



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As transformações na Sistemática do Divórcio Após a EC 66/10

Adelina Roxo Junger

Rio de Janeiro
2012

ADELINA ROXO JUNGER

As transformações na Sistemática do Divórcio Após a EC 66/10

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª Katia Silva

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2012

AS TRANSFORMAÇÕES NA SISTEMÁTICA DO DIVÓRCIO APÓS A EC 66/10

Adelina Roxo Junger

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do
Trabalho pela Universidade Uniderp.

Resumo: As relações de Direito de Família são por si só complexas e instáveis, transformando-se de acordo com as evoluções e mudanças nas estruturas das sociedades. Com isso, o significado da palavra família e as suas formas de dissolução mudaram. Busca o presente trabalho tratar da dissolução da família, desde as primeiras constituições até a mudança trazida pela EC 66/10 que transformou a atual sistemática do divórcio no Direito Brasileiro.

Palavras-chaves: Família. Evolução. Dissolução. Divórcio.

Sumário: Introdução. 1. A evolução das relações familiares no Brasil. 2. Breve histórico acerca do divórcio no ordenamento brasileiro. 3. As mudanças trazidas pela EC 66/10 na Sistemática do Divórcio. 4. A consagração do fim da culpa pelo divórcio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a dissolução da entidade familiar através da nova sistemática trazida pela Emenda Constitucional 66 de 2010. O trabalho proposto enfoca a nova sistemática do divórcio após o advento da Emenda Constitucional nº 66 que tornou mais célere a dissolução da entidade familiar, de maneira a não mais existirem prazos para a realização do divórcio, nem a verificação da culpa pelo fim da união.

Serão analisadas, com profundidade, as mudanças que essa nova sistemática traz, trazendo à luz a sua aplicação dentro da tutela jurisdicional, além de seus reflexos e consequências na entidade familiar.

Para um entendimento mais amplo acerca do tema, será realizado uma análise da evolução das relações familiares no Brasil, com a realização de um breve histórico acerca do divórcio no Ordenamento Brasileiro, explicitando as mudanças trazidas pela EC 66/10 na sistemática do divórcio.

Nesse panorama, restarão demonstrados os prós e os contras na nova sistemática do divórcio, trazendo à luz a sua aplicação dentro da tutela jurisdicional, além de seus reflexos na entidade familiar.

1. EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A Constituição brasileira é um organismo vivo, em constante mutação, dada a sua necessidade de acompanhar a evolução da sociedade que rege. Com a evolução do entendimento e da percepção da sociedade no que tange às relações socioafetivas, tornou-se necessária a adaptação do entendimento constitucional acerca do tema.

À época em que a Emenda Constitucional nº 09¹ foi criada, instituindo o divórcio no Brasil, sendo a Lei do Divórcio criada seis meses depois, a parcela conservadora da sociedade afirmou ser o fim da instituição casamento. Entretanto, ela foi reflexo da evolução da sociedade em que as mulheres passaram a sair do papel de donas de casa, assumindo postos de trabalho e passando a realizar um controle de natalidade pessoal através do advento da pílula.

¹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

Nessa época, os prazos e as condições para o divórcio eram completamente diferentes dos atuais, tais como a restrição a possibilidade de se divorciar uma única vez, sendo convertida em divórcio somente após cinco anos da separação de fato.

Esse sistema se adequava à sociedade que existia naquele período que era extremamente religiosa, conservadora e com profundas raízes na sociedade patriarcal, além de militarizada pela ditadura, de maneira que os divorciados, em especial as mulheres, eram discriminados pela sociedade conservadora em que viviam.

A evolução da sociedade e dos meios de comunicação, o fim da ditadura, a promulgação da constituição de 1988² e a evolução das formas de relacionamento, culminou com a necessidade da revogação do artigo 38 da Lei do Divórcio, eliminando, com isso, a restrição aos divórcios sucessivos.

A própria questão religiosa perdeu força ao longo dos anos, deixando de ser impedimento para que as pessoas colocassem fim aos relacionamentos já fracassados.

À medida que as relações familiares evoluíram, diminuindo cada vez mais a necessidade da intervenção do Estado, através do Ministério Público, nos casamentos que não possuíam filhos menores que tornassem necessário a proteção estatal do menor, ficou evidente ao legislador a possibilidade de tornar menos burocrático e mais prático a separação do casal.

Homens e mulheres mudaram a maneira de se relacionar. O amor e o casamento passaram a ser encarados de forma diversa pelos nubentes. As pessoas não aceitam mais um casamento sem paixão e sem emoção como ocorria há poucas décadas atrás. A união nos dias atuais não faz mais sentido se ambos não estiverem em sintonia amorosa e emocional. A verdade é que os casais pararam de se relacionar com a “instituição casamento” e seu status, filhos e adequação social, e passaram a se relacionar um com o outro.

² BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

A sociedade moderna deixou de ser engessada em padrões, permitindo que homens e mulheres possam viver a plenitude de um relacionamento tão somente enquanto esse servir aos seus propósitos emocionais.

Seguindo essa evolução social, o legislador estabeleceu, através da Lei nº 11.441³, o divórcio administrativo e dispensou a intervenção do Ministério Público nas separações consensuais que não envolvessem filhos menores de idade.

Entretanto, os prazos para a conversão da separação em divórcio permaneciam, trazendo uma morosidade ao processo de rompimento marital que não mais condizia com a dinâmica das relações de afeto e com a nova dinâmica do casamento.

Nesse contexto, surgiram na virada do século as famílias recombinadas, de segunda, terceiras, quartas ou quintas núpcias, ou mais, servindo para alterar, ainda mais, o panorama tradicional da família. De forma que a facilitação do divórcio consolidou a existência dessas famílias recombinadas, aproximando, ainda mais a Constituição Federal do real cenário social vigente.

Essa nova dinâmica do casamento pode ser demonstrada através de estatísticas trazidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁴ que apurou que na última década o número de recasamentos (pessoas que casam mais uma vez) dobrou, de 65 mil em 2000 para 136 mil em 2009.

As pessoas continuam buscando o sonho de encontrar um grande amor, a diferença é que não necessariamente esse grande amor durará por toda a sua vida. E com essa nova maneira de encarar o casamento, em busca do parceiro com o qual possui mais afinidade, os brasileiros passaram a recasar quantas vezes entenderem necessárias para a sua realização

³ BRASIL. *Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

⁴ IBGE. *Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia: Estatísticas do registro Civil de 2008*. <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1501&id_pagina=1>. Acesso em: 24 set.2011.

peçoal, exigindo cada vez mais rapidez na separação, surgindo, com isso, a necessidade da mudança nos prazos anteriormente praticados para o divórcio.

Uma maior liberdade dos cônjuges acerca do momento do término do consórcio nupcial, retratando a inegável primazia dos preceitos fundamentais constitucionais do sistema civilista brasileiro, reforçou a necessidade de mudança constitucional acerca dos prazos para o fim da relação conjugal.

Como a Constituição Federal é um organismo vivo que visa a acompanhar a evolução da sociedade que rege, a mudança na maneira que a sociedade passou a encarar o casamento e o divórcio, acabou por culminar na Emenda Constitucional nº 66⁵, também conhecida como “PEC do Amor⁶” ou “PEC do Divórcio⁷”, mudando os prazos e regras para a realização do divórcio e dando maior liberdade aos nubentes no momento de colocar fim ao consórcio familiar.

Com a mudança constitucional, foram extintos os prazos para o divórcio, deixando de ser requisito para a concessão do divórcio a separação, seja ela judicial, em cartório ou de fato, seguida de um prazo para a sua convalidação em divórcio.

A desburocratização na sistemática do divórcio, tanto no que tange ao processo de surgimento da entidade familiar quanto ao seu processo de extinção, tornou as núpcias ainda mais personalíssimas, retirando do Estado, cada vez mais, o poder de intervir nas relações pessoais quando não há litígio a ser discutido.

Ainda, os cônjuges que pretendem se separar não mais necessitam explicar o motivo do término da relação, colocando fim, definitivamente, na questão da culpa pelo divórcio.

⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

⁶ Projeto de Emenda Constitucional do Amor.

⁷ Projeto de Emenda Constitucional do Divórcio.

2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO DIVÓRCIO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Até a Constituição de 1891⁸ não havia a separação entre a Igreja e o Estado. Antes dessa Constituição, não era possível a extinção voluntária do casamento, salvo pela morte ou pela anulação. Nesse primeiro momento, anterior a Constituição, existia apenas a figura do desquite, instituto de influência religiosa, permanecendo o vínculo conjugal entre os nubentes, sendo impossível contrair formal e juridicamente novas núpcias, o que gerava as “famílias clandestinas” que eram objeto do rejeição e do preconceito por parte da sociedade conservadora que as concebia.

Nesse sentido, a Constituição de 1891 inovou ao reconhecer o casamento civil, acabando por separar a Igreja do Estado nas questões de família, passando a ser reconhecido o casamento civil, permitindo que as pessoas se casassem ainda que em casamento não ocorrido na Igreja.

O Código Civil de 1916⁹ tratou do tema sociedade conjugal de forma a defender a sua indissolubilidade, sendo reflexo da sociedade patriarcal, fortemente influenciada pela Igreja Católica e patrimonialista da época.

Entretanto, a matéria ainda não havia sido tratada em sede constitucional, fato que somente ocorreu com a Constituição de 1934¹⁰ que separou um capítulo específico para a entidade familiar, dando-lhe proteção estatal e baseando-a na sua indissolubilidade, recepcionando o código civil de 1916 nesse aspecto. Apesar das mudanças na sociedade, as

⁸ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

⁹ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

Constituições que seguiram continuaram a tratar do tema família, sem mudar a sua base imutável, todas reflexo da sociedade patriarcal e conservadora que condenava a mulher que não fosse submissa ao pai e ao marido e defendia o homem que possuía concubinas.

Mudanças sociais como a entrada da mulher no mercado de trabalho, a revolução feminina, a liberação sexual trazida pela pílula, permitindo um maior controle de natalidade, entre outros, mudou em boa parte a sociedade e a forma como o casamento passou a ser tratado socialmente.

Entretanto, somente com o advento da emenda constitucional nº 09, de 28 de junho de 1977, é que o divórcio passou a ser possível no sistema jurisdicional brasileiro. Até o advento da emenda, havia a indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal, com completa ausência de divórcio, de maneira que a emenda representou imensa evolução nas relações conjugais da época.

Entretanto, apesar da emenda trazer grande avanço ao permitir a dissolubilidade do matrimônio, os prazos e condições para a sua ocorrência eram bem diferentes daqueles comuns na sociedade atual. Por exemplo, a pessoa somente poderia se divorciar uma vez, não lhe sendo possível separar-se novamente. Além disso, somente era permitida a separação se o casal estivesse separado de fato pelo prazo mínimo de 5 anos.

A Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977¹¹, que ficou conhecida como Lei do Divórcio, regulamentou o divórcio, renomeando o antigo desquite para separação judicial. Dessa forma, passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro o sistema binário para a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, fazendo-se necessário que os cônjuges primeiramente se separassem, para somente depois se divorciarem.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

No que tange à proibição aos divórcios sucessivos, somente com a lei nº Lei 7.841¹², de 17 de outubro de 1989, é que o artigo 38 da Lei do Divórcio foi revogada, eliminando a restrição no que tange aos divórcios sucessivos.

Com a promulgação da Constituição de 1988¹³, as relações familiares passaram a ter como base a afetividade, o respeito, a vontade das pessoas e os valores humanos. Mas somente com o advento da Lei nº 11.441¹⁴, de 04 de janeiro de 2007, é que foi estabelecido o divórcio administrativo dispensando, inclusive, a intervenção do Ministério Público em separações não litigiosas e que não envolvessem filhos menores. Culminando no efetivo término da discussão acerca da culpa pela dissolução da união e os restos do amor.

A Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, reflexo de uma sociedade em constante movimento e mudança, veio definitivamente extinguir o discurso da culpa pelo discurso da responsabilidade e pela responsabilização do sujeito, acabando com a intervenção estatal nas relações familiares no que tange à dissolução da sociedade conjugal, mudando a sistemática do divórcio no Brasil já que altera essa estrutura acabando com a separação judicial, transformando-a em divórcio direto.

Em suma, é cabível afirmar que com a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 66 não existe mais prazos para se divorciar, de forma que continua existindo a separação jurídica, judicial e administrativa, coexistindo com o divórcio direto sem exigência de prazos. O que não mais existe mais é a obrigação da separação jurídica, passando a ser possível a aplicação do divórcio direto, sem exigência de prazos e discussão das causas que levaram ao fim da sociedade conjugal.

¹² BRASIL. *Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

¹³ BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

Portanto, o novo texto constitucional permitiu a supressão da prévia separação como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo para se propor o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição acaba de vez com aquilo que a melhor doutrina e a mais consistente jurisprudência já vinha reafirmando há muitos anos, a discussão da culpa pelo fim do casamento, que, aliás, demonstrava um grande sinal de atraso do ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, sempre que não escolhido pelo casal em dissolução o divórcio direto, deverá ser aplicada a legislação ordinária a separação jurídica seguida de divórcio, exigindo-se os mesmos requisitos, no que tange aos prazos e causas, isto porque a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 apenas prevê que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, não exigindo tal modalidade como regra exclusiva a ser seguida no caso do término da relação conjugal.

No mais, a nova regulamentação constitucional é diretamente aplicável e não necessita de regulamentação infraconstitucional para a sua imediata aplicação no direito de família.

3. AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA EC 66/10 NA SISTEMÁTICA DO DIVÓRCIO.

Antigamente conhecida como desquite, a separação judicial prevista no artigo 1.571, inciso III, do Código Civil de 2002, consiste na medida jurídica que termina a sociedade conjugal, mantendo-se, entretanto o vínculo matrimonial.

A separação põe fim a alguns deveres do casamento, tais como a fidelidade e a coabitação, permitindo a partilha dos bens comuns, mas não se permitindo novo matrimônio.

Sendo, portanto, um instituto de eficácia limitada visto que não rompe completamente com o vínculo entre os cônjuges.

A separação judicial é, portanto, medida menos profunda que o divórcio já que dissolve a sociedade conjugal, colocando fim a determinados deveres decorrentes do casamento como a coabitação e a fidelidade recíproca, permitindo também a realização da partilha do patrimônio comum, mas mantendo certa ligação entre os separados que não poderiam contrair novo matrimônio visto que o laço matrimonial permanecia até a decretação do divórcio.

Nesse diapasão, até a mudança trazida com a Emenda Constitucional nº 66, somente após um lapso temporal do advento da decretação da separação, seria possível a sua conversão em divórcio.

É importante ressaltar que o divórcio é o instituto voluntário de extinção da relação conjugal que põe fim a todos os laços matrimoniais entre os divorciados, inclusive extinguindo os deveres conjugais, rompendo legal e definitivamente todos os vínculos gerados pelo casamento civil.

O divórcio, assim como a morte, dissolve a sociedade conjugal e rompe o próprio vínculo matrimonial. Assim dispõe o artigo 1.571 do Código Civil de 2002:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

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

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

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 que alterou o artigo 266 da Constituição Federal, aos prazos anteriormente necessários para a

conversão da separação em divórcio deixaram de existir, extinguindo a necessidade de primeiramente ocorrer separação judicial para tornar possível a sua posterior conversão em divórcio.

Assim dispunha o artigo 226 da Constituição Federal:

Art. 226 (...)

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O próprio Código Civil de 2002, em seu artigo pelo art. 1.580, caput, e § 2º, corroborava para a manutenção desse procedimento para a efetivação do divórcio. In fine:

Art. 1.580. Decorrido 1 (um) ao do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. (...)

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

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº66 de 2010, o artigo 226 da Constituição Federal passou a dispor da seguinte forma: “Art. 226 (...) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A mudança trazida pela emenda tornou dispensável como requisito ao divórcio um lapso temporal para que esses laços criados pelo casamento civil sejam completamente extirpados, tornando mais rápido e menos doloroso o processo de rompimento dos casais que pretendem pôr fim a relação matrimonial.

Paulo Lôbo, em artigo publicado na internet¹⁵, revisa de maneira clara e objetiva os artigos do Código Civil de 2002 atingidos pela nova emenda constitucional:

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://robertomarinhoguimaraes.blogspot.com/2010/07/divorcio-alteracao-constitucional-e.html>>. Acesso em 26 set.2011.

A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeitos ex nunc: I – Caput do art. 1.571, conforme já demonstramos, por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo conjugal, única via que a nova redação tutela. Igualmente revogada está a segunda parte do § 2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive. II – Arts. 1.572 e 1.573, que regulam as causas da separação judicial. III – Arts. 1.574 a 1.576, que dispõem sobre os tipos e efeitos da separação judicial. IV – Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro. V – Art. 1.580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação judicial. VI – Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge ao outro, em razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio, a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1.694. Por fim, consideram-se revogadas as expressões "separação judicial" contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio. Algumas normas do Código Civil permanecem, apesar de desprovidas de sanção jurídica, que era remetida à separação judicial. É a hipótese do art. 1.566, que enuncia os deveres conjugais, ficando contido em sua matriz ética. A alusão feita em algumas normas do Código Civil à dissolução da sociedade conjugal deve ser entendida como referente à dissolução do vínculo conjugal, abrangente do divórcio, da morte do cônjuge e da invalidade do casamento. Nessas hipóteses, é apropriada e até necessária a interpretação em conformidade com a Constituição (nova redação do § 6º do art. 226). Exemplifique-se com a presunção legal do art. 1.597, II, de concepção na constância do casamento do filho nascido nos trezentos dias subsequentes à "dissolução da sociedade conjugal", que deve ser lida e interpretada como dissolução do vínculo conjugal. Do mesmo modo, o art. 1.721 quando estabelece que o bem de família não se extingue com a "dissolução da sociedade conjugal".

Alguns autores como Maria Berenice Dias¹⁶ e Paulo Lôbo¹⁷, defendem a leitura literal do novo § 6º do artigo 226, afirmando que, como o dispositivo deixou de fazer referência à separação judicial, ela não só suprimiu os prazos para o divórcio como também banuiu a separação judicial do ordenamento jurídico.

Para os doutrinadores supracitados, a manutenção da separação judicial na justiça brasileira seria uma verdadeira agressão ao Princípio da Vedação do Retrocesso de Canotilho, razão pela qual a mesma deve ser banida dos Tribunais brasileiros.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Emenda Constitucional 66/10 – e agora?* Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora.pdf>. Acesso em 26 set.2011.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://robertomarinhoguimaraes.blogspot.com/2010/07/divorcio-alteracao-constitucional-e.html>>. Acesso em 26 set.2011.

A manutenção do instituto da separação judicial não mais se justifica no atual ordenamento jurídico, já que não soluciona a problemática do casamento falido ao passo que não põe fim ao matrimônio.

Ainda, é de fácil constatação que no dia a dia dos fóruns são raros os casos de arrependimento posterior à separação judicial, o que demonstra mais uma razão para a extinção do instituto da separação judicial prévia ao divórcio.

Ademais, os motivos que levaram à manutenção da separação no antigo Código Civil (Lei nº 6.515/77), deixaram de existir, já que a sociedade brasileira contemporânea evoluiu o suficiente para perceber que o divórcio não significa o fim da família, mas, sim, uma solução para as uniões onde o afeto, subsistência do relacionamento conjugal, pereceu, não havendo mais motivos para a manutenção da entidade conjugal.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho defendem essa posição majoritária pela extinção do instituto da separação judicial no livro “O novo divórcio¹⁸”, afirmando que:

Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto do ordenamento brasileiro, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda da norma validante (entendimento que abraçamos, do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos). Pensar em sentido contrário seria prestigiar a legislação infraconstitucional, em detrimento da nova visão constitucional, bem como da própria reconstrução principiológica das relações privadas.

Para a corrente majoritária, portanto, além de não ser a intenção do legislador constitucional a manutenção da separação já que não a incluiu no texto da emenda, não existem motivos que justifiquem a manutenção da separação judicial visto que representa limitações à extinção da relação conjugal, aumentando a intervenção do Estado em questões que não deveria interferir por não haver litígio, além de tratar-se de questões de foro íntimo dos casais.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *O Novo Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

Entretanto, parte minoritária da doutrina defendida por escritores como Nemércio Rodrigues Marques¹⁹ e Gilberto Schafer²⁰, afirma que a mudança trazida pela emenda serviu tão somente para extirpar os prazos para a ocorrência do divórcio, sendo facultado aos cônjuges escolher entre a separação judicial procedida do divórcio ou o divórcio sem procedência da separação judicial.

Para essa parte da doutrina, a reforma veio para facilitar a dissolução do patrimônio, deixando de condicionar o divórcio à separação judicial ou de fato, não proibindo, entretanto, a opção dos cônjuges pela separação judicial.

Ainda, segundo esse entendimento, a Lei de Introdução ao Código Civil, prescreve em seu art. 2º, § 1º, que: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Como a mudança trazida pela emenda não expressamente declarou banida a separação judicial e como há compatibilidade entre os regramentos que preveem os institutos da separação judicial e do divórcio, para essa corrente, não há que se falar em extinção da separação judicial.

Nesse sentido, para essa doutrina que defende a permanência da separação judicial, ela deve ser mantida no ordenamento jurídico por não ser incompatível com o regramento infraconstitucional e por ser possível vislumbrar que um casal possa pretender dissolver o vínculo matrimonial, sem colocar fim, definitivamente, ao casamento com o divórcio.

Independente do entendimento adotado, é possível perceber que a mudança trazida pela emenda constitucional reforça o Princípio da Intervenção Mínima do Direito de Família,

¹⁹ MARQUES, Nemércio Rodrigues. *Separação não foi revogada pela PEC dos divórcios*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-01/separacao-procedimento-autonomo-nao-foi-revogada-pec-divorcio>>. Acesso em 17 fev.2012.

²⁰ SCHAFFER, Gilberto. *A separação ainda pode ser utilizada*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar>>. Acesso em 17 fev.2012.

tornando o Brasil um Estado ainda mais avançado nesse aspecto na medida em que extingue os prazos para a obtenção do divórcio e o torna um direito potestativo, não subordinado à critério temporal.

Ainda, se o Princípio da Desarticulação do Afeto já era amplamente aceito e aplicado pelos Tribunais, substituindo o discurso da culpa pelo fim do casamento pelo discurso da responsabilidade e pela responsabilização do sujeito, com a mudança trazida pela emenda esse Princípio ficou ainda mais consagrado.

Outra mudança importante que a emenda constitucional nº66 trouxe ao cotidiano e às relações dos brasileiros diz respeito a Lei nº 11.441 de 2007²¹, que permitiu aos cônjuges que não possuíssem filhos menores e visassem a dissolução da união de maneira consensual, a realização da separação em cartório, sem a obrigatoriedade de passar pelo Judiciário e sem a intervenção do Ministério Público.

E as vantagens do divórcio consensual pela via administrativa, mediante escritura pública, são inegáveis e de fácil constatação na sociedade brasileira, conforme podemos verificar através de notícia²² publicada no *site* “Consultor Jurídico”:

Um ano e meio após ser sancionada pelo presidente Luis Inácio Lula da Silva, a Lei 11.441, que leva aos estabelecimentos notariais e registrais os casos consensuais de divórcio, inventário e partilhas de bens, desde que não envolvam o interesse de menores, já é uma realidade. A nova legislação trouxe agilidade e economia aos paranaenses, facilitando o procedimento: o tempo médio para a execução da escritura pública em cartório é de 15 dias, dependendo do número de bens envolvidos na questão. Os preços também estão mais acessíveis comparados ao procedimento judicial, custando até 90% menos ao bolso do cidadão. Como reflexo disso, o crescimento do volume desses serviços nos cartórios de Curitiba chegou a 40% desde janeiro do ano passado, quando a lei passou a entrar em vigor. O Paraná, um dos primeiros estados brasileiros a se adaptar e realizar o novo procedimento, tem como desafio agora interiorizar essa questão, estimulando o mesmo crescimento registrado nos cartórios da capital nas serventias do interior do estado.

²¹ BRASIL. *Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

²² PINTO, José Augusto Alves. *Paraná quer aumentar número de divórcios em cartório no interior*. Notícia publicada no site Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jun-24/cartorios_pr_buscam_ampliacao_lei_11441>. Acesso em:26 set.2011.

Para isso, a Associação dos Notários e Registradores do Paraná (Anoreg-PR) e institutos membros irão realizar diversos eventos, treinamentos e seminários para discutir a questão a fim de padronizar o atendimento no estado.

Benefícios e vantagens para isso não faltam, com o Brasil seguindo um exemplo já presente em diversos países do mundo e contribuindo para desafogar o Judiciário brasileiro. A nova legislação estimula que as pessoas que estão em conflito solucionem a questão, através de um acordo e por escritura pública, já que a burocracia é bem menor. Ou seja, parte-se do suposto de que as partes, sendo maiores e capazes, têm autonomia e responsabilidade sobre seus atos, não precisando da tutela jurisdicional para homologar a sua vontade.

Antes da Lei 11.441, separações e divórcios só podiam ser realizados por juízes nas Varas de Família e Sucessão e o processo era mais demorado. Uma separação amigável levava em média dois meses. Já com a nova lei, pode ser feita no mesmo dia. Em casos de inventários sem bens envolvidos, o procedimento, que levava meses, passou a ser feito em cinco dias. Em inventários que existem bens, o procedimento é realizado em até 40 dias, contra meses pelo modelo anterior.

Ou seja, além de trazer vantagens à população, a legislação é uma contribuição ao Judiciário brasileiro, que pode concentrar esforços apenas aos casos em que realmente a figura mediadora do juiz se faz necessários, para a resolução de conflitos ou respaldar o direito de menores e incapazes.

Com o advento da emenda e a consequente extinção dos prazos para o divórcio, deixou de ser necessária a separação de fato por um ano para a realização do divórcio em cartório, bastando o consenso das partes para a sua realização com a mesma agilidade em que é feito o casamento civil cartorário.

4. A CONSAGRAÇÃO DO FIM DA CULPA PELO DIVÓRCIO

Outra consequência imediata trazida pela Emenda Constitucional nº 66²³ foi o fim da discussão acerca da culpa pelo término da relação conjugal, reforçando o fim do Poder Estatal como forma de punição pelo fim do casamento e a autonomia e liberdade individual dos cônjuges, consolidando a ideia de que cabe a eles a decisão do início e do fim do relacionamento, sem a intervenção estatal.

²³ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

O revogado Código Civil de 1916²⁴, que serviu perfeitamente à sociedade que o gerou, trazia uma rigidez e hierarquia ao conceito de família que não mais se coaduna com os tempos atuais. Nesse sentido, o revogado código e a Lei do Divórcio traziam a questão da culpa pelo término do casamento, punindo o cônjuge responsável pelo término.

O vigente Código Civil de 2002²⁵ representou uma evolução na transformação jurídica da instituição familiar e na culpa pelo fim da relação conjugal. Nesse aspecto, com o advento do novo código, o Direito de Família perdeu sensivelmente seu caráter repressor e punitivo, na medida em que a culpa pelo fim do casamento foi perdendo as consequências jurídicas que gerava anteriormente.

Antes do advento da emenda constitucional, a separação judicial com base na culpa, deveria preencher os requisitos contidos no artigo 1572 do Código Civil²⁶, ou seja, deveria ficar demonstrado que ocorreu a violação dos deveres conjugais ou que foi praticado algo que tornasse insuportável a vida em comum.

A separação culposa gerava obrigações para o responsável pelo rompimento, razão pela qual não poderia ser utilizada para caracterizar a simples inviabilidade da vida conjugal, pois, para a falência da relação marital existia no código previsão específica, prevista no artigo 1572, parágrafo 1º do CC/02²⁷.

Entretanto, tal busca pelo responsável pelo fim do casamento somente servia para gerar ainda mais litigiosidade desnecessária, visto que nas demandas que envolvem os vínculos afetivos, cada um procura provar a sua verdade, atribuindo ao outro a culpa pelo fim da relação e pretendendo que lhe seja imposta uma punição, quando, a bem da verdade, o que

²⁴ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 24 set,2011.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 set.2011.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

existe, mesmo, é a falta de amor e de vontade de permanecer juntos. Não havendo, na verdade, um culpado pelo divórcio.

Nessas demandas, a busca pelos culpados acabava por tornar ainda mais demorado e doloroso o processo de separação, o que acabava por gerar ainda mais animosidade entre os ex-cônjuges, resultando num maior desgaste emocional e interferindo na criação dos filhos comuns.

Nesse aspecto, a emenda constitucional nº 66 terminou definitivamente com a discussão acerca da culpa pela falência da relação conjugal, acabando, de vez, com qualquer punição gerada pelo término, baseando o fim na vontade das partes, no desamor.

Assim, o casamento passa a ser dissolvido pelo divórcio puramente, o que poderá ocorrer a qualquer tempo, sem motivação explícita e sem lapso temporal para a sua realização.

O fim da culpa e a agilidade trazida pela emenda facilitaram o divórcio e acabaram com litigiosidade gerada na busca pelo culpado, permitindo, inclusive, uma melhor relação entre os ex-cônjuges após a decretação do divórcio, tornando melhor o convívio com os filhos comuns.

Vale ressaltar que, na sociedade atual e graças à modificação constitucional, ninguém mais permanece casado porque a lei assim impõe. Em verdade, as pessoas casadas somente persistem na manutenção do casamento quando um está ligado ao outro afetivamente, sem supervalorizar as regras sociais ou os preconceitos, priorizando, a ligação afetiva que deu origem à relação que permanecerá enquanto os laços afetivos se mantiverem. Atualmente, essa é a regra, sendo exceção a manutenção do matrimônio em razão de valores que não condizem com o afeto.

CONCLUSÃO

A emenda constitucional nº 66 de 2010 acabou com os prazos para o divórcio, tornando mais fácil e rápida a extinção da relação conjugal falida, afastando de vez qualquer imputação de culpa pela falência do relacionamento.

Considerando que a exigência de um processo prévio de separação com prazos e assunções de culpa traduz uma desnecessária e dolorosa repercussão psicológica que é extremamente prejudicial e danosa às partes envolvidas, a nova sistemática do divórcio permite a imediatidade e a plena eficiência aos anseios daqueles que pretendem ver-se livres de uma relação de afetividade falida.

Nesse sentido, a mudança constitucional visa a uma dissolução menos gravosa e burocrática do casamento falido, permitindo que os seus integrantes possam buscar a felicidade ao lado de outras pessoas.

Ao passo que a referida mudança transforma o divórcio em um simples direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, livre da fluência de prazos ou de qualquer outra circunstância que indique a razão da falência da vida em comum, acaba por consagrar o princípio da intervenção mínima do Direito de Família, ressaltando a seara personalíssima em que é inserida a decisão pelo divórcio, reforçando a vedação da penetração do Estado nesse aspecto.

Quanto aos defensores da manutenção do instituto da separação judicial, esses falham por insistirem na tentativa de continuação de relações falidas, imputando ao Estado uma intervenção na esfera íntima dos casais que não mais lhe cabe diante das evoluções sociais, constitucionais e familiares.

O reconhecimento do divórcio desapegado dos valores religiosos e reflexo da sociedade que representa é imperativo ao Estado Brasileiro, em especial devido ao seu sistema jurídico democrático e promotor da dignidade da pessoa humana.

A desjudicialização e a desburocratização do divórcio não devem ser confundidos com a instigação ao descasamento, já que busca, na verdade, colocar fim nas relações falidas, entre pessoas que não mais se amam e que não pretendem mais investir em uma situação irremediável diante do esgotamento da vivência comum.

Inclusive o Supremo já firmou entendimento jurisprudencial pelo fim da separação judicial, cabendo ao Estado interferir apenas nas relações que envolvam filhos menores ou incapazes e naquelas relações em que as partes entram em litígio, não chegando a um acordo acerca dos efeitos jurídicos do término da relação conjugal.

Em verdade, o divórcio deverá ser ministrado como o remédio final para aquelas relações onde não existe mais esperança de reconciliação, devendo os cônjuges, no exercício de um direito potestativo, determinarem esse momento e não o Estado.

A falência afetuosa gera a busca pela felicidade em outros relacionamentos, cabendo ao Estado criar os meios necessários para facilitar e tornar o menos doloroso possível o término da relação conjugal, promovendo a defesa da dignidade da pessoa humana através do novo ordenamento constitucional.

A mudança constitucional, portanto, trouxe aos cônjuges uma maior liberdade, tornando-os ainda mais responsáveis pela criação ou pela extinção do consórcio nupcial, retratando a irrefutável primazia dos preceitos da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima do Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; Rodrigues Junior, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. Código Civil. Em *Vade Mecum atualizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLAÇO, Amadeu. *Novo regime do divórcio*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2009.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Separação, Divórcio e Inventário por Via Administrativa*. 3.ed. São Paulo: Del Rey, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *O Novo Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://robertomarinhoguimaraes.blogspot.com/2010/07/divorcio-alteração-constitucional-e.html>>. Acesso em 26 set.2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

NETO, Inácio de Carvalho. *Separação e divórcio: Teoria e prática*. 10.ed. São Paulo: Juruá, 2009.

PEREIRA, Aurea Pimentel. *Divórcio e separação no novo código civil*. 11.ed. São Paulo: Renovar, 2004.

PINTO, José Augusto Alves. *Paraná quer aumentar número de divórcios em cartório no interior*. Notícia publicada no site “Consultor Jurídico”. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2008-jun-24/cartorios_pr_buscam_ampliacao_lei_11441>. Acesso em: 26 set.2011.

RODRIGUES, Luiz José. *O Novo Divórcio Conforme a recente Emenda Constitucional 66/10*. São Paulo: Imperium, 2011.

SOUSA, Caren Becker de. *A culpa na separação e no divórcio*. São Paulo: Mandamentos, 2006.