

UM ANO DA E.C. Nº 66/10 E CELERIDADE DO DIVÓRCIO

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Nacional de La Plata, Argentina.

Especialista em Direito Privado e em Direito Público.

Professora de Direito Civil na UNIG, Campus V – Itaperuna e Doctum – Carangola.

Professora do Curso de Medicina na UNIG – Itaperuna.

Membro do corpo editorial da revista eletrônica Conexão Acadêmica.

Advogada OAB/RJ nº 134442. Contato: hildeboechat@gmail.com

RESUMO

Com todas as evoluções ocorridas no direito ao longo dos tempos, o Direito de Família, com certeza, foi o que passou por maiores e mais profundas transformações. O casamento, sempre gozando de primazia no revogado código civil, passa, a partir da vigente Constituição Federal, de instituição com fim em si mesma e protegida pelo Estado nessa qualidade, a ampliar o conceito de família e imprimir efetividade ao princípio da afetividade. Nessa esteira, o presente artigo visa despertar a comunidade acadêmica para o fato de que a falência da afetividade, acarreta a consequente decisão pelo fim do casamento: divorciar-se. Mormente em um momento histórico em que a autonomia da vontade se reveste de tão grande importância, não só como direito da personalidade, como a relevância do princípio da afetividade na atual perspectiva do “Direito das Famílias”. Objetiva-se ainda salientar que, em sintonia com tantas evoluções deste novo milênio, a emenda constitucional nº 66/2010 atendeu de forma mais célere e efetiva a decisão de se concretizar o divórcio, extinguindo os prazos e suprimindo a necessidade de prévia separação judicial, principalmente para os casos em que a lei faculta realizá-lo pela via extrajudicial.

Palavras-chave: divórcio; autonomia da vontade; dignidade da pessoa humana.

RESUMEN

Con toda la evolución ocurrida en el derecho a lo largo del tiempo, el Derecho de Familia, por supuesto, fue el que pasó por mayores y más profundos cambios. El matrimonio, siempre gozando de primacía en el antiguo código civil pasa, a partir de la vigente Constitución Federal, de institución con fin en si misma y protegida por el Estado, en esa calidad, a ampliar el concepto de familia e imprimir efectividad al principio de la afectividad. En esa tabla, se visa despertar el interés de la comunidad académica para la falencia de la afectividad y la consecuente decisión por el fin del matrimonio: divorciarse. Principalmente en un momento histórico en que la autonomía de la voluntad se reviste de tan gran importancia, no solamente como derecho de la personalidad, sino como pela relevancia del principio de la afectividad en la actual perspectiva del “Derecho de las Familias”. Se objetiva aún realzar que con los cambios del nuevo milenio, la emenda constitucional nº 66/2010 atendió de forma más célere y efectiva la decisión de concretizarse el divorcio, extinguendo los plazos y suprimiendo la necesidad de previa separación judicial, principalmente nos casos en que la ley faculta realizarlo por el procedimiento extrajudicial.

Palabras-llave: divorcio; autonomía de la voluntad; dignidad de la persona humana.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A FAMÍLIA PÓS-CONSTITUCIONAL, O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE. 2.1 Breve histórico e evolução da família no Brasil; 2.2 Concepção de casamento no Brasil; 2.3 A afetividade como aspecto caracterizador de relações familiares. 3 A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. 3.1 Lineamentos históricos do divórcio no Brasil; 3.2 O atual divórcio, a prevalência da autonomia da vontade e o conseqüente fim da discussão de culpa. 4 A EMENDA CONSTITUCIONAL E AS ALTERAÇÕES NO DIVÓRCIO. 4.1 Extinção dos prazos; 4.2 Extinção do instituto da separação judicial; 4.3 A celeridade da lavratura da escritura pública do divórcio de acordo com a Lei nº 11442/07. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Assim como evoluiu a sociedade, a família e os institutos que lhe dizem respeito, não faria sentido se manter o divórcio nos padrões em que estabelecia o ordenamento jurídico: decorrido um ano do casamento, após prévia separação judicial (mais um ano para o divórcio-conversão) ou dois anos contados a partir da separação de fato (divórcio direto). Era preciso atualizar o instituto a fim de que se atendessem aos anseios daqueles que desejam se divorciar, cuja relação na vida em comum se tornara insuportável.

O novo divórcio pode ser requerido e obtido no mesmo dia, sem que seja necessário ajuizar uma ação, discutir culpa, aguardar cumprimento de prazos, sequer esperar a partilha dos bens do casal, que pode ser realizada em momento posterior – o que, aliás, antes já era permitido.

Essa celeridade que se imprime ao Divórcio, permitindo que as pessoas que desejam *descasar* foi amplamente criticada pela doutrina conservadora, ao argumento de que a facilitação do divórcio põe em risco o casamento e a estabilidade da família. Argumentos que foram sustentados desde antes da Lei 6.015/77, que disciplinou o Divórcio no Brasil. Segundo Pereira (IBDFAM, 2010a): “A realidade, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciam, não houve uma ‘avalanche’ de divórcios, e as famílias não se desestruturaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem casadas.”

É bem verdade que aqueles que desejam se divorciar se encontram seguros de sua decisão, já se sentem maduros para fazê-lo, além disso, sustentam alguns doutrinadores como Pereira (IBDFAM, 2010a), que a família não acabou, não se desestabilizou – não em razão do divórcio – apenas mudou sua constituição e maneira de ser. A partir do Divórcio existem as chamadas famílias binucleares (o filho possui dois ascendentes que juntos detém o poder familiar, cada um em sua residência, por isso, dois núcleos, assistindo-o, em alguns casos, até mais do que quando conviviam sob o mesmo teto).

Essas novas manifestações de família, ‘novos arranjos familiares’ continuam a ser protegidos pelo Estado, como assinala Cristiano Chaves de Farias, não mais com um fim em si, enquanto instituição, mas com o objetivo de proteger individualmente as pessoas que compõem essas novas famílias, para que estas sejam instrumentos de promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, como “centro para a implementação de projetos de felicidade pessoal e para a concretização do amor” (FARIAS, 2007, p. 14).

O que se questiona é o porquê da vontade do Estado ter prevalecido até nossos dias, *obligando* as pessoas a permanecerem casadas, quer por cumprimento de prazos, quer por outros motivos, desrespeitando a vontade daqueles que, embora tenham empreendido esforços para serem felizes juntos, chegaram ao fim de uma relação em que já não mais existe afetividade. Injustificada ainda a obrigatoriedade da participação do Judiciário para o efetivo desfazimento de um vínculo estabelecido entre particulares, mediante livre manifestação de vontade dos cônjuges, como é o casamento.

Importante salientar que se esperava uma avalanche de divórcios extrajudiciais a partir do advento da EC nº 66, o que parece não ter ocorrido, embora, se tenha observado *quantum* mais significativo, pelo menos nos cartórios notariais desta região, Itaperuna e demais municípios que compõem o 10º NUR (Núcleo Regional da Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro), segundo pesquisa de campo realizada pelos alunos do Curso Jurídico.

São esses os principais aspectos que se objetiva analisar no presente artigo, realçando que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não somente se propôs a atender aos anseios de uma sociedade em transformação, em pleno movimento, mas e, principalmente, prestigiar a autonomia existencial das pessoas, a vontade de não mais estar se ver *preso* a um vínculo falido, em uma era em que o direito não pode mais

deixar de enxergar as pessoas individualmente, respeitando sua vontade, suas decisões, sua faculdade de autodeterminação. É o que se pretende discutir no presente artigo, além de analisar se no seu primeiro ano apresentou um notável crescimento pela procura do “novo divórcio”.

2 A FAMÍLIA PÓS-CONSTITUCIONAL, O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE

Em sua origem, segundo Farias e Rosenvald (2008, p. 8), a família não tinha significado idealístico, mas patrimonial. Mudou significativamente, assumindo uma concepção múltipla, plural, podendo referir-se a um ou vários indivíduos, ligados por vínculo biológico ou socioafetivos, com intenção de estabelecer o desenvolvimento da personalidade de cada um, assumindo diferentes funções, conforme os valores, tempo e lugar da sociedade em que se desenvolve. É um núcleo transmissor de costumes e experiências que passam de uma geração à outra.

Prosseguem os referidos autores (FARIAS; ROSENVALD; 2010, p.9), a família vai se transformando e assumindo novos contornos, se amoldando aos valores de tempo e espaço. A bússola passa a ser a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a erradicação da pobreza e a igualdade substancial (FARIAS; ROSENVALD: 2010, p. 10).

Essa igualdade substancial, tão almejada e tão pouco efetiva, seja nas relações familiares, seja em outras relações jurídicas, deve ser buscada a fim de atender cada membro da família, em todos os seus aspectos, fazendo com que cada um se sinta um ser amado e respeitado, promovendo o crescimento individual e coletivo das pessoas que compõem um núcleo familiar.

2.1 Breve histórico e evolução da família no Brasil

O Direito de Família tem sofrido inúmeras transformações através dos tempos. Desde a Antigüidade até nossos dias, vem-se modificando, evoluindo, traçando novos contornos. Leciona Venosa (2007, 7ed, p. 2) que “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos”.

O conceito de família no Brasil, sempre esteve diretamente ligado ao de casamento, somente se reconhecendo como legítima a família originada do matrimônio.

Surgiu o casamento, principalmente com a função de se demarcar o direito sucessório, para se saber quem são os herdeiros. Destacam-se três momentos importantes da evolução do Direito de Família: antes da CF/88, logo após a CF e o atual cenário bem mais democrático.

Em meados do século passado, sob a égide do CC de 1916, assinalam Farias e Rosenvald (2008, p. 9), a família era agrícola, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e matrimonializada. O pai era o chefe da família, que por sua vez era essencialmente patrimonialista, reconhecendo-se como legítima exclusivamente a família “casamentária”. Os filhos de outra origem não eram reconhecidos como tais, não possuindo direitos à filiação, muito menos, à sucessão quanto aos bens.

A partir da Constituição, reconhece-se como entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, além do casamento, a união estável e a família monoparental.

Em tempos atuais, a família contemporânea possui novos contornos, seguindo a principiologia constitucional que prioriza a dignidade da pessoa humana, em que o casamento e a família dele decorrente continuam sendo privilegiados pelo ordenamento jurídico, porém, é possível se evidenciar que o formalismo vem cedendo espaço aos laços afetivos. Segundo Farias e Rosenvald (2008, p. 9),

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, constitucionalizada, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.

E prosseguem os autores (FARIAS; ROSENVALD; 2010, p. 11):

O espaço da família, na ordem jurídica, se justifica como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. Não há mais proteção à família, pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescindível da pessoa humana!

Tem-se agora uma família plural, sendo legítimos outros arranjos familiares além dos decorrentes do casamento. Assim sendo, a proteção passa a ser deferida ao núcleo familiar através da tutela da própria pessoa humana, afirmam Farias e Rosenvald (2008, p. 10) sendo inconstitucional qualquer violação da dignidade do homem, sob pretexto de garantir proteção à família.

Os doutrinadores mais conservadores, embora admitam os revolucionários avanços constitucionais no campo da Família não comentam o pluralismo do atual

Direito de Família como rol aberto estatuído na CF, porém, Dias (2008, p. 38), Farias; Rosenvald (2010, p. 39-40), Gama (2008b, p. 138) e Lôbo (artigo, p. 2 de 12), asseveram se tratar de rol meramente exemplificativo, sendo possível a inserção de novos e atuais modelos de família existentes.

Com toda razão, pois os modelos familiares não se restringem àqueles que o texto constitucional previu em 1988: o casamento, a união estável e a família monoparental, sendo certo, que, conforme analisa Lôbo (artigo, p. 2 e 3), há vários tipos de entidades familiares além do rol estabelecido pelo 226 da CF, que teria sido exemplificativo. Resumindo, elenca as seguintes entidades além das estabelecidas no texto da Lei Maior: par andrógino, sob casamento, com filhos biológicos e/ou adotivos; união estável, com filhos biológicos e/ou adotivos; grupo de irmãos, após falecimento dos pais; pessoas sem laços de parentesco, convivendo em caráter permanente, sob laços de afetividade e ajuda mútua, com finalidade sexual ou econômica; uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; uniões concubinárias com ou sem filhos; comunidade afetiva com “filhos de criação”, sem laços de filiação natural ou adoção regular (generosa e solidária tradição brasileira).

Enfim, vislumbram-se diferentes modalidades de família que merecem proteção e especial tutela para cada um de seus membros, em cumprimento ao princípio da afetividade, decorrente da autonomia da vontade, que reside no princípio da Dignidade Humana.

2.2 Concepção de casamento no Brasil

O casamento, sempre marcado por muitas solenidades e cercado de muitas cautelas legais, sempre foi privilegiado pelo ordenamento jurídico e continua a sê-lo no vigente Código Civil, que dedica ao instituto grande parte do Livro de Família.

Segundo Rodrigues (apud VENOSA: 2007, p.25)

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher; de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

União de conformidade com a lei é união legal entre homem e mulher, quer dizer, celebrada com a observância das formalidades legais, capaz de criar um vínculo jurídico, com o objetivo de auxílio material e espiritual, para que haja a constituição da

família. Antes na definição havia as expressões ‘legítima’ e ‘indissolúvel’. Hoje, não mais. Outra expressão comum no conceito era “legitimação das relações sexuais do casal”, também desaparecendo dos conceitos modernos.

União entre ‘homem e mulher’, significa dizer que a união entre pessoas do mesmo sexo ainda não é disciplinada por lei, nem se pode chamar de casamento, embora a doutrina e o próprio os tribunais reconheçam as uniões homoafetivas como entidades familiares, mais que isso, conferindo agora *status* de união estável.

O vigente Código Civil afirma que pelo casamento estabelece-se a comunhão plena de vida e trouxe expresso o princípio da igualdade entre os cônjuges, insculpido no art. 1.511, seguindo a linha do texto constitucional, cabendo-lhes a administração conjunta do lar, em colaboração.

Consagrou ainda, a proibição da interferência de terceiro na comunhão de vida instituída pela família, conforme dispõe o art. 1513, o que afasta a ingerência não só dos parentes e amigos, como também do Estado, nas questões atinentes aos cônjuges e à sua dinâmica familiar.

Sobre a natureza jurídica do casamento, dividia a opinião da doutrina entre contratualista e institucionalista. Atualmente, entende-se que seja um negócio jurídico *sui generis*, conforme comentário de Farias e Rosenvald (2007, p. 99 e 100), uma vez que a partir da Lei nº 11.441/07, que passou a permitir a dissolução do casamento por consentimento mútuo, via administrativa, tal discussão encontra-se superada:

Parece-nos, via de conseqüência, que a possibilidade de dissolução consensual do casamento em cartório veio a tornar despiciendas as discussões, eis que o ordenamento jurídico brasileiro, de certo modo, termina confirmando que a formação e a extinção do casamento dependem fundamentalmente da vontade das partes, o que é sinal indicativo de sua natureza negocial.

No mesmo sentido, observa Dias (2008, p. 141): “[...] talvez, a idéia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado”.

Assim, o casamento na atual perspectiva da lei e da doutrina segue a autonomia da vontade dos cônjuges, que decidiram se casar, e em igualdade de condições, administrarem o lar e dividirem a responsabilidade quanto aos filhos comuns, exercendo conjuntamente o poder familiar.

2.3 A afetividade como aspecto caracterizador de relações familiares

A base do casamento hoje é a afetividade, não se admitindo a possibilidade do vínculo não ser construído sobre os laços afetivos e amor. Por esta linha de intelecção, todas as manifestações familiares são baseadas no princípio da afetividade, indispensável à salutar convivência familiar, que exige a solidariedade. No mesmo sentido, vale colacionar um fragmento de artigo desta autora:

Nessa esteira, a solidariedade se constitui indispensável característica do grupo que estabelece laços afetivos, divide um espaço físico e suas experiências emocionais, muitas vezes, compartilhando alegrias e vitórias, por outras, dores e insucessos, cujo objetivo maior é atender reciprocamente às necessidades e garantir o direito à dignidade de cada um de seus membros (BOECHAT CABRAL, 2009, portal IBDFAM).

Farias (2007, p. 14) enfatiza o caráter instrumental da família, que agora deve ser vista como instrumento através do qual se viabiliza a realização da personalidade humana, meio através do qual a pessoa desenvolve suas potencialidades. Numa visão humanística da família, faz uma abordagem em que escreve: “a Família enquanto LAR – Lugar de Afeto e Respeito” (FARIAS, 2007, p. 13). Eis o papel da família deste novo milênio: ser a base emocional, ambiente através do qual as pessoas desenvolvem suas potencialidades, crescem como seres humanos, ‘como gente’, em busca de felicidade e realização pessoal.

3 A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Quando a relação conjugal já se encontra falida, sem condições de seguirem juntos e ambos os cônjuges o reconhecem, chegam ao consenso de que não vale mais a pena prosseguirem em um relacionamento que somente irá desgastar, então, decidem pelo fim do casamento. Se a afetividade já não existe, se já ausentes a solidariedade e a cumplicidade próprias do relacionamento conjugal, e, não havendo possibilidade de reconstrução, tem lugar o divórcio, que, além da morte, é o único meio através do qual se pode pôr fim ao casamento válido e fazer cessar o vínculo conjugal em todos os seus efeitos.

Ao contrário do que se pensa, nem sempre o casamento termina em razão de traição. Não raro, acontece um desgaste de uma ou de ambas as partes, culminando com a falência do relacionamento. Cogitar-se em culpa de apenas um dos cônjuges, é fato que já não mais importa perquirir, uma vez que a insuportabilidade da vida em comum

autorizava o divórcio, antes mesmo da referida emenda. Aliás, a discussão de culpa, como se verá adiante, não tem lugar no que tange ao novo divórcio.

Os antigos institutos do desquite e da separação judicial punham fim à sociedade conjugal, ao regime de bens e à convivência *more uxorio*, porém, não rompia definitivamente o vínculo conjugal, o que somente ocorre com o divórcio.

Segundo Pereira (2010a), se o cônjuge separado judicialmente falece, o estado civil do supérstite é viúvo; porém se divorciado, continua sendo divorciado. Se divorciados pretendem reatar, terão que fazer novo procedimento de habilitação, como se estivessem se casando pela primeira vez; enquanto os separados judicialmente podiam restabelecer o antigo estado civil por meio de uma simples petição ao juiz, conforme dicção do artigo 1.577 do Código Civil ou mediante reconciliação por escritura pública pelo procedimento da Lei nº 11441/07. Agora o estágio intermediário já não mais existe, se alguém não mais deseja estar casado, deverá se divorciar.

3.1 Lineamentos históricos do divórcio no Brasil

Desde o Brasil Colonial, perpassando pela proclamação da República e até recente momento histórico, a Igreja sempre ditou as normas referentes ao casamento, que era apenas religioso, sendo que o civil surge apenas após a proclamação da República. Instituiu a Igreja o casamento como sacramento, dando-lhe cunho de instituição, que devia ser protegida e resguardada. O revogado Código Civil reforçou o conceito de família matrimonializada, institucionalizada, patrimonializada, patriarcal e hierarquizada. Segundo Dias, “a idéia de família sempre esteve ligada à de casamento” (2008, p.268). A indissolubilidade do casamento criava uma blindagem que protegia a família como instituição, porém não a assistia na individualidade de seus membros. Alguns doutrinadores salientam que o vínculo era indissolúvel com o objetivo de proteger o patrimônio – a fim de que se somassem fortunas e não se dividissem os bens.

Nesse cenário, a dissolução do matrimônio no Brasil é marcada por lentas e progressivas alterações que vêm ocorrendo desde o chamado desquite – que a exemplo da separação judicial – punha fim ao regime de bens, sem contudo romper definitivamente o vínculo conjugal. O divórcio entrou para o ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 5 e regulamentada pela Lei 6515/77, o que representou uma grande evolução para a sociedade da época, porém ainda não atendia certas necessidades reais de vida, uma vez que estabelecia prazos, muitas das vezes, não

cumpridos por aqueles que desejavam se divorciar. Segundo Pereira (2010b, p.7), “foi necessário fazer algumas concessões, e o divórcio foi dificultado ao máximo.” A pessoa somente podia se divorciar uma única vez; o desquite se transformou em separação judicial; o divórcio somente era concedido mediante comprovação de 3 anos de separação judicial ou 5 de separação de fato (PEREIRA; 2010b, p. 7).

O que a sociedade esperava, já naquela época, era terminar com o desquite, instituindo o divórcio, sem que houvesse um estágio intermediário. Porém, mediante atuação da Igreja, foi criada a separação judicial, a fim de que os cônjuges tivessem um período de reflexão, um tempo para pensar se de fato queriam se divorciar. Desse modo, as mulheres católicas podiam se separar, mas não se divorciar. Essa intervenção da Igreja nas questões atinentes ao casamento continuou a existir até que progressivamente, se dissociou o Estado da Religião.

Somente em 1989, com a lei 7.841, que revogou o art. 38 da 6.515, passou-se a admitir divórcios sucessivos (PEREIRA, 2010b, p. 10), o que representou mais um avanço. Até essa data, se uma mulher se casasse com um homem divorciado, não teria direito a um eventual divórcio, uma vez que ele já se divorciara uma vez. Até aqui, a separação e o divórcio eram sempre judiciais, pois a legislação exigia que houvesse uma tentativa de conciliação, realizada através do Estado-juiz, a fim de impedir o rompimento do casamento. Se os casais judicialmente separados decidissem retomar a vida conjugal, bastava declará-lo e o juiz restabelecia a união, porque a separação era um estágio intermediário que não rompia o vínculo. A partir da Constituição de 1988, os prazos foram reduzidos para 2 anos de separação de fato ou 1 ano de separação judicial para se conseguir o divórcio.

Em 2007, com o advento da lei 11.441, passa o ordenamento jurídico a admitir a separação judicial e o divórcio por escritura pública, realizado diretamente no Cartório Notarial, desde que cumpridos certos requisitos legais, sem interferência do Judiciário, sendo este o primeiro grande passo rumo ao cumprimento da autonomia da vontade daquele que deseja se divorciar, afastando uma atuação injustificada do Estado-juiz nas relações privadas. Afinal, as pessoas já não admitiam que para ‘descasar’ precisassem da atuação do Judiciário.

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 66, promulgada em 13/07/2010, estabeleceu que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, suprimindo a necessidade de prévia separação judicial, uma vez que a expressão desapareceu do texto

constitucional. Conclui a doutrina que a separação judicial, uma vez inexistente na Constituição, não mais subsiste no mundo jurídico.

3.2 O atual divórcio, a prevalência da autonomia da vontade e o conseqüente fim da discussão de culpa

O princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente elevado a valor fundamental do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2007, p. 155, 156), coloca o homem e sua dignidade como princípio informador de que toda conduta no estado democrático de direito deve proteger os direitos inerentes à personalidade humana.

A sociedade contemporânea constata que a autonomia da vontade, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se sobrepõe ao interesse estatal em manter os vínculos de casamento em que a afetividade não é mais a causa de estarem juntos.

Reconhece-se, que, afinal ninguém é obrigado a estar atado a uma relação em que já não mais há amor. Ensinam Farias e Rosenvald (2007, 276) que “[...] fracassada a cumplicidade almejada, com a vida em comum, resta reconhecer o direito de ambos os cônjuges – mesmo do eventual responsável pela ruptura – de promover a dissolução matrimonial”.

Significa dizer que ainda que seja possível se encontrar um ‘responsável’ pelo fim do casamento, não se fala mais em culpa para se concretizar o divórcio. Nesse caso, em havendo responsabilidade civil, o que exige a comprovação dos pressupostos da obrigação de reparar o dano – conduta ilícita, dano, nexo de causalidade e culpa, poderá ser movida a ação própria, independentemente do divórcio.

Nessa esteira, se a afetividade é que deve permear o casamento, a constituição e a manutenção desse vínculo, quando esta cessa, dificilmente é possível se indicar um culpado. Mais difícil ainda é fazer com que o Judiciário descubra “de quem é a culpa”. Nesse sentido, o importante não é se perquirir culpa, encontrar um culpado, porém se conceber a percepção de que houve a falência do relacionamento, sendo a insuportabilidade da vida em comum (artigo 1572 do Código Civil), motivo bastante e suficiente a autorizar o divórcio, até porque a questão de haver um “culpado” já não mais acarreta os prejuízos de antes.

No mesmo sentido já determinava o Enunciado do Conselho de Justiça Federal nº 100: “na separação, recomenda-se a apreciação objetiva de fatos que tornem evidente

a impossibilidade da vida em comum”. Se na então “separação” já não se perquiria mais culpa, bastando a constatação de fatos capazes de inviabilizar a convivência no lar, quanto mais no divórcio, que até bem pouco tempo a grande maioria dos casais já se encontrava separado de fato. Assim, principalmente na atual conjuntura em que a pessoa decide não mais estar casado, despidendo se faz a análise de culpa, uma vez que a vontade de se romper o vínculo, por si só, será elemento suficiente para autorizar o divórcio.

Farias vai mais além, ao comentar que “não há, seguramente, um único responsável pelo fracasso do amor” (FARIAS, 2007, p. 59), asseverando que discutir culpa é até mesmo inconstitucional por permitir que valores como intimidade, solidariedade social, igualdade substancial sejam “vilipendiados por força de norma infraconstitucional” (FARIAS, 2007, p. 59).

Sem a afetividade não é possível se esperar a manutenção do vínculo, pelo simples fato de que a autonomia da vontade permite ao ser humano a autodeterminação, o direito de escolher o seu futuro, o que melhor lhe convém, o que estará em plena sintonia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

4 A EMENDA CONSTITUCIONAL E AS ALTERAÇÕES NO DIVÓRCIO

As principais modificações no divórcio dizem respeito aos prazos e à desnecessidade de prévia separação judicial.

Não há mais prazos, podendo os cônjuges se divorciar independentemente do tempo de casamento ou de haver transcorrido qualquer prazo.

Há que se assinalar que independentemente dos efeitos da emenda, os casais que possuem filhos incapazes não podem se divorciar pelo procedimento administrativo, porque a Lei 11.441/07 veda a realização do divórcio por escritura pública, em havendo interesse de incapazes, fato injustificável, como se verá em seguida. Quanto à incapacidade de um dos cônjuges, é evidente que deverá a dissolução do casamento ocorrer por via judicial, com a participação do Ministério Público e do Estado-juiz.

Essa vedação não deveria ser aplicada como requisito à lavratura da escritura pública de divórcio, simplesmente da existência de filhos incapazes. Tal fato se mostra injustificável, inclusive, essa disposição foi severamente criticada pela boa doutrina,

como por exemplo, Farias; Rosenvald (2007, p. 142), ao argumento de que o casal com prole comum incapaz poderá se valer da escritura pública para dissolver o casamento, desde que “o pacto ajustado não verse sobre o interesse dos filhos, que são indisponíveis”. Havendo outros instrumentos capazes de proteger o interesse dos filhos incapazes, não é razoável que se restrinja o divórcio dos pais por via administrativa.

Importante salientar que a questão dos alimentos pactuados destinados aos filhos menores não criam óbice ao procedimento administrativo, uma vez que a lei específica de alimentos, no seu artigo 14, autoriza a execução judicial título advindo de acordo.

Interessante que se imaginou que com o advento da EC nº 66/2010, o número de divórcios extrajudiciais seria expressivamente maior, já que o procedimento oferece celeridade e os requisitos são de fácil cumprimento e as pessoas viviam se queixando da obrigatoriedade de se permanecer casado em razão dos prazos. Mas isso não ocorreu, pelo menos nos municípios do Noroeste Fluminense¹, o que surpreende bastante. Já nos municípios vizinhos pertencentes ao Estado de Minas Gerais, ocorreu um aumento tão significativo quanto se esperava. Alguns municípios duplicaram o número de divórcios extrajudiciais no último ano. Alguns titulares de cartório atribuem ao fato da tímida procura por este procedimento à falta de informação a respeito da validade do procedimento extrajudicial; outros, por questões da partilha dos bens, que pensam ser mais segura por via judicial; e ainda, por óbices como a existência de prole incapaz (o que não deveria inviabilizar, como já se assinalou), ou falta de algum outro requisito legal.

Nas Varas de Família em que tramitam processos nos quais se requerem separação judicial, os magistrados responsáveis, quase unanimemente, determinaram a intimação das partes, assinalando prazo para alteração do pedido para requerimento de divórcio².

4.1 Extinção dos prazos

¹ Pesquisa de campo realizada nos cartórios notariais e de registro da região, compreendida pelo 10º NUR (Núcleo da Corregedoria Geral de Justiça/ TJRJ), e ainda alguns dos municípios do Estado de Minas Gerais que compreendem a microrregião de Carangola, cuja culminância se deu através de Seminário Integrador, em que os alunos do 9º Período apresentaram a tabulação de dados com pequeno nº de divórcios realizados extrajudicialmente a partir do advento da EC 66. A justificativa indicada pelos titulares é ainda a falta de informação e a existência de prole incapaz.

² Pesquisa de campo indicada no item anterior.

O novo divórcio prescinde de prazos, de prévia separação judicial e pode ser realizado por procedimento extrajudicial, independentemente da participação do Judiciário.

Na prática, o que muda é a celeridade. Hoje é possível, pelo procedimento extrajudicial, casar-se em um dia e divorciar-se no dia seguinte, sem óbices quanto a lapsos temporais e sem o impedimento de contrair novas núpcias. E tornar a se divorciar, quantas vezes o desejar, inobstante críticas das pessoas conservadoras que continuam a apregoar que o casamento deve ser mantido, independentemente da vontade dos cônjuges.

4.2 Extinção do instituto da separação judicial

Inobstante muitas críticas que incluem a idéia de que retirar o “tempo de reflexão”, promove a “banalização” do casamento e da família, a Emenda Constitucional entra em vigor e o casamento passa a poder ser dissolvido sem a observância de prazos, o que faz muita diferença para quem deseja contrair novas núpcias ou mesmo para quem decide se desvincular definitivamente de alguém a quem já não mais ama.

Se a Emenda Constitucional não fala em separação judicial, claro está que o instituto não existe mais e que todos os artigos do Código Civil e demais leis estarão tacitamente revogados, respeitando-se, porém, as situações anteriores à Emenda. A outra conclusão não se pode chegar, segundo Pereira, Dias e outros membros do IBDFAM.

Segundo Pereira (artigo IBDFAM, 2010a) “um dos maiores juristas brasileiros, o alagoano Paulo Luiz Netto Lôbo, mesmo antes da aprovação da referida Emenda Constitucional, já era enfático quanto à insustentabilidade dessa duplicidade de tratamento legal”. Continua Pereira, o que Farias e Rosenthal (2009, p. 321), no mesmo sentido, também já criticavam antes da EC o sistema binário de dissolução do casamento, exemplificando com os que adotam apenas o divórcio, como Áustria, Grã Bretanha e Alemanha.

“Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional”, assinala Pereira (artigo IBDFAM, 2010a). Nessa esteira, diz o autor, que ficam automaticamente revogados os artigos 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578 do Código Civil. Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, os artigos da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e da Lei nº 11.441/2007 (Divórcio por Escritura Pública), bem como os artigos adiante mencionados deverão ser lidos

desconsiderando-se a expressão “separação judicial”, à exceção daqueles que já detinham este estado civil anteriormente à EC nº 66/2010, mantendo seus efeitos para os demais aspectos: 10, I, 25, 27, I, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.683, 1.775 e 1.831.

Vê-se que muitos artigos do Código Civil restaram prejudicados em face da EC 66, sendo necessária uma interpretação conforme a nova situação fática que a referida Emenda impõe, o que demonstra a necessidade de disposições atuais, o que se vem promovendo através do Projeto de Lei que dará origem ao Estatuto das Famílias, que tramita no Congresso Nacional.

4.3 A celeridade da lavratura da escritura pública do divórcio de acordo com a Lei nº 11442/07

O novo divórcio pode ser realizado diretamente no Cartório Notarial, conforme disciplina da Lei nº 11.441/07, uma vez atendidos os requisitos legais do consensualismo entre as partes, inexistência de filhos incapazes, presença de advogado e forma pública materializada na escritura. São esses os obstáculos a serem vencidos para o divórcio extrajudicial, de acordo com a normatização do Art. 1.124-A do Código de Processo Civil (CASSETARI, 2007, p. 22). Os cônjuges comparecem perante o tabelião, acompanhados por advogado e realizam o divórcio de forma simples, direta e sem intervenção do Estado-juiz.

Quanto à partilha de bens, a doutrina se divide se no procedimento administrativo pode ser realizada em momento posterior. Pela Lei nº 6.515/77 não era possível decretar o divórcio sem efetivar a partilha dos bens, o que foi alterado pelo vigente código civil, segundo a dicção do artigo 1.581 e a Súmula 197 do STJ que autoriza partilhar os bens após o divórcio. Por este motivo, alguns doutrinadores afirmam não haver óbice também no divórcio por escritura pública (FARIAS apud CARVALHO, 2010, p. 107), embora seja esta requisito estabelecido pela Lei nº 11.441/07. Em sentido contrário, Lôbo (apud CARVALHO, 2010, p. 107) argumenta que a lei determina a inclusão da partilha na escritura pública, uma vez que a via administrativa pressupõe acordo sobre todas as situações decorrentes do divórcio, não admitindo pendências.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta claro que o instituto do divórcio deve estar em plena conformidade com a autodeterminação da pessoa, que lhe confere o direito a

decidir seu próprio futuro. Ademais, não é possível que seja mantido um relacionamento em que não mais haja afetividade. Assim, a outra conclusão não se pode chegar que somente a vontade e a decisão do casal podem determinar o rompimento do vínculo pelo divórcio.

Era mesmo necessário que fosse lançada por terra a indesejável ingerência estatal na vontade das pessoas, havendo uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, que alguém estivesse *obrigado* a permanecer casado, aguardando o transcurso de dois anos para obtenção de uma *licença* para efetivar a dissolução de um vínculo matrimonial inviável, somente podendo, então, contrair novas núpcias.

Cabe salientar que o aumento significativo de divórcios extrajudiciais esperados para após o advento da EC nº 66, não ocorreu, pelo menos nos cartórios notariais desta região – Itaperuna e demais municípios que compõem o 10º NUR –, segundo pesquisa de campo já comentada realizada pelos alunos do Curso Jurídico.

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010, sem dúvida alguma, vem responder aos anseios da sociedade, principalmente no que tange aos prazos, que há muito se mostravam injustificáveis e contrários ao interesse das pessoas que decidem se desvincular de um relacionamento que não mais desejam, que não atende às expectativas enquanto pessoa humana e nem ao principal elemento propulsor do casamento que ainda é a afetividade.

Necessário, por derradeiro, realçar a importância, a segurança e a celeridade do procedimento administrativo, ainda pouco utilizado e que apresenta uma série de vantagens, através do qual duas pessoas unidas por um vínculo já injustificado, falido, podem obter o divórcio no instante em que o desejarem.

REFERÊNCIAS

BOECHAT CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. *A afetividade como fundamento na parentalidade responsável*. Artigo. Portal do IBDFAM, acesso em 05/04/11. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=566>.

CARVALHO, Dimas Messias. *Divórcio – judicial e administrativo*. Belo Horizonte: 2010, 118 p.

CASSETARI, Cristiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública – teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2007, 124p.

DIAS, Maria Brenice. *Divórcio já – comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: 2010, 207 p.

_____. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 4ed, 608 p.

FARIAS, Cristiano Caves. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 237p.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 945p.

_____. *O novo procedimento da separação e do divórcio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 229p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008a.

_____. *Princípios Constitucionais do Direito de Família*. Atlas. São Paulo, 2008b.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Artigo *Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. www.jus2.uol.com.br. Acesso em 30/12/10, 20h03min, p. 2 de 12.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*; 2010a, 20/07/2010, disponível em www.ibdfam.org.br, acesso em 12/12/2010.

_____. *Divórcio – teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010b, 337 p.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito civil Constitucional*. São Paulo: Renovar. 3ed, 2007, p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – direito de família*. São Paulo: Atlas, 7ed, 2007, 459 p.