

# CASAMENTO, SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

---

*Euclides Benedito de Oliveira\**

**SUMÁRIO:** 1. Evolução do Direito de Família; 2. Casamento; 2.1. Nulidade e anulação do casamento; 2.2. Direitos e deveres dos cônjuges; 3. Dissolução do casamento; 3.1. Do desquite à separação e ao divórcio: legislação anterior; 3.2. Disciplina da matéria no Código Civil de 2002; 3.3. Revogação da Lei do Divórcio, salvo as normas processuais; 4. Separação judicial; 4.1. Separação consensual; 4.2. Separação litigiosa por culpa; 4.3. Separação litigiosa sem culpa; 5. Divórcio; 6. Efeitos jurídicos da separação e do divórcio; 6.1. Nome do cônjuge; 6.2. Proteção da pessoa dos filhos; 6.3. Dever de alimentos; 6.4. Partilha de bens; 6.5. Reparação civil; 7. Conciliação e reconciliação; 8. Conclusão.

## 1. Evolução do Direito de Família

O Código Civil de 2002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, cuida do Direito de Família no Livro IV da Parte Especial, estendendo-se do art. 1.511 ao art. 1.783, com divisão da matéria em quatro títulos: Do Direito Pessoal, Do Direito Patrimonial, Da União Estável, Da Tutela e Da Curatela.

O novo ordenamento abandona a visão patriarcalista que inspirou a elaboração do Código revogado, quando o casamento era a única forma de constituição da família e nesta imperava a figura do marido, ficando a mulher em situação submissa e inferiorizada.

A visão atual é bem outra, com ampliação das formas de constituição do ente familiar e a consagração do princípio da igualdade de tratamento entre marido e mulher, assim como iguais são todos os filhos, hoje respeitados em sua dignidade de pessoa humana, independentemente de sua origem familiar.

Essas importantes mudanças no plano jurídico da família não vieram somente agora, com o novo Código Civil. Na verdade, a evolução vem ocorrendo em etapas, desde meados do século passado, valendo ressaltar o texto da Lei n.4.121, de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que afastou muitas das discriminações antes observadas contra a mulher.

---

\*Advogado e Consultor de Direito de Família e Sucessões em São Paulo. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado. Vice-Presidente do IBDFAM em São Paulo. Autor de obras jurídicas.

Na seqüência desse evoluir legislativo, sobreveio, em junho de 1977, a Emenda Constitucional n. 9, a excluir o caráter indissolúvel do casamento, com a instituição do divórcio, que teve sua regulamentação na Lei n. 6.515/77.

Mas a grande virada deu-se com a Constituição Federal de 1988, que introduziu relevantes mudanças no conceito de família e no tratamento dispensado a essa instituição considerada a base da sociedade. Podem ser apontadas quatro vertentes básicas nesse facho de luz ditado pelos artigos 226 e seguintes da Carta constitucional: a) ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, acrescendo-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano; c) igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, e d) igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem.

Como decorrência dos novos mandamentos constitucionais, foram editadas leis especiais garantidoras daqueles direitos, com atualização do texto da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, relativa à separação judicial e ao divórcio, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990), a normatização do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei n. 8.560, de 29.12.1991) e as leis da união estável (ns. 8.971, de 29.12.1994 e 9.278, de 10.05.1996), dando aos companheiros direitos a alimentos, meação e herança.

Esse repositório de leis inovadoras certamente passou a produzir forte impacto no arcaico texto do Código Civil de 1916, tornando letra morta muitos de seus dispositivos, alguns revogados expressamente (como os referentes ao antigo desquite), enquanto outros subsistem no texto escrito como simples referência histórica em vista de não terem sido recepcionados pela Carta de 88 e serem incompatíveis com os novos ordenamentos legais, por constituírem odiosa discriminação (por exemplo, o capítulo do velho Código referente à distinção dos filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos).

Era preciso, portanto, que se atualizasse o texto do Código, para que deixasse de ser um simples conjunto de normas relativas ao casamento e outros institutos paralelos, passando efetivamente a regulamentar o Direito de Família com as concepções atuais de sua ampliação e respeito às figuras dos seus componentes humanos.

## **2. Casamento**

Com o casamento, homem e mulher vinculam-se por laços de afeto e de relações jurídicas numa complexa trama de direitos e deveres recíprocos. Tem-se presente um núcleo social primário, formando uma sociedade conjugal, uma das formas de constituição da família (CF 88, art. 226).

Pode conceituar-se o casamento como sendo uma união civil ou religiosa com efeitos civis, entre homem e mulher, celebrada na forma da lei, com o estabelecimento de vínculos jurídicos para uma vida em comum com o propósito de constituir família.<sup>1</sup>

Extrai-se do art. 1.511 do Código Civil uma descrição das características do casamento pelo efeito que se lhe reconhece, de *estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*.

Como complemento, tem-se a norma protetiva do art. 1.513 a declarar que *é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*.<sup>2</sup>

E para coroar o preceito de eficácia da sociedade conjugal, dispõe o mesmo Código, no art. 1.565, que, *pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família*.<sup>3</sup>

Em suma, os referidos textos conjugam-se em solene afirmação da união legal que se realiza por meio do casamento, para constituição de família em bases igualitárias, com integral proteção do Estado à vida em comum adotada por homem e mulher, em respeito à sua dignidade como pessoas humanas integradas na célula primária do organismo social.

## 2.1. Nulidade e anulação do casamento

Em capítulo próprio, ocupando os arts. 1.548 a 1.564, o Código Civil cuida da invalidade do casamento, que o art. 1.571 inclui no rol das causas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

Nulo será o casamento contraído: a) por enfermo mental sem discernimento para os atos da vida civil, e b) por infringência de impedimento (art. 1.548). Na primeira hipótese classificam-se os portadores de doença mental que torne a pessoa absolutamen-

---

<sup>1</sup> Na primitiva conceituação do direito romano, o casamento se erigia como consórcio para toda a vida, com a mútua comunicação de direitos humanos e divinos: *conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*.

No direito moderno o casamento perdeu as características de sacralidade, muito embora se reforce a valia do casamento religioso, que a qualquer tempo pode ser inscrito no registro civil para eficácia neste plano (CC, art. 1.515). Também não é mais indissolúvel, o casamento, desde que modificada a Constituição Federal brasileira pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, com regulamentação pela chamada “Lei do Divórcio” e, no momento, pelo Código Civil de 2002.

<sup>2</sup> Parece intuitiva a vedação da interferência de terceiros na comunhão de vidas que se estabelece entre os casados. Na verdade, o conjunto de regras atinentes ao casamento e seus efeitos jurídicos com relação às partes já serve como esteio ao ente familiar. De outra parte, a previsão do art. 1.513 citado não poderia restringir-se às pessoas de direito público ou privado, pois há de igualmente estender-se a qualquer pessoa humana a coibição de interferência na sociedade conjugal formada pelo casamento.

<sup>3</sup> Em consonância com a previsão constitucional, o legislador trouxe à colação a igualdade entre homem e mulher, no âmbito do Direito de Família, fazendo eco ao dominante entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito, e fazendo ruir tudo quanto em contrário se via no texto do Código revogado. Consultar, sobre essa matéria, *Direito de Família e o novo Código Civil*, coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, 4ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, cap. II, “Do casamento”, Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, p. 9.

te incapaz, diferenciando-se de outras situações de incapacidade relativa, que ocasionam apenas a anulabilidade do ato. Na segunda hipótese, a nulidade decorre da violação de impedimentos matrimoniais em que se enquadram certas pessoas em decorrência de situações objetivas enumeradas no art. 1.521 do Código Civil: os parentes em linha reta, os parentes na linha colateral até o terceiro grau, os afins em linha reta, o adotante com quem foi cônjuge do adotado e vice-versa, o adotado com o filho do adotante, as pessoas casadas, e o cônjuge viúvo com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.<sup>4</sup>

No rol de causas de anulação do casamento, o novo Código Civil trata de situações relacionadas à falta da idade mínima para casar (16 anos), à falta de autorização do representante legal para os menores de 18 anos, ao vício de vontade, à incapacidade relativa, à atuação de mandatário com procuração revogada e à incompetência da autoridade celebrante (art. 1.550). A questão do mandato revogado constitui inovação em relação ao Código de 1916, mas com interessante ressalva de que não tenha havido coabitação entre os cônjuges, vez que esse tipo de comportamento estaria convalidando a celebração do casamento ainda que por mandatário excluído.

Enquadram-se como causas de anulação do casamento por vício de vontade aquelas relativas ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (art. 1.556). A enumeração dos casos de “erro essencial”, conforme art. 1.557 do novo Código, repete os mesmos requisitos fáticos enunciados no art. 219 do Código anterior, com exceção do referente ao “defloramento da mulher”, que a jurisprudência já considerava revogado pelas superiores regras de igualdade e de vedação de atos ofensivos à dignidade da pessoa humana. Em acréscimo, o novo Código prevê que se anule o casamento também na hipótese de doença mental grave de um dos cônjuges, anterior ao casamento e que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Note-se que embora anulável ou mesmo nulo, o casamento produzirá efeitos em relação ao cônjuge de boa-fé, enquanto não for invalidado por sentença judicial. Trata-se do casamento putativo, conforme previsto no art. 1.561 do Código Civil.

Tirante essa hipótese excepcional, nos demais casos o casamento nulo ou anulável não produz efeito algum em favor dos cônjuges, por força do princípio *quod nullum est nullum producit effectum*. Daí considerar-se imprópria a estipulação do art. 1.571, inc. II, do Código Civil, de que a sociedade conjugal termina “pela nulidade ou anulação do casamento”. Em verdade não se trata de causa de dissolução do vínculo conjugal e sim de reconhecimento, por sentença, de que o vínculo nunca chegou a existir.

---

<sup>4</sup> São os chamados impedimentos absolutos de que tratava o Código Civil de 1916, no art. 183, inc. I a VIII, com exceção do inc. VII, que impedia o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu por tal condenado. Outros impedimentos, que constavam dos inc. IX a XII do mesmo artigo como impedimentos relativos, passam, no Código vigente, a constituir causas de anulação do casamento (art. 1.550). Por fim, os incisos XIII a XVI do art. 183 do Código revogado, que eram impedimentos meramente impedientes, sem causar nulidade ou anulabilidade do ato conjugal, no atual Código classificam-se como causas suspensivas do casamento (art. 1.523).

Realmente, confunde-se o legislador ao incluir a invalidade como causa dissolutória do casamento, como se estivesse a determinar simplesmente seu término, com efeitos *ex nunc*. Como bem sinaliza Maria Berenice Dias, “terminar” significa pôr fim, acabar, concluir, o que não acontece nos casos de nulidade ou de anulabilidade, que permitem a subsistência do casamento enquanto não houver declaração judicial daqueles vícios. Mas sobrevindo sentença de nulidade ou anulatória, tem eficácia desconstitutiva, gerando efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a celebração, como se o casamento jamais tivesse existido.<sup>5</sup>

## 2.2. Direitos e deveres dos cônjuges

Ao estabelecer a co-responsabilidade dos cônjuges pelos encargos da família, o citado art. 1.565 do Código Civil revela a preocupação em extirpar o tratamento jurídico diferenciado que se via no Código de 1916. Basta lembrar que o art. 233 desse antigo ordenamento qualificava o marido de “chefe” da sociedade conjugal, e o art. 240, originalmente, classificava a mulher como “auxiliar” e, com a reforma da Lei n. 4.121/61, deu-lhe promoção para “colaboradora”, mas conservando a submissão feminina pela só incumbência de velar pela direção material e moral da casa.

O princípio igualitário não se compadece com essa visão discriminatória dos membros da entidade familiar. Por isso é que se enfatiza, no art. 1.567 do atual Código, que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

O rol de deveres de ambos os cônjuges, contido no art. 1.566 do mesmo Código, repete os quatro incisos do art. 231 do Código anterior – fidelidade, vida em comum, assistência, criação dos filhos –, e acrescenta mais um: respeito e consideração mútuos. Não se cuida de mera extensão pleonástica do dever de assistência moral. A ênfase tem justificativa no princípio fundante da “comunhão plena de vida”, que pressupõe harmonia e entendimento do casal. O distanciamento por falta de diálogo, a frieza no trato pessoal e outras falhas de comunicação certamente prejudicam a convivência, motivando, com isso, novas figuras de quebra do dever conjugal.

## 3. Dissolução do casamento

Ao desenlace da união, mediante causas previstas na lei, seja por consenso das partes ou por motivações externas, esgarça-se o vínculo que irmanava a vivência do casal: dá-se a dissolução da sociedade conjugal e, nas situações extremas, também a dissolução do vínculo conjugal.

<sup>5</sup> *Manual de direito das famílias*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 284. Ressalta a mesma autora que “anulado o enlace matrimonial, deixa de existir qualquer liame entre as partes, que voltam ao estado de solteiras”. E distingue: “Somente o casamento putativo tem efeito *ex nunc* com relação ao cônjuge de boa-fé, logo, produz efeitos da data do matrimônio até o trânsito em julgado da sentença que o desconstitui (1.561)”.

Do ponto de vista estritamente jurídico, distinguem-se os casos em que a sociedade conjugal termina, daqueles outros, mais estritos, em que igualmente se dissolve o casamento, pela quebra do vínculo. A dissolução da sociedade conjugal ocorre pela morte de um dos cônjuges, incluindo-se a presunção de morte por ausência, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio. Dispõe dessa forma o Código Civil, art. 1.571 e parágrafos 1º e 2º, assinalando que o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.<sup>6</sup>

### **3.1. Do desquite à separação e ao divórcio: legislação anterior**

Grandes mudanças ocorreram na legislação brasileira sobre a dissolução da sociedade conjugal e o término do casamento. O antigo desquite viu-se alterado para separação judicial. No mesmo passo, foi instituído o divórcio, primeiro só por conversão da separação judicial e, depois, pela forma direta.

Com efeito, o Código Civil de 1916, nos arts. 315 a 329, previa somente o desquite como forma de dissolver a sociedade conjugal, com suas causas e disposições sobre a proteção aos filhos de desquitados. O casamento era indissolúvel, como estabelecia a Constituição Federal vigente à época (art. 175 da Constituição de 1967, com as modificações da Emenda n. 1/69). Seu término se dava unicamente por sentença de invalidade ou pela morte dos cônjuges.

Introduzido o divórcio, com a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, e procedida sua regulamentação pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, veio a consolidar-se a nova sistemática de dissolução do casamento, com ampliação e facilitação dos modos de divórcio, por força da Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 6º.

### **3.2. Disciplina da matéria no Código Civil de 2002**

O Código Civil em vigor incorpora capítulo referente à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, que havia saído do Código de 1916 para o âmbito de legislação própria desde o advento do divórcio no país, nos idos de 1977.

A matéria estende-se do art. 1.571 ao art. 1.582, complementando-se com o capítulo seguinte, arts. 1.583 a 1.590, sobre a proteção da pessoa dos filhos nas situações de guarda e visitação dos pais separados ou divorciados.

---

<sup>6</sup> Essa diferenciação decorre de certos efeitos jurídicos que ainda subsistem no caso da separação judicial, determinantes da manutenção do vínculo conjugal, em estado latente, tanto que (a) os separados podem reconciliar-se a qualquer tempo, restabelecendo a sociedade desfeita, (b) conservam entre si o dever de mútua assistência, salvo no caso de dispensa, e (c) não podem contrair novas núpcias, enquanto não extinto aquele vínculo pelo divórcio.

Sem uma distribuição ortodoxa da matéria e baralhando alguns conceitos, o Código principia com a enumeração das causas de término da sociedade conjugal, conforme seu art. 1.571, repetindo quanto dispunha o art. 2º da antiga Lei do Divórcio:

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

O § 1º do art. 1.571 esclarece que o casamento válido só se dissolve pela morte ou pelo divórcio. Significa dizer que apenas nos casos de invalidade (nulidade ou anulação), morte ou divórcio é que desaparece de vez o vínculo conjugal, enquanto que na separação judicial o vínculo ainda subsiste, apesar de dissolvida a sociedade conjugal originada do casamento.

Com a morte, termina a existência da pessoa natural (CC, art. 6º). Assim sendo, a morte é causa extintiva da sociedade conjugal e faz desaparecer o vínculo conjugal, bastando que se comprove com documento hábil (certidão do registro de óbito ou sentença declaratória, nos casos de morte presumida). Mesmo que esteja em curso ação de separação judicial ou de divórcio, noticiado o falecimento de uma das partes, extingue-se o processo sem julgamento de mérito, pela perda de seu objeto.<sup>7</sup>

A parte final do citado § 1º do art. 1.571 traz um importante acréscimo ao consignar que se aplica presunção de morte do ausente como causa dissolutória do casamento. Trata-se de situação de morte presumida pela ausência definitiva, nos termos dos arts. 6º, segunda parte, e 37 do Código Civil, ou seja, a ausência como tal declarada pelo juiz após dez anos do trânsito em julgado da sentença de sucessão provisória, além das outras situações de declaração de morte presumida, sem decretação de ausência, previstas no art. 7º, inc. I e II do mesmo ordenamento.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> O caráter personalíssimo das ações de separação e de divórcio não permite a substituição processual do cônjuge falecido no curso do processo, ainda que já ratificado eventual acordo ou proferida sentença com recurso pendente (ou com prazo para sua interposição). Com efeito, restará prejudicado o pedido em face do perecimento do objeto da ação, já não havendo que falar em separação ou divórcio, atendida a parêmia *mors omnia solvit*.

<sup>8</sup> A disposição do comentado art. 1.571, § 1º, do Código Civil, constitui importante novidade, uma vez que o anterior Código limitava os efeitos da ausência à sucessão nos bens da pessoa desaparecida e à nomeação de tutor ao seu filho. Agora, tem-se nova causa de término do casamento, possibilitando ao cônjuge do ausente contrair novas núpcias. Mas não há previsão das consequências advindas de eventual retorno do ausente, o que poderia levar a indagações sobre o possível restabelecimento da primeira união, em detrimento do segundo casamento. Como o Código não faz ressalvas, é de se entender que, à semelhança do que sucede nas outras espécies de invalidação do ato nupcial, como no divórcio, a dissolução torna-se definitiva, fazendo cessar de vez o primeiro casamento do ausente assim declarado em caráter definitivo. Ver item 6 e nota 8, adiante.

No § 2º do art. 1.571, o Código Civil embute norma sobre a manutenção do nome de casado em hipótese de divórcio direto ou por conversão, salvo, neste caso, se houver disposto em contrário a sentença de separação judicial. Acha-se deslocado esse dispositivo, que caberia com maior propriedade em normas subseqüentes, como no art. 1.578, que dispõe especialmente sobre a perda do nome de casado na separação judicial por culpa, salvo as exceções aí contempladas e a possibilidade de opção pelo separado, quando inocente.

A separação judicial consensual tem seu prazo reduzido, no que concerne ao tempo de casamento: antes era de dois anos, agora é de somente um ano, como expresso no art. 1.574 do Código em comento.

A separação litigiosa continua sob as modalidades de conduta culposa ou de simples ocorrência de determinado fato objetivo, porém com mudanças conceituais. Assim, o art. 1.572 prevê que qualquer dos cônjuges pode propor a ação de separação imputando ao outro a violação de dever conjugal que torne impossível a vida em comum. Para caracterizar a impossibilidade de vida em comum, o Código enumera seis motivos, indo além, portanto, de quanto dispunha o art. 5º da Lei n. 6.515/77 e, também, o art. 317 do antigo Código Civil.

A enumeração dos motivos que servem ao pedido de separação judicial tem caráter meramente exemplificativo, como formas presumidas de quebra da vida conjugal, conforme consta do art. 1.573 do Código Civil: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar durante um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. O parágrafo único desse artigo admite que outros fatos poderão ser invocados, para apreciação do juiz como causas de separação judicial. Pode-se concluir que, na hipótese de fato enquadrado naquele rol, haverá presunção de culpa, por se tratar de causa absoluta de separação, enquanto em outros fatos caberá a quem os invoque demonstrar que constituem motivo suficiente para o pedido de separação.

Na seqüência, o Código trata dos efeitos da separação judicial, que importam a separação de corpos e a partilha de bens (art. 1.575) e repisa que a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade e ao regime de bens (art. 1.576). Refere, ainda, que os separados podem, em qualquer hipótese e a todo tempo, restabelecer a sociedade conjugal, por ato regular em juízo, ressalvados direitos de terceiros relativamente aos bens partilhados (art. 1.577).

Com respeito ao divórcio, o Código Civil mantém a sistemática da lei anterior, nos termos do comando constitucional (art. 226, § 6º, da Carta de 1988), dispondo sobre o divórcio por conversão, após um ano da sentença de separação judicial ou da decisão cautelar de separação de corpos (art. 1.580) e o divórcio direto, a requerimento de um ou de ambos os cônjuges, após dois anos de comprovada separação de fato (§ 2º do mesmo artigo). O art. 1.581 contém importante inovação, ao facilitar o processo de divórcio com a dispensa da prévia partilha de bens.

Tanto a separação judicial quanto o divórcio são atos privativos dos cônjuges, salvo nos casos de incapacidade para propositura da ação ou exercício da defesa, quando terá legitimidade o curador, o ascendente ou o irmão do cônjuge incapaz, como rezam os arts. 1.576, parágrafo único, e 1.582 do Código Civil, na mesma senda de quanto dispunha a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que antes regulava a matéria.

### 3.3. Revogação da Lei do Divórcio, salvo as normas processuais

Uma vez que o Código Civil passou a dispor sobre toda a matéria relativa à dissolução da sociedade conjugal, ficaram revogadas as correlatas normas da Lei n. 6.515/77, a antiga Lei do Divórcio. Ressalvam-se, no entanto, as suas disposições de natureza processual, porque não revogadas expressa ou tacitamente.

Note-se que a Lei do Divórcio era de caráter misto, por acrescentar, às normas de direito material sobre causas, espécies e efeitos de separação judicial e do divórcio, outras disposições relativas ao processo, especialmente aquelas concernentes à audiência de conciliação (art. 3º) e ao modo procedimental do divórcio por conversão (arts. 35 a 37) e do divórcio direto (art. 40, § 2º).

Não há como negar a sobrevivência dessas disposições de cunho processual, que não tiveram ressonância (nem poderiam ter) na estrutura normativa do Código Civil.<sup>9</sup>

A esse propósito, importa lembrar que o seu art. 2.043, no livro complementar das disposições finais e transitórias do Código Civil, claramente determina que continuam em vigor as disposições de natureza processual, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código, até que por outra forma se disciplinem.

É bem certo que algumas das normas da Lei do Divórcio encontram respaldo em paralelas disposições do Código de Processo Civil, como se dá com a determinação de audiência de conciliação em questões patrimoniais e de família (arts. 331 e 447, parágrafo ún.), e o dever do juiz de tentar a qualquer tempo conciliar as partes (art. 125, IV).<sup>10</sup>

Sucedem que tais normas não obrigam à prévia conciliação que, nos termos da legislação anterior, haveria de anteceder à citação do réu. Assim, caso não se entendesse em vigor a norma do art. 3º da Lei n. 6.515/77, que repetia preceito da Lei n. 968, de 10

---

<sup>9</sup> Observa Maria Berenice Dias que não faz sentido a superposição de normas regulamentadoras em distintos textos legais. Parece-lhe mais salutar que se altere o estatuto processual, albergando os procedimentos referentes a demandas de divórcio, no capítulo referente à separação consensual (*Direito de Família e o novo Código Civil*, op. cit., p. 81/82).

<sup>10</sup> Ensejam registro outros artigos do Código de Processo Civil que se aplicam a ações de separação e divórcio, tais como: art. 82, inc. I e II, sobre a intervenção do Ministério Público; art. 100, sobre foro privilegiado da mulher; art. 155, inc. II, sobre o segredo de justiça nos processos que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão da separação em divórcio, alimentos e guarda de menores; arts. 796 e seguintes, sobre medidas cautelares que se aplicam em questões de família; art. 1.122, sobre a audiência de conciliação e ratificação na separação consensual.

de dezembro de 1949, subsistiria tão-só a obrigação de tentativa de conciliação das partes na audiência de instrução e julgamento, prescindindo-se, pois, da conciliação prévia. Há de prevalecer, no entanto, conforme nos parece, a norma específica, de cunho processual, constante da referida lei do divórcio, que, nesse ponto, mantém-se intangida pelo novo ordenamento civil.<sup>11</sup>

Tocante ao procedimento especial de separação judicial por mútuo consentimento, subsistem, também, normas subsidiárias ao Código de Processo Civil, constantes dos parágrafos 1º, 3º e 4º do art. 34 da Lei n. 6.515/77, que determinam a assinatura da petição pelas partes e pelos advogados. Nota-se que somente o § 2º desse artigo teve reprodução no Código Civil, art. 1.574, parágrafo único, a dispor que o juiz pode recusar a homologação da separação se apurar que suas cláusulas não preservam suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Por sua vez, o Código de Processo Civil estabelece, dentre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, normas sobre a separação consensual, em seus arts. 1.120 a 1.124, fazendo eco à remissão contida no citado art. 34 da Lei n. 6.515/77.

Melhor seria, naturalmente, que referidas normas da lei processual fossem alteradas para abranger os procedimentos de divórcio por conversão e divórcio direto. Mas enquanto isso não acontece, hão de prevalecer subsidiariamente as normas da antiga Lei do Divórcio, que regulam os modos procedimentais dessas ações, em seus arts. 35 a 37 e 40, § 2º.

Em suma, desde a vigência do atual Código Civil, acha-se revogada a Lei n. 6.515/77, que regulamentava a separação judicial e o divórcio, no que tange às suas disposições de natureza material, mas ainda permanecem vigorantes as suas disposições de cunho processual, até que por outra forma se disciplinem.

#### 4. Separação judicial

A separação judicial constitui sucedâneo do antigo desquite. Permanece como via de opção primeira, para fins de futura conversão em divórcio, quando não se queira esperar o prazo de dois anos de separação de fato para o pedido de divórcio direto.<sup>12</sup>

Essa duplicidade de veredas para obtenção da dissolução da sociedade conjugal afigura-se desnecessária, quando muito mais prático seria manter a figura isolada do di-

<sup>11</sup> Nem por isso se haverá de reconhecer nulidade em processo de separação que tramite sem a audiência preliminar de conciliação, desde que seja efetuada a proposta de conciliação (para tentativa de reconciliação do casal ou de conversão da separação em amigável) em momento subsequente, ao início da própria audiência de instrução e julgamento. Com essa providência estará sendo cumprido o espírito da norma legal, mesmo sem a realização de audiências em tempos diversos, muito embora seja recomendável a conciliação prévia, antes de contestada a ação, para evitar maior acirramento de ânimo dos litigantes.

<sup>12</sup> O termo "separação" pode levar a certos equívocos por ser também utilizado nos casos de mera "separação de fato" (ruptura da vida em comum), ou de "separação de corpos" (afastamento do lar determinado ou autorizado pelo juiz). Dai empregar-se o nome composto "separação judicial", que pode ser "consensual" ou "litigiosa", quando decorrente de sentença do juiz no processo próprio.

vórcio, de maior alcance que a simples separação. A esta se concede o efeito de dissolver a sociedade conjugal, enquanto ao divórcio se garante mais ampla consequência, pela quebra do vínculo conjugal, com decorrente fim do casamento.

Bastava que o legislador reduzisse o tempo de espera para o divórcio direto e já se teria, na prática, a inutilidade da mera separação judicial. É quanto se espera, em reforma legislativa que atenda ao critério simplificador da chancela ao fato extintivo da vida conjugal.

A separação judicial permanece com a clássica divisão em:

a) separação consensual (amigável, por mútuo consentimento), quando desejada por ambos os cônjuges, e

b) separação litigiosa, reclamada por um dos cônjuges em face do outro.

A forma litigiosa reparte-se em sub-espécies: separação culposa, também chamada de “separação sanção”, quando decorra de imputação de culpa a um dos cônjuges; separação sem culpa, baseada em fatos objetivos – ruptura da vida em comum por mais de um ano, caracterizando a “separação falência”; e grave doença mental de um dos cônjuges, a denominada “separação remédio”.

#### **4.1. Separação consensual**

Na separação consensual, a inovação do Código de 2002 está na redução do prazo de casamento, de dois para um ano (art. 1.574).

Mostra-se correta essa diminuição do chamado “prazo de experiência” no casamento, que poderia ser até menor, em torno de três ou de seis meses, tempo mais que suficiente para que os casados decidam sobre seu destino familiar.

#### **4.2. Separação litigiosa por culpa**

A separação litigiosa por culpa, derivada de grave violação a deveres conjugais, que torne insuportável a vida em comum, tem a sua casuística ampliada, relativamente às previsões genéricas do art. 5º da Lei n. 6.515/77. O novo Código retorna ao sistema de enumeração de motivos, que constava do revogado art. 317 do Código de 1916. Agora, o rol constante do art. 1.573 foi ampliado, porém com característica meramente exemplificativa, abrangendo os seguintes motivos:

I- adultério;

II- tentativa de morte;

III- sevícia ou injúria grave;

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

V- condenação por crime infamante;

VI- conduta desonrosa.

O parágrafo único do mesmo artigo faculta ao juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Logo se vê a inutilidade da enumeração dos motivos, pois todos eles estariam já compreendidos, como se verifica no sistema da Lei n. 6.515/77, art. 5º, nas previsões genéricas de conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais. Outras críticas podem ser anotadas com relação aos motivos descritos no novo Código. Melhor que “adulterio” seria menção a “infidelidade”, porque esta é mais ampla e condiz com a quebra do dever conjugal correspondente.

Também não se compreende a menção a abandono do lar por um ano contínuo, quando sabidamente ocorrem situações de abandono da convivência em tempo muito inferior, caracterizando hipótese de injúria grave, conforme iterativa jurisprudência que assim já proclamava ao tempo de vigência do art. 317 do Código de 1916, que mencionava o prazo de dois anos de abandono.

Parece desnecessária ou mesmo imprópria a causa referente à condenação por crime infamante, pois já enquadrável, a hipótese, como conduta desonrosa, além de estabelecer uma graduação de tipo criminoso que não se contempla na legislação penal, na qual a qualificação mais grave se reserva ao crime hediondo, e ainda porque “infamante” todo crime o é por sua própria natureza de ato censurável. Também pode haver confusão com o efeito específico do crime em relação ao outro cônjuge, levando o intérprete a imaginar que a infâmia estaria ligada à desonra sofrida por este, como se dá nos crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria) e também nos crimes contra os costumes (atentado violento ao pudor, estupro e outros do gênero). Mas não se pode olvidar que outros crimes, ainda que não infamantes com relação à pessoa do cônjuge, merecem repulsa ainda maior pelo seu alto potencial ofensivo a terceiros e à própria sociedade, como se dá nos crimes de homicídio, seqüestro, roubo, latrocínio e outros mais. Melhor seria, então, que a explicitação do Código Civil fosse mais precisa do ponto de vista técnico, referindo genericamente os crimes dolosos como motivo para pedido de separação judicial.

De qualquer forma, o art. 1.573 contém uma previsão que, de certa forma, abarca todas as precedentes, ao mencionar, no inciso VI, a conduta desonrosa do cônjuge. Esta expressão tem manifesta amplitude, abrangendo, como é curial, a prática de ilícitos penais ou mesmo civis, em face da desonra causada por tais condutas. Era por isso mesmo que a Lei do Divórcio adotava semelhante nomenclatura na menção às causas da

separação por culpa, apontando a conduta desonrosa ao lado da grave violação dos deveres conjugais, desde que tornassem impossível a manutenção da vida em comum.

Na previsão adicional de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”, podem ser enquadradas diversas condutas que antes escapavam à tipificação legal, possivelmente abrangendo os casos mais sérios de “incompatibilidade de gênios” e de “crueldade mental”, próprios de casais que efetivamente “não combinam”, desde que o comportamento de um dos cônjuges se revele ofensivo ao recíproco dever de “respeito e consideração”, tornando insuportável a convivência.<sup>13</sup>

Na verdade, preferível seria que o legislador abandonasse o critério da perquirição de culpa para decreto de dissolução da sociedade conjugal, que significa uma indesejável intromissão do Estado-Juiz na privacidade das relações domésticas. Sem falar que se torna muito difícil a descoberta da verdade real em muitos casos, exatamente porque os desentendimentos se circunscrevem ao ambiente íntimo do lar, só aparecendo no processo a “ponta do iceberg”, enquanto a maior parte do bloco de gelo se afunda no oceano das angústias e desencontros do amor desfeito ou da paixão mal conduzida.

A moderna doutrina vem se direcionando na eliminação dessa forma de separação culposa para contentar-se com a subsistência apenas da chamada separação-ruptura, já prevista na Lei n. 6.515/77 em caráter alternativo para a separação judicial e como forma única de invocação para o divórcio direto.<sup>14</sup>

De igual forma vem despontando a jurisprudência, com ressaltos para o fato de que “a vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto”.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> A esse propósito, lembre-se quanto dispõe o art. 1.511 do Código Civil, ao dizer que o casamento estabelece uma *comunhão plena de vida*. Ora, é bem provável que esta inserção da finalidade do casamento no novo texto legal poderá, quiçá, emoldurar, *contrario sensu*, uma hipótese de causa para a ruptura da sociedade conjugal, naqueles casos em que pudesse restar comprovado que a comunhão existente entre os cônjuges já não é mais plena, mormente quanto ao aspecto espiritual do casamento.

<sup>14</sup> Bem se sabe que o real motivo da separação reside na quebra do vínculo afetivo, ocasionada por grave violação de dever conjugal ou conduta desonrosa que tornem impossível a vida em comum. Com acerto, anota Maria Berenice Dias que “olvidou-se o legislador de que a a perquirição da causa da separação está perdendo prestígio. O fim do casamento vem sendo chancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão do Estado na intimidade das pessoas. Só que cabe dizer amém e dar por findo o casamento”. (*Manual de direito das famílias, op. cit.*, p. 298).

No mesmo sentido manifesta-se Luiz Edson Fachin, ressaltando que a violação da intimidade das pessoas na vivência doméstica, por um sistema perquiridor de culpas, revela-se inconstitucional por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (*Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 179).

<sup>15</sup> TJRG, 7<sup>o</sup>. Câ. Civ., Ac. 70005834916, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 2.4.2003. Arremata o acórdão que “a análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional”.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu importante decisão com decreto de separação judicial das partes ante a manifesta ruína da vida em comum, embora não comprovadas as imputações de culpa recíproca na ação e na reconvenção.<sup>16</sup>

Oportuna a observação de Marcos Colares sobre a atribuição de culpa nas separações entre os casais:

*“Falar na existência de culpados em relação à separação é esquecer que esta é muitas vezes gestada durante a conjugalidade e que, na maioria das vezes, os casais desenvolvem uma “codependência”, inclusive no tocante aos limites da relação”.*

De forma brilhante e sensível, o autor também trata das delicadas questões acerca das quais o Direito se depara nas separações:

*“Podemo-nos questionar sobre o sentido de o Direito intervir nas relações afetivas. Será da competência jurídica manifestar-se acerca das coisas do amor? Ocorre que o limite entre o amor e o ódio é muito tênue; se motivados pelo amor, os casais de seres humanos podem mimar-se reciprocamente; sob a influência do ódio, mais facilmente tornam-se temperamentais e injustos. Cabe ao Direito produzir uma trilha, tão objetiva quanto possível, para que as relações de afeto, durante o seu percurso e quando do seu término, sejam inspiradas no ideal de justiça”.*<sup>17</sup>

Vale repisar, em suma, que o divórcio direto, com efeito mais amplo que a separação, por importar dissolução do vínculo conjugal, prescinde de discussão de culpa, bastando-lhe o prazo de dois anos de ruptura da vida em comum. E o mesmo ocorre na separação litigiosa, desde que decorrido um ano de separação de fato do casal. São caminhos mais simples, fáceis de percorrer, seguros e respeitosos, que bem poderiam substituir na sua integralidade a arriscada *via crucis* da separação baseada na culpa.

### 4.3. Separação litigiosa sem culpa

Quanto à separação judicial sem culpa, permanecem no Código Civil as duas causas objetivas que a fundamentam:

a) ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição (“separação-falência”), e

<sup>16</sup> Para o ministro Ruy Rosado, relator do processo, pareceu a melhor solução a decretação da separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 5º da Lei n. 6.515, de 26/12/77, deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de separação-remédio: “Esta solução está contemplada no Código Civil de 2002, cujo art. 1.573, parágrafo único, permite a separação quando o juiz verificar a presença de outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”, afirmou o ministro.” (RESP 467.184/SP, 4ª Turma, j. em 05.12.2002, www.stj.gov.br).

<sup>17</sup> *A sedução de ser feliz – uma análise sóciojurídica dos casamentos e separações*, Brasília: Letraviva, 2000, p. 111 e 175.

b) doença mental grave, manifestada após o casamento, de cura improvável e que permaneça por mais de dois anos, tornando impossível a convivência (“separação-remédio”).

Note-se que houve redução do prazo para a separação judicial por doença mental grave, caindo para dois anos, em vez dos cinco anos previstos na Lei n. 6.515/77.

Não mais se prevê a chamada “cláusula da dureza” para obstar à decretação da separação judicial nesses casos. No sistema do Código Civil, a existência de uma daquelas causas objetivas serve ao decreto de separação judicial, sem que ao juiz seja dado recusar sua aplicação sob pretexto de nocividade aos filhos ou ao próprio cônjuge doente.

Outra modificação introduzida pelo novo ordenamento diz com o efeito patrimonial da separação sem culpa, consistente na perda, pelo cônjuge requerente, dos bens remanescentes que o cônjuge enfermo levou para o casamento, assim como na perda da meação dos aqüestos, se o regime adotado o permitir (art. 5º, § 3º, da Lei n. 6.515/77). Essa penalidade fica restrita, no vigente ordenamento, ao caso de separação requerida por motivo de doença mental (art. 1.572, § 3º), o que nos parece positivo em vista do interesse em proporcionar maior amparo à pessoa doente.

## 5. Divórcio

Pelo divórcio chega-se à plena dissolução do casamento civil e cessam os efeitos civis do casamento religioso. Liberam-se os descasados, portanto, para eventual celebração de novas núpcias.

Sua instituição no direito nacional deu-se pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, emprestando ao casamento o caráter da finitude voluntária.

Seguiu-se a regulamentação da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, denominada “Lei do Divórcio”, embora igualmente cuidasse da separação judicial.

No princípio o divórcio era restrito à conversão da separação judicial, desde que transcorrido o prazo de um ano. Havia previsão excepcional do divórcio direto para casais que já estivessem separados de fato por mais de cinco anos antes da Emenda n. 9/77.

A Constituição Federal de 1988 veio ampliar e facilitar a concessão do divórcio, reduzindo o prazo de conversão da separação e consagrando as duas espécies que se mantêm no vigente Código, no art. 1.580, parágrafos 1º e 2º:

a) divórcio indireto, pela conversão da separação judicial, decorrido o prazo de um ano;

b) divórcio direto: pela comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Não se menciona a culpa na motivação do pedido de divórcio. Basta que se verifique o decurso do prazo estabelecido em cada uma dessas situações.

O divórcio, em qualquer das modalidades, pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Assim dispõe o novo Código, no art. 1.582, afastando a exigência contida na Lei n. 6.515/77 para a conversão da separação judicial em divórcio, que se entendia também aplicável ao divórcio direto.<sup>18</sup>

Cumpre anotar que o divórcio indireto exige prévia sentença de separação judicial. O prazo de um ano conta-se do trânsito em julgado da sentença, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

A redação do art. 1.580 do Código Civil tem gerado interpretação equivocada, por distinguir o termo inicial da contagem do prazo, com a alternativa de que seja o da decisão concessiva da separação de corpos. Daí parecer que poderia haver o decreto de divórcio pela conversão da mera separação de fato do casal, sem que sentenciada a ação de separação judicial. Tal o entendimento adotado por Maria Berenice Dias, ao afirmar que “se houve prévia separação de corpos, chancelada judicialmente, após um ano, cabe sua conversão em divórcio (1.580), ainda que não ultimada a ação de separação”. E ainda, apontando os caminhos do divórcio e até admitindo decisão *ex officio*: “Assim, implementado qualquer dos prazos (um ano da separação de corpos ou dois da separação de fato) cabível o decreto do divórcio nos autos da separação”.<sup>19</sup>

Há que ponderar, no entanto, que o preceito legal é o de conversão em divórcio da separação judicial decretada por sentença, ainda que facilitada a contagem do prazo de um ano pela sua retroação à data da concessão da separação de corpos. Considere-se, a esse respeito, não só a previsão constitucional de conversão da separação judicial em divórcio (art. 226, § 6º), mas igualmente o texto explícito do Código Civil, no § 1º do art. 1.580, em adendo à redação do *caput*, ao dizer que “a conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença ...”, deixando claro que não seria possível a conversão apenas da separação de corpos do casal. Ressalva-se, naturalmente, a hipótese de transcurso do prazo de dois anos de ruptura da vida em comum, mas então a sentença não será de conversão e sim do divórcio direto.

## 6. Efeitos jurídicos da separação e do divórcio

Com a sentença de separação judicial extingue-se a sociedade conjugal, mas não assim o casamento. O vínculo conjugal permanece como fator impeditivo de novas núpcias dos separados. Não obstante essa vinculação legal entre os separados, cessam os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, bem como o regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (CC, art. 1.576).

<sup>18</sup> Bem se conhece a grande celeuma jurisprudencial que o tema comportava, ainda que em parte pacificada pelo entendimento adotado na Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça, a dispensar partilha para decretação do divórcio direto.

<sup>19</sup> *Manual de direito das famílias, op. cit.*, p. 300.

Igualmente desaparecem, embora não referidos na lei, outros deveres próprios dos casados, como os de mútua assistência moral e de respeito e consideração um para com o outro, embora o dever de civilidade recomende que esse mantenha o tratamento respeitoso entre os descasados.

### 6.1. Nome do cônjuge

Pela sistemática da Lei n. 6.515/77, a mulher perdia o direito de continuar usando o nome do marido quando culpada pela separação judicial. E também, ainda que cônjuge inocente, podia sofrer aquela perda ao converter a separação em divórcio, salvo em casos excepcionais.

Altera-se o panorama no vigente Código Civil. A adoção do sobrenome do cônjuge passa a ser direito assegurado a ambos os nubentes (art. 1.565, § 1º). E a perda desse nome acrescido somente ocorrerá para o cônjuge declarado culpado se assim o requerer o outro e desde que a alteração não cause prejuízos para a identificação do cônjuge, distinção entre o seu nome de família e o dos filhos, ou dano grave reconhecido em decisão judicial (art. 1.578).

Deu-se um avanço com relação à lei anterior, devido à ampliação do direito de manutenção do nome adotado pelo cônjuge no casamento e que passa a identificá-lo no meio familiar, social e profissional, integrando o seu próprio direito de personalidade. Mas o legislador deveria ter ido além, deixando sempre a possibilidade de escolha pelo titular do nome, único a saber se lhe interessa manter o sinal distintivo de seu nome de casado, independente de ser ou não culpado na separação.

### 6.2. Proteção da pessoa dos filhos

A separação judicial diz respeito unicamente aos cônjuges, não aos seus filhos, como é curial. Assim, permanecem os direitos e deveres dos pais com relação à assistência aos filhos menores ou incapazes, por decorrência do disposto nos arts. 1.566, IV, e 1.703 do Código Civil e pelos efeitos do exercício conjunto do poder familiar, conforme regulado arts. 1.630 a 1.638 do Código Civil.

O poder familiar, atual denominação do antigo pátrio-poder, consiste no conjunto de deveres dos pais com relação à pessoa do filho incapaz e à administração de seus bens. Subsiste esse poder independentemente de cessada a vivência conjugal. Na falta ou impedimento de um dos pais, o outro o exercerá com exclusividade. No caso de haver divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (CC, art. 1.631, e seu par. ún.).<sup>20</sup>

<sup>20</sup> O art. 1.634 do Código Civil, ao cuidar do exercício do poder familiar, diz o que compete aos pais em relação à pessoa do filho menor, enumerando os deveres básicos de criação, educação, companhia e guarda, consentimento para o casamento, nomeação de tutor, representação legal, etc. Cabe reparo, nesse aspecto, ao ranço conservador do preceito que outorga aos pais o poder de exigir dos filhos "obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição" (art. 1.634, inc. VII), o que poderia levar ao

Separados ou divorciados os pais, cabe a eles dispor de comum acordo sobre a guarda dos filhos menores. Não havendo consenso, a decisão caberá ao juiz. Nesse sentido dispõe o Código Civil, afastando-se do critério de culpa na separação, para dizer, de forma concisa e lapidar, que a guarda dos filhos será atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la” (art. 1.584).

Leva-se em conta, portanto, o superior interesse dos filhos, para que permaneçam com o pai ou com a mãe, independentemente de quem tenha sido o responsável pela separação. O que importa examinar, nesse caso, é a condição pessoal do guardião, a significar capacidade material e moral para assistência e educação dos filhos. Por certo que não tem prevalência o aspecto puramente material, mesmo porque sua falta pode ser suprida por prestação alimentícia a cargo do outro genitor. Para conhecimento da situação, valer-se-á, o Juiz, dos regulares meios de prova e, também, do indispensável concurso de auxiliares, como assistentes sociais e psicólogos, firmando seu julgamento num conceito multidisciplinar e determinando medidas de acompanhamento do caso para que se constate a perfeita adaptação do menor ao regime de guarda adotado.

O Código não fala em “guarda compartilhada”, mas tampouco veda essa espécie de estipulação que pode decorrer do consenso das partes ou de decisão judicial, mostrando-se útil quando presentes certos requisitos, como os relativos a moradias próximas, compreensão e diálogo, que permitam esse modo de atuação conjunta dos pais separados em benefício dos filhos em comum.

Paralelo ao direito de guarda por um dos cônjuges, tem-se o direito do outro a visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1.589). A extensão desse regime de visitas será maior ou menor dependendo da idade do filho e das condições pessoais do genitor. O importante é que não se comporte como um mero “visitante”, e sim como efetivo pai ou mãe, interessado na vida e na formação do filho, por isso devendo, mais do que fiscalizar, realmente participar das decisões relativas à sua criação e educação.<sup>21</sup>

Omite-se, o Código, assim como também omissa a legislação anterior, quanto ao direito de visitas por avós ou outros parentes próximos dos menores. Trata-se de aspecto importante na integração familiar da criança, que naturalmente se estende da mera relação paterno-filial para atingir o envolvimento afetivo com os demais membros desse agrupamento nuclear da sociedade, que é a família na sua mais ampla concepção. Não

---

extremo de demandar trabalho obrigatório às crianças; também choca a estipulação de perda do poder familiar na hipótese (dentre outras) de castigo moderado do filho (art. 1.638, inc. I), levando a concluir que seria lícito o castigo físico moderado, o que se afigura atentatório aos direitos de integridade física do menor e ofensivo à sua dignidade como pessoa humana.

<sup>21</sup> O art. 1.121, inc. II, do Código de Processo Civil foi alterado pela Lei n. 11.112, de 13 de maio de 2005, para mencionar que o acordo de separação deve dispor sobre a “guarda dos filhos menores e do regime de visitas”.

Acrescentou-se § 2º ao mesmo artigo, aclarando que “entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos”.

obstante a falta de previsão legal, doutrina e jurisprudência vêm admitindo como lícita e possível a visitação por parte de avós ou outros parentes próximos dos menores, especialmente irmãos, para que se obtenha sua plena integração na comunidade familiar.<sup>22</sup>

### 6.3. Dever de alimentos

O dever de assistência material entre cônjuges persiste mesmo após dissolvida a sociedade conjugal. Realiza-se pela prestação de alimentos, conforme seja acordado pelas partes ou determinado pelo juiz, tendo em vista os parâmetros legais da necessidade de quem pede e da capacidade econômica do cônjuge obrigado (CC, art. 1.694).<sup>23</sup>

O encargo alimentar pode ser resolvido por mútuo consenso das partes. Se não houver acordo, poderá ser reclamada decisão judicial, para reconhecimento da obrigação de prestar alimentos e a fixação do justo valor devido.

Na separação judicial litigiosa, mantém-se a regra de que a pensão somente é devida em favor do cônjuge inocente e desprovido de recursos, conforme disposto no art. 1.702 do Código Civil, com reforço em seu art. 1.704.

Ressalva-se, porém, que os alimentos serão devidos mesmo ao cônjuge culpado, mediante concessão do mínimo indispensável à sua subsistência. Nesse sentido dispõe o § 2º do mencionado art. 1.694, quando a situação de necessidade resulte de culpa de quem reclame assistência alimentar. Com mais clareza, o parágrafo único do art. 1.704 condiciona a concessão dos alimentos mínimos ao cônjuge declarado culpado, desde que não tenha parentes em condições de lhe prestar ajuda, nem aptidão para o trabalho.

### 6.4. Partilha de bens

Com a dissolução da sociedade conjugal cessa o regime matrimonial de bens (CC, art. 1.576). Por consequência, deve ser feita a partilha dos bens comuns, mediante proposta dos cônjuges, homologada pelo juiz ou por este decidida (CC, art. 1.575, par. ún.). Apura-se a meação, no que couber, readquirindo, cada qual, a titularidade exclusiva dos seus bens, sem as peias da propriedade em comum.

A partilha pode constar da própria ação de separação judicial ou de divórcio, caso requerida pelas partes, ou ser relegada para fase posterior à sentença. O Código Civil, em seu art. 1.581, dispõe que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, afastando, pois, a exigência da obrigatória partilha de bens na separação, para a concessão do divórcio, que constava do art. 31 da Lei n. 6.515/77.

<sup>22</sup> Mais considerações sobre o tema em *Direito de visitas dos avós aos netos*, de Euclides de Oliveira, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, ano IV, n. 13, abr a jun/2002, p. 76/84.

<sup>23</sup> Ressalta Regina Beatriz Tavares da Silva haver falha na redação do art. 1.576, pois somente menciona a extinção dos deveres de fidelidade e de coabitação, como se os deveres de mútua assistência, respeito e consideração permanecessem depois da separação judicial, quando apenas o dever de assistência material, em hipóteses determinadas pela lei, converte-se em obrigação de alimentos (*Dever de assistência imaterial entre os cônjuges*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 226).

Decretado o divórcio, extingue-se também o vínculo conjugal. Esvai-se por completo o casamento, com todas as suas conseqüências jurídicas. O restabelecimento da sociedade conjugal só será possível por novo casamento (sem revalidação do regime de bens adotado anteriormente, pois garante-se aos nubentes a plena liberdade contratual). Dispunha nesse sentido o art. 33 da Lei n. 6.515/77, sem igual reprodução no Código Civil, mas mantido o sistema, uma vez que o divórcio põe termo ao casamento e a todos os seus efeitos, de sorte que os divorciados, pretendendo restabelecer a união, somente poderão fazê-lo por meio de nova celebração do ato nupcial, com estipulações próprias desse ato jurídico.

## 6.5. Reparação civil

Em face da gravidade da ofensa de um cônjuge ao outro, que justifique ação de separação judicial, pode caracterizar-se ato ilícito que chame à responsabilidade civil do cônjuge infrator. Constatando-se a ocorrência de prejuízos materiais e/ou de grave constrangimento de ordem moral ao ofendido, mostra-se pertinente, afora o suporte para separação judicial baseada na culpa, igualmente o pedido cumulativo de indenização por danos materiais e morais.

Apresenta-se cabível e relevante o pleito reparatório, em tais casos, ante a aplicação dos princípios da responsabilidade extracontratual, nos termos do art. 186 do Código Civil.

Assim, a título de exemplificação, considere-se a hipótese de agressão do marido à mulher, com lesão que lhe acarrete dano estético; ou da prática de adultério em despudorada exibição pública da amante, a causar constrangimento ao cônjuge traído. Além de motivado a separar-se, o outro cônjuge terá o direito de se ver ressarcido, seja pela deformidade física quanto pelo constrangimento e dor moral a que submetido em conseqüência dos danos à sua pessoa.<sup>24</sup>

## 7. Conciliação e reconciliação

A ação de separação judicial demanda fase preliminar de audiência das partes, objetivando sua reconciliação, ou seja, a preservação do casamento. Não sendo alcançado esse objetivo principal, na separação litigiosa, a audiência toma o rumo da conciliação, isto é, composição amigável, transigência quanto aos termos da separação, transformando-a de litigiosa em consensual.

Na separação consensual é prevista audiência prévia dos requerentes sobre os motivos do pedido e as conseqüências de sua manifestação de vontade (CPC, art. 1.122).

---

<sup>24</sup> Mas não será qualquer motivo de separação judicial que implique o desforço na órbita da reparação patrimonial. Assim, no caso da infidelidade, abandono do lar e de outras quebras de dever conjugal, há que se examinar a situação concreta, para enquadramento do ato como caracterizador de efetivo dano moral, só possível quando haja maior gravame ao ofendido, diante das repercussões familiares e sociais do ultraje à sua honra.

Sobre o difícil tema, veja-se a monografia de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos - *Reparação civil na separação e no divórcio*, São Paulo: Saraiva, 1999. Ver, também, artigo de José de Castro Bigi - "Dano moral em separação e divórcio", *RT* 679/46.

Se inviável a reconciliação, convencendo-se o juiz de que as partes, livremente e sem hesitações, desejam a separação, mandará reduzir a termo as declarações, para subsequente homologação, ouvido o Ministério Público. Se houver dúvidas quanto ao propósito das partes, será marcada nova data de audiência, com quinze a trinta dias de intervalo, para nova tentativa de conciliação ou para ratificação do pedido.

Ocorrendo a reconciliação do casal, seja na audiência preliminar ou a qualquer tempo antes da sentença de separação judicial, o juiz extinguirá o processo pela perda do seu objeto. A reconciliação será possível mesmo depois de transitar em julgado a decisão judicial, desde que requerida por ambos os cônjuges, com o restabelecimento da sociedade conjugal, ressalvados os direitos de terceiros (CC, art. 1.577).

## 8. Conclusão

A incorporação da matéria relativa à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal no Código Civil significa um avanço em relação à dispersa legislação anterior, dentro do espírito de unificação do corpo de normas jurídicas.

Deu-se significativo avanço na facilitação dos requisitos para a separação e o divórcio, em vista da redução dos prazos para a separação consensual e para a separação litigiosa fundada na grave doença mental do outro cônjuge. Igualmente facilitou-se a obtenção do divórcio pela prévia dispensa da partilha de bens.

Mas enseja crítica a manutenção da dualidade de procedimentos – separação mais divórcio –, pois a evolução jurídica aponta para a via única do divórcio direto, pelo seu procedimento mais simples e de maiores efeitos que a mera separação judicial.

Importante a disposição relativa à guarda dos filhos menores ou incapazes, quando não haja acordo das partes. O juiz decidirá com base nos interesses dos filhos, sem que afeto à culpa dos genitores pela dissolução da sociedade conjugal.

Não obstante minorados os efeitos da culpa para os fins mencionados e também para efeitos da obrigação alimentar, o Código ainda mantém a causa culposa da separação, com o elenco de motivos para o pedido, em forma casuística assemelhada ao que disponha o Código revogado, quando bastaria a previsão genérica adotada na Lei n. 6.515/77, ou, melhor ainda, quando seria preferível a abertura para a dissolução da sociedade conjugal por motivos ligados à quebra do afeto, sem que necessária a incursão do Estado-juiz na privacidade da vida familiar.

## BIBLIOGRAFIA:

AMORIM, Sebastião Luiz, e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Separação e divórcio. Teoria e Prática*. 6ª. ed., São Paulo: Leud, 2001 (7ª. ed., atualizada, no prelo).

BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio, RT 679/46.

CAHALI, Youssef Said. *Divórcio e Separação*, 10a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio. Teoria e prática à luz do novo Código Civil*. 5ª. ed., Curitiba: Juruá Editora, 2004.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil, vol. 18 – Direito de Família*, coord. de Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2004.

COLARES, Marcos. *A sedução de ser feliz – uma análise sóciojurídica dos casamentos e separações*, Brasília: Letraviva, 2000.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), div. autores. *Direito de Família e o novo Código Civil*, 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo, div. autores. *Código Civil Anotado*, São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. *Novo Código Civil – Questões controvertidas*, São Paulo: Método, vol. 1, 2003; vol. 2, 2004, vol. 3, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 22.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIUZA, Ricardo (coord.), div. autores. *Novo Código Civil comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. VI, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado, vol. XVI – Direito de Família, relações de parentesco, direito patrimonial*, coord. de Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 37ª. ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 5ª. Ed., São Paulo: Atlas, 5. ed., 1999.

NERY JR., Nelson; e NERY, Rosa Andrade. *Novo Código Civil anotado*, São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Família no novo Código Civil*. RT 822/11.

\_\_\_\_\_. *Direito de visitas dos avós aos netos*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, ano IV, n. 13, abr a jun/2002.

\_\_\_\_\_. *União Estável*, 6ª. ed., São Paulo: Método, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*, Campinas, São Paulo: Bookseller, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito de Família*, v. 6, 27ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Dever de assistência imaterial entre os cônjuges*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

VELOSO, Zeno. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n. 23, abr-maio 2004, Porto Alegre: Síntese/Ibdfam.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direito de família*, v. 6, 2ª. ed., São Paulo:Atlas, 2002.

