

DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66, DE 13/7/2010

1º) A SOCIEDADE CONJUGAL TERMINA - art. 1.571:

I - MORTE: ▪ real (há um corpo)

- presumida - art. 7º, 85 e 88 LRP - justificação cautelar art. 861
- ausência - art. 6º, 37 e 38 - exige abertura da sucessão definitiva - não aprovado o inciso V

II - NULIDADE E ANULABILIDADE: ▪

- destrói o casamento = divórcio;
- é invalidade = extinção por invalidação;
- supressão do vínculo;
- mas o ato não é destruído em sua raiz pois não apaga de todo os seus efeitos.

III - SEPARAÇÃO

IV - DIVÓRCIO

V - ABOLIDO

- § 1º - casamento válido só se dissolve pela morte ou divórcio

2º) DIFERENÇAS ENTRE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

- **SEPARAÇÃO:** sociedade conjugal = complexo de direitos e obrigações que alicerça a vida em comum. Implica em relações pessoais e patrimoniais com direitos e deveres + regime patrimonial. O vínculo é maior que a sociedade.
 - a) ameaça ao casamento - art. 1.571, III;
 - b) não pode casar de novo;
 - c) efeitos de separação de corpos e partilha - arts. 1.575 e 1.576;
 - d) reconciliação - art. 1.577;
 - e) cessam apenas deveres da fidelidade e coabitação - art. 1.576;

3º) SEMELHANÇAS ENTRE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

- a) personalíssimo - art. 1.576, § único; 1.582, § único;
- b) intransmissível -

4º) MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO NO SISTEMA PÁTRIO

- escolha da lei e as críticas não se justificam por adequado o sistema à sociedade brasileira que absorveu e assimilou estes estágios, sem maiores comprometimentos

5º) TEORIA DO DESAMOR / DESDRAMATIZAÇÃO X INDENIZAÇÃO (ARTS. 159 + 1.539 CC/16; ARTS. 186 + 927 CC/02)

- quem é o culpado?

- deterioração factual

SEPARAÇÃO JUDICIAL

I) LITIGIOSA

1) SANÇÃO – art. 1.572 *caput* -

- grave violação aos deveres conjugais que torne insuportável a vida em comum;
- não admite + a conduta desonrosa;
- escolha da lei e as críticas não se justificam por adequado o sistema à sociedade brasileira que absorveu e assimilou estes estágios, sem maiores comprometimentos

SANÇÕES:

- perda de alimentos – exceto aqueles indispensáveis à sobrevivência para o culpado que não tenha outra pessoa para acudi-lo – 1.694 § 2º - 1.704 § único;
- perda do direito de conservar o sobrenome do outro – 1.578;
- guarda decidida com quem tem melhores condições – 1.583

2) SEM CAUSA – INVOLUNTÁRIA

- 2.1) FALÊNCIA: ruptura = consumação - § 1º, 1.572; + de um ano da ruptura da vida em comum não fala em consecutivo;
- 2.2) REMÉDIO: § 2º, art. 1.572 – grave doença mental + após o casamento + impossível a vida em comum + 2 anos duração; pena de reversão de bens - § 3º, art. 1.572 – sanção confiscatória.

II) CONSENSUAL – ART. 1.574 (artigo deslocado, deveria vir antes da litigiosa) arts. 1.120 a 1.124 (CPC)

- a) casamento + de um ano; manifestado perante o juiz; objeto de homologação;
- b) partilha – 1.575 x § único
- c) recusa de homologação - § único art. 1.574
- d) reconciliação - judicial – homologada – art. 1.577
- e) guarda – 1.583 – compartilhada?

SEPARAÇÃO

I. SEPARAÇÃO POR MÚTUO CONSENTIMENTO

1) SEPARAÇÃO CONSENSUAL ADMINISTRATIVA – Lei 11.441/07

- a) Forma: prescrita em lei (escritura pública)
- b) Requisitos:
 - 1º) Casamento por mais de um ano – art. 1.574 CC/02
 - 2º) Haver acordo prévio dos cônjuges
 - 3º) Não haver filhos menores ou incapazes
 - 4º) Representação do casal por advogado comum ou individual
- c) Conteúdo da transação: aplicabilidade dos requisitos do art. 1.121 do CPC? Caráter sinalagmático?
- d) Facultativo: constitui opção dos interessados que, querendo, podendo escolher o procedimento judicial

2) SEPARAÇÃO CONSENSUAL EM JUÍZO – CC/02

- a) Forma: judicial
- b) Procedimento: especial, disciplinado pelos arts. 1.120 a 1.124 CPC
- c) Requisitos legais do art. 1.574 CC/02
 - 1º) Casamento por mais de um ano
 - 2º) Acordo: manifestação de vontade dos cônjuges perante o juiz
 - 3º) Acordo devidamente homologado, após manifestação do promotor
- d) Admite reconciliação desde que judicial e homologada – art. 1.577 CC/02

Observações:

- O juiz pode recusar a homologação? Art. 1.574 § único
- É admitido retratação unilateral de acordo ratificado? Súmula 305 do STF
- Alimentos, guarda e “visitas” (direito de convivência) podem ser revistas em ações autônomas? art. 471, I CPC
- Audiência para ratificação ainda é necessária? Presença de ambos os cônjuges ou podem se fazer representar?

II. SEPARAÇÃO LITIGIOSA

1) SEPARAÇÃO LITIGIOSA SANÇÃO – art. 1.572, *caput* CC/02

- a) grave violação aos deveres conjugais que torne insuportável a vida em comum;
- b) não admite mais a conduta desonrosa;
- c) escolha da lei e as críticas não se justificam por adequado o sistema à sociedade brasileira que absorveu e assimilou estes estágios, sem maiores comprometimentos.

SANÇÕES:

- perda de alimentos – exceto aqueles indispensáveis à sobrevivência para o culpado que não tenha outra pessoa para acudi-lo – 1.694 § 2º c/c 1.704 § único CC/02;
- perda do direito de conservar o sobrenome do outro – 1.578, *caput* CC/02;
- guarda decidida com quem tem melhores condições – 1.583 CC/02
- indenização ?

2) SEPARAÇÃO LITIGIOSA SEM CAUSA – INVOLUNTÁRIA – art. 1572 CC/02

2.1) FALÊNCIA: ruptura = consumação - art. 1.572, § 1º; mais de um ano da ruptura da vida em comum (não fala em consecutivo).

2.2) REMÉDIO: art. 1.572, § 2º - grave doença mental + após o casamento + impossível a vida em comum + 2 anos duração; pena de reversão de bens - art. 1.572, § 3º (sanção confiscatória).

DIVÓRCIO

arts. 1.579 a 1.582 + 1.571, § 2º

Divórcio vincular, ordinário e permanente em todas as modalidades.

Ação personalíssima - requerimento só cabe aos cônjuges, exceção para incapaz - art. 1.582.

Não altera o poder familiar:

- o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos - art. 1.579 - art. 27, *caput*, LD;
- novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste art. 1.579, § único + 27, § único LD.

NOME: pode conservar o de casado, salvo se a SJ determinar o contrário.

PARTILHA: todo divórcio pode ser concedido sem prévia partilha - 1.581.

I) DIVÓRCIO POR CONVERSÃO - 1.1) CONSENSUAL - omissa na LD e no CC/02

- foro: qq um; jurisdição voluntária;

1.2) LITIGIOSO - art. 1.580 *caput*

REQUISITOS:

- mais de 1 ano de SJ - trânsito da sentença ou decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos;
- sentença não pode conter menção à causa que o decretou - art. 1.580 § 1º.

II) DIVÓRCIO DIRETO - 1.1) CONSENSUAL - art. 40, § 2º LD; 1.580 § 2º

- **1.2) LITIGIOSO - art. 40, § 3º LD**

REQUISITOS:

- basta + de 2 anos da separação de fato;
- lei não fala em separação de fato consecutiva;
- não cabe discussão de culpa;
- não há sanção para quem tiver a iniciativa do pedido;
- pode ser admitida discussão de culpa para fins do art. 1.702, 1.704 *caput* e § único;
- não altera o poder familiar, mantém íntegros direitos e deveres em relação a prole, mesmo que casem novamente - arts. 1.584, § único e 1.584, 1.636;
- tem que ser provocado;
- não pode ser decretado *ex officio*.

DIVÓRCIO

art. 226, § 6º CF/88, arts. 1.579 a 1.582 CC/02, art. 34 a 45 Lei 6.515/77

Observações:

- Divórcio vincular, ordinário e permanente em todas as modalidades.
- Ação personalíssima - requerimento só cabe aos cônjuges. Exceção: incapaz (art. 1.582).
- Não altera o poder familiar:
 - o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos - art. 1.579 CC/02 e art. 27, *caput*, Lei 6.515/77;
 - novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos - art. 1.579, § único e art. 27, § único Lei 6.515/77.
- Partilha: todo divórcio pode ser concedido sem prévia partilha - art. 1.581 CC/02.

I. DIVÓRCIO - CONVERSÃO

1) DIVÓRCIO - CONVERSÃO CONSENSUAL

- a) Forma: judicial (omissão da Lei 11.441/07);
- b) Procedimento: especial. Pedido comum assinado por advogado; manifestação do MP; sentença. Só há necessidade de audiência houver alteração das cláusulas da separação.
- c) Objeto: alteração do estado civil de separado judicialmente para divorciado. Não modifica obrigações já assumidas, salvo convenção em contrário formulada nesta sede.
- d) Requisito: Decorrer mais de uma ano do trânsito da sentença que decretou a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

2) DIVÓRCIO - CONVERSÃO LITIGIOSO - art. 1.580, *caput* CC/02

- a) Forma: judicial.
- b) Requisito: mais de um ano do trânsito da sentença que decretou a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos - art. 25 e 44 da Lei 6.515/77;
- c) Sentença não pode conter menção à causa que a determinou decretou - art. 1.580, § 1º CC/02 e art. 25 da Lei 6.515/77
- d) Não cabe reconvenção - art. 36 da Lei 6.515/77

II. DIVÓRCIO DIRETO

1) DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL

1.1) DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL ADMINISTRATIVO - Lei 11.441/07

- a) Forma: prescrita em lei (escritura pública)
 - b) Requisitos:
 - 1º) Separação de fato por mais de dois anos - art. 1.580, § 2º CC/02.
- Prova?

- 2º) Haver acordo prévio dos cônjuges
- 3º) Não haver filhos menores ou incapazes
- 4º) Representação do casal por advogado comum ou individual

1.2) DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL EM JUÍZO - art. 40, § 2º Lei 6.515/77 e art. 1.580 § 2º CC/02

- a) Forma: judicial
- b) Procedimento: especial, disciplinado pelos arts. 1.120 a 1.124 CPC
- c) Requisito: Separação de fato por mais de dois anos

2) DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO - art. 40, § 3º Lei 6.515/77

- a) Forma: judicial
- b) Procedimento: ordinário
- c) Requisito: basta mais de dois anos da separação de fato;
- d) Lei não fala em separação de fato consecutiva;
- e) Não cabe discussão de culpa. Exceção: para fins dos arts. 1.702 e 1.704 *caput* e § único CC/02;
- f) Não há sanção para quem tiver a iniciativa do pedido;
- g) Tem que ser provocado. Não pode ser decretado ex officio.

SEPARAÇÃO JUDICIAL	DIVÓRCIO
a) constitui apenas ameaça ao casamento, pondo fim apenas à sociedade conjugal mas mantém íntegro o vínculo do casamento - art. 1.571, III;	a) ruptura definitiva do casamento porque dissolve o vínculo - art. 1.571, § 1º;
b) o separado judicialmente não pode casar-se novamente por persistir o vínculo do casamento;	b) permite novo casamento, sem estabelecer limite de quantos casamentos ou divórcios uma pessoa pode pedir;
c) a sentença produz efeito de declarar extinta a sociedade conjugal a partir da decisão que conceder cautelar ou do seu trânsito em julgado - art. 8º da Lei 6.515/77;	c) sentença só produz efeito após seu registro - art. 10, I do CC/02 e art. 32 da Lei 6.515/77;
d) o separado pode reconciliar-se, a qualquer tempo, em juízo, desde que preservados os direitos e interesses de terceiros - art. 1.577;	d) não admite simples reconciliação nos próprios autos em que foi deferido; só novo casamento recriaria o vínculo conjugal;
e) cessa só o dever da fidelidade e o da coabitação - art. 1.576;	e) extingue todos os deveres conjugais uma vez que dissolve integralmente o vínculo do casamento;
f) a separação judicial pedida com fundamento em grave violação do casamento que torne insuportável a vida em comum - separação-sanção admite e exige a discussão de culpa - art. 1.572, <i>caput</i> .	f) em nenhuma modalidade de divórcio há discussão de culpa.
SEMELHANÇAS ENTRE SEPARAÇÃO JUDICIAL E DIVÓRCIO:	
<ul style="list-style-type: none"> • são ações personalíssimas - somente os cônjuges têm legitimidade para propô-las; • não se admite intervenção de terceiros; • a decretação não depende de partilha prévia dos bens comuns; • não se admite sucessão processual por morte de um dos cônjuges no curso do processo. • OBS.: com a morte do ex-cônjuge, o sobrevivente separado judicialmente passa a ser viúvo; o divorciado continuará tendo o estado civil de divorciado e nunca de viúvo, já que a causa da dissolução do vínculo do casamento foi o divórcio e não a morte do outro. 	

DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

ARTS. 1.571 A 1.582

O CC/16 destinava o Título IV a disciplina “da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos”, subdividindo-o em dois capítulos, destinando o Capítulo I para dispor “Da dissolução da sociedade conjugal”. Numa alteração estrutural, o CC/02 tratou no Título I, a disciplina “Do Direito Pessoal”, abordando no Subtítulo I os dispositivos “Do Casamento”, para só no Capítulo X normatizar sobre “Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal”. A solução dada para colocação do capítulo em análise como a sua denominação foi mais adequada no novo código, pois a inclusão no título sobre o “vínculo conjugal” justifica-se em razão da disciplina do divórcio, instituto que não era contemplado no CC/16.

O CC/02 inovou ao prever de forma expressa que o casamento válido se dissolve também pela presunção decorrente da ausência, nos termos disciplinados pelo código, conforme disposto no art. 1.571, § 1º, c/c os arts. 6º, 37 e segs do CC/02, bem como nos casos de declaração de morte presumida prevista no art. 7º, I e II (c/c arts. 85 e 88 da Lei 6.015/73, que não exigem declaração de ausência). Trata-se do restabelecimento do art. 315 do CC/16 que se considerou tacitamente revogado pela Lei 6.515/77 por não tê-lo reproduzido,- tudo conforme adiante abordado.

Conservou o legislador a distinção entre sociedade conjugal e vínculo do casamento, como consta do *caput* do art. 1.571 e o contido na primeira parte do seu § 1º, dissolução matrimonial em dois tempos ou duas etapas que é objeto de várias críticas, que só concorrem em polêmica com a manutenção da hipótese de separação litigiosa que permite a discussão e declaração de culpa pela dissolução da sociedade conjugal.

Portanto, pode-se concluir que há dissolução do vínculo do casamento em casos distintos de morte:

- a) com a morte real, efetiva, provada mediante certidão do assento de óbito do cônjuge haverá o efeito dissolutivo do vínculo – (arts. 6º, primeira parte e 9º, I mais o art. 1.571, I);
- b) com a morte presumida, reconhecida em cautelar de justificação (arts. 861 a 866 do CPC), independente de ação de ausência – (arts. 7º, I e II e o 1.571, I, mais os arts. 85 e 88 da Lei 6.015/73); e,
- c) com a morte decorrente da abertura de sucessão definitiva, em razão da ausência do cônjuge que se encontra em lugar incerto e não sabido (art. 6º, segunda parte, mais os arts. 37 e 38 e ainda o § 1º inciso I do art. 1.571).

Quanto à morte real e efetiva lembra ainda SILVIO RODRIGUES,¹ que, nos casos de se haverem incendiado, destruído ou extraviado os arquivos ou livros do registro civil,

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de família - Com anotações ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, p. 59.

o interessado deve pedir que sejam restaurados, na forma do art. 1.218 do CPC, efetuando a prova de sua viuvez com a certidão do assento restaurado.

A) DA MORTE PRESUMIDA

Além da morte inequívoca, comprovada pelo registro do óbito após constatação do falecimento pelo médico, há previsão no novo CC da morte presumida. Quando não se localiza o cadáver, sem necessidade de decretação de ausência, basta a declaração em procedimento cautelar específico de justificação (arts. 861 a 866 do CPC), por meio do qual se obtém atestado de óbito especial, que fixará a data provável da morte, como disposto no art. 7º, incisos I e II da Lei 10.046/02: “Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

O TJMG, por meio da ESCOLA JUDICIAL EDÉSIO FERNANDES, dos encontros dos magistrados mineiros, aprovou o enunciado que dispõe que “A conclusão do inquérito policial é um dos meios que autorizam a interpretação de que foram esgotadas as buscas e averiguações, servindo, também, como parâmetro para fixar-se a data provável da morte.”

A Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos), já admitia duas hipóteses em que se poderia fazer a justificação judicial em razão de morte presumida: **a)** os arts. 85 e 88, parágrafo único da Lei 6.015/73 tratavam do desaparecimento em campanha, sem que se tivesse encontrado o cadáver para exame e, desta forma, não se dispunha de prova inequívoca da morte, prevendo ainda o registro do óbito verificado nestas circunstâncias, – o que está parcialmente repetido no inciso II do art. 7º do CC/02; **b)** e o art. 88 ainda disciplinava a abertura do assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando não fosse possível encontrar-se o cadáver para constatação direta do falecimento, estabelecendo como condição o decurso de três anos do desaparecimento do cônjuge, sem que se tivesse qualquer notícia a seu respeito e desde que provada a sua presença no local do acontecimento fortuito.² Dispunha o art. 88 da Lei 6.015/73 que: “Poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Parágrafo único. Será também admitida a justificação, no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do art. 85 e os fatos que convençam de ocorrência do óbito.”

² Existem leis específicas sobre a morte presumida de determinadas pessoas: Dec.Lei n. 3.577, de 01.09.1941 (do segurado do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos); Dec.Lei n. 4.819, de 08.10.1942 (relativa a morte presumida de militar); Dec.Lei n. 5.782, de 30.08.1943 (sobre morte presumida de servidor público); e Dec.Lei n. 6.239, de 03.02.1944 (sobre morte presumida de militar da aeronáutica). – *apud* SILVIO RODRIGUES (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de família - Com anotações ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, p. 33).

Para NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY³ “quando se fala em morte presumida, o intérprete deve identificar precisamente a situação de que trata: **a)** se há um corpo insepulto (ou não) que não foi submetido a exame médico ou a declaração de testemunhas (LRP 77 c/c 80, 8º); **b)** se alguém, nas hipóteses deste artigo, desapareceu de seu domicílio e sua morte, pelas circunstâncias de seu desaparecimento, é muito provável tenha ocorrido, mas não foi encontrado o cadáver para exame (para essa hipótese diz-se morte presumida sem declaração de ausência).”

A morte presumida só será declaração pelo juiz, nos casos excepcionais dos incisos I e II do art. 7º do CC/02 que é muito mais amplo do que as previsões antes contidas na Lei 6.015/73, razão de dever exigir-se prova robusta e convincente de que foram feitas e esgotadas todas as buscas e averiguações, na tentativa de localização do cadáver, havendo forte e real probabilidade do óbito, porque a pessoa se encontrava em perigo de vida, como em local onde houve um incêndio, estourou uma bomba, estava em avião que caiu no mar etc. ou daquele que “desaparece em campanha ou prisão e não é encontrada até dois anos após o término da guerra”.

Além de a inovação ampliar as hipóteses de morte presumida pelo emprego da expressão vaga de a pessoa se encontrar “em perigo de vida”, não foi exigido, como o fazia a Lei 6.015/73, o transcurso de 3 (três) anos da catástrofe ou acidente em que o cônjuge teria desaparecido. Só foi estabelecido prazo para o requerimento da justificação da obtenção da declaração judicial do falecimento para a hipótese do inciso II do art. 7º, que trata do desaparecimento em campanha ou prisão.

Manifesta YUSSEF SAID CAHALI⁴ que não se encanta por essa pretensa inovação introduzida nesta fase histórica do País, nos incisos I e II do art. 7º do CC/02 dizendo que foram “certamente inspiradas em legislações de nações colonizadoras de séculos passados que, mandando seus soldados para conquistas em além-mar, não dispunham de informações sobre o paradeiro daqueles que não teriam retornado.”

De qualquer forma, não é demais lembrar com CÉSAR FIÚZA⁵ que são distintas as hipóteses de ausência e morte presumida: “não se confundir os casos de ausência com os casos de morte presumida. O ausente não é considerado morto, mas apenas desaparecido, até que se decreta sua sucessão definitiva. Em algumas situações, porém, a pessoa desaparecida pode se presumir morta, mesmo sem ser declarada ausente. São as hipóteses do art. 7º do Código Civil e do art. 88 da Lei de Registros Públicos - Lei 6.015/73.”

A sentença que declara a morte presumida, nas condições do art. 7º, goza da mesma eficácia correspondente à morte inequívoca, como causa da dissolução da sociedade conjugal. Na medida em que o juiz togado declara na justificação o reconhecimento da morte presumida, é expedida ordem para o oficial do registro civil

³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 12-13.

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação - atualizado de acordo com o novo Código Civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 70-71.

⁵ FIÚZA, Cesar. *Direito Civil. Curso completo - atualizado de acordo com o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 138-140.

abrir o registro de óbito. Com tal documento o estado de viuvez está comprovado, pela dissolução do vínculo do casamento e, portanto o ex-cônjuge está apto a convolar novo casamento. Advertindo CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁶ nos casos de morte presumida, sem decretação de ausência, “a sentença fixará a data provável do falecimento (art. 7º, parágrafo único). Como a morte presumida extingue a sociedade e o vínculo conjugal, será permitido ao ex-cônjuge contrair novas núpcias. Se tal acontecer e o morto presumido aparecer, o segundo casamento será declarado nulo, mas putativo.”

B) DA AUSÊNCIA

Assume a maternidade deste polêmico § 1º do art. 1.571 a Profª REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA,⁷ quando explica que pelo “§ 1º foi introduzida em nosso direito a declaração de ausência como forma de dissolução do vínculo conjugal, adotando nossa proposta legislativa realizada em Sugestões ao projeto de Código Civil, Direito de Família, anteriormente citadas, em RT: 730/32. Essa nova causa terminativa é fundada no instituto da morte presumida. Em caso de desaparecimento do cônjuge, como de qualquer pessoa, faz-se necessário o procedimento de ausência, de modo que a inexistência daquela causa terminativa, na legislação anterior, obrigava o cônjuge do ausente a iniciar tal procedimento e também o de divórcio; *bis in idem*, certamente, desnecessário. O argumento de que são raros os casos de ausência não é aceitável, já que o Direito deve regular também os fatos menos comuns, desde que possam ocorrer: No entanto, de acordo com nossas sugestões anteriores, já não considerávamos adequada a inserção do inciso V, feita pelo Senado no referido artigo, uma vez que o disposto no § 1º é suficiente para solucionar as hipóteses de ausência.”

Não há dúvida de que o § 1º do art. 1.571 do CC/02 considera que o casamento válido se dissolve pela morte “aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.” **Para o fim de dissolver o casamento é necessário que a abertura de sucessão do ausente seja definitiva,**⁸ nos termos do art. 6º do CC/02. Conforme CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹ “a abertura desta poderá ser requerida após dez anos de passada em julgado a sentença que conceder a abertura da sucessão provisória ou provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade e que de cinco datam as últimas notícias dele (arts. 37 e 38). Antes disso, os efeitos da declaração de ausência serão apenas patrimoniais, limitando-se a permitir a abertura da sucessão provisória.”

Apesar da opinião generalizada de que só a sucessão definitiva do ausente pode dissolver o seu casamento, há opiniões em contrário, segundo as quais basta a abertura da sucessão provisória como se em NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY:¹⁰ “quando se fala em morte presumida, o intérprete deve identificar precisamente a situação de que

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 8-9

⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *In: FIUZA, Ricardo (Coord.) Novo Código Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1414-1415.

⁸ Silvio Rodrigues: “Há previsão expressa, ainda, para a morte presumida decorrente da ausência, quando autorizada a abertura da sucessão definitiva (art. 1.571, § 1º, c/c os arts. 6º, 37 e s.), ...” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de família - Com anotações ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, p. 34.);

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.53-54.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 12-13.

trata: a) se há um corpo insepulto (ou não) que não foi submetido a exame médico ou a declaração de testemunhas (LRP 77 c/c 80); b) se alguém, nas hipóteses deste artigo, desapareceu de seu domicílio e sua morte, pelas circunstâncias de seu desaparecimento, é muito provável tenha ocorrido, mas não foi encontrado o cadáver para exame (para essa hipótese diz-se morte presumida *sem* declaração de ausência); c) se alguém desapareceu de seu domicílio nas hipóteses do CC 22 e 23 (para esses casos dá-se o nome de morte presumida *com* declaração de ausência). Inexistência de atestado de óbito. O CC art. 9º, I impõe os registros de óbitos. O atestado médico é o documento que comprova a certeza do fato morte. Só pode ser lavrado por profissional inscrito no CRM. A certidão de óbito, que é ato do oficial do registro civil de pessoa natural do lugar onde o falecimento se deu, só pode ser lavrada à vista do atestado médico ou da declaração de duas pessoas qualificadas que tenham presenciado ou verificado a morte (LRP 77 c/c 80). A certidão de óbito é condição para o sepultamento (LRP 77 e 78)”.

Opinião seguida também por JOSÉ COSTA LOURES E TAÍS GUIMARÃES:¹¹ “explicitando o inciso V a condição de que haja declaração de ausência em decisão transitada em julgado para que o cônjuge do ausente possa convolar novas núpcias, basta considerar-se a declaração inicial, quando se denuncia e se constata a ausência declarada (art. 22). Mesmo porque o § 1º, em seqüência, até dispensa a formal declaração, fazendo presumida a morte do ausente (art. 7º, I).”

Somando-se ainda JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE e GERALDO MAGELA ALVES¹² segundo os quais “explicitando o inciso V a condição de que haja declaração de ausência em decisão transitada em julgado para que o cônjuge do ausente possa convolar novas núpcias, basta considerar-se a declaração inicial, quando se denuncia e se constata a ausência declarada (art. 22). Mesmo porque o § 1º, em seqüência, até dispensa a formal declaração, fazendo presumida a morte do ausente (art. 7º, I).”

Pesam muitas críticas sobre a previsão da ausência como causa de dissolução do casamento. Exemplifique-se com CARLOS ROBERTO GONÇALVES:¹³ “a atribuição de capacidade matrimonial ao cônjuge do ausente quebra uma tradição consagrada no direito brasileiro, não trazendo qualquer benefício para este mesmo cônjuge, que estará sujeito a postular ação de anulação caso o ausente retorne. A sistemática atual que permite a postulação da separação judicial nos termos do parágrafo 1º do art. 1.571 suprimiria qualquer intenção do cônjuge do ausente que pretender um novo casamento.”

No mesmo sentido, cite-se ÁUREA PIMENTEL PEREIRA:¹⁴ “como observa CARVALHO SANTOS, ‘a presunção de morte, no caso de ausência, produz efeito de óbito, mas não dissolve o vínculo matrimonial’. ‘É que, como enfatiza com grande propriedade o

¹¹ LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 678.

¹² LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 677-678.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.53-54.

¹⁴ PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no Direito de Família e no Direito de Companheiros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115-116.

jurista citado, invocando os magistérios de CÂNDIDO DE OLIVEIRA e ESPÍNOLA, a morte do ausente 'se presume para certos efeitos, nas não para os efeitos do vínculo matrimonial, que será dissolvido, por mais longa que seja a ausência'. Por se tratar de uma simples presunção de óbito, que nação traduz uma certeza, 'crucial é a consequência, de aquela presunção não ter força bastante para dissolver o vínculo matrimonial e, pois, autorizar segundas núpcias do cônjuge presente.' Reconhecemos, porém, que a matéria, ante os termos em que o parágrafo primeiro do art. 1.571 foi redigido, estaria a desafiar, agora, melhor exame e reflexão por parte dos doutrinadores e da jurisprudência dos tribunais".

1.3) PELA SEPARAÇÃO JUDICIAL – ART. 1.571, III

A sociedade conjugal implica em relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, instituindo direitos e deveres recíprocos, dentre os quais o estatuto patrimonial do regime de bens. Segundo JOSÉ ABREU¹⁵ "a sociedade conjugal pode ser conceituada como o complexo de direitos e obrigações que alicerça a vida em comum dos cônjuges. Constitui o fulcro de todos os efeitos do matrimônio." No entanto, constitui um elo mais tênue entre marido e mulher e que por isso se dissolve em mais hipótese do que o casamento, uma vez que esse, por ser mais forte e mais abrangente, só pode ser dissolvido pelo divórcio ou pela morte.

Daí porque a separação judicial só põe fim à sociedade conjugal, mantendo íntegro o vínculo do casamento. Nesse sentido, explica VALTER KENJI ISHIDA¹⁶ que "o termo casamento é mais amplo que sociedade conjugal. O primeiro regula a vida dos cônjuges, as suas relações e obrigações recíprocas e deveres com a família e com a prole. Já a sociedade conjugal consiste num conjunto de direitos e obrigações que sustenta a vida em comum dos cônjuges. Assim pode haver dissolução da sociedade conjugal, mas a manutenção do vínculo do casamento implica dizer que o vínculo é maior que a sociedade."

Definem INÁCIO DE CARVALHO NETO E ÉRIKA HARUMI FUGIE¹⁷ o vínculo conjugal como "o laço que une os cônjuges, o casamento em si;" enquanto a sociedade conjugal seria apenas "um de seus aspectos, especialmente ligado ao regime de bens." Mas concluem que, "na prática porém, com a dissolução desta, extinguem-se quase todos os liames entre os cônjuges, só lhes restando o impedimento matrimonial para novo casamento."

Os efeitos pessoais da dissolução da sociedade conjugal são a liberação dos cônjuges da submissão aos deveres da vida sob o mesmo teto e da fidelidade recíproca; e, no âmbito patrimonial se projeta na cessação do regime de bens, de forma que poderá haver a partilha dos bens do casal dissolvendo a comunhão existente sobre os comuns. Tanto que a sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de

¹⁵ ABREU, José. *O divórcio no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 34.

¹⁶ ISHIDA, Válder Kenji. *Direito de Família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*: de acordo com o novo Código Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35-162.

¹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Código Civil: Direito de Família*. v. 6. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 105-107.

bens (art. 1.575), da mesma forma que põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens (art. 1.576).

Uma vez decretada a dissolução da sociedade conjugal o estado civil dos ex-cônjuges passa a ser o de “separado judicialmente”, independente da separação ter sido litigiosa ou por mútuo consentimento. E, caso um deles venha a falecer antes do divórcio, terá o estado civil de viúvo e caso a morte ocorra depois do divórcio, o estado civil de divorciado não será alterado.

1.4) PELO DIVÓRCIO – ART. 1.571, IV

A palavra advém de *divortium*, do verbo *divertere*, e que quer dizer separar. Observa ARNALDO RIZZARDO¹⁸ que “o termo *divórcio*, que aparece em diplomas antigos e no direito canônico (*divortium quoad thorum et mensam*, ou *divortium quod thorum et cohabitationem* - divórcio de cama e mesa), não tinha o sentido de dissolver o vínculo e permitir novas núpcias. O significado equivalia ao de separação, ou mais precisamente à separação de corpos. Algumas obrigações conjugais desapareciam, como a de coabitação (daí as palavras *thorum* e *mensam*). Liberavam-se os cônjuges de dormirem no mesmo leito, ou de fazerem as refeições na mesma mesa.

O divórcio só se tornou possível no Brasil depois de aprovada a Emenda Constitucional n. 9, de 28.6.1977, que alterou o § 1º do art. 175 da CF/69, permitindo a dissolução do vínculo do casamento. O divórcio põe fim a todo o vínculo do casamento, razão de ser designado “vincular”.

Para que o divorciado possa contrair novas núpcias é necessário que apresente a certidão da averbação da sentença do divórcio no cartório do registro civil onde foi celebrado o casamento dissolvido, nos termos do art. 10, I do CC/02, bem como art. 32 da Lei n. 6.515/77.

Além do que, o divorciado deverá comprovar no cartório do registro civil em que se habilitar para o novo casamento, que foi homologada ou decidida a partilha de bens das núpcias anteriores, em razão do contido no art. 1.523, III do CC/02.

Definem EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO RUZYK¹⁹ o divórcio como "dissolução de um casamento válido, pronunciada em vida dos cônjuges, mediante decisão judicial, em virtude de um acordo de vontades, conversão de separação judicial, ou causa taxativamente enunciada na lei". Para que se dê a terminação é imprescindível a intervenção estatal: “nenhum divórcio se consuma sem a intervenção judicial, hoje tida como condição indispensável à sua validade, inclusive no divórcio consensual."

2.2) DO QUESTIONAMENTO DA MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO COM CULPA - DA TENDÊNCIA A DESDRAMATIZAÇÃO DAS SEPARAÇÕES – DA SEPARAÇÃO PELO MERO DESAMOR

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família....., v. 2, p. 387.

¹⁹ FACHINI, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado: Direito de Família*, casamento: arts. 1.511 a 1.590; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. 15, p. 197-262.

Outra crítica que tem sofrido o novel legislador é quanto à manutenção da separação com discussão de “culpa” de algum dos cônjuges porque estaria fundamentada na comprovação de “grave violação aos deveres conjugais que tornem insuportável a vida em comum” (art. 1.572, *caput*).

Defende LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS²⁰ que “além de manter a figura da separação judicial, o NCCB ainda preservou o princípio da culpa como um de seus fundamentos, quando, a exemplo do que já ocorre com o divórcio, poderia ter se limitado a amparar o pleito separatório apenas na circunstância fática da ruptura da convivência (princípio da ruptura).” Diz que, “nesse ponto, desconheceu o legislador a orientação jurisprudencial^{21, 22, 23} mais atualizada, que, reconhecendo a dificuldade de, na maior parte dos casos, atribuir a culpa pelo fracasso do matrimônio a qualquer dos cônjuges – e constatando a inviabilidade de manter unidos pela lei aqueles a quem a vida já separou –, tem, mesmo quando fundado o pedido no art. 5º, *caput*, da lei divorcista, decretado a separação judicial sem declaração de culpa, pela simples constatação da falência do matrimônio. Exemplo dessa orientação encontra-se nos Embargos Infringentes nº 70001797711, do 4º Grupo Cível do TJRS, onde restou assentado que ‘Não tem mais justificativa a atribuição da culpa pelo rompimento da vida em comum, quando qualquer consequência pode advir desta declaração, bastando, para a decretação da separação, o reconhecimento do fim do vínculo afetivo’. No mesmo sentido foram, entre outras, as Apelações Cíveis nºs 598520187, 70000859983 e 70001840289.”

Lembram EUCLIDES DE OLIVEIRA E GISELDA HIRONAKA²⁴ que não parece ser improvável, enfim, que esta menção expressa do legislador acerca da finalidade do casamento, quanto aos cônjuges, corra a favor da possibilidade de decretação de futuras separações judiciais, tendo por fundamento a tão alardeada incompatibilidade de gênios, já que - ao que parece, pelo menos num primeiro momento - seria possível, provando que já não há comunhão plena de vida (como, por exemplo, o fato de um dos cônjuges desprezar totalmente os interesses e anseios do outro) obter a separação, independentemente da prova da culpa, pela falência do casamento. O fundamento legal

²⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 146-160.

²¹ Embargos Infringentes n. 70001797711, do 4º Grupo Cível do TJRS, onde restou assentado que “Não tem mais justificativa a atribuição da culpa pelo rompimento da vida em comum, quando qualquer consequência pode advir desta declaração, bastando, para a decretação da separação, o reconhecimento do fim do vínculo afetivo”. No mesmo sentido foram, entre outras, as Apelações Cíveis n. 598520187, 70000859983 e 70001840289.

²² Em 12.12.2001, o Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aprovou a seguinte Conclusão: “Desde que completado o lapso temporal de separação fática exigido para o pedido de separação judicial litigiosa com causa objetiva (art. 5º, § 1º, L. 6.515/77) ou para o pedido de divórcio (art. 40, L. 6.515/77) descabe postular separação com causa culposa (art. 5º, “caput”, L. 6.515/77), por falta de legítimo interesse” (Maioria).

²³ “A tese exposta no título alinha-se com a moderna tendência do Direito de Família, como proclama a 7ª Câmara Cível da Justiça gaúcha, *in litteris*: “Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida, pois, em regra, cuida-se apenas da causa, imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diurno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um. Se o varão alega abandono do lar pela mulher e esta disse que foi expulsa do lar, além de ser ofendida pelo marido, descabe questionar a culpa, mormente porque existem indícios de adultério pela mulher e também de que ela foi forçada a sair do lar”. (Rel. Des. SÉRGIO CHAVES, julgado em 6.3.2002). Havendo indícios de necessidade momentânea da mulher para afirmar-se no mercado de trabalho, razoável que o marido lhe assegure o valor de um salário mínimo, pelo período de um ano, já que se trata de mulher com idade de regressar ainda no mercado de trabalho”. (Pesquisa ADV, *Separação judicial – o exame da culpa deve ser evitado sempre que possível*. COAD, *Informativo*, boletim semanal 25/2002, p. 439/440.)

²⁴ OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Do Direito de Família*. In: Pereira, Rodrigo da Cunha e Dias, Maria Berenice (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. IBDFAM, Del Rey: Belo Horizonte, 2001, p. 12-13.

específico, a admitir esta ilação de raciocínio, encontra-se no parágrafo único do artigo 1.573 do novo Código, já que, além das hipóteses mencionadas nos incisos I a VI do referido artigo, e que caracterizam a impossibilidade da comunhão de vida, o juiz poderá considerar outros fatos que a tornem evidente. Assim sendo, poderá ocorrer que a cabal demonstração de que já não há plena comunhão de vida entre os cônjuges constitua fato a ser considerado pelo juiz, que poderá decretar a separação judicial.

2.3) DA TEORIA DA REPARAÇÃO CIVIL PELA CULPA NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL OU DO CASAMENTO

A teoria da desdramatização ou do desamor como justificativa para o rompimento da relação conjugal parece antagônica à daquela que busca a reparação civil com a indenização pelos danos morais e materiais que a atitude ilícita da grave violação dos deveres conjugais tenha gerado a um dos consortes: ou se vai abandonar a discussão da culpa ou se vai valorizá-la a ponto de tornar a sua existência motivo de indenização entre cônjuges. Em verdade, as separações ocorrem por causas mediatas e outras imediatas que, somadas levam ao fracasso da relação. Às vezes a causa última e aparente foi só o estopim que eclodiu aquela ruptura de uma vida em comum já insuportável donde a causa real e única é impossível de se encontrar ou de se imputar a um só dos cônjuges, razão de se aderir à teoria da dissolução imotivada do casamento, como forma inclusive de preservar o respeito e um mínimo de consideração entre pessoas que conviveram tão intimamente.

Têm sido publicadas matérias sobre indenização moral e até material (arts. 159 e 1.539 do CC) decorrente do rompimento do casamento por culpa de um dos cônjuges: já há pronunciamentos favoráveis de NILSON MELLO DA SILVA, AMÍLCAR DE CASTRO, PEDRO LESSA, YUSSEF SAID CAHALI,²⁵ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA,²⁶ MARIA HELENA DINIZ,²⁷ MÁRIO MOACYR PORTO. Em voto vencido o atual Min. ATHOS GUSMÃO chegou a manifestar-se, quando ainda era desembargador no TJRS assim: "a mais moderna e a mais perfeita doutrina estabelece como regra reparação do dano moral. Dois são os modos por que é possível obter-se a reparação pecuniária, quando o direito lesado seja de natureza não reintegrável. E a ofensa causada por um dano moral não é suscetível de reparação no primeiro sentido, mas o é no de reparação pecuniária. Com esta espécie de reparação não se pretende refazer o patrimônio, porque este não foi diminuído, mas se tem simplesmente em vista dar à pessoa lesada uma satisfação, que lhe é devida, por uma sensação dolorosa que sofreu e a prestação tem neste caso, função meramente satisfatória."

2.5) DAS SEMELHANÇAS ENTRE SEPARAÇÃO JUDICIAL E DIVÓRCIO

²⁵ CAHALI, Yussef Said. Ob. cit. p. 359.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 5, p. 150.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 5, p. 185.

Assim como existem traços distintivos entre separação judicial e divórcio, outros são comuns a ambos:

A) DO DIREITO PERSONALÍSSIMO PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO E PASSIVO DA AÇÃO

Compete aos cônjuges com exclusividade, somente eles têm a iniciativa da ação de separação ou de divórcio, que é privativa e intransmissível dele, que tem é o único com legitimidade para figurar no pólo passivo.

B) DA IMPOSSIBILIDADE DE TERCEIROS INTERVIREM NO PROCESSO DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

Não admite, em tese a intervenção de terceiros, até mesmo por sua natureza de ação personalíssima. A exceção seria a de o incapaz (assim declarado judicialmente) ser representado ativa e passivamente por curador, ascendente ou irmão do art. 1.576, parágrafo único e do art. 1.582, parágrafo único do CC/02 (que reproduzem o contido no art. 3º, § 1º e no art. 24, parágrafo único, todos da Lei 6.515).

YUSSEF SAID CAHALI²⁸ enumera outras exceções de intervenção de terceiros na separação ou no divórcio: “proposta ação de separação por adultério, o indigitado co-réu adúltero tem ação declaratória preventiva de negação da paternidade adulterina, que lhe seria irrogada pelo reconhecimento do adultério, sendo manifesta a conexão entre as duas ações; não será admissível a intervenção de 3º no próprio processo a pretexto de coadjuvar autor ou réu; membros da família de qualquer dos cônjuges poderão intervir no processo, não para discutir a separação judicial propriamente, mas para pleitear qualquer medida relativa à guarda dos filhos menores; embora sem intervenção na partilha de bens conseqüente da separação judicial; os credores prejudicados por atos fraudulentos na divisão do patrimônio estarão legitimados para impugná-la por via da ação pauliana. Ou com embargos de terceiro.”

C) DA INTRANSMISSIBILIDADE DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO OU DIVÓRCIO: NÃO ADMITEM A SUCESSÃO PROCESSUAL

Não há que se falar em sucessão processual por morte de um dos cônjuges no curso do processo de separação ou de divórcio, pois a morte, por si, já é causa de dissolução do casamento. Assim, se um deles morrer, a ação será extinta.

O direito à separação ou ao divórcio extingue-se, ainda, quando um dos cônjuges falece no curso da ação, antes do trânsito em julgado da sentença que decretou a dissolução da sociedade conjugal ou do casamento.

Conforme leciona ORLANDO GOMES,²⁹ se ninguém pode substituir os cônjuges nesta ação que lhes é privativa e intransmissível, daí resulta que a ação se extingue com a morte de um deles. O CC/02 e a Lei 6.515/77 não falam mas esta regra era contida no art. 316 do CC/16. A morte, além de gerar a ilegitimidade dos sucessores e herdeiros de

²⁸ CAHALI, Yussef Said. Ob. cit. p. 112.

²⁹ GOMES, Orlando. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. *Direito de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 291.

prosseguir no processo de separação judicial ainda, por si só, faz com que a ação perca seu objeto pois que ela dissolve o vínculo.

Pode-se dizer que o novo CC manteve a pluralidade de casos previstos na Lei 6.515/77, mantendo quatro modalidades de separação judicial:

1. por mútuo consentimento, também chamada “separação consensual”, disciplinada no art. 1.574 do CC/02 que corresponde ao art. 4º da Lei 6.515/77;

e três modalidades litigiosas, todas relativas as espécies de separação litigiosa que podem ser pedidas unilateralmente por um dos cônjuges, disciplinadas as três pelo mesmo art. 1.572 do CC/02 que basicamente mantém correspondência com o art. 5º da Lei 6.515/77:

2. a primeira, prevista no *caput* do art. 1.572 do CC/02 em substituição ao *caput* do art. 5º da Lei 6.515/77, chamada pela doutrina de “separação-sanção”, que exige como pressuposto a alegação de grave violação aos deveres conjugais pelo outro cônjuge e que tornou insuportável a vida em comum, e que constitui a única situação em que se admite a discussão de culpa pela dissolução da sociedade conjugal;
3. a segunda hipótese, é denominada “separação-consumação” ou “separação-falência” ou “separação-ruptura”, e encontra-se disciplinada no art. 1.572, § 1º, que reproduz o art. 5º, § 1º da Lei 6.515/77, e tem como pressuposto a separação de fato dos cônjuges por mais de um ano;
4. finalmente, a terceira hipótese, também denominada “separação-remédio”, prevista para o caso de grave doença mental de um dos cônjuges, surgida após o casamento, que dure mais de dois anos e seja de cura improvável, e está disciplinada no art. 1.572, § 2º que corresponde ao art. 5º, § 2º da Lei 6.515/77.

DANO MORAL = LESÃO À PERSONALIDADE HUMANA

AFETO

- cada um dá o que pode – não se pode exigir o que não se tem
- sentimento subjetivo não compensável
- preço compensável pela dor = dano

TENDÊNCIA ATUAL: relações conjugais + patrimonializadas; + contratuais; + obrigação (dano moral); + dano moral é paradoxal porque é material; mercancia da relação familiar
mercantilização do afeto = tudo se transforma em consumo; em pecúnia.

A reparação civil no Direito de Família tem sido punitiva.

Reparação pela ausência é forma de coação estatal = forçar o cumprimento de deveres.

A diferença entre a reparação civil antiga e a atual é a substituição do sangue pelo **OURO**.

E responsabilidade pelo excesso de afeto? pelo ato sexual da mãe – ex: pela escolha do pai.

De qual pai? afetivo ou genético? A que foi decidida foi uma responsabilidade por ato sexual.

O que se busca é a reparação e não o afeto que é transigência.

Objetivar o critério da dignidade humana.

Dignidade humana profilática; promoção e patológica.

ÚLTIMO REDUTO DO SER HUMANO É O AFETO.