcio.

3.4 Causas Responsáveis pelo Término da Sociedade Conjugal e do Vínculo Conjugal

A sociedade conjugal nasce simultaneamente com o matrimônio, desta forma, o casamento, tem por gerar ao mesmo tempo, o vínculo e a sociedade conjugal.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2011, pag. 213): “Efetivamente, pode-se afirmar que desapareceu o discripe entre dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, uma

vez que a dissolução do casamento pelo divórcio, única forma admitida, engloba as duas hipóteses”.

O art. 1.523 do Código Civil de 2002 trata-se das pessoas que não poderão contrair matrimônio, tendo a seguinte redação:

Do Casamento

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.

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.

As causas que geram a dissolução da sociedade conjugal têm previsão legal no art.1571 do Código Civil de 2002, que diz:

Do Casamento

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

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

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

A morte de um dos cônjuges mencionada no inciso I, do artigo citado, trata-se de hipótese de dissolução do vínculo do matrimônio e sociedade conjugal, sendo reconhecida como o falecimento real. Desta forma, o cônjuge sobrevivente possui legitimidade para obter novo matrimônio, salvo, em relação a viúva ou mulher que teve o seu matrimônio dissolvido por ter

sido nulo ou ter ocorrido anulação, até dez meses do início da viuvez ou do desfazimento da sociedade conjugal, conforme o art.1523, inciso II, do Código Civil de 2002.

Contudo, existe outra possibilidade de morte, aquela chamada de falecimento presumido do ausente, ou seja, a pessoa será considerada morta, mesmo sem haver prova material, baseando-se apenas em indícios ou grande probabilidade do falecimento, como por exemplo, em caso de catástrofes ou guerra.

Cita-se como exemplo, o evento político, considerado por muitos como polêmico, porém crucial para a história brasileira, a chamada Revolução de 1964, Contrarrevolução de 1964 ou Contragolpe de 1964, tratando-se de sucessivos acontecimentos, iniciados no dia 31 de março de 1964 a 1 de abril de 1964, onde o atual e 24º presidente do Brasil, o advogado e político João Belchior Marques Goulart, eleito democraticamente, teve o seu governo encerrado por um golpe militar.

As pessoas que participaram da referida revolução, ou golpe de 1964, como era denominado por alguns doutrinadores, onde os seus direitos políticos foram cessados, tiveram o direito de serem perdoados pela prática de atos políticos ou atos com fins criminais relativos a data do fato citado, de acordo com a nº 6.683, de 28 de Agosto de 1979, a chamada Lei de Anistia.

A Lei de Anistia, abriu uma ressalva em relação aos familiares das pessoas que foram consideradas desaparecidas, sem a prova material acerca do falecimento, ou seja, não houve a localização dos corpos para a efetiva prova da morte, contudo, baseou-se em fortes indícios de probabilidade de que houve o falecimento, desta forma, a família terá possibilidade de concessão do direito de propositura da ação que declare a ausência, para todos os efeitos, até mesmo os efeitos pessoais, tratando-se de sentença pela qual não será cabível revista ou impetração de recurso.

Acerca da morte presumida, o art.7º do Código Civil preceitua:

Institui o Código Civil.

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Em relação a sucessão, o art. 6º do Código Civil de 2002, diz:

Institui o Código Civil.

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

O requerimento para abertura da sucessão está previsto no art.37 do Código Civil que diz:

Institui o Código Civil.

Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.

Desta forma, o art.38 do Código Civil dispõe acerca da sucessão definitiva do maior de oitenta anos, que aduz:

Institui o Código Civil.

Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.

Observa-se que a idade está superior a expectativa de vida brasileira, que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), em média, as mulheres vivem até os 80 anos e os homens até os 73 anos. Entende-se que por estar com idade avançada, não consegue sobreviver sem auxílio familiar, podendo ter considerado a morte presumida, independentemente de prévia declaração de ausência.

Contudo, houve uma exclusão acerca da morte presumida do ausente no antigo Código Civil de 1916, em que considerava a dissolução do matrimônio válido por meio da morte, porém, morte real. No entanto, com o advento da Lei do Divórcio, os artigos referentes a não aceitação da morte presumida, foram revogados e conseqüentemente aditados e implementados em relação ao casamento válido, de que este somente seria dissolvido pelo falecimento de um dos cônjuges ou pelo próprio divórcio.

Portanto, o atual Código Civil de 2002, admite a dissolução do matrimônio através da morte real, presumida ou pelo divórcio. Constatada as condições relativas para a dissolução, será admitido a legitimidade para contrair novas núpcias, gerando efeitos patrimoniais e pessoais.

Em caso de morte presumida, não será necessário aguardar o prazo de dez anos, previsto no art. 37 do Código Civil, pois, poderá realizar o pedido de divórcio e conseqüentemente a citação do ausente para que se tenha conhecimento do ato, realizando-se a citação por edital. Preenchido os requisitos para concessão de abertura da sucessão definitiva, terá a possibilidade do pedido de divórcio, que gerará conseqüentemente a constatação da morte presumida e o rompimento do vínculo do matrimônio, sendo este extinto.

Segundo o autor GONÇALVES, Carlos Roberto em relação a morte presumida que se o ausente "estiver vivo e aparecer, depois de presumida a sua morte e aberta a sucessão

definitiva, com a dissolução da sociedade conjugal, e seu cônjuge houver contraído novo matrimônio, prevalecerá o último".

No que diz respeito ao presumidamente morto retornar ao âmbito familiar, vivendo-se o seu antigo cônjuge com outra pessoa, inclusive, já ter contraído novo matrimônio, tendo ocorrido a dissolução de acordo com o arcabouço jurídico, será considerado válido o último casamento. Em contrapartida, em outros países, quando o morto presumido retorna, o segundo casamento do seu ex-cônjuge será nulo, tratando-se de casamento realizado sem a observância da boa-fé, ou seja, o casamento foi considerado suscetível de se tornar nulo, mesmo preenchendo os requisitos legais.

A falta de atestado de óbito para a constatação da morte presumida, que não poderá ser concedida pelo profissional de medicina registrado pelo Conselho Federal de Medicina, tendo a possibilidade de ser suprida, de acordo com a Lei nº 6.105, de 31 de dezembro de 1973, denominada de Lei de Registros Públicos. Devido a isso, o suprimento da falta do atestado de falecimento está contido no art. 88 da Lei de Registros Público, diz:

Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. (Renumerado do art. 89 pela Lei nº 6.216, de 1975).

Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.

Portanto, só deverá ser declarada a morte presumida, após o esgotamento de todas as buscas e formas para a identificação e localização do corpo, devendo a sentença a fixação de uma possível data do falecimento.

3.5 Hipóteses que Geram a Nulidade ou Anulação Matrimonial

O matrimônio para que seja considerado existente, deve-se observar alguns critérios relativos a duplicidade de sexo, consentimento das partes envolvidas e a celebração matrimonial, sob pena de tornar inválido o matrimônio. Desta forma, há possibilidade de existir o casamento, mas não ser considerado válido. Portanto, para que o casamento não se torne anulado, deverá preencher alguns requisitos legais.

O art. 1.521 do Código Civil de 2002 trata das pessoas que não poderão contrair matrimônio, tendo a seguinte redação:

Do Casamento

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.

O inciso I do referido artigo, ao falar dos ascendentes, refere-se aos antecessores, que são os pais, avós, bisavós e assim por diante. Ao falar sobre descendentes, trata-se dos sucessores, filhos, netos, bisnetos etc.

Em relação ao parentesco natural, trata-se daquelas pessoas que possuem ligação ou laços de sangue, descendendo do mesmo tronco familiar e civil, refere-se as pessoas que estão ligadas através de um fato gerador de consequências jurídicas. Afinal, não há a permissão de que se faça a distinção entre filhos, neste caso, admite-se a possibilidade de ser biológico ou por adoção ou socio afetividade, sendo este também vetados de contraírem matrimônio entre si.

Acerca do inciso I do art. 1.521 exclui-se a possibilidade de casamento entre ascendentes com descendentes, como por exemplo, um pai não poderia casar-se com sua filha, sendo uma das justificativas para a prática proibitória, as constantes pesquisas e estudos que constataram que uma grande probabilidade de suas proles poderá sofrer malformações físicas, psíquicas e até abortos espontâneos. Além do grande juízo de reprovabilidade por parte da sociedade em relação as práticas incestuosas.

O inciso II, trata-se do parentesco por afinidade em linha reta, ocorre ao contrair o matrimônio, a pessoa terá afinidade com os parentes do outro cônjuge, tornando-se os seus parentes, tendo como limitação até o primeiro grau. Desta forma, serão considerados afins em linha reta, o sogro com a nora, a sogra com o genro, o padrasto e a enteada e a madrasta e o enteado.

Portanto, em caso de falecimento do filho, o sogro não poderá contrair matrimônio com a nora. Afinal, o vínculo de parentesco por afinidade, não se dissolve nem com o divórcio.

O inciso III, diz acerca do adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante, ou seja, por questões de tradição e conjuntos de regras morais

estabelecidas na sociedade, desse modo, o adotado não poderá contrair núpcias com a ex-cônjuge do adotante.

O inciso IV, acerca dos irmãos unilaterais, são aqueles que descendem de um só pai ou de uma só mãe, enquanto os bilaterais, são os filhos do mesmo pai e da mesma mãe.

Em relação aos colaterais, sendo este que não descendem e não ascendem entre si, mas que possuem ancestral comum, como por exemplo, os tios-avôs, sobrinhos, tios, os primos-irmãos e sobrinhos netos. Estes parentescos citados, não poderão contrair matrimônio entre si, estendendo-se até o terceiro grau.

Contudo, os colaterais de terceiro grau poderão contrair matrimônio, contanto que haja um exame para a avaliação relativo aos riscos da prole, conforme o Decreto-Lei nº3.200, de 19 de abril de 1941, em seu art. 2º que diz:

Dispõe sobre a organização e proteção da família

Art. 2º Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspensão, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio.

§ 1º Se os dois médicos divergirem quanto a conveniência do matrimônio, poderão os nubentes, conjuntamente, requerer ao juiz que nomeie terceiro, como desempatador.

§ 2º Sempre que, a critério do juiz, não for possível a nomeação de dois médicos idôneos, poderá ele incumbir do exame um só médico, cujo parecer será conclusivo.

§ 3º O exame médico será feito extrajudicialmente, sem qualquer formalidade, mediante simples apresentação do requerimento despachado pelo juiz.

§ 4º Poderá o exame médico concluir não apenas pela declaração da possibilidade ou da irrestrita inconveniência do casamento, mas ainda pelo reconhecimento de sua viabilidade em época ulterior, uma vez feito, por um dos nubentes ou por ambos, o necessário tratamento de saúde. Nesta última hipótese, provando a realização do tratamento, poderão os interessados pedir ao juiz que determine novo exame médico, na forma do presente artigo.

(Revogado pela Lei nº 5.891, de 1973)

§ 8º Sempre que na localidade não se encontrar médico, que possa ser nomeado, o juiz designará profissional de localidade próxima, a que irão os nubentes.

§ 9º Os médicos nomeados terão a remuneração que o juiz fixar, não superior a cem mil réis para cada um.

(Revogado pela Lei nº 5.891, de 1973)

O inciso V, do art. 521 do Código Civil de 2002 trata-se do impedimento de contrair matrimônio em relação ao adotado com filho do adotante, pois, estes são considerados irmãos e não podem se casar.

O inciso VI do mesmo artigo, refere-se as pessoas que são casadas, sendo estas impedidas de contrair matrimônio, pois, assim iria ferir o instituto da

monogamia, considerando-se bigamia, de acordo com o art.235 do Código Penal - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940 que diz:

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

Desta forma, a união estável não possui relevância em relação a bigamia, pois, deverá abarcar ao casamento válido prévio.

E por último, temos o inciso VII do art. 1.521 do Código Civil de 2002 que aduz acerca a impossibilidade de o cônjuge sobrevivente contrair matrimônio com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Ou seja, o cônjuge não poderá contrair matrimônio com aquele que fora condenado pela prática de homicídio doloso ou tentado, contra o seu consorte.

O Código Civil declara nulo o matrimônio realizado desrespeitando as causas de impedimento ou praticado por pessoas que não possuem discernimento dos seus atos, devido a enfermidade mental. Em relação as pessoas legitimadas para decretação de nulidade do matrimônio, o art. 1549 do Código Civil preceitua:

Do Casamento

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.

Desse modo, a propositura da nulidade matrimonial relativa aos impedimentos que gerem tal efeito, poderá ser realizada por qualquer pessoa, porém, a legitimidade para propor a ação de nulidade, poderá ser realizada pelo Ministério Público ou a quem possuir interesse econômico ou moral. Por tratar-se de normas de ordem públicas, poderá ser declarada de ofício pelo cartório.

Sendo o casamento nulo, caberá a denominada ação declaratória de nulidade, tornando a sentença com efeito retroativo, chamado de ex tunc, desta forma, retornará a data da celebração.

Para propor a ação anulatória ou declaratória de nulidade, deverá requerer a separação de corpos, conforme o art. 1.562 do Código Civil que aduz:

Do Casamento

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

Portanto, a separação de corpos, possui importante mecanismos para a garantia da preservação da integridade física, mental e psicológica dos cônjuges e do âmbito familiar, sendo admitido todas as formas necessárias para a comprovação da separação contidas no ordenamento jurídico.

Ao propor a ação de nulidade, os fatos alegados deverão ser provados, de acordo com ônus da prova. Sendo realizada a propositura da referida ação e devidamente provada as afirmações, seguirá o rito ordinário, sendo possível atribuição de culpa ao autor, para que este seja responsabilizado pela nulidade e pelo pagamento das custas, remuneração do advogado e despesas do processo.

A nulidade matrimonial irá gerar alimentos provisionais a mulher no lapso de tempo referente a decisão judicial.

O casamento anulável está previsto no art. 1.550 do Código Civil que preceitua:

Do Casamento

Art. 1.550. É anulável o casamento: (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

- 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.

§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

O inciso I, trata-se das pessoas que não possuem idade mínima para contrair matrimônio, ou seja, 16 anos de idade, considerado idade núbil. O art. 1.520 do Código Civil está provisoriamente proibido o casamento de menores de 16, devido a nova redação dada pela lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, excluindo-se a possibilidade dos menores de 16 anos de contraírem núpcias. O art. 1.520 do Código Civil possuía a seguinte redação:

Do casamento

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Com a nova alteração dada pela Lei nº13.811/2019, o art. 1.520 do Código Civil obteve a atual redação:

Do Casamento

Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019)

Desta forma, houve a exclusão da 2º do art. 1.520 que dizia “para evitar imposições ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” pela Lei nº 13.811 de 2019.

Ocorrendo a deficiência relativa a idade, acerca do matrimônio dos menores de 16 anos, a legitimidade da ação de anulação do casamento, está contida no art. 1.552 do Código Civil que aduz:

Do Casamento

Art. 1.552. A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida:

- I - pelo próprio cônjuge menor;
- II - por seus representantes legais;
- III - por seus ascendentes.

O inciso II do art. 1.550 do Código Civil, trata-se da ausência de autorização do seu representante legal, em caso de ter sido a ação anulatória proposta nas condições previstas nos incisos I e II do art.1552 do Código Civil, deverá observar o prazo de 180 dias contido no art. 1.560 do Código Civil, o período será contado da data de celebração.

Acerca da ausência de permissão dos genitores ou representantes legais, só poderá ser proposta a ação anulatória dentro do prazo de 180 dias, por decisão do menor, ao deixar de ser o menor incapaz de propor, poderá as pessoas que detinham o direito de consentir tal ato, ou seja, representantes legais, terá a possibilidade propô-la, salvo se tiverem assistido o casamento ou manifestou sua aprovação ou de seus herdeiros necessários, como por exemplo, descendentes, ascendentes ou cônjuge, de acordo com o art. 1.555, § 2º do Código Civil.

Caso os responsáveis para o consentimento do menor para a realização do matrimônio tiverem presenciado e participado da celebração matrimonial, não poderá requerer a ação anulatória do matrimônio.

O inciso III do art. 1.550, refere-se aos chamados “vícios de vontade”, sendo estes previstos nos artigos 1.556 a 1.558 do Código Civil, que tratam das hipóteses de consentimento, ignorância de doença mental anterior ao matrimônio, ignorância de crime anterior ao casamento, desconhecimento ou erro acerca da identidade e boa fama do cônjuge, sendo considerado erro essencial sobre a pessoa do cônjuge e que torne a vida em comum insuportável.

O inciso IV, do artigo citado, trata-se do capaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco o consentimento, ou seja, doença mental grave observada posteriormente ao casamento e convivência matrimonial, porém existente anterior ao matrimônio e que culminou na insuportabilidade da vida em comum, como por exemplo, transtorno dissociativo de identidade, esquizofrenia, comportamentos depressivos destrutivos e dentre outros distúrbios que interferiam na vida em comum, tornando-a totalmente conturbada e insustentável.

Outro exemplo de vício de vontade é a coação, prevista no art. 1558 do Código Civil que diz:

Do Casamento

Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.

Portanto, em caso de doença duradoura e permanente, comprometendo a capacidade de consentimento, o matrimônio será considerado nulo, porém, tratando-se de doença que comprometa parcialmente o entendimento, o casamento será anulável.

O inciso V do art. 1.550 do Código Civil de 2002, diz acerca da anulabilidade do matrimônio realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges, ou seja, o legitimado repleto de boa-fé apresenta um mandato que fora anteriormente revogado sem que este tivesse conhecimento da revogação, assim, a revogação será equiparada a invalidade do mandato judicial decretada.

E referente ao coabitação dos cônjuges, como por exemplo, hipótese em que o cônjuge revoga a procuração e por desconhecer tal ato, o matrimônio se concretiza, a sua ratificação somente acontecerá se a mulher, ciente de que ocorreu a revogação, com ele conviver, aceitando e tolerando o seu procedimento aleivoso ou que apenas indique uma incongruência relativa ao âmbito emocional.

E por último, o inciso VI, refere-se a celebração do matrimônio por autoridade incompetente, ou seja, apesar da lei não especificar acerca da incompetência relativa ao lugar ou matéria, a doutrina predominante diz que quando o responsável por celebrar a cerimônia nupcial preside fora do território de sua circunscrição ou o matrimônio é realizado perante juiz que não seja o do local da residência dos noivos, acarretará a anulabilidade matrimonial.

Se o responsável não for autoridade competente, o casamento será nulo e não anulável.

3.6 Separação Judicial e Extrajudicial

Para o entendimento da separação judicial, deve-se frisar acerca da Emenda Constitucional nº 66 de 2010. As pessoas que requereram a separação anteriormente a esta referida emenda constitucional, não poderão ser consideradas divorciadas.

Desta forma, continuaram na circunstância de separadas, até que se promova o instituto que colocará fim a sociedade e vínculo conjugal., desde que, seja por determinação de um dos cônjuges ou por ambos, sem a condição de observar o transcurso de tempo, sendo permanecidas as premissas que foram judicialmente decididas. Contudo, a Lei n. 11.441/2007 traz a possibilidade do reestabelecimento da sociedade conjugal.

Desta forma, segundo o autor Lôbo (2007) acerca da não existência do instituto do divórcio indireto, preceitua:

Sendo o requerimento do divórcio, seja ele consensual extrajudicial, aquele por meio de escritura pública e conseqüentemente lavrada em cartório de notas, terá que produzir o que fora estabelecido ou se tenha decidido na separação judicial, como se esta não existisse, em caso de desejo por parte dos cônjuges que se separaram ou terá a possibilidade de alterá-las desafrontosamente.

A separação judicial subdivide-se em consensual e a litigiosa, tratando-se de uma medida prévia da ação de divórcio, ou seja, causa de dissolução da sociedade conjugal, sem que haja a ruptura do vínculo conjugal, desta forma, não poderá contrair novo matrimônio.

O advento da Emenda Constitucional nº66, de 13 de julho de 2010, gerou a alteração do art.226, §6º da Constituição Federal, determinando-se que a possibilidade do desfazimento do matrimônio civil pelo divórcio, desse modo, houve o entendimento de que a referida emenda constitucional tornou a norma revogadora implícita e incompatível, causando a não mais a sua aplicabilidade.

A propositura da ação de separação judicial, possui o caráter extremamente pessoal, sendo assim, o art. 1.576 aduz:

Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

Portanto, somente os citados acima são legitimados para a propositura da separação judicial, em caso de falecimento de uma das partes, a ação será extinta, pois, tem caráter exclusivo e

não se transmitindo, impedindo a intervenção de terceiros. O único requisito acerca desta modalidade é que seja acompanhada de mútuo consentimento e prazo superior a um ano.

A separação judicial consensual, também denominada de separação judicial amigável ou por mútuo consentimento, refere-se ao ato em que ambos os cônjuges irão dirigir-se ao magistrado para a dissolução da sociedade conjugal.

Desse modo, não necessitará de demonstração do motivo que levou o requerimento da extinção da sociedade conjugal, ou seja, deve-se apenas a apresentação do acordo consentido entre eles. A referida modalidade de separação, eliminará os deveres relativos a fidelidade mútua e convivência.

O art. 1.574 do Código Civil preceitua:

Do Casamento

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.

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

Desta forma, não há litígio nesta modalidade de separação judicial, não necessitando da explanação dos motivos que levaram a escolha do rompimento da convivência matrimonial. Segundo GONÇALVES (2011, pag.228) acerca das cláusulas relativas a recusa do magistrado na homologação da separação, aduz:

A recusa do juiz em homologar a separação concernem a guarda e ao sustento dos filhos menores. Sendo a guarda uma das características do poder familiar, resultando em obrigações, deveres e direitos exercidos pelos genitores aos seus descendentes. Poderá ocorrer ato em que os genitores, de forma egoísta, ter acordado entregar os seus filhos menores á guarda de terceiros ou a internato, assim, impossibilitando-se o afeto paterno, sendo estes, cruciais e fundamentais para o desenvolvimento do filho, ou a possibilidade de estabelecimento de alimentos em quantia não suficiente para as necessidades básicas. Terá também a possibilidade ainda que um dos cônjuges separados tenha sido persuadido para a aceitação de determinada cláusula que seja menos benéfica e este fato seja identificado pelo magistrado

Desta forma, o magistrado deverá ficar atento para que não ocorra uma lesão causadora de danos que serão dificilmente reparados, mesmo que seja prejudicado possa requerer posteriormente por meio de ação ordinária a extinção da clausula que seja responsável por causar danos aos seus direitos.

O art.1.575 do Código Civil aduz:

Do Casamento

Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

O referido artigo conflita com outro artigo previsto neste código, o art. 1.581 que trata acerca da concessão do divórcio sem a necessidade de ocorrer a prévia partilha dos bens.

Deste modo, o aludido artigo acima, expõe que a separação judicial não terá a obrigatoriedade de prévia partilha, assim como o instituto do divórcio.

Quando não ocorrer um acordo acerca da dissolução da sociedade conjugal, ou quando os cônjuges decidem pelo rompimento da convivência matrimonial, porém, divergem no quesito guarda dos filhos, mudança do nome ou partilha de bens, denomina-se de separação judicial litigiosa, sendo aquela em que existe a discordância dos aspectos citados acima.

Antiga Lei do Divórcio e da Separação Judicial, Lei 6515/77 em seu art.5 assevera:

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 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

(Revogado)

§ 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.

§ 3º - Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

A modalidade de separação por litígio é desempenhada a requerimento de um dos cônjuges, por meio de um processo contencioso, desde que esteja preenchido os requisitos da lei, independentemente do tempo de matrimônio e que sejam motivos que gerem a insuportabilidade da vida em comum.

E por último, temos a separação extrajudicial, aquela em que por meio de um ato de consenso, os envolvidos, poderão dissolver a sociedade conjugal de forma mais rápido, sem a necessidade da realização na seara do poder judiciário. Contudo, necessitará que os cônjuges façam o registro público da separação no local em que fora registrado o matrimônio, ou seja no cartório. Sendo requerido pelos cônjuges e facultado a possibilidade de percorrer por via judicial.

No dia 4 de janeiro de 2007, foi sancionada a Lei nº 11.441, que deu autorização para que os cartórios possam realizar divórcios e inventários. Os requisitos necessários para o requerimento da separação são, matrimônio por um período de um ano, assistência das partes por advogado ou defensor público, manifestação livre da vontade, desejando a separação e que esta não possuía vícios.

Deste modo, não haverá intervenção do Ministério público, bem como, inexistente a fixação do valor da causa. A Emenda Constitucional de 13 de julho de 2010, na qual alterou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, do qual houve a autorização da realização do divórcio sem que seja necessário a prévia separação conjugal, apesar de estar contida no preceito normativo, acabou por ocorrer o descostume, pois, a maioria decide pelo divórcio, sem que seja realizada a separação, seja ela judicial ou extrajudicial.

3.7 O Divórcio e suas Modalidades.

Como já explanado nos capítulos anteriores, o referido instituto trata-se de uma medida de dissolução do vínculo matrimonial, bem como, levando por consequência a eliminação de deveres conjugais.

Portanto, decorre de uma manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, sendo expostas, poderão estes ficarem livres para contrair novo matrimônio.

Acerca dos tipos de divórcio, deve-se expor que antes da Emenda Constitucional n.66/2010, conhecida como a Pec. do Divórcio, ou Pec. do Amor, o instituto citado possui a seguinte tipologia, divórcio extrajudicial e divórcio judicial, este último, subdividia-se em indireto e direto, ambos consensuais ou litigiosos. No entanto, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, acerca do divórcio judicial, ganhou-se a subdivisão de consensual e litigioso.

O divórcio extrajudicial ou o divórcio em cartório trata-se de uma medida dissolutiva célere e que necessita de alguns requisitos básicos contidos na lei 11.441/07, como por exemplo, presença de um advogado. A Lei 11.441/07 deu possibilidade do divórcio extrajudicial como um meio mais rápido e será necessário a presença de um advogado e que ambos não possuam filhos menores de idade, incapazes ou que estão para nascer.

Acerca da modalidade citada, o art. 731 do Código de Processo Civil aduz:

Código de Processo Civil.

Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

- I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
- II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
- III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
- IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.

O divórcio extrajudicial não necessitará da abertura de processo judicial, sendo consensual e assim trazendo benefícios aos envolvidos, pois, tornará o meio de dissolução menos desgastante aos envolvidos. Portanto, realizar-se pela via extrajudicial, o divórcio terá um período de tempo de aproximadamente 2 dias para que seja decretando, desta forma, considera-se o método mais rápido para a dissolução do matrimônio, ocorrendo-se através da via administrativa.

A realização do divórcio extrajudicial se dará com a apresentação de alguns, por exemplo, certidão de casamento, 2ª via atualizada, tendo prazo máximo de 90 dias, Registro Geral, Cadastro de Pessoas Físicas, informações sobre o endereço e profissão dos cônjuges, descrição dos bens, através de documentos que comprovem o registro de imóveis ou documentação relativa ao Departamento de Transporte (DETRAN), comprar através de comprovante o pagamento dos impostos referentes a partilha de bens, bem como, informações do advogado, apresentando a carteira da Ordem dos Advogados do Brasil e o seu respectivo endereço.

E por último, há a modalidade do divórcio judicial, aquele em que há o litígio, ou seja, os cônjuges em processo de divórcio, não possuem divergências acerca dos alimentos, uso do nome, guarda dos filhos e a divisão dos bens. Diferentemente do divórcio extrajudicial, a modalidade judicial, trata-se de um processo menos célere, podendo durar meses ou anos, dependendo da vara de família e da questão da guarda dos filhos.

O art. 694 do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Antes de iniciar-se o procedimento de divórcio litigioso, deve-se efetuar a tentativa de reconciliação e a mediação.

O art. 695 do Código de Processo Civil aduz:

Código de Processo Civil.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

§ 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.

§ 3º A citação será feita na pessoa do réu.

§ 4o Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

Diferentemente do procedimento comum em que se pode dispensar a audiência de conciliação, nesta modalidade de divórcio, as partes não poderão recorrer a conciliação. Efetivado o instituto citado acima, o uso do nome pós-divórcio deverá ser observado de acordo com o art. 1.578. Desta forma, com a extinção da separação judicial e a exclusão da culpa no processo de divórcio, terá como regra, o retorno do nome em que o cônjuge possuía quando estava solteiro ou solteira. No entanto, o uso do nome de casado poderá ser mantido, desde que haja justificativa relativas a manutenção e preservação do patrimônio moral.

Deste modo, com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, em caso de divórcio consensual, seja ele judicial ou administrativo, deve-se a observação do acordo que fora estabelecido. No entanto no divórcio litigioso, em que as partes não entram em consenso, em regra, deve-se excluir o nome de casado, mantendo-se o paterno.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo refere-se a um tema de bastante relevância, pois, com o desenvolvimento da sociedade e das relações intrapessoais e interpessoais, gerou-se diversas formas de nos relacionarmos sentimentalmente com outras pessoas, visando a manutenção familiar.

Considerado um dos objetivos principais de todos os seres humanos, a família, merece uma proteção especial, por envolver muito mais do que questões jurídicas, abarcando diversos outros institutos que devem ser observados com minuciosidade, devido aos problemas que poderão ser causados, em caso de interpretação da literalidade dos dispositivos legais.

Observa-se que o matrimônio, desde os tempos antigos, possuía o caráter de indissolúvel, ou seja, a Igreja Católica por ser bastante ativa nas questões estatais, detinha uma grande influência moral, religiosa e normativa, gerando-se como justificativa a perpetuidade matrimonial, descartando qualquer possibilidade de desfazimento, prevalecendo as questões religiosas e divinas, sendo totalmente relutante na possibilidade da extinção da vida conjugal.

No entanto, nesta mesma época, existia um regramento que poderia ser utilizado para o desfazimento matrimonial, contrariando a dissolubilidade do casamento, o chamado Código de Hamurabi e o Velho Testamento do Povo Hebreu, responsável pela união dos noivos e tratando-se o matrimônio como um contrato, inclusive, a realização do matrimônio ocorria mediante o pagamento em pecúnia ou por meio de prestação de serviços. De acordo com a pesquisa havia um tratamento desproporcional entre o homem e a mulher, com a justificativa contida no sistema patriarcal, o sexo feminino era punido de forma mais gravosa, mesmo que houvesse cometido a mesma infração que a pessoa do sexo oposto.

O tema em questão, possui relevância jurídica, pois, a dissolução do matrimônio além de causar prejuízos emocionais aos indivíduos, necessita do amparo normativo para a efetivação de direitos e deveres dos cônjuges relativos ao desfazimento da vida conjugal, bem como, a proteção dos descendentes, como o direito a educação, amor, segurança, a vida, lazer, guarda e questões referentes aos direitos e deveres dos genitores para com os seus filhos.

Outro ponto importante acerca da pesquisa, refere-se a relevância acadêmica e moral, pois, o referido tema está totalmente receptivo a alterações e contribuições geradas pela mutabilidade das normas que exprimem as necessidades de condutas para o desenvolvimento moral e social do indivíduo na sociedade.

Utiliza-se o método dedutivo, havendo uma análise macro, referente ao desfazimento matrimonial e micro, relativo as formas de extinção do vínculo conjugal, perpassando pela separação judicial, extrajudicial, culpabilidade, questão temporal acerca dos aspectos para a dissolução, bem como a multiplicidade de espécies.

A pesquisa possui natureza quantitativa pelo uso de ferramentas e técnicas para o entendimento do tema, analisando os dados, e descritiva, pois, levanta as características e componentes relativos ao fato, fenômeno e processo que será realizado por meio de um levantamento bibliográfico e coleta de dados documentais acerca do tema, como artigos científicos, livros e jornais.

REFERÊNCIAS

Código de Hamurabi - Código de Manu (Livros oitavo e Nono) - Lei das XXII Tábuas. Supervisão Editorial Jair Lot Vieira - EDIPRO, 1ª edição, 1994, SP.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

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

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Nova Emenda do Divórcio: primeiras reflexões**. 2010. Disponível

em: http://api.ning.com/files/jAAfZ4ZIOqsw6Su4T*wOBHOAazuXtP6*Hem94-*7jF6rx30yYMttNzyFDubIRnN*FnohToVaNMLmmGJM5JNluRN0PKTwUiTT/Artigo.NovoDivorcio.PabloStolze.pdf . Acesso em 10 ago. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

Novo curso de direito civil: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único; Flávio Tartuce. 2ª Edição ver. Atualizada e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

PACHECO, Caroline. A dissolução do casamento com o advento da Emenda Constitucional nº 66. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3933, 8 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27523>. Acesso em: 18 out. 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família e sucessões**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio: Alteração Constitucional e suas Consequências**, disponível

no: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/629/Div%C3%B3rcio%3A+Alter%C3%A7%C3%A3o+constitucional+e+suas+consequ%C3%Aancias> acessado em 17 out. 2019.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Método, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 202, 2010.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02> acessado em 17 out. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil** - Famílias, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família; Sílvio de Salvo Venosa – 13ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil, v. 4).

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 630 p. v. 2.

TORRES, Lorena Grangeiro de Lucena. **O passo a passo do divórcio no Brasil**. Disponível em: <https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/417294295/o-passoapasso-do-divorcio-no-brasil>. Acesso em: 20 out.2019.

APENDICE

- Listas, tabelas, fotografias e outros dados produzindo pelo autor (opcional).

ANEXOS

- Listas, tabelas, fotografias e outros dados que poderão ser consultados posteriormente pelo leitor (opcional).