

ARNOLDO WALD
PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA

DIREITO DE FAMÍLIA

20ª edição

 **MALHEIROS
EDITORES**

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

1. A família no Direito Romano. 2. A família no Direito Canônico. 3. O direito de família anterior ao Código Civil/1916. 4. A família no Código Civil/1916 e nas leis posteriores (1917-1988). 5. A Constituição de 1988 e leis posteriores (1988-2000). 6. A situação do direito de família no Código Civil/2002 e nas leis posteriores. Síntese.

1. A família no Direito Romano

A família brasileira, como hoje a conceituamos, sofreu as influências da família romana, da família canônica e da família germânica.

Em Roma a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O *pater familias* exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas, com *manus* com os seus descendentes.

A família era, então, simultaneamente, uma *unidade econômica, religiosa, política* ou *jurisdicional*. Inicialmente havia um patrimônio só, que pertencia à família, embora administrado pelo *pater*. Numa fase mais evoluída do Direito Romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

A família era uma unidade religiosa, pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos.¹

O *pater familias* administrava a justiça dentro dos limites da casa, e na primeira fase do Direito Romano a família era uma unidade política, constituindo-se o Senado pela reunião dos chefes de famílias (*patres conscripti*).

O *pater* era uma pessoa *sui juris*, independente, chefe dos seus descendentes, e estes eram *alieni juris*, sujeitos à autoridade alheia.

1. V.: Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, Lisboa, Clássica, 1957, Capítulo 5.

A mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna, no casamento sem *manus*, ou entrar na família marital, no casamento com *manus*. O que não se admitia era que uma mesma pessoa pertencesse simultaneamente a duas famílias.

Existiam em Roma duas espécies de parentesco: a *agnação* e a *cognação*. A *agnação* vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo). A *cognação* era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com *manus* era cognada, mas não agnada do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *patria potestas*.

Ao lado da família existia a *gens*, que alguns consideram como subdivisão da cúria e outros como um agregado das famílias oriundas de um tronco comum. A *gens* criava entre os seus membros direitos sucessórios e exercia importante função política, tendo território próprio e chefe – o *pater gentis*.

A evolução da família romana foi no sentido de *restringir progressivamente a autoridade do “pater”*, dando maior *autonomia à mulher e aos filhos* e substituindo o parentesco agnático pelo cognático.

O *pater* perdeu o *ius vitae necisque* (direito de vida e morte) que exercia sobre os filhos e sobre a mulher. Os filhos passaram a administrar os pecúlios *castrense* (vencimentos militares), *quase castrense* (vencimentos de funcionários civis), *profecticio* (doações feitas pelo pai) e *adventício* (doações e legados feitos ao filho por terceiros).

O casamento com *manus*, que se realizava mediante solenidades especiais, como a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*, foi sendo substituído pelo casamento sem *manus*.

A emancipação do filho, que outrora era considerada pena, passou a ser um favor, conservando o emancipado os seus direitos sucessórios.

No Império desaparece a *gens* e concedem-se direitos sucessórios e alimentares aos cognados. O Estado limita a autoridade do *pater*, admitindo que o *alieni juris* possa recorrer ao magistrado no caso de abuso do *pater*. Desaparece a venda dos filhos pelo pai, e a este só se permite aplicar a *modica castigatio* (pena moderada). A mãe, em virtude de disposições de direito pretoriano, é autorizada a substituir o pai, ficando com a guarda dos filhos. Com o *Senatus-consulto Tertuliano* passa ela a ter direitos sucessórios na herança do filho, tornando-se herdeira legal na ausência de descendentes e de irmãos consanguíneos do falecido. Por sua vez, o *Senatus-consulto Orfitiano* dá aos filhos direitos na sucessão materna.

O parentesco dominante passa a ter como fundamento a vinculação do sangue, e o pátrio poder sofre importantes restrições. *Patrio potestas in pietate debet non atrocitate consistere*, esclarece Marciano, no *Digesto*.²

2. Carcopino, no seu estudo sobre a vida cotidiana dos romanos, assinala que, à medida que o pai deixava de ser a autoridade severa e arbitrária dos primeiros tempos para reconhecer a autonomia e a independência dos filhos, multiplicava-se em Roma a figura leviana do *filius*

Com a passagem do casamento com *manus* ao casamento sem *manus* realizou-se a emancipação gradual e progressiva da mulher romana. A mulher casada *sine manu* continua sob o pátrio poder do seu ascendente e, se não tiver mais antepassados vivos do sexo masculino, fica sob a tutela de um agnado. No fim da República a tutela, nesses casos, perde sua importância, desempenhando papel exclusivamente formal. Com as leis demográficas de Augusto ficam, outrossim, isentas de tutela as mulheres que são mães de três ou mais filhos, e na época de Adriano a mulher não necessita mais da assistência do tutor para praticar os atos jurídicos.

No período imperial a mulher goza de completa autonomia, participando da vida social e política, não se satisfazendo mais com as suas funções exclusivamente familiares. O feminismo revela-se, então, na vida esportiva que levam as mulheres, comparecendo e participando de caçadas e de outros esportes. Corresponde a essa fase a dissolução da família romana, corrompida pela riqueza. Os adultérios e os divórcios se multiplicam.

A vida dos homens políticos reflete a instabilidade da família romana. Pompeu divorciou-se, Júlio César repudiou sua segunda mulher. Cícero separou-se de Terência para casar com a jovem e rica Publília. Sêneca esclarece que naquela época as mulheres casavam para se divorciar e se divorciavam para casar novamente.³

A ideia romana do casamento é diferente da dominante em nossos dias. Para os romanos a *affectio* era um elemento necessário para o casamento, que não devia existir apenas no momento da celebração deste, mas enquanto perdurasse. O consentimento das partes não devia apenas ser inicial, mas continuado. Assim, a ausência de convivência, o desaparecimento da afeição, eram, por si sós, causas necessárias para a dissolução do casamento.

Justiniano tentou restringir as causas de divórcio, só o permitindo em casos especiais, mas pouco depois voltava a ser admitido pelo Direito Romano o divórcio por consenso mútuo. A mesma vontade que fizera o casamento – pensavam os romanos – podia desfazê-lo.

2. A família no Direito Canônico

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

Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*.

mimado e egoísta, gastando num dia fortunas acumuladas pelo trabalho de gerações, caracterizando, assim, uma sociedade que adquiriu o hábito do luxo e perdeu a sobriedade. Após o austero e rígido *pater* veio a época da soberania incontestável das novas gerações (Jérôme Carcopino, *La Vie Quotidienne a Rome à l'Apogée de l'Empire*, Paris, Hachette, 1939, pp. 97 e ss.).

3. Carcopino, *La Vie Quotidienne a Rome à l'Apogée de l'Empire*, cit., pp. 121 e ss.

Tanto no Velho como no Novo Testamento encontramos a ideia de que o marido e a mulher constituem uma só carne.⁴

Numa primeira fase, no próprio seio da Igreja, a indissolubilidade do casamento não foi aceita de modo pacífico. É o próprio *Evangelho de São Mateus* que admite o divórcio no caso de adultério da mulher, enquanto os textos de São Marcos e São Lucas negam a possibilidade de dissolver o vínculo, qualquer que seja o motivo alegado (comparar *Evangelho de São Mateus* 19,7-9 e 5,31-32 com *São Marcos* 10,11-12 e *São Lucas* 16-18).

Diante da divergência dos textos, a doutrina canônica firmou-se no sentido de interpretar o divórcio referido por São Mateus como a separação de corpos, sem direito de convolar novas núpcias.

Após longa hesitação dos Concílios, somente no século XI é que a indissolubilidade foi acatada.

Durante a Idade Média as relações de família passaram a se reger exclusivamente pelo Direito Canônico, visto que do século X ao século XV o casamento religioso é o único conhecido.

Se as normas romanas continuam a exercer profunda influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, e especialmente quanto ao dote, também devemos salientar a importância crescente de certas normas de origem germânica.

Na doutrina canônica o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infieis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado.

É importante mencionar, por outro lado, a existência de uma divergência básica entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval. Enquanto para a Igreja, em princípio, o matrimônio dependia do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam.

Sendo o casamento indissolúvel, a doutrina canônica visou a estabelecer um sistema de impedimentos, ou seja, de motivos que impedissem sua realização, justificando sua nulidade (*impedimentos dirimentes absolutos*) ou sua anulabilidade (*impedimentos dirimentes relativos*). A Igreja limitou-se a exigir, para a validade do casamento, o *consenso dos nubentes* e as *relações sexuais voluntárias*, relegando para um plano secundário o consentimento paterno e entrando em choque com o direito civil leigo, que, por motivos de ordem política, considerava-o como um dos requisitos essenciais para a realização do casamento e sua validade.

Coube ao Direito Canônico destacar a importância das relações sexuais no casamento, só permitindo que a mulher recebesse o *pretium virginitatis* após ter tido relações

4. *Gênesis* 2,24, e *Evangelho de São Mateus* 19,6.

sexuais com o marido. Assim, o casamento realizava-se pelo consenso, declarando as partes a sua vontade, normalmente em público e na presença de sacerdote, tornando-se perfeito com a cópula carnal. Distinguiu-se, pois, entre o *conjugium initiatium* (consenso) e o *ratum* (cópula carnal), admitindo-se a dissolução do primeiro, mas não a do segundo.

Firmou-se a doutrina da Igreja no sentido de que o simples consenso atual e presente concretizava o casamento, mas, quando não seguido por relações sexuais entre os nubentes, poderia ser dissolvido em casos excepcionais previstos pelo direito eclesiástico.

O Direito Canônico constituiu o quadro dos impedimentos para a realização do casamento, abrangendo causas baseadas numa incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), num vício do consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco, afinidade).

Vencedor, no seio da Igreja, o ponto de vista segundo o qual o divórcio não deve ser concedido mesmo no caso de adultério, de ausência ou de cativo, a evolução do Direito Canônico realizou-se no sentido da elaboração da teoria das nulidades e da regulamentação da separação de corpos e de patrimônios (*divortium quoad thorum et mensam*), que extingue a sociedade conjugal sem, todavia, dissolver o vínculo.

A separação do Direito Canônico distingue-se do divórcio romano ou judaico por não importar a dissolução do vínculo e por ser um *ato judiciário da autoridade religiosa*, enquanto em Roma e para os hebreus constituía um ato privado contra o qual a parte prejudicada podia recorrer à autoridade judiciária.

No Direito Canônico a separação de corpos depende da autorização do bispo ou do sínodo, só sendo admitida em casos específicos como o adultério, a heresia, as tentativas de homicídio ou as sevícias de um cônjuge em relação ao outro. Só numa fase posterior da história do direito eclesiástico, após o século XIV, é que se admite a separação no caso de acordo entre os cônjuges.

Os efeitos da separação do Direito Canônico são a extinção do dever de coabitação, subsistindo, todavia, entre os separados, os deveres de fornecer alimentos e de fidelidade recíproca.

O grande problema que surge, no fim da Idade Média e especialmente após a Reforma, é o conflito entre os tribunais civis e religiosos, inicialmente quanto a certos aspectos patrimoniais do direito de família e, em seguida, em relação aos seus efeitos pessoais.

Para os protestantes a competência em matéria de direito de família devia pertencer ao Estado, não se justificando a atribuição de caráter sagrado ao casamento. Tratando-se de simples ato da vida civil, de contrato natural, nada impedia que a vontade dos cônjuges dissolvesse o vínculo matrimonial, no entender da religião reformada.

Como reação dos meios católicos, o Concílio de Trento (1542-1563) reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento, reconhecendo a competência exclusiva

da Igreja e das autoridades eclesiásticas em tudo que se relacionasse com o casamento, sua celebração e a declaração de sua nulidade. Caracterizou-se, ainda, o casamento como ato solene, devendo ser precedido de publicidade e só se permitindo a coabitação dos nubentes após terem recebido a bênção nupcial. O sacerdote era considerado como testemunha necessária, e não como ministro do sacramento, tendo a obrigação de manter um registro de casamento pelo qual se prova o matrimônio.

As conclusões do Concílio de Trento tiveram a máxima importância na evolução do direito de família dos Países católicos, especialmente nos que o receberam, como Portugal, mandando que as decisões do Concílio se aplicassem em seu território. Mesmo na França, em que tais deliberações jamais foram explicitamente aceitas pelo legislador, elas exerceram importante influência de maneira indireta, provocando uma legislação civil que seguiu os moldes da lei canônica.⁵

Fortalecendo-se a autoridade do rei e voltando a dominar o mundo, pela segunda vez, o Direito Romano, o Estado, na época do Renascimento, reivindicou a competência para julgar as questões referentes ao direito de família.

Os Países reformados tiveram de elaborar uma legislação própria para o direito de família e exerceram, assim, importante influência sobre os Países católicos, alguns dos quais, como a França, não tendo recebido o Concílio de Trento, viram-se na contingência de criar novas normas para a matéria.

Uma das razões que merece ser salientada e que opôs às autoridades leigas as resoluções do Concílio foi a ausência de um texto expresso referente à autorização dos pais dos nubentes para a realização do casamento. A estrutura da Idade Média fazia do casamento um ato político, em relação ao qual a vontade dos nubentes importava menos do que o interesse da comunidade, representando o modo de pensar das autoridades locais. O mundo medieval desejava evitar que os filhos pudessem casar sem autorização paterna. O aspecto individualista e consensual que a Igreja reconhecia no matrimônio não satisfazia uma sociedade que via no casamento um ato social que muitas vezes tinha relevância política.

O acordo entre a Igreja e o Estado realizou-se, ao contrário, na luta comum contra os casamentos clandestinos, na exigência de uma publicidade prévia e da presença de testemunhas no ato, conquistas que se incorporaram definitivamente ao Direito moderno.

Por outro lado, o problema das minorias não católicas levou o Estado a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1767.

Tanto nos Países católicos como nos protestantes o poder civil legislou moderadamente no tocante ao direito de família, embora, pouco a pouco, a competência das autoridades eclesiásticas tivesse sido absorvida pela autoridade civil, seja como órgão originariamente competente, seja como tribunal ao qual as partes podiam recorrer das decisões eclesiásticas.

5. Imbert, *Histoire du Droit Privé*, Paris, PUF, 1950, p. 74.

A doutrina, por sua vez, foi destacando como elementos distintos os aspectos civil e religioso do casamento, o primeiro vinculado à lei do Estado e dependente de tribunais leigos, e o segundo à competência exclusiva dos órgãos eclesiásticos.

Passou a dominar, assim, modernamente a concepção leiga do casamento, vitoriosa na maioria das legislações vigentes, sem prejuízo do reconhecimento do casamento religioso.

Na sua técnica, o direito leigo de família conservou, todavia, os conceitos básicos elaborados pela doutrina canônica, que ainda hoje encontramos no próprio Direito Brasileiro.

3. O direito de família anterior ao Código Civil/1916

Em Portugal, o Alvará de 12.9.1564 publicou e mandou observar as disposições do Sagrado Concílio Tridentino em todos os domínios da Monarquia portuguesa, reconhecendo uma provisão de 2.3.1568 que as autoridades eclesiásticas se achavam investidas da competência que lhes fora concedida naquele Concílio.

Em 1595 foi determinada a Compilação das Ordenações Filipinas, a qual a Lei de 11.1.1603 mandou observar tanto em Portugal quanto no Brasil. Os historiadores assinalam que uma das causas prováveis da nova compilação, determinada por Felipe II, foi a aprovação do Concílio Tridentino, que dera novo realce ao Direito Canônico, revogando disposições anteriores do direito civil português. Com o advento das Ordenações houve sensível diminuição do prestígio eclesiástico.⁶

No Direito Português anterior ao Concílio existiam três espécies de casamentos válidos: o realizado perante a autoridade eclesiástica, o chamado de *marido conhecido*, em que havia publicidade mas não se dava a intervenção da autoridade religiosa, caracterizando-se pela coabitação e pelo tratamento mútuo e recíproco como marido e mulher, e, finalmente, o casamento de *consciência* ou *à morganeira*, sem publicidade, em que as partes viviam maritalmente sem o favor das leis, que não aprovavam esses ocultos remédios da incontinência.

As Ordenações Filipinas, no Livro IV, Título 46, §§ 1^o e 2^o, referem-se ao casamento “por palavra de presente à porta da Igreja ou por licença do prelado fora dela, havendo cópula carnal” (§ 1^o), e àquele em que os cônjuges são tidos “em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente” (§ 2^o).

Admitia-se, assim, ao lado do casamento religioso na forma do Concílio Tridentino, o denominado *casamento de marido conhecido*, que lembrava um pouco a tradição romana do *usus*, em que o casamento se provava pela *affectio maritalis*, pela pública fama de marido e mulher e pelo decurso do tempo.

6. José Gomes Bezerra Câmara, *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, vol. 1, Rio de Janeiro, IBGE, 1954, p. 114.

Discutiu-se o conflito existente entre as Ordenações Filipinas e as disposições do Concílio Tridentino, considerando alguns dos comentadores das Filipinas que, diante dos textos do direito eclesiástico, não mais podia prevalecer o chamado *casamento com marido conhecido*.

A legislação filipina manteve a indissolubilidade do vínculo conjugal, distinguindo entre o casamento meramente consensual e o consumado em que houvera relações carnavais. Quanto ao primeiro, admitia-se em casos especiais a sua anulação, quando não fora seguido por relações sexuais entre os nubentes.

O regime de bens estabelecido no silêncio das partes é o da *carta a metade*, ou seja, o da comunhão universal de bens, constituindo o patrimônio do casal uma massa única à qual se incorporavam todos os bens de ambos os cônjuges.

No contrato antenupcial previsto pelas Ordenações os cônjuges podiam fazer-se mútua e reciprocamente certas doações, limitando-se, todavia, a doação marital, resquício do antigo costume germânico de pagar o *pretium pudicitiae* (“preço da virgindade”) ou *morgengabe* (“doação da manhã”), que os portugueses traduziram na expressão *câmara cerrada*.

Esclarece a respeito o Título XLVII do Livro IV das Ordenações Filipinas: “Quando alguns casam, não pelo costume e lei do Reino, por que o marido e mulher são meeiros, mas per contracto de dote e arras, mandamos que pessoa alguma, de qualquer estado e condição que seja, não possa prometter, nem dar a sua mulher camara cerrada, e promettendo-lha tal promessa, ou doação não valha. Mas podera cada hum em contracto dotal prometter e dar a sua mulher a quantia ou quantidade certa, que quizer ou certos bens, assim como de raiz, ou certa cousa de sua fazenda, com tanto que não passe o tal promettimento ou doação de arras da terça parte do que a mulher trouxer em seu dote. E se mais for promettido do que montar na terça parte do dote, não valerá o tal promettimento na demasia, que mais for”.

O legislador filipino foi muito diligente na defesa dos interesses do casal, estabelecendo a necessidade de outorga uxória (consentimento da mulher) para a venda de imóveis, qualquer que fosse o regime de bens do casal, sob pena de nulidade. Essa tradição peculiar ao Direito Brasileiro é hoje ainda mantida, não se admitindo que o marido possa alienar ou gravar imóvel sem o consentimento da mulher, mesmo quando o regime de bens é o de separação total.

No Brasil, a Lei de 20.10.1823 manteve em vigor a legislação portuguesa, consubstanciada nas Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, enquanto não se organizasse um novo código e não fossem tais disposições especialmente revogadas ou alteradas.

O Decreto de 3.11.1827 declarou, outrossim, em vigência em todas as dioceses do Brasil o Concílio Tridentino e a Constituição do Arcebispado da Bahia, determinando que os párocos recebessem em face da Igreja os noivos, quando lhes requeressem, sendo ambos do mesmo bispado ou ao menos um deles seu paroquiano e não havendo entre eles impedimentos.

A *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas refere-se ao Concílio Tridentino (art. 95), punindo os casamentos clandestinos (art. 98) e determinando que a prova dos casamentos se faça pelas certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos (art. 99), por outro qualquer instrumento público ou por testemunhas que reconheçam “que os cônjuges estiveram em casa teúda e manteúda, e em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles” (art. 10). O regime de bens continua sendo o da comunhão universal (art. 111), não se permitindo que o marido possa alienar bens de raiz ou direitos equiparados aos bens de raiz sem outorga uxória, qualquer que seja o regime de bens (art. 119). As questões de divórcio, nulidade de casamento e separação continuam da competência exclusiva do juízo eclesiástico (art. 158).

Somente nos meados do século XIX surgiu entre nós uma legislação especial referente ao casamento dos acatólicos. A Lei 1.144, de 11.9.1861, deu efeitos civis aos casamentos religiosos realizados pelos não católicos, desde que estivessem devidamente registrados.

Permitiu-se, assim, a aplicação do culto dos nubentes, desde que não contrariasse os bons costumes e a ordem pública, criando-se o registro civil estatal para atender à situação dos não católicos. O Decreto 3.069, de 17.4.1863, regulamentando a Lei de 1861, estabeleceu as normas básicas referentes ao registro dos nascimentos, casamentos e óbitos dos acatólicos. A única prova do matrimônio admitida pelo decreto citado era a certidão passada pelos respectivos ministros ou pastores, esclarecendo o seu texto que “nenhuma outra prova será admissível ainda que se apresente escritura pública ou particular de contrato de casamento e tenham os contraentes vivido no estado de casado” (art. 4º).

Ficou, assim, revogada a disposição constante do art. 46, § 2º, das Ordenações Filipinas, que fora mantida na *Consolidação* de Teixeira de Freitas (art. 100), em virtude da qual se assegurava a meação àqueles que estivessem na posse do estado de casado, ideia que viria a ressurgir com a Súmula 380 do STF, a que nos referiremos posteriormente.

O Decreto de 1863 manteve os impedimentos dirimentes do Direito Canônico, mas reconheceu a competência das autoridades civis para conhecer da nulidade ou de qualquer outra questão referente ao casamento dos acatólicos (arts. 9º e 10). O mesmo decreto autorizou o Ministro dos Negócios Interiores e os Presidentes das Províncias a dispensar os impedimentos, nos casamentos de não católicos, nos mesmos casos em que são dispensáveis no matrimônio católico.

A legislação imperial conservou, pois, na regulamentação do casamento dos acatólicos a técnica jurídica do Direito Canônico inspirada nas decisões do Concílio de Trento.

Na mesma época as ideias liberais se impõem e surgem as reivindicações referentes à separação do Estado e da Igreja e ao casamento civil, sendo este defendido por Alexandre Herculano, em Portugal, e pelo gabinete Ouro Preto, no Brasil.

Capítulo XIV

A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO PELA SEPARAÇÃO E PELO DIVÓRCIO

1. A dissolução do matrimônio e a Emenda Constitucional 66. 2. A separação e o divórcio: 2.1 A separação – 2.2 O divórcio – 2.3 Modalidades: 2.3.1 A separação amigável e o divórcio consensual: 2.3.1.1 Judicial – 2.3.1.2 Extrajudicial – 2.3.2 A separação e o divórcio litigioso: 2.3.2.1 A separação litigiosa – 2.3.2.2 O divórcio litigioso – 2.3.3 A conversão da separação em divórcio – 2.4 Os efeitos da separação e do divórcio: 2.4.1 O direito à pensão – 2.4.2 O direito à guarda – 2.4.3 O direito à convivência – 2.4.4 O direito ao nome – 2.4.5 A partilha de bens – 2.4.6 A reconciliação: 2.4.6.1 Judicial – 2.4.6.2 Extrajudicial – 2.5 Efeitos específicos do divórcio. 3. Processo: 3.1 A ação de separação judicial e o divórcio litigioso: 3.1.1 Legitimidade – 3.1.2 Competência – 3.2 As tutelas de urgência de natureza cautelar e outras medidas voltadas à preservação de direitos inerentes à ação de separação e de divórcio judicial: 3.2.1 A tutela de urgência de natureza cautelar de separação de corpos – 3.2.2 A tutela de urgência de natureza cautelar de outorga de guarda e regulamentação de convivência – 3.2.3 A tutela de urgência de natureza cautelar que visa à entrega de bens de uso pessoal – 3.2.4 A tutela de urgência de natureza cautelar de arrolamento de bens – 3.2.5 A ação de produção antecipada de provas – 3.2.6 Exibição de documento ou coisa – 3.2.7 A tutela de urgência de natureza cautelar de sequestro – 3.2.8 A tutela de urgência de natureza cautelar de protesto contra alienação de bens – 3.2.9 Os alimentos provisionais – 3.2.10 Outras tutelas de urgência de natureza cautelar. 4. A responsabilidade civil entre cônjuges. Síntese.

1. A dissolução do matrimônio e a Emenda Constitucional 66

A sociedade conjugal e o casamento podem encontrar seu término na morte de um dos cônjuges, na separação, no divórcio, na anulação ou nulidade do casamento¹ ou mesmo diante da ausência declarada de um dos cônjuges (art. 1.571, § 1º, do CC).

1. O art. 1.571 do CC atual regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, bem como seus efeitos, dispondo que:

“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.

A morte e a nulidade ou anulação do casamento e o divórcio determinam o fim do vínculo matrimonial. Já a separação apenas põe termo à sociedade conjugal e, por não acarretar a extinção do liame matrimonial, impede que aquele que ostenta o estado civil de separado convole novas núpcias. Por outro lado, declarada judicialmente a ausência de um dos cônjuges, o outro é considerado como viúvo e poderá requerer habilitação para novo casamento.

No que tange à separação, diante da promulgação da Emenda Constitucional 66, que alterou o texto do § 6º do art. 226 da CF para permitir que, independentemente de qualquer prazo, o casamento civil pudesse ser dissolvido pelo divórcio, iniciou-se na doutrina e na jurisprudência acirrado debate acerca da sobrevivência, ou não, da separação judicial.

Ao ver de alguns a separação teria desaparecido do ordenamento jurídico, porquanto a nova redação outorgada ao art. 226, § 6º, da CF não importaria quaisquer condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, inexistindo, pois, para o seu decreto, óbices quer de natureza subjetiva – relacionados à discussão sobre a culpa –, quer de natureza objetiva – inerentes aos lapsos temporais antes exigidos.²

Para outros a Emenda Constitucional 66 teria se limitado a contemplar a possibilidade do divórcio direto sem a necessidade da prévia separação judicial ou do requisito temporal da separação de fato. A nova disposição legal não teria, assim, subtraído do ordenamento jurídico aquelas normas referentes à dissolução do casamento, até porque a separação remanesce como a única modalidade legal de extinção apenas da sociedade conjugal, e não do vínculo matrimonial. Desse modo, sem precedente e expressa revogação da legislação infraconstitucional relativa à separação judicial, continuaria esta ainda hígida em nosso Direito.³ A razão parece que está com estes últimos.

Não se pode, com efeito, inferir que da eliminação de requisitos constitucionais para a obtenção do divórcio deflua automaticamente a revogação de normas de natureza infraconstitucional que tratam da separação judicial e seus reflexos.⁴ E isso porque: (a) a

“§ 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.”

No mesmo sentido determina o art. 2º da Lei do Divórcio.

2. Cf.: TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, ACi 0208670-88.2010.8.26.0100, rel. Des. Moreira Viegas, j. 7.11.2012; TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, ACi 0002610-87.2006.8.26.0629, rel. Des. Galdino Toledo Jr., j. 24.4.2012; TJDF, 2ª Turma, ACi 2008.011.0004768/APC, rel. Des. Sérgio Rocha, j. 10.10.2013; TJMG, 1ª Câmara Cível, ACi 1.0024.09.735393-2/001, rel. Des. Eduardo Andrade, j. 9.12.2013; e TJMG, 1ª Câmara Cível, ACi 1.0027.07.134463-7/002, rel. Des. Armando Freire, j. 1.11.2011.

3. Nesse sentido é a Súmula 37 do TJRS: “A Emenda Constitucional n. 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não banuiu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido), ou de um ano de casamento (quando consensual)”.

4. “A Emenda à Constituição n. 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, apenas facultou às partes dissolver a socie-

Emenda Constitucional não revogou expressamente as disposições infraconstitucionais acerca daquele instituto; (b) a subsistência da separação, paralelamente à do divórcio, não se revela incompatível, até porque sempre coexistiram em nosso Direito.

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

Destarte, e muito embora a possibilidade de obtenção incondicionada do divórcio tenha tornado em muitos casos desnecessária ou mesmo inútil a separação dos cônjuges, o certo é que nem por isso foi ela abolida do ordenamento nacional. A separação – seja ela judicial ou extrajudicial – pode e deve ser utilizada por todos aqueles que não queiram lograr a dissolução do vínculo matrimonial, seja por observância a preceitos religiosos que não admitem a dissolução do vínculo, seja pela esperança de uma futura reconciliação (art. 1.577 do CC), seja, ainda, quando se está diante da ruptura da sociedade conjugal em razão da enfermidade de um de seus partícipes (art. 1.572, §§ 2º e 3º, do CC).

Outrossim, caso se tenha por afastada a separação judicial de nosso regramento jurídico, o cônjuge que não tiver dado causa à separação, sendo, ao revés, vítima da conduta desonrosa e/ou injuriosa assumida pelo outro, será a este sempre compelido a prestar alimentos, o que se revela evidentemente inaceitável diante da regra constante do art. 1.704 da lei civil. Não poderá, ainda, na qualidade de inocente, postular a perda do direito do uso de seu sobrenome pelo outro (art. 1.578 do CC).

Doravante, de tal sorte, terão a separação como único caminho aqueles que: (a) estejam impedidos, por motivos religiosos ou, ainda, em razão de enfermidade grave, de obter o divórcio; (b) almejem uma futura reconciliação; e (c) não pretendam pensionar o cônjuge responsável pelo término da vida em comum ou que dele queiram expurgar a possibilidade de manutenção do respectivo patronímico.

Há quem sustente, finalmente, que o reconhecimento da culpa – em especial com vistas à supressão da obrigação alimentícia e do uso do nome pelo outro cônjuge – possa ser obtido por meio do divórcio litigioso ou até mesmo no que tange à exoneração do encargo pensional no bojo da própria ação de alimentos.⁵ É certo, nessas hipóteses, que o pedido deve vir apoiado nas mesmas causas que ensejam a separação judicial. Para outros a solução para os cônjuges que pretendam, a par do reconhecimento da culpa, a obtenção do divórcio seria encontrada na propositura da separação com pedido de sua subsequente e imediata conversão, nos mesmos autos, em divórcio.

dade conjugal direta e definitivamente através do divórcio” (STJ, AgInt no REsp 1.882.664-MG (2020/0163690-0), rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23.11.2020).

5. TJMG, 1ª Câmara Cível, ACi 1.0024.08.270086-5/002, rel. Des. Armando Freire, j. 3.8.2010. “Não se olvide, de outro lado, que segundo alguns julgados a culpa pela ruptura do casamento não seria óbice, por si só, ao deferimento de alimentos” (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI 70034093807, rel. Des. Rui Portanova, j. 13.5.2010).

2. *A separação e o divórcio*

2.1 *A separação*

A separação judicial pode ser amigável ou litigiosa. É amigável quando requerida por mútuo consentimento. O art. 1.574, *caput*, do CC exigia para a formulação de tal pedido que as partes estivessem casadas há pelo menos um ano (art. 1.574, *caput*, do CC). A partir da Emenda Constitucional 66/2010 o decreto do divórcio passou a ser concedido independentemente da observância de qualquer requisito de ordem temporal. Doravante, por conseguinte, não mais se justifica que a separação amigável tenha que se subordinar a qualquer exigência daquele jaez.

A separação amigável pode ser judicial ou extrajudicial. A separação judicial amigável segue o procedimento especial de jurisdição voluntária previsto nos arts. 731 e ss. do CPC e na Lei do Divórcio; a extrajudicial tramita segundo o estipulado pela Lei 11.441, de 4.1.2007.

É litigiosa a separação quando pleiteada por um só dos cônjuges com fundamento em violação grave dos deveres do casamento que torne insuportável a vida em comum (art. 1.572, *caput*, do CC). A impossibilidade de comunhão de vida pode vir calcada, entre outras circunstâncias, em: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, condenação por crime infamante, conduta desonrosa (art. 1.573, I a VI, do CC); doença mental grave, de cura improvável, verificada após o casamento e que perdure há mais de dois anos (art. 1.572, § 2º, do CC); ou, ainda, ruptura da vida em comum por mais de um ano (art. 1.572, § 1º, do CC).

2.2 *O divórcio*

Durante mais de três séculos ficou o Brasil sujeito, em matéria de casamento, às determinações do Concílio de Trento. Daí por que somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamentos, elevados à condição de sacramento.

A luta pela secularização do casamento foi iniciada ainda no Império, mas somente com a República foi instituído no Brasil, pelo Decreto 181/1890, o casamento civil. Até então só era válido, em princípio, o casamento católico no Brasil, tendo lei anterior estabelecido, no entanto, o casamento misto e o acatólico (Lei 1.144, de 11.9.1861).

A Constituição Federal/1891 só reconheceu como válido o casamento civil (art. 72, §§ 3º e 4º), terminando com o privilégio que a Igreja Católica procurava deter para o casamento dos católicos.

Logo em seguida, alguns projetos buscando a introdução do divórcio a vínculo no Brasil foram apresentados no Congresso Nacional, tendo um deles, da autoria do senador Martinho Garcez, merecido aprovação por maioria na Câmara dos Deputados, em julho/1900, vindo a ser posteriormente arquivado na Comissão de Legislação e Justiça do Senado.

Pouco se fez, a partir de então, pela instituição do divórcio vincular, dele não cuidando o Projeto de Clóvis Beviláqua e se erigindo em preceito constitucional a indissolubilidade do vínculo.

A campanha em favor do divórcio foi reiniciada por Nelson Carneiro, que colheu, no ano de 1976, sua última derrota, pois a aprovação do divórcio, que representava uma alteração na Constituição Federal, necessitava de dois terços dos votos dos membros do Congresso Nacional, e ele conseguira simples maioria.

No entanto, seu trabalho não foi em vão, pois a Emenda Constitucional 8, de 14.4.1977, deu nova redação ao art. 48 da CF e permitiu que a reforma desta fosse feita pela maioria absoluta dos votos dos membros do Congresso Nacional.

Mais facilitada ficou, assim, a aprovação do Projeto de Nelson Carneiro, o qual nas outras vezes tinha sido derrotado em razão do *quorum* qualificado que a Constituição Federal impunha.

O divórcio tornou-se possível no Brasil pela Emenda Constitucional 9, de 28.6.1977, que deu nova redação ao art. 175, § 1º, da então vigente CF, a qual ficou assim redigida:

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

“Art. 175. (...).

“§ 1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de 3 (três) anos”.

“Art. 2º. A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser, de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de 5 (cinco) anos, se for anterior à data desta Emenda.”

A Lei 6.515/1977 regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e deu outras providências.

A Constituição Federal em vigor reduziu o prazo para a conversão da separação judicial em divórcio para um ano e instituiu o divórcio direto no caso de separação de fato por mais de dois anos. Está assim redigido o § 6º do art. 226: “§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos”.

O CC vigente, nos arts. 1.579 a 1.582, reproduziu as disposições que, pertinentes ao divórcio, se encontram na Lei 6.515/1977.

Em 13.7.2010 foi promulgada a Emenda Constitucional 66, que alterou o texto do § 6º do art. 226 da CF, o qual passou a ter a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Desde então a concessão do divórcio passou a se dar independentemente da fluência de qualquer prazo, seja o da prévia separação judicial por mais de um ano, seja o da consolidada separação de fato por mais de dois.

Assim como a separação, o divórcio pode se dar de modo consensual ou litigioso.

2.3 Modalidades

2.3.1 A separação amigável e o divórcio consensual

2.3.1.1 Judicial

A separação ou o divórcio judicial amigável poderão ser homologados pelo juiz, desde que os cônjuges estejam de acordo. Se, em virtude da promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio pode ser decretado sem a observância de qualquer lapso temporal, com mais razão não há mais de se cogitar do prazo de um ano de casamento (outrora estabelecido pelo art. 1.574 do CC) para a celebração da separação consensual.

A exigência desse requisito temporal tinha por objetivo evitar decisões precipitadas por parte dos recém-casados, visto que os primeiros tempos de vida em comum são, sem dúvida, os mais difíceis. No entanto, é forçoso reconhecer que o condicionamento do deferimento da separação consensual à verificação do decurso de um ano de casamento, mormente em razão da alteração do § 6º do art. 226 da CF, não mais se justifica.⁶

A petição de separação ou divórcio consensual deverá ser instruída com os seguintes documentos: a prova do casamento; o contrato antenupcial, se houver; a declaração de bens do casal e respectiva partilha, se tiver sido acordada; o ajuste quanto à guarda dos filhos e ao regime de convivência; e o pacto com relação à pensão devida ao cônjuge necessitado (arts. 34 da Lei 6.515/1977 e 731 do CPC).

Discutiu-se muito acerca da natureza da prova do casamento. Enquanto alguns magistrados e membros do Ministério Público consideram que a separação só pode ser concedida após ter sido provado o casamento por certidão do Registro Civil, uma corrente mais liberal reconhece que uma justificação poderia ser considerada como prova suficiente do casamento, autorizando a homologação do acordo. No entanto, a falta da certidão somente pode ser suprida por outros meios em caso de manifesta impossibilidade de apresentação daquele instrumento (por exemplo, incêndio no cartório de Registro Civil perante o qual foi celebrado o casamento dos separandos).

O requerimento deverá ser assinado pelos cônjuges ou a seu rogo, se forem analfabetos ou não puderem assinar. Também os advogados – ou o advogado comum dos cônjuges – deverão assinar a petição (§ 1º do art. 34 da Lei 6.515/1977).

Não tendo havido acordo em relação à partilha dos bens, poderá ela ser julgada por sentença em inventário judicial, depois da homologação da separação ou do divórcio. Havendo acordo, o juiz homologará desde logo a partilha amigável.

Uma questão bastante controvertida diz respeito à nulidade da renúncia à meação por afronta aos arts. 548 e 549 do CC, os quais prescrevem a invalidade da doação de

6. Apesar do entendimento ora exarado, a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça/CNJ manteve em seu art. 47 a exigência de decurso de ao menos 12 meses de casamento para a dedução, extrajudicial, de pedido de separação consensual, tendo sido essa resolução alterada apenas e tão somente na parte relativa ao divórcio (arts. 52 e 53).

todos os bens integrantes do patrimônio de uma pessoa sem que esta reserve parte desses bens ou da renda deles proveniente para prover a própria subsistência, bem como da doação dos bens que excedam aqueles que, no momento da liberalidade, possam ser objeto de disposição testamentária.

Há quem entenda que tais dispositivos, por se referirem ao contrato de doação, não se aplicam ao divórcio e à separação.⁷ Para outros, no entanto, a renúncia à meação – uma vez que esta equivaleria a uma verdadeira doação – mostrar-se-ia viável apenas quando o cônjuge ficasse com bens suficientes para assegurar a respectiva manutenção.

Ainda entre as disposições acerca da partilha é possível inserir cláusula que institua doação de bens aos filhos menores, a qual dispensa posterior lavratura de escritura definitiva, tendo em vista que o acordo acerca da doação, tomado por termo e homologado judicialmente, tem a mesma eficácia daquele ato.⁸ Tal possibilidade não se aplica ao donatário maior e capaz, visto que este, além de precisar manifestar sua aceitação à doação, não é parte no processo.

A doação, uma vez judicialmente homologada, constitui ato jurídico perfeito, sendo certo que nem mesmo a reconciliação do casal poderá afetá-la. O art. 1.577, parágrafo único, do CC estabelece, com efeito, tal como o art. 46, parágrafo único, da Lei 6.515/1977, que a reconciliação do casal em nada prejudicará direitos de terceiros adquiridos antes ou durante a separação ou o divórcio.

A petição de separação ou de divórcio consensual deverá esclarecer, finalmente, se o cônjuge conservará o nome de casado ou se voltará a usar o nome de solteiro, valendo, no silêncio das partes, a afirmativa de que mantém o patronímico acrescido com as núpcias.

7. “Partilha – Renúncia à meação feita por um cônjuge ao outro – Inaplicabilidade do art. 1.175 do CC, uma vez que a divisão de bens amigavelmente acordada pelos cônjuges se faz nos termos livremente conveniados pelo casal – Nulidade afastada se não houve vício de consentimento” (TJSP, 10ª Câmara Cível, ACi 64.679-4/0, rel. Des. Ruy Camilo, j. 16.3.1999).

8. “Promessa de doação de bem imóvel feita pelo genitor das autoras e do corréu em processo de separação judicial, em 1981 – Viável a procedência do pedido autoral de outorga de escritura em prol das autoras, pois a promessa de doação pelo adquirente genitor no âmbito de processo de separação judicial, com a respectiva homologação judicial, tem força de escritura pública” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, ACi 1029004-64.2020.8.26.0002, rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 4.11.2021); “Promessa de doação a filhos do casal em ação de divórcio – Homologação judicial – Sentença com eficácia de escritura pública – Admissibilidade” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, ACi 1026461-18.2019.8.26.0554, rel. Des. Giffoni Ferreira, j. 19.10.2021); “Destacada impossibilidade de cumprimento de promessa de doação – Negócio, porém, que não se alinha a típica promessa, considerando que realizado como condição à extinção do vínculo conjugal – Hipótese, assim, em que a liberalidade não foi recepcionada na formação daquele ajuste, devidamente homologado – Precedentes – Indiferente outorga de escritura pública – Homologação judicial que produz efeitos idênticos àquele instrumento, independente do valor do patrimônio” (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, ACi 1005045-26.2020.8.26.0047, rel. Des. Donegá Morandini, j. 13.9.2021).

Apresentada a petição, o juiz ouvirá os cônjuges separadamente sobre as causas da separação e, na tentativa de conciliar as partes, poderá, inclusive, chamar os advogados para participar dos entendimentos.

Uma vez ratificado o pedido e reduzidas a termo as declarações, será ouvido o Ministério Público – o qual funciona no processo não como defensor do matrimônio, mas como simples fiscal da fiel execução da lei.⁹ Em seguida o acordo deverá ser homologado pelo juiz.

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

Na eventualidade, portanto, de se verificar grave lesão a uma das partes ou para os filhos, seja no que concerne às estipulações relativas à guarda destes, seja quanto à fixação da pensão ou à partilha dos bens, faculta a lei ao juiz a recusa do decreto de separação ou de divórcio. Do mesmo modo, se o juiz constatar que não se mostra livre a vontade de um dos cônjuges poderá negar a homologação. Não se confere, todavia, ao magistrado o poder de modificar o teor e o sentido das cláusulas constantes do acordo de separação ou de divórcio que repute lesivas às partes. Decidindo o juiz pelo indeferimento do pedido de separação ou de divórcio, deverá proferir decisão fundamentada, explicitando as razões da recusa. Tal decisão, evidentemente, comporta a interposição de recurso pela parte inconformada.

A sentença homologatória, depois do trânsito em julgado, deverá ser averbada no Registro Civil, e a partilha dos bens, havendo bens de raiz, deverá constar do Registro de Imóveis.

A sentença que homologa a separação ou o divórcio por mútuo consentimento não transita em julgado na parte referente à guarda e ao sustento dos filhos, tampouco no tocante à pensão alimentícia devida ao outro cônjuge ou mesmo aos descendentes comuns. A guarda dos filhos e o regime de convivência poderão, em qualquer tempo, ser objeto de nova regulamentação pelos cônjuges separados ou divorciados ou pelo juiz, desde que haja mudança das circunstâncias que ensejaram o acordo e a modificação melhor atenda aos interesses dos menores. De igual modo, o ajuste acerca da pensão alimentícia poderá ser revisto sempre que sobrevierem modificações nas possibilidades do alimentante ou nas necessidades do alimentando.

O acordo acerca da dissolução da sociedade conjugal ratificado por ambos os cônjuges não é retratável unilateralmente (Súmula 305 do STF).

2.3.1.2 Extrajudicial

A separação assim como o divórcio consensual, desde a promulgação da Lei 11.441/2007, podem ser celebrados mediante a lavratura de escrituras públicas.

9. De acordo com o Provimento 313/2003 da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, a intervenção do promotor de justiça é facultativa quando se tratar de separação judicial e divórcio sem interesse de incapazes (art. 3º, I).

Ao permitir que a separação e/ou o divórcio sejam realizados extrajudicialmente visou o legislador a facilitar a formalização da dissolução das sociedades conjugais. Afinal, o casamento é ato negocial, celebrado perante juiz de paz que não exerce função jurisdicional, não havendo justificativa para que seu desfazimento, de modo consensual, tenha que se dar perante a autoridade judiciária. A lei objetivou também promover o desafogamento do Poder Judiciário, reservando a este apenas a resolução das questões efetivamente litigiosas. Salvaguardou, por outro lado, os interesses dos cônjuges e das cláusulas que compõem o ajuste de separação de eventuais e indesejáveis intromissões dos juízes ou membros do Ministério Público, que frequentemente, e por razões diversas, dificultam a homologação daquilo que, no mais das vezes, levou meses para ser redigido e assinado.

Por outro lado, como se trata de procedimento administrativo, não há cogitar de foro privilegiado, podendo ser lavrada a escritura no local que melhor aprouver às partes, o que indubitavelmente representa mais uma vantagem da separação ou divórcio extrajudicial.

Contudo, ao subtrair do Poder Judiciário a competência para processar as ações de separação e/ou divórcio consensuais a Lei 11.441/2007 abriu portas para a ocorrência de alguns inconvenientes. Assim, por exemplo, o fato de os termos das separações e/ou divórcios constarem de escrituras públicas retira de tais atos o caráter sigiloso de que gozam quando celebrados judicialmente, permitindo que o respectivo conteúdo possa ser acessado por terceiros. Ademais, a ausência de qualquer forma de supervisão sobre a vontade dos cônjuges, bem como das cláusulas e condições pactuadas, pode permitir a realização de acordos desfavoráveis a uma das partes. Consigne-se, outrossim, a impossibilidade de serem lavradas escrituras que promovam apenas a separação do casal, o que impede que questões como alimentos, guarda e convivência sejam regulamentadas em outra oportunidade, quiçá mesmo judicialmente.

Segundo a Lei 11.441/2007, a separação ou o divórcio amigável podem ser realizados extrajudicialmente, ou seja, podem os cônjuges optar pela celebração por meio de escritura a ser lavrada perante o notário público, mas tal faculdade é deferida apenas e tão somente àqueles que não tenham filhos comuns menores ou incapazes.

No que tange à prova da menoridade da prole, pode ser produzida com a mera apresentação ao tabelião da certidão de nascimento ou da escritura de emancipação. Não havendo filhos incapazes, bastará a simples declaração dos cônjuges perante o notário,¹⁰ não se fazendo necessária, para tanto, a apresentação de atestado médico acerca da sanidade mental daqueles. No entanto, revelando-se falsa a afirmação sobre a sanidade da prole, poderão os cônjuges vir a ser processados por crime de falsidade ideológica, a teor do que prescreve o art. 299 do CP.¹¹

10. Art. 34 da Resolução 35, de 24.4.2007, do CNJ.

11. CP: “Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: (...)”.

A separação ou o divórcio consensual para serem efetivados diante do tabelião não mais reclamam a observância do prazo de um ano de casamento. É bem verdade que o Código Civil não faculta aos cônjuges a celebração de sua separação amigável antes de decorrido aquele lapso temporal (art. 1.574 do CC). Contudo, uma vez que para o decreto do divórcio não mais subsiste qualquer requisito de ordem temporal, não há razão para ser mantida a regra do art. 1.574 do CC.

O instrumento público por meio do qual são ajustadas as cláusulas e condições que deverão presidir o desfazimento do matrimônio poderá ser lavrado perante qualquer tabelionato de notas, não estando adstrito às normas de competência previstas nos arts. 46 ou 53, I, ambos do CPC, tal como ocorre com relação à separação judicial.

Preferindo os cônjuges pôr termo ao matrimônio por via extrajudicial, abrirão mão do sigilo que o processo judicial lhes asseguraria, uma vez que a escritura lavrada perante o notário constitui, sabidamente, instrumento público.

Da escritura lavrada pode-se fazer constar as disposições relativas à partilha de bens – para o que se impõem a descrição do acervo comum e a observância das regras peculiares ao inventário judicial¹² –, aquelas pertinentes à fixação ou dispensa da pensão alimentícia – indicando, no primeiro caso, o(s) respectivo(s) beneficiário(s), o correlato valor, a data de pagamento e os critérios de correção –, bem como à manutenção ou não, por um dos cônjuges, do patronímico do outro. As partes não estão obrigadas a disciplinar as questões afetas à partilha e à pensão por ocasião da lavratura da escritura de separação consensual, podendo relegá-las para ocasião posterior.

Ademais, deverão as partes apresentar ao tabelião os seguintes documentos: (a) certidão de casamento; (b) documentos de identidade oficial e CPF/MF; (c) pacto antenupcial (se houver); (d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes (se houver); (e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos, sendo que tal documento é necessário apenas quando os separandos estabeleçam algum ajuste de natureza patrimonial; e (f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se pertinentes.¹³

Os cônjuges poderão comparecer pessoalmente ao ato, facultando-se-lhes, entretanto, a representação por procurador constituído por instrumento público, do qual, além de poderes especiais para celebrar a separação consensual em nome dos outorgantes, deverão constar as cláusulas essenciais do acordo e o prazo de validade de 30 dias.¹⁴

12. Art. 39 da Resolução 35, de 24.4.2007, do CNJ.

13. Art. 33 da Resolução 35, de 24.4.2007, do CNJ.

14. Art. 36 da Resolução 35, de 24.4.2007, do CNJ: “O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de 30 (trinta) dias”.

Ao tabelião cumpre apenas verificar a observância dos requisitos reclamados pela lei. Não lhe faculta a lei, contudo, questionar acerca do acordado, muito embora o art. 46 da Resolução 35 do CNJ admita que possa ele se recusar a lavrar a escritura “se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito”. Permite-se ao tabelião, ademais, negar a lavratura da escritura se, dentre as cláusulas ajustadas pelas partes, encontrar-se alguma que se apresente eivada de ilegalidade.

O referido ato notarial – uma vez assinado pelos cônjuges e pelos advogados que assistem às partes (os quais poderão ser comuns ou não) – passa a valer como título hábil para que seja a separação averbada junto aos cartórios de Registro Civil e Registro de Imóveis, independentemente de homologação judicial (CPC, art. 733, § 1º).

2.3.2 *A separação e o divórcio litigioso*

2.3.2.1 *A separação litigiosa*

O Direito Brasileiro autoriza o pedido de separação judicial fundado na atuação culposa do outro cônjuge, desde que comprovada a prática de “qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento” e “torne insuportável a vida em comum” (art. 1.572, *caput*, do CC). Trata-se da chamada “separação culposa”. Admite, ainda, o art. 1.572, §§ 1º e 2º, o decreto de separação independentemente de culpa, por vontade unilateral do cônjuge, quando este “provar a ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição” – alcunhada usualmente de “separação-ruptura” – ou se seu consorte “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 2 (dois) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”. É a denominada “separação-remédio”.

O Código Civil, não obstante o já reiterado posicionamento dos tribunais pátrios, que, calcados na disposição contida no art. 5º da Lei do Divórcio, dispensavam a averiguação da responsabilidade para o decreto da separação judicial, manteve a separação culposa.

Realmente, nos casos em que não ficava demonstrada a culpa de qualquer dos consortes pela falência do matrimônio e, em especial, quando já decorrido o prazo de mais de um ano da separação de fato dos cônjuges, nossos julgadores vinham decretando a separação do casal com base no disposto no art. 5º da Lei do Divórcio, ou seja, pela ruptura da vida em comum.

A dispensabilidade da demonstração da culpa nos processos de separação representava significativa evolução no Direito Brasileiro, o qual paulatinamente veio abandonando o conceito de “separação-sanção” – para cujo decreto se impõe a discussão da culpa – para dar guarida à denominada “separação-remédio” ou “princípio da