A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DE CASAMENTO NA SISTEMÁTICA BRASILEIRA

Gisele Leite[1]
Denise Heuseler[2]

Desde o Direito Romano os doutrinadores oferecem definições diversas que representam as ideias predominantes de cada época.

Há duas significativas concepções de casamento[3], uma do Digesto que marcou o período clássico atribuído à Modestino: *Nuptiae sunt*

---

[1] Gisele Leite, professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Articulista e colunista dos sites www.invetidura.com.br, www.netlegis.com.br, www.jusvi.com , possuindo vasta produção acadêmica publicada nos sites como www.ibdfam.org.br , *http://egov.ufsc.br/portal/buscalegis*, www.abdpc.org.br ,www.ambito-juridico.com.br , www.abdir.com.br , www.jurid.com.br .

[2] Denise Heuseler, professora universitária, advogada, bacharel em Direito UNESA, pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UniverCidade, mestranda da UCAM, pesquisadora do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas, professora-tutora da FGV Online e IBMEC Online. Também possui vasta produção acadêmica publicada pelos sites www.investidura.com.br, www.jusvi.com ,www.ibdfam.org.br, www.prolegis.com.br, www. egov.ufsc.br/buscalegis, www. ambito-juridico.com.br, www.abdpc.org.br , www.conteudojuridico.com.br , www.abdir.com.br e www.jurid.com.br

[3] As diversas conceituações de casamento, ora baseadas na ideia de instituição, ora na de contrato, ora caracterizando o ato sob as concepções filosóficas ou religiosas, ora sob o aspecto formalista da solenidade e, geralmente definindo o ato pelos seus fins ou efeitos. Lembremos que casamento e matrimônio são vocábulos de origem distinta. E, de acordo com a visão tomista, *matrimonium* provém de *matrem*, *mater + muniens, ou mones*, ou nato, ou monos, ou *munus*, significando respectivamente: "a proteção da mulher-mãe pelo marido-pai" o ato que "faz a mulher mãe de um nascido", união de dois formando uma só matéria, "ofício ou encargo de mãe".
O vocábulo *casamentum*, advém do latim medieval, e se referia a cabana, moradia, bem como ao dote de matrimônio, constituído por terreno e construção, oferecido tanto pelos reis e senhores feudais aos seus criados, quanto pelos mosteiros às filhas de seus fundadores e, ainda, pelo sedutor à vítima a fim de reparar seu erro.

*coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*Tradução literal: “Núpcias são uma união em casamento de macho e fêmea, uma ação de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano”.

As *Institutas* de **Justiniano** já determinaram outra definição que fora elaborada por Ulpiano e, vindo mais tarde ser aperfeiçoada pelo Direito Canônico.

De todas as definições há em comum o mesmo sentido ideológico de perenidade, de permanência por toda vida dos cônjuges. A do *Digesto* se referia ao direito humano e divino; a das Institutas se referia propriamente a uma relação jurídica que a celebração traduziria uma convivência animada pelo *affectio maritalis* (advindo do Direito Canônico) e, mais tarde, elevada à categoria de sacramento posto que com a celebração os nubentes formassem uma só entidade física e espiritual (uma só carne, ou seja, *caro una)*de forma indissolúvel e sob a inspiração do princípio segundo o qual o homem não pode separar aqueles que Deus uniu[4].

O magistral **Pontes de Miranda** definiu casamento como um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o instituto de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil e, comprometendo-se a criar, educar a prole que de ambos nasceu. (Direito de Família, p.15, edição de 1917).

---

[4] O Código Canônico de 1983 foi atento ao caráter contratual do matrimônio considera-o sacramento, produzido pelo consentimento de pessoas capazes perante o direito. Este consentimento gera a aliança matrimonial que, por sua vez faz nascer o vínculo, a comunidade de toda a vida.
É o teor do cânone 1055, primeiro parágrafo do *Codex Canonici*: A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda (*consortium totius vitae*), ordenada, por sua índole natural, ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole foi elevada, entre os batizados à dignidade de sacramento.

Nessa esteira, **Beviláqua** também aponta o caráter contratual e solene, e que estabelece a mais estreita comunhão de vida e de interesses.

Lafayette mais sintético apontou o casamento como ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, com a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.

Ainda mais sucinto foi **Orlando Gomes** é a união de um homem uma mulher para constituírem uma família legítima. Na definição além de se indicar a naturezajurídica se atém à sua finalidade e seus caracteres. E contemporaneamente em face das variadas transformações por que tem passado a família, bem como o casamento.

Pois não mais satisfazia definição dada por **Modestino** com a comunicação do direito humano e o direito divino para a união dos consortes, e nem a concepção de **Ulpiano** que enfatizava a união segundo os costumes.

Então, elucidou **Caio Mário** que o casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente[5].

Para alguns doutrinadores a acepção do casamento transcende o direito privado, e suas finalidades e funções tocam diretamente o direito público (**Alberto Trabucchi**). E, Savatier foi mais longe ao

[5]Álvaro Villaça Azevedo resume o conteúdo metajurídico do casamento, quando diz que este "nada mais é do que um elo espiritual, que une os esposos, sob a égide da moralidade e do direito".

transferir o Direito De Família para o mais amplo campo de Direito Público, principalmente pelo fato de que nas relações jurídico-familiares há acentuada predominância de princípios de ordem pública (**René Savatier**, *Du Droit Civil au Droit Public*, pp. 19 ss.).

Analisando a definição apresentada pelo Direito Romano[6] percebe-se que o casamento é consórcio de vida, porém os romanos não eram propensos à abstração e, mesmo mais adiante com as Institutas o casamento continuou sendo descrito como uma situação de fato, uma união (*coniunctio*) de homem que gera a convivência.

E, o Cristianismo ao se apropriar dessa acepção lhe confere a natureza de sacramento com força de ungir a benção do céu, transformando os cônjuges em uma unidade, *caro una.* Ulpiano foi além da união carnal, colocando-a também no consentimento *(consensus).*

Dentro das categorias de atos jurídicos, com base em **Duguit**[7], pode-se classificar o casamento como ato-condição como aquele que resulta de um órgão público (o juiz de paz), apta a colocar o indivíduo em uma situação jurídica com força de vontade legal.

[6]A Constituição antonina ou *Constitutio Antoniniana de Civitate* é popularmente conhecida como Édito de Caracalla, ou Édito de 212. Por esse diploma legal, no ano 212, o Imperador *Marcus AureliusAntoninus* (186-217) popularmente conhecido como Caracalla, concedia a cidadania romana a todos os súditos do Império.E isso significava a perda de privilégios de Roma. E o jurista Ulpiano comentando tal legislação assim se referiu: "Pela constituição do Imperador Antonino todos os que se acham no orbe romano se tornaram cidadãos romanos" (em latim: *In orbe romano omnes qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cies romani effecti sunt*).

[7] A doutrina empreendeu muitas tentativas de conceituar casamento, deparou-se com a difícil tarefa de congregar, numa definição, os múltiplos aspectos que compreendem este instituto jurídico.
Assim, o casamento é ao mesmo tempo, o liame que une dois seres física e afetivamente, a conjunção de corpo e espírito, uma instituição moral e religiosa, uma agregação socialmente organizada, o ato jurídico que lhe dá nascimento, o estado vincular e a sociedade conjugal por ele gerados.

Assim, o casamento é ato solene, ato complexo, pois além de requerer a manifestação das partes requer a participação do Estado através da autoridade celebrante.

Foi partindo da definição das *Institutas* que veio o Direito Canônico[8]a enxergar o casamento como um contrato. De fato existe no matrimônio esta analogia com os contratos em geral em razão do encontro das duas vontades num só objetivo, embora que em sua essência se destaquem.

Por outra corrente doutrinária projeta a natureza jurídica no cunho institucional do casamento (posto que não possam os nubentes estabelecer condições particulares de sua união, e sim, somente sob uma das formas legais e nem podem livremente escolherem as condições de regulamentação de guarda e dos direitos dos filhos, ou de um cônjuge em relação ao outro, ou de sua separação).

Fazem os juristas a distinção entre a relação jurídica do casamento e o ato jurídico do casamento, daí se concluir, que seja uma instituição, enfim o casamento[9] é um contrato de direito de família, um contrato institucional.

É quase unânime identificar nas diferentes definições de casamento a finalidade de criar e educar a prole que deste derivar. De sorte

[8]Iván Ibán, professor de direito canônico, em *Notas para una propuesta de definicion del matrimonio*, verifica, observando a realidade, que pretender explicar à sociedade o que é o matrimônio, com os artigos do Código Civil e regras do *Codex Iuris Canonici*, equivale a querer explicar a diferença entre uma *filloa* e uma crepe utilizando-se equações matemáticas e fórmulas químicas. Acreditava o professor que se o legislador não enfrentar a tarefa de conceituar o casamente, estará diante da situação em que toda união sexual, heterossexual ou homossexual, estável ou instável ou meramente esporádica, inclusive este, receba também a qualificação de matrimônio.

[9]A conceituação de casamento é matéria sujeita a variados elementos não havendo universalidade na sua disciplinação. Fatores sociais e religiosos, históricos e regimes diferentes semearam terrenos férteis para as mais diversas premissas que orientaram sociólogos, religiosos e juristas na tentativa de formular uma definição universal de família conjugal.

que o casamento legaliza as relações sexuais, e obrigam-se para com os filhos (sejam os já existentes ou os futuros).

Trata-se da finalidade natural do casamento, porém não única. O Direito Canônico tratou de distinguir a procriação como finalidade primária do casamento, porém também não é a única finalidade.

O casamento consiste assim na união afetiva matrimonializada pelo rito formal da celebração. É um negocio jurídico constituído pelo consentimento recíproco de um homem e uma mulher, na forma da lei, estabelecendo a criação de sociedade e vínculo conjugais disciplinados pelo direito positivo, dando origem à família nuclear e aos efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais desta decorrente.

A finalidade principal do casamento é a constituição da família sendo esta uma célula social por excelência e, nesse sentido, a atual Constituição Federal brasileira prevê que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, e pode ser também gerada pela união estável, e ainda se protege as relações socioafetiva.

A Carta da ONU de 1946 dispõe em seu art. XVI, n.3, *in litteris*: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

De toda forma, identificamos vários finsdo casamento, e já salientava o Direito Romano que o *affectio maritalis* representava elemento essencial da celebração e de continuidade da vida conjugal, só admitindo o fim do casamento e motivo para a dissolução o fator de extinguir o *affectio*.

Já o Direito Civil enunciou como um dos fins do casamento a comunhão de vida e de interesses. Porém surgem outras finalidades não menos relevantes, porém decorrentes do casamento são apontadas:

a) atribuição de nome à esposa. A Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) amenizou o caráter impositivo do preceito do art. 240 do Código Civil de 1916, para transformá-lo em faculdade;

b) Efeito do casamento é a fidelidade[10] recíproca dos cônjuges e a vida em comum do domicílio conjugal, além da mútua assistência.

E, nesse sentido, a Lei do Divórcio estabeleceu como causa dissolutória do casamento a ruptura da vida em comum.

É pelo casamento que se promove a legalização do estado de fato preexistente, podendo haver a conversão da união estável em matrimônio.

De sorte que o casamento assume determinados caracteres[11] tais como a solenidade e publicidade do ato, a dissolubilidade e diversidade de sexos[12] dos nubentes.

---

[10]Tem-se que sinônimos de fidelidade os termos lealdade, honradez, honestidade, integridade, pontualidade, constância, firmeza, perseverança entre outros. Portanto, é possível conceituar o dever de fidelidade com lealdade entre os cônjuges ou conviventes, especialmente quando às relações possuem como objetivo o prazer físico e a satisfação sexual.O desrespeito a tal dever se configura quando ocorre a prática de relação sexual com pessoa estranha ao casamento ou à união estável. E mesmo por outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal. Ao cogitar de infidelidade logo surge a figura do adultério que fora descriminalizado pela Lei 11.106/2005.

[11] Seja no Direito Canônico, seja no direito romano ou no direito civil reafirma-se que o casamento é ato solene. Mesmo quando se despe de toda pompa ainda assim não abandona os rituais e mantém o formalismo mesmo quando mínimo conforme se vê no Direito Chinês. Até o século III conheciam-se três modalidades matrimoniais: a iure quirituim, a que se realizava entre peregrinos e o contubernium (união de escravos) são essas a *confarreatio*, a *coemptio* e *usus*. Com a Constituição de Caracalla de 212.

O casamento mais complexo e formal em todo o sentido era a *confarreatio* (era o casamento patrício), enquanto que a coemptio correspondia ao casamento civil uma reminiscência de uma compra, menos sacramental e era uma ficta *venditio*.

A terceira forma, *usus* que pouco se diferenciava de concubinato, era a forma plebeia de casamento, era equivalente à posse, que o decurso do tempo consolidava em situação jurídico-matrimonial, salvo se interrompesse a continuidade da coabitação e os cônjuges deixassem de conviver sob o mesmo tempo por três noites seguidas (*usurpatio trinoxium*).

Já o casamento pelo Direito Canônico, segundo o cristianismo, o matrimônio celebrava-se *solo consensu*, dessa forma, não era a benção do pároco, bastando que os nubentes comparecessem simultaneamente à Igreja e em consciência se recebessem como marido e mulher.

Com os inconvenientes resultados dos casamentos clandestinos, a Igreja passou a exigir para sua validade, a realização perante o seu ministro, como uma testemunha necessária e qualificada, e essa orientação o Direito Canônico preserva até hoje desde o Concílio de Trento[13] (1545 a 1563).

---

se conferiu a cidadania romana a todos os súditos do Império Romano prevalecendo o casamento *iusgentium*.

[12]Paraná é o novo estado a regulamentar o casamento civil entre homossexuais. A habilitação de casal homoafetivo para celebrar casamento civil foi autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011. Já tendo anteriormente o STF reconhecido a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: http://oglobo.globo.com/pais/parana-regulamenta-casamento-civil-entre-homossexuais-8020257

[13] Foi o décimo-nono concílio ecumênico. É considerado um dos três concílios fundamentais na Igreja Católica. Fora convocado pelo Papa Paulo II para assegurar a unidade da fé e a disciplina eclesiástica, no contexto da Reforma da Igreja Católica e a reação à divisão então vivida na Europa devido à reforma protestante. O referido concílio foi atrasado e interrompido várias vezes por causa de divergências políticas ou religiosas, e personificou os ideais da contrarreforma.

Nos povos ocidentais, o direito civil envolve o ato matrimonial num manto de solenidade que principia com os proclamas e continua pela cerimônia e se estende até a inscrição ou assento cartorário próprio. Mesmo na China onde ser reduz até a maior simplicidade, exige-se igualmente pelo menos um registro público do casamento.

Sobressai na solenidade matrimonial a presença do representante do estado que vem colher a viva manifestação de vontade dos nubentes e, em seguida declara o casamento. Vige minuciosa orientação da lei civil brasileira regulando os momentos formais da celebração do casamento.

A simplificação da solenidade do ato matrimonial é criticada com amargura por desprestigiar a relevância do casamento no meio social. Mas, de qualquer forma, a Antiguidade contribuiu para a evolução do Direito de Família e, em sua historiografia já registra que já existia o divórcio no direito hebreu, direito grego e no direito germânico.

O Novo Testamento[14] registra divergência referente ao divórcio pois enquanto o Evangelho de São Mateus abre exceção para o caso de adultério, o de Marcos e Lucas o repelem.

A Reforma Católica fora reforçada pela criação em 1540 da Companhia de Jesus, que era ordem religiosa fundada pelo espanhol Inácio de Loyola, e se transformou num autêntico exército em defesa da manutenção dos princípios católicos e da evangelização da Europa, Ásia e Américas.

[14] Já no Antigo Testamento, o tema divórcio é admitido pela Lei de Moisés que prescreve as razões, mas de forma bem generalista o que dificulta explicitar os motivos que o justifiquem. O Talmude (coletânea de interpretação de leis pelos rabinos) admite o divórcio quando, por exemplo, explica "coisa feia" era o homem ver algo em sua esposa que não lhe agradava. Porém, repudiava as esposas oriundas de linhagem estranhas à de Israel, no exílio babilônico.

Registre-se que havia a carta de divórcio que era um documento oficial fornecido pelo marido à mulher repudiada. Esta, então, restaria livre para casar-se novamente. A mulher repudiada, por apresentar “coisa feia” ou “coisa indecente”, recebia, humilhada, o escrito de repúdio, mas no entanto, poderia se casar com outro homem.

As Epístolas de São Paulo[15] condenam o divórcio, e, imponentemente proclama: “o que Deus uniu, o homem não separa.”, que serviu de base para os doutrinadores da Igreja Católica (como **Santo Agostinho**, **Graciano**, **Pedro Lombardo**)[16], para defenderem a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Após advertir contra a imoralidade sexual, **Paulo** passa a tratar no capítulo sete sobre os deveres do casamento onde exalta a fidelidade conjugal entre marido e esposa. Cogita ainda daqueles que optaram pelo celibato para se dedicarem mais às atividades eclesiásticas, mas recomenda que aqueles que não tenham vocação religiosa e para vida casta, para se casarem. Também permite novo matrimônio para as viúvas, considerando mais adequado as pessoas se casarem que viverem em imoralidade contrária aos propósitos divinos.

Na Lei de Moisés previa apenas duas situações em que o homem não poderia conceder o divórcio à esposa: quando fosse acusada falsamente de pecado sexual pré-marital e quando um homem desvirginasse uma jovem, e o pai dela o compelisse a desposá-la. (Êx 22.16,17; Dt 22.28,29)

[15] A tradição cristã reconhece quatorze cartas de São Paulo das vinte e uma existentes no Novo Testamento. As cartas da Antiguidade greco-romana eram de dois gêneros: as cartas familiares, comerciais, política e, etc... e as epístolas, que são espécie de tratados sobre um certo tema e dedicados a alguma personalidade, amigo ou familiar. Exatamente em Coríntios trata de matrimônio e da castidade.

[16]É no capítulo treze da epístola aos Coríntios que Paulo fala sobre o amor(em grego:*ágape*) e que, em algumas traduções aparece como caridade. *In litteris*: "Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse Amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom da profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse Amor, nada seria. E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, se não tivesse Amor, nada disso me aproveitaria. O Amor é paciente, é benigno; o Amor não é invejoso, não trata com leviandade, não se ensoberbece, não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal, não folga com a injustiça, mas folga com a verdade. Tudo tolera, tudo crê, tudo espera e tudo suporta. O Amor nunca falha. Havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá; porque, em parte conhecemos, e em parte profetizamos; mas quando vier o que é perfeito, então o que é em parte será aniquilado. Quando eu era menino, falava como menino, sentia como menino, discorria como menino, mas, logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino. Porque agora vemos por espelho em enigma, mas então veremos face a face; agora conheço em parte, mas então conhecerei como também sou conhecido. Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três; mas o maior destes é o Amor.".

O divórcio no Brasil na época do Império em face do casamento católico, como atendia a religião oficial do Estado, era tido como inadmissível pois o matrimônio era indissolúvel.

Com o crescimento populacional brasileiro majorou-se o número de "não católicos" e, então a Lei 11 de setembro de 1861 regulamentou o Decreto de 17/04/1863 que admitiu o casamento civil (ao lado do casamento religioso) principalmente quando os nubentes eram credos diferentes.

Em síntese, eram nessa época três tipos de casamentos: 1) o celebrado de acordo com as normas do Concílio de Trento de 1563; 2) o casamento misto (entre católico e não católico) celebrado sob os princípios do Direito Canônico; 3) o casamento de nubentes de seitas dissidentes com a observância de preceitos religiosos respectivos.

Coube à república brasileira, estabelecer o casamento civil em caráter obrigatório através do Decreto 181, de 24/01/1890, o que foi confirmado pela Constituição brasileira de 1891 (art. 72, quarto parágrafo).

O fundamento filosófico desta proposição seria a separação da Igreja e do Estado, estipulando-se o Estado laico[17]. O Código Civil de **Beviláqua** confirmaria a existência do casamento civil, sem

[17] Define-se um Estado laico por ter posição neutra no campo religioso. É também conhecido como Estado secular posto que tenha como princípio a imparcialidade ante os assuntos religiosos, não apoiando e nem discriminando nenhuma religião ou credo. Neste Estado laico se defende a liberdade religiosa extensível a todos seus cidadãos e não se admite a interferência de correntes religiosas em matérias sociopolíticas, jurídicas e culturais. O nosso país é oficialmente um Estado laico, onde a Constituição vigente bem como outras legislações preveem a liberdade de crença religiosa bem como a proteção e respeito às manifestações religiosas. Desta forma, a laicidade pressupõe não só a não intervenção da Igreja no Estado, o que não recomenda, por exemplo, o ensino religioso nas escolas públicas. Já, nos estados teocráticos, como por exemplo, o Irã onde a religião exerça seu controle político na definição e execução das ações governamentais. Como exemplos de nações teocráticas temos: o Vaticano(Igreja Católica), Israel (Estado Judeu).

alusão eclesiástica que retornou à tona com aConstituição brasileira de 1934 (art. 46). Permaneceu obrigatório o casamento civil e facultativo o casamento religioso, o que gerava a duplicidade de bodas (o que era inconveniente).

Prevaleceu na sistemática pátria por longo tempo a indissolubilidade matrimonial escorada com previsão constitucional da época. E foram numerosas tentativas de romper a muralha constitucional e ideológica em prol do divórcio, a afamada “batalha pelo divórcio” que se travou entre o então deputado Padre **Arruda Câmara** e Deputado Federal **Nelson Carneiro**.

E, após a pesquisa de opinião popular, conclui-se que o divórcio era aceito pela maioria, o que culminou com a edição da Emenda nº 9 de 1977, o que ensejou a Lei 6.515/1977. Por fim, a Constituição cidadã de 1988 consagrou finalmente e plenamente o divórcio em seu art. 226, quarto parágrafo completando-lhe a estrutura.

Com a Emenda Constitucional 66/2010 conhecida como a Emenda do Divórcio representou verdadeira revolução para o direito de família brasileiro, remodelando o art. 226, terceiro parágrafo da Constituição federal vigente (“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”).

A referida emenda tem aplicação imediata sendo uma norma autoexecutável. Assim, não é mais viável juridicamente a separação de direito, que inclui a separação judicial e a separação extrajudicial que foram banidas totalmente do sistema jurídico. Abolindo inclusive a punição de outro cônjuge (infrator dos deveres conjugais).

Boa parte da doutrina concluiu que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida[18] em nosso direito, restando o divórcio, que simultaneamente, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial.

Porém, ainda existe excepcionalmente a separação de fato dos cônjuges, é preciso que ambos se manifestem no sentido de obter o divórcio que se concretiza como direito potestativo.

Apesar disto, o Conselho Nacional de Justiça não acatou o pedido do IBDFAM de alteração de pontos da sua Resolução 35 que regulou os atos notariais decorrentes da Lei 11.441/2007, apesar de ter excluído o art. 53 referente à exigência de lapso temporal de dois para o divórcio extrajudicial.

Embora ainda existam juristas favoráveis à manutenção da separação judicial e extrajudicial no sistema brasileiro como é caso de **Mário Luiz Delgado**, **Luiz Felipe Brasil Santos**, **João BaptistaVillela** e ainda **Regina Beatriz Tavares da Silva**.

Para essa corrente doutrinária, a referida EC 66/2010 não alterou a ordem infraconstitucional, havendo premente necessidade de normas para regulamentá-la. Mas, tal pensar desconsidera a força normativa da Constituição e toda engendrada evolução do Direito Civil Constitucional.

Consigne-se que existem enunciados[19] da CNJ que concluíram pelamanutenção da separação de direito (a saber: 514, 515, 516 e

[18] Porém, isso não significa que desapareceu o conceito de sociedade conjugal, bem como a necessidade de haver a partilha de bens.

15- (514) Art. 1.571. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto daseparação judicial e extrajudicial.(515) Art. 1.574, *caput.* Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n.66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.(516) Art. 1.574, parágrafo único. Na separação judicial

517). Mas, concluímos que não mais se pode cogitar em divórcio indireto ou por conversão, persistindo apenas o divórcio direto e que será tão-somente denominado de divórcio, eis que não mais há necessidade de qualquer distinção categórica. E, na Lei de Divórcio continua a vigorar as regras processuais, mas somente em relação ao divórcio.

As formas de extinção do vínculo conjugal estão: o divórcio, a morte de um dos cônjuges e a invalidade do casamento. O divórcio como medida dissolutória do vínculo matrimonial válido implica, ipso facto, na extinção dos deveres conjugais.

Foi um longo percurso evolutivo sofrido pelo divórcio na sistemática brasileira que foi desde a indissolubilidade absoluta do vínculo até hoje quando o divórcio se posiciona como exercício de direito potestativo.

Num primeiro *momentum* ocorreu a possibilidade jurídica do divórcio sendo imprescindível a prévia separação judicial. Mais tarde, com a ampliação do divórcio seja pela conversão da separação judicial, seja pelo exercício direto.

O verdadeiro marco para elevação do divórcio dentro do sistema jurídico brasileiro foi o art. 226 da Constituição Federal de 1988 e, em particular, o sexto e quarto parágrafos.

---

por mútuo consentimento, ojuiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.(517) Art. 1.580. A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstosno art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

Por essa razão, é relevante citar literalmente (explicando que os conteúdos riscados correspondem aos textos já revogados e que ganharam nova redação):

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

§1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
§2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.(grifo nosso).
§5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
§ 6º **-** ~~O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos~~.(revogado).
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Alterado pela EC-000.066-2010).(grifo nosso)
§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
§8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227- ~~É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de~~

~~negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.~~(revogado).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Alterado pela EC-000.065-2010)

§ 1º - ~~O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos~~:
§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Alterado pela EC-000.065-2010).

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
II - ~~criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos~~.
II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Alterado pela EC-000.065-2010)".

Cumpre destacar que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei 7.841 de 1989 deu nova redação ao art. 40 da Lei de Divórcio, adaptando-o nos exatos termos a seguir: “No caso de separação de fato e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso de tempo da separação”.

Mas, em 2010 com a Emenda Constitucional 66, a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão em divórcio. Igualmente, desapareceu o requisito temporal para o divórcio.

Igualmente, desapareceu o requisito temporal para o divórcio que passou a ser exclusivamente direito seja por mútuo consentimento seja por litigioso.

Sem dúvida, a EC 66/2010 desfecha a mudança de paradigma, onde se reconhece a autonomia para se extinguir o vínculo matrimonial, pela livre vontade, sem a necessidade de atender ao requisito temporal ou ter motivo desvinculante.

Assim nessa contemporânea fase, o divórcio desponta definitivamente como direito potestativo, cujo exercício cabe somente aos cônjuges, porém não afetando sua relação com os filhos.

A facilitação do divórcio principalmentepela via extrajudicial, vem a consolidar as chamadas famílias recombinadas ou *blended families*. Ademais, é inexorável a reabertura do conceito tradicional de família, por fatores mais variados (social, econômico, político, antropológico, psicanalítico e cultural).

A extinção da separação judicial foi salutar posto que fosse uma medida menos profunda que o divórcio e, dissolvia apenas a sociedade conjugal. E, as pessoas separadas não poderiam se casarem novamente.

Desta forma, revela-se o divórcio mais vantajoso até pelo viés psicológico além de se evitar a duplicidade de processos. A partir da promulgação da EC66/2010 desapareceu a separação judicial de nosso sistema. Sendo tacitamente revogados os arts. 1.572 ao 1.578. Não há mais o divórcio indireto.

Também se pode requerer o divórcio pela via administrativa vide art. 1.124-A do CPC que deverá sempre ser consensual. A própria facilitação proposta pela Lei 11.441/2007 exige a consensualidade e outros requisitos tais como filhos maiores.

A Lei 11.441/2007, em síntese, alterou os dispositivos do Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa conforme a exigência de seu art. 1º.

Faculta-se também que seja feita a conversão de separação em divórcio conforme os termos da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça bastando para tanto a apresentação da certidão de averbação de separação no assento de casamento.

Porém, com o advento da E.C. 66/2010 a eventual escritura de separação não terá validade jurídica tendo em vista a supressão do instituto em nosso ordenamento jurídico pátrio.

De fato, com a EC 66/2010 dois problemas surgiram na doutrina de direito de família: o primeiro tange a manutenção ou não do conceito de sociedade conjugal e, o segundo problema se refere à situação jurídica das pessoas que já estavam separadas (seja judicial ou extrajudicialmente).

Entende-se por sociedade conjugal um ente despersonalizado formado pelo casamento e relacionado com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e com o regime de bens. É verdade que a separação judicial colocava fim a tais deveres e às regras

patrimoniais decorrentes do regime de bens. Conforme bem ilustrou **Flávio Tartuce** o casamento engloba a sociedade conjugal.

Atualmente, apenas o divórcio possibilita a extinção do casamento por fato posterior e a pedido dos cônjuges, sendo efetivado o divórcio desaparecerão tanto o casamento como também a sociedade conjugal.

Ratifica **Paulo Lôbo** que com o fim da tutela jurisdicional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal sendo absorvida inteiramente pela dissolução da sociedade conjugal.

Desta forma, perdeu sentido o *caput* do art. 1.571 do Código Civil de 2002. A manutenção da sociedade conjugal resta amparada na pertinência do regime de bens, e é exercida pelo marido e pela mulher em regime de colaboração.

Poderão os separados com o advento da EC 66/2010 se considerarem automaticamente divorciadas? É negativa confirma a resposta o doutrinador **Flávio Tartuce** e **José Fernando Simão**.

Pois se preocupa em resguardar o direito adquirido dos separados conforme consta no art. 5º, inciso XXXVI da CF/1988 e do art. 6º da LICC (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro).

Não se pode admitir a modificação automática e categórica da situação jurídica, de separado juridicamente para o divorciado. Historicamente o art. 42 da Lei de Divórcio que as sentenças já proferidas em causas de desquite em curso na data da vigência da lei passariam automaticamente a visar à separação judicial.

Mas não foi essa a opção do legislador nacional não se podendopois presumir tal transmudação dos institutos jurídicos, endossam tal entendimento **Flávio Tartuce** e **Pablo Stolze Gagliano**.

Assim, os separados judicialmente têm a opção de ingressar imediatamente com a ação de divórcio, se assim o quiserem, cabendo tal propositura a qualquer tempo, pelo unificado tratamento da matéria.

Em suma, com a abolição do divórcio indireto, foram revogados vários dispositivos da Lei 6.515/1977. Processualmente é possível a conversão da cautelar de separação de corpos em divórcio, mesmo sem separação judicial, conforme reconheceu **Maria Berenice Dias**, *in verbis*:

"Não só a separação judicial, também a separação de corpos pode ser convertida em divórcio. Inexiste a exigência do prévio trânsito em julgado da sentença que decreta a separação judicial para que ocorra o decreto do divórcio (...). No fundo, o legislador nada mais fez do que reduzir o prazo paraa concessão de divórcio, quando a separação de corpos foi deferida judicialmente. (...)."

O codificador, fazendo uso do permissivo constitucional, deu mais um passo ao admitir tal hipótese de divórcio. Enfim, o divórcio tem duas regras do Código Civil de 2002 devem ser tidas como mantidas e perfeitas, sem qualquer interferência da EC 66/2010[20], é o art. 1.581 do C.C. que confirma o teor da Súmula 197 do STJ.

É curial lembrar que a partilha dos bens do casal pode ocorrer em momento posterior ao divórcio. Agora não apenas a partilha judicial é possível, mas também a partilha extrajudicial, mediante a escritura pública e acordo entre os ex-cônjuges.

A ação de divórcio é personalíssima, pois o seu pedido somente cabe aos cônjuges. Mas ocorrendo incapacidade superveniente do cônjuge, caberá a legitimidade ao curador, do ascendente ou do irmão.

[20] Também foi alcunhada de PEC do Amor ou PEC do Divórcio que operou a supressão da separação judicial no texto constitucional como modalidade de extinção do casamento, operando igualmente a supressão do requisito temporal para o divórcio, bastando o mútuo consentimento dos cônjuges.

Infelizmente não há consenso entre os doutrinadores se cabe à discussão sobre a culpa no divórcio, e prevalece até o momento a impossibilidade de debater a culpa conjugal.

Ademais veio o direito brasileiro contemporâneo abater gradativamente a importância da culpa na separação conjugal tendo perdido as consequências jurídicas que antes provocava: quanto à guarda dos filhos menores que não poderá mais ser negada ao culpado, posto que a guarda seja fixada sempre no sentido no melhor interesse da criança ou do adolescente; os alimentos devidos aos filhos também não são mais orçados no grau da culpa conjugal de seus pais; e até mesmo o cônjuge.

Outro fato importante é que mesmo o cônjuge culpado[21] fará jus aos alimentos indispensáveis à sua subsistência; pois que maior que seja sua infração ao dever conjugal, sua punição não poderá lhe extirpar a sobrevivência por ferir frontalmente a dignidade da pessoa humana. E tal pensionamento alimentício é possível tanto em face da dissolução matrimonial como também da união estável independentemente da culpa do companheiro causador da desunião.

Desta forma, opina a melhor doutrina que há um direito potestativo à extinção do casamento, sem a preocupante aferição de culpa.

Repise-se que a perda do sobrenome de casado por parte do cônjuge culpado não ocorrerá mais quando trouxer evidente prejuízo para sua identificação e promover manifesta distinção entre o seu nome de família e a dos filhos havidos da união dissolvida; ou houver dano grave reconhecido em decisão judicial. Afinal, a perda do sobrenome fere diretamente o direito da personalidade e não pode ser afetado pela culpa em razão da irrenunciabilidade, instransmissibilidade e a indisponibilidade.

[21]Afirmam com razão Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho que com o fim da separação judicial igualmente desapareceram as causas objetivas e subjetivas da dissolução conjugal. Apesar de que a discussão sobre a culpa conjugal poderá ser tratada na ação de alimentos ou na ação indenizatória promovida pelo cônjuge ofendido (que poderá arguir danos materiais, morais e até estéticos). Mesmo a perda do sobrenome de casado em razão da culpa perdeu importância como punição pois que não poderá afetá-lo na necessária identificação social, profissional e pessoal.

A Emenda Constitucional 66/2010 representa a maior mudança no atual direito de família no Brasil, ocorrida no século XXI, a primeira depois da EC 9/1977 que instituiu o divórcio comopossibilidade jurídica.

Porém, há a corrente minoritária que aponta ser possível e viável ainda o debate sobre a culpa conjugal em sede do divórcio que então será litigioso e, nesse sentido, se posicionou **Gladys MalufChamma** e, ainda, **Rogério Ferraz Donnini**.

E, nesse mesmo sentido há o ilustre doutrinador **Álvaro Villaça Azevedo** devendo o julgador dar prioridade à decretação do divórcio para em seguida apreciar as demais questões, também **Flávio Tartuce** endossa esse entendimento.

É inegável a mitigação da culpa conjugal principalmente quando houver a culpa recíproca dos cônjuges ou ainda de difícil investigação. Desta forma, na evidente deterioração factual do julgamento da culpa conjugal, decreta-se o divórcio por mera causa objetiva (aliás, como já vinha sendo entendido pela jurisprudência nacional).

Tal tendência de afastamento da culpa como motivo de separação fora observada pela aprovação de enunciado na III Jornada de Direito Civil (2004): “Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos do C.C.), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) que caracteriza a evidente impossibilidade de vida em comum – sem atribuir culpa aos cônjuges.” (Enunciado 254 CJF/STF) e ainda Enunciado 100 do SJF/STJ.

Ainda se pode cogitar em divórcio litigioso? Questionam pertinentemente **Pablo Stolze Gagliano** e **Rodolfo Pamplona Filho** pois com o sumiço das causas objetivas ou subjetivas para o

divórcio, qual seria a resistência palpável e oponível ao outro cônjuge, ao ponto de constituir uma lide?

A lide em geral se constrói por não haver consenso sobre guarda dos filhos, quanto aos alimentos, ao uso de sobrenome e a divisão de patrimônio conjugal.

Na audiência o juiz terá oportunidade de ouvir os cônjuges, inclusive verificando a real possibilidade de reconciliação. Então, se conclui que houve enfim a derrocada da culpa no direito de família. Não obstante conheçamos os avanços da responsabilização civil em razão do direito de família.

De fato, não faz sentido a busca esquizofrênica do culpado pelo fim do casamento ou mesmo da união estável. Sem dúvida, a ideia de culpa fora resultado da grande influência da Igreja Católica em nosso direito, notadamente pelo caráter eclesiástico e sacramental do casamento.

Mas, é um debate paradoxal quando enfim encaramos o casamento pelo mero viés contratual que concebe maior relevância à vontade dos nubentes, apesar da grande participação do Estado na oficialização matrimonial. Mas, no entanto, desconsidera essa mesma vontade no momento da separação judicial.

E, como já elucidou **Namur Samour** é preciso que a ideia de separação conjugal venha em razão da separação e, não da culpa de um dos cônjuges e, mesmo até de ambos.

Apesar do fim da separação judicial na sistemática pátria ainda subsiste a separação de corpos cujo objetivo é a suspensão do dever conjugal de coabitação, um especial dever jurídico decorrente do casamento.

É forçoso então admitir que existam casos em que o cônjuge precisa obter ordem judicial para a retirada do outro do domicílio

conjugal (ou até autorização da saída do próprio autor) suspendendo esse específico efeito decorrente do matrimônio.

Ao citarmos as diversas definições de casamento as que foram consagradas pelo Direito Romano e as formuladas pelos civilistas, há sempre referência à união de pessoas do sexo diferente, como fator coincidente.

A diversidade sexual foi tratada por Sá Pereira como “elemento natural do casamento” sendo mesmo pressuposto fático da sua existência.

A teoria dos “casamentos inexistentes” foi criada pelo escritor alemão **Zachariae**, no século passado, em Comentário ao Código Civil Francês, de 1804 na Alemanha e traduzida pelos comentaristas **Aubry *et* Rau** e, mais tarde, desenvolvida por **Saleilles**, em estudo divulgado no *Bulletin de la Société d’EtudesLegislatives*, 1911, p. 351.

Apesar disto, a mídia informa que o Parlamento Europeu pediu que os países da União Europeia permitissem o casamento de homossexuais. Além de abolirem a discriminação de homossexuais e, deixarem de penalizá-los.

E, nesse sentido, o Parlamento britânico amenizou as limitações, reduzindo a idade consentida para relações homossexuais, de 21 anos para 18 anos.

Não obstante a forte oposição a proposta de casamento dos homossexuais ou mesmo união civil, especialmente na América Latina, as práticas homossexuais cresceram e reforçaram o intuito de legalização das uniões de pessoas do mesmo sexo.

No entanto, os costumes traçam como premissas implícitas da legislação brasileira no sentido de conceituar o casamento como “união de pessoas do sexo oposto”. Vem a doutrina brasileira

prestigiar a tese “do casamento inexistente” da pessoa do mesmo sexo.

Há um movimento favorável à união de pessoas do mesmo sexo, sem o reconhecimento de casamento formal. Pela Deputada Marta Suplicy foi apresentado o projeto de lei com o fim de admitir a legitimação de uniões de homossexuais[22], que encontra em lenta tramitação[23].

O casamento em alguns idiomas há vocábulos diferentes: *wedding* (em inglês), significando o casamento-ato; e *marriage* que representa o casamento-estado; em alemão *hochzeit* (ato) e ehe (Estado).

E com o reconhecimento da união estável e possibilidade de igualmente formar família, deu-se o fim da família que era outrora formada apenas pelo casamento. E, hoje mesmo os laços sócioafetivo são capazes de gerar parentesco e formar família.

De sorte, que a evolução do casamento, sua celebração e mesmo dissolução, ora menos burocratizada, quando consensual e atendente aos requisitos da lei, nos permite observar a grande evolução conceitual, se afastando dos dogmas religiosos e positivistas e flexibilizando os efeitos da culpa conjugal, bem como, seus reflexos na guarda dos filhos e nos alimentos.

Ultrapassando elementos como a diversidade de sexo, o conceito matrimonial se aproxima da ideia de união com o escopo de formar família. Interessante é reafirmar a preservação da dignidade da

---

[22] Decisão do STJ sobre casamento gay cria jurisprudência importante, avalia professor da UFG Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-10-26/decisao-do-stj-sobre-casamento-gay-cria-jurisprudencia-importante-avalia-professor-da-ufg Vide ainda sobre a união homoafetiva disponível em: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Farquivo%2Fcms%2FbibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia%2Fanexo%2Funiao_homoafetiva.pdf

[23]Projeto de Lei 1151, de 1995.Parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Vide também Projeto de Lei 612 de 2011 que pede alteração dos arts. 1.723 e 1.726 para reconhecer legalmente a união estável entre pessoas do mesmo sexto. Situação em 18/06/2012 Pronta para pauta na comissão. Vide em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102589e

pessoa humana nas uniões afetivas com interesse de sediar a família, a célula fundamental da sociedade.

Referências:

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Civil. **Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 7.ed., São Paulo: Editora Método, Grupo Gen, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família, volume VI**, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.