



Dra. Emanuela Pompa Lapa – “Análise Sistêmica da Separação e do Divórcio Após a Emenda Constitucional 66/2010”

Civil e Comercial
DIREITO DE FAMÍLIA

Introdução

A família brasileira sofreu profundas modificações nas últimas décadas, seja em sua natureza, seja em sua composição ou concepção.

De fato, é inquestionável que a família tem passado por um período de acentuada evolução, com diversos modos de constituir-se, longe dos paradigmas antigos marcados pelo patriarcalismo e pela exclusividade do casamento como forma de sua constituição.

A legislação, por sua vez, tem o dever de acompanhar essas transformações sociais, contribuindo para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e a preservação máxima dos princípios constitucionais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante deste contexto, mais do que nunca se torna necessária a análise dos conflitos particulares sob a ótica dos direitos fundamentais e a interpretação sistemática com base nesses princípios.

O divórcio tornou-se possível no Brasil após edição da Emenda Constitucional (EC) n. 9/77, seguindo-se-lhe da Lei nº 6.515/77, conhecida como a Lei do Divórcio.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reescreve a história normativa do Brasil em vários aspectos, em especial destaca-se o seu parágrafo 6º, com a mudança introduzida às espécies de rompimento dos vínculos conjugais, trazendo, pela primeira vez, a possibilidade jurídica do divórcio direto desde que o casal estivesse separado de fato há mais de 02 anos.

E os avanços continuaram.

Em 2010, a mudança normativa foi ainda mais significativa com a Emenda Constitucional nº 66/2010 que ratificou a tendência, já consolidada, de reverência ao princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada em conexão com o princípio do afeto, concedendo maior liberdade e, por consequência, responsabilidade, aos cônjuges sobre a decisão quanto à manutenção ou extinção das relações conjugais, através da simplificação e desburocratização do processo do divórcio no Brasil.

Evidentemente que essas transformações legislativas, em especial as mais recentes (Código Civil de 2002, Lei nº 11.441/2007, EC n. 66/2010 e, por último, a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil) acarretam não só consequências sociais importantes, mas também discussões jurídicas e doutrinárias acaloradas.

Assim, para entender melhor sobre a nova sistemática do divórcio na atualidade, é que se inicia esse artigo com uma breve, mais salutar, releitura do rompimento das relações conjugais antes desse marco regulatório, contextualizando, em seguida, a tramitação e origem da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Em um terceiro momento, o foco será o enfrentamento das principais questões conflitantes que envolvem esse tema, em especial: a eliminação dos requisitos temporais para o divórcio; a permanência ou supressão da separação no ordenamento jurídico brasileiro e a subsistência jurídica da discussão da culpa no processo de divórcio.

Ao final, a intenção é trazer alguns números fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para entender a nova realidade brasileira, traçando um paralelo comparativo antes e depois da Emenda Constitucional n.66/2010.

Registra-se, por fim, que este estudo é realizado através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, normativa, dados do IBGE, opiniões de juristas, publicações periódicas, artigos de revistas e casuística, tudo com a intenção de melhor explicitar o tema abordado.

2. Síntese histórica dos rompimentos conjugais no Brasil antes da Emenda Constitucional 66/2010

Na idade média, a religião oficial da maioria dos povos civilizados era o Cristianismo que reconheceu a família como célula mãe da Santa Igreja, erigindo-a a entidade religiosa por meio do sacramento do casamento. Destarte, como se sabe, a Igreja Católica influenciou demasiadamente a normativa do casamento na sociedade ocidental, incluindo a brasileira.

Tanto é que, no Brasil império, o casamento era regulado exclusivamente pela Igreja Católica, sem qualquer interferência do Estado, com as normas estabelecidas pelo Código Canônico que mantinha e mantém o princípio da indissolubilidade do matrimônio, prevendo tão apenas a figura da separação com a permanência do vínculo, o denominado “desquite”.

No Brasil República, implantou-se o casamento civil com o Decreto nº 181 de 1.890, ainda indissolúvel. Porém, a par da dissolução do casamento pela morte do cônjuge ou anulação do matrimônio, admitia-se apenas a separação pessoal, o divórcio *quoad thorum* et *cohabitationem* do Direito Canônico (Cahali,2011).

A separação pessoal admitida pelo Direito Canônico foi acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio sob a denominação de “desquite” que, a partir da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), passou a ser chamado de separação.

Até o ano de 1977, quem casava, permanecia com um vínculo jurídico para o resto da vida, diante da ausência de extinção voluntária do casamento, exceto pela morte ou anulação. Caso a convivência fosse insuportável, poderia pedir o “desquite” que interrompia com os deveres conjugais e terminava com a sociedade conjugal, ou seja, os

bens eram partilhados, acabava a convivência sob o mesmo teto, mas nenhum dos dois poderia recomeçar sua vida ao lado de outra pessoa cercado da proteção jurídica do casamento. Vale ressaltar que naquela época, também não existiam leis que protegem a união estável e resguardavam os direitos daqueles que viviam juntos.

Nessa fase, onde somente se admitia a dissolução da sociedade conjugal, mas com a manutenção do vínculo matrimonial, o que se constatava era um número crescente de famílias “clandestinas”, marginalizadas pela sociedade.

Essa realidade somente começa a mudar com a Lei do Divórcio, aprovada em 1977, que, amparada pela Emenda Constitucional nº 9/77, deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição Federal vigente à época, para admitir que “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja a prévia separação judicial por mais de três anos”.

Portanto, pode-se considerar que, a partir desse momento, foi introduzida no Brasil a possibilidade jurídica do divórcio, condicionado ao requisito prévio da separação judicial: era necessário o prazo de cinco anos de separação de fato para o divórcio direto e de três anos para o divórcio indireto (ou por conversão).

Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona registraram a importância desse marco regulatório ao afirmarem que:

A segunda fase histórica começa com a efetiva regulamentação do divórcio no Brasil, o que ocorreu com a promulgação da famosa Lei do Divórcio, em dezembro de 1977 (Lei 6.515).

É bem verdade que a referida lei não cuidou apenas da dissolução do vínculo matrimonial; disciplinou também outras matérias, pertinentes ao Direito de Família, com a separação judicial, a guarda de filhos, a isonomia na filiação e o uso do nome.

Durante mais de duas décadas, portanto, até a entrada em vigor do Código de Civil de 2002, a lei de 1977 conviveu com o Código Civil de 1916.

E sua atuação foi realmente importante, constituindo-se no diploma normativo básico sobre o tema, atuando o Código Civil brasileiro como norma supletiva. (GAGLIADO e FILHO, 2016, p. 38).

Ainda sobre a introdução do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a reflexão feita por Rodrigo da Cunha Pereira:

O divórcio foi introduzido no Brasil em um contexto histórico-político-social em que a liberdade de sujeitos é a expressão que se deve dar o comando, já que a família se despatrimonializou, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico de reprodução. Na verdade, ela ganhou vida, autenticidade, desprende-se mais do Estado, e suas essências reguladoras passaram a ser, principalmente, o amor e o afeto. (PEREIRA, 2012, p. 2010).

Contudo, foi somente com a Carta Magna de 1988 que foi concedida ampliação à possibilidade do divórcio, que passou a ser admitido de duas formas: i) divórcio indireto, aquele obtido através da conversão da separação judicial (após um ano da sentença

judicial transitada em julgado); ii) divórcio direto, que tem como único requisito a observância do decurso do lapso temporal de mais de dois anos de separação de fato.

Esse panorama perdurou até a entrada em vigor da EC n. 66/2010, que causou verdadeira reviravolta no sistema brasileiro, no particular.

3. A Emenda Constitucional nº 66/2010

É inquestionável o avanço normativo na área do Direito de Família contemplado na Constituição Federal de 1988.

Todavia, a sociedade brasileira clamava por mais, sobretudo, pela possibilidade de simplificar o já tão sofrido rito de passagem na vida das pessoas representado pela separação.

E foi nesse contexto que surgiu a Emenda Constitucional n. 66/2010.

Citando mais uma vez Rodrigo da Cunha Pereira:

É esta evolução histórica, social e política que possibilitou e viabilizou a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, facilitando e simplificando o divórcio de casais. Ela é fruto do amadurecimento da sociedade e da evolução do pensamento jurídico. Em outras palavras, significa menor intervenção do Estado na vida privada das pessoas.(PEREIRA, 2013, p. 27).

Passa-se adiante a analisar a tramitação e origem desse marco regulatório em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. Tramitação e origem

Como dito, a Emenda Constitucional nº 66/2010 proporcionou uma verdadeira revolução na disciplina do divórcio no Direito nacional, alterando a redação do § 6º do artigo 226 da CF de 1988 que, antes da sua promulgação, tinha a inteligência abaixo transcrita, in verbis:

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.

A proposta de emenda à Lei Maior resultou da iniciativa de membros do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família -, abraçada pelo Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, por meio da PEC n. 413/2005, reapresentada pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro pela PEC n. 33/2007 e teve como redação inicial a que a seguir se traslada, *ipsis literis*:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.

Como justificativa, alegou-se tratar de um desejo da sociedade brasileira. Observe-se:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Após regular trâmite perante a Câmara dos Deputados, a redação final, aprovada após discussão em segundo turno e ratificada pelo Senado Federal sob o n. 28/2009 é a seguinte:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

3.2. Principais mudanças

Como se verá, o novo texto constitucional representou grande avanço em Direito de Família por ter trazido duas importantes inovações, quais sejam: a) a primeira, de consenso geral, foi a extinção de prazos e causas para a dissolução do vínculo matrimonial; b) a segunda, não aceita de forma uníssona, foi a extinção da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1. Eliminação dos requisitos temporais

Uma das mais evidentes inovações – talvez a maior – trazidas pelo novo texto constitucional foi a supressão dos requisitos temporais que, registre-se, foram sendo reduzidos ao longo do tempo gradativamente até serem totalmente extirpados.

Ao estabelecer que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, a EC n. 66/2010 imprimiu a tal instituto jurídico o caráter de direito potestativo de quem é casado, eis que pode ser exercido independentemente do cumprimento de prazos e da anuência do outro cônjuge.

Esse é, inclusive, o entendimento de Pablo Stolze Gagliano para quem o divórcio passou a ser o exercício de um direito potestativo, podendo ser exercido por qualquer dos cônjuges que não queira permanecer unido ao outro, independentemente do tempo de casados, se um ano, um mês ou uma semana (Gagliano,2011).

A separação deixou de ser, portanto, requisito legal para o divórcio – e apenas isso – que, a partir de então, pode ser requerido a qualquer tempo, logo após o casamento, inclusive.

Tratando dos limites da EC n. 66/2010, Yussef Said Cahali esclarece:

“Colocada a questão nos seus devidos termos, resulta:

A rigor, portanto, definitivamente liberado o divórcio, este poderá ser requerido a qualquer tempo, de imediato à celebração do casamento, sem que haja necessidade ou interesse público (sic) de ser declinado o motivo em razão do qual se pretende a desconstituição do vínculo matrimonial que o próprio Estado havia constituído no ato solene de celebração.

Mas nada mais do que isso resulta a referida Emenda, isto é, somente seria admissível, a partir de agora, o divórcio direto, com supressão do divórcio-conversão, permanecendo, porém, inalterada a separação legal (apenas imprestável para conversão em divórcio).” (Cahali, 2011, p.69/70).

Como se vê, a partir da EC n. 66/2010 não mais se exige o cumprimento de prazos, nem se fala em divórcio direto ou por conversão. O divórcio passa a ser único, seja consensual ou litigioso, judicial ou extrajudicial.

Ademais, não se perquire mais a identificação do culpado pela separação – afastamento que já vinha sendo feito pela jurisprudência -, o que não elide a possibilidade de um cônjuge buscar reparação por eventuais danos morais e/ou materiais que entenda fazer jus, como será demonstrado adiante.

3.2.2. Permanência ou supressão da separação no ordenamento jurídico brasileiro

Antes da nova redação do § 6º do artigo 226 da Carta Política, era pacífico o entendimento de que, no ordenamento jurídico pátrio, vigia o sistema dualista ou binário que se pauta em valores e justificativas de ordem moral, religiosa e social no sentido da não facilitação da extinção do casamento e da preservação da família como base da sociedade.

A partir da EC n. 66/2010, contudo, deflagrou-se acalourada discussão, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, acerca da manutenção da dicotomia até então existente entre a dissolução da sociedade conjugal por meio da separação e a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio, resultando de tal embate jurídico, duas principais correntes doutrinárias sobre a permanência no Direito brasileiro do instituto da separação.

A primeira corrente, representada por Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona, Maria Berenice Dias, Zeno Veloso e Rolf Madaleno, defende a abolição definitiva da separação do nosso ordenamento jurídico.

Para esse segmento da doutrina, a PEC n. 413/2005 tinha como justificativa a vontade da sociedade de concentrar no divórcio a única forma de dissolução do vínculo matrimonial. Sustentam que o divórcio é mais vantajoso do ponto de vista jurídico, psicológico e econômico, pois evitaria a submissão dos cônjuges a dois processos judiciais.

Nessa senda, argumentam que a evolução legislativa vai no sentido da interferência mínima do Estado na autonomia privada, na intimidade e na liberdade individuais, concluindo que, entender pela manutenção da separação, equivaleria a transformar a emenda constitucional em letra morta.

À propósito, valiosa a transcrição do entendimento de Rolf Madaleno no sentido de que não mais vigora a separação no ordenamento jurídico pátrio:

Houve enorme avanço da lei, como já ocorreu com tantas outras legislações, quando os casais podem dissolver diretamente o seu vínculo conjugal através do divórcio, desaparecendo a instituição da separação judicial e como, no meu sentir, procedeu a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, ao suprimir definitivamente o instituto da separação de direito (judicial ou extrajudicial, amigável ou litigiosa), do sistema jurídico brasileiro. (...)

Com a aprovação da PEC n. 28/2009 a gerar a Emenda Constitucional nº 66/2010 pela Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a precedente separação judicial de um casal deixou de ser requisito para o divórcio, pois, definitivamente abolida a separação judicial da Constituição Federal, ainda que nenhuma alteração tivesse ocorrido diretamente nos artigos do Código Civil que ainda tratam da separação judicial consensual ou litigiosa, e tampouco na Lei nº 11.441/2007, que aborda a separação consensual extrajudicial. (Madaleno, 2011, p. 196/197).

Os Tribunais também se dividem quanto ao tema, havendo julgados que acompanham a esteira de pensamento dessa primeira corrente doutrinária, como se extrai da ementa a seguir colacionada:

APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10. ABOLIÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO. DIVÓRCIO DECRETADO. PARTILHA DE BEM. JAZIGO. CEMITÉRIO PARTICULAR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. Com a sobrevinda da Emenda Constitucional nº 66/10, a conferir nova redação ao parágrafo 6º do art. 226 da Constituição, o instituto da separação foi abolido da ordem jurídica brasileira, passando o divórcio a figurar como única ação para dissolução do casamento. No caso dos autos, já identificado, com clareza, o patrimônio do casal, e havendo elementos suficientes à pronta resolução da partilha de somente um bem, não se justifica relegar a sua partilha. Jazigo adquirido na constância do casamento de cemitério particular deve ser incluído na partilha, e dividido igualmente entre as partes, por ser considerado bem particular. Recurso provido em parte. (TJMG; APCV 1.0382.14.001648-8/001; Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade; Julg. 03/02/2015; DJEMG 10/02/2015).

Noutro giro, uma segunda corrente, capitaneada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Yussef Said Cahali e Euclides de Oliveira, vai no sentido diametralmente oposto ao da primeira, concluindo pela manutenção do instituto da separação no Direito pátrio.

Com efeito, sustentam que, numa sociedade pluralista como a nossa, não há razões para suprimir tal instituto que apenas deixou de ser um procedimento prévio obrigatório do divórcio, podendo a separação ser utilizada como instrumento facultativo quando o desejo dos cônjuges seja apenas a dissolução da sociedade conjugal, sem a extinção do casamento.

Entendem que a facilitação do divórcio importaria na banalização do casamento e, por conseguinte, fragilização da família, de modo que a manutenção da separação seria uma forma de possibilitar aos cônjuges um prazo para maior amadurecimento e reflexão, a fim de decidirem se, verdadeiramente, querem dissolver a união e, em caso de arrependimento, a possibilidade de restabelecerem a sociedade conjugal.

Yussef Said Cahali, ao se contrapor à primeira corrente doutrinária é taxativo:

Não obstante a expressividade daqueles argumentos, estamos convencidos de que a referida Emenda, seja pela sua impropriedade técnica, seja pela sua inadequação formal, não tem a extensão que se lhe pretendeu arbitrariamente imprimir. (Cahali, 2011, p. 69).

O conceituado jurista esclarece que o instituto da separação judicial jamais foi objeto de tratamento constitucional, sendo previsto, desde sempre, pela legislação infraconstitucional:

Finalmente, para não ficar sem resposta, representa, data vênia, um desperdício de erudição, à falta de argumentos mais simples e elementares, deslocar a discussão para o âmbito de uma hipotética inconstitucionalidade virtual ou posterior (não recepção), colocada como pano de fundo para despistar uma questão que é elementar e óbvia: divórcio e separação judicial são institutos autônomos e distintos: o primeiro com disciplina (a partir de 1934) necessariamente de natureza constitucional; o segundo, desde a Lei do Matrimônio Civil, com sua disciplina exaurida em sede infraconstitucional. (Cahali, 2011, p. 76).

E arremata ao asseverar que:

“Não se rompe impunemente com o passado; sem embargo das sucessivas facilidades com que o legislador tem fomentado a dissolução do casamento (agora com divórcio até na noite nupcial), não se pode deixar de reconhecer, e respeitar, a existência de expressiva parcela de nossa população que – seja por formação, por tradição, seja até mesmo por motivo de formação religiosa (não há nisso nenhum desdouro) – não concebe a dissolução do vínculo matrimonial” (Cahali, 2011, p. 75),

De modo que assim como ninguém está impedido de se divorciar. Quando o amor conjugal que era doce se acabou”, da mesma forma ninguém deve estar impedido de se separar apenas de fato ou judicialmente, se se considera com motivos para tanto. (Cahali, 2011, p. 73).

Regina Beatriz Tavares da Silva, também sustentando a preservação da separação legal no nosso sistema ensina:

“Se um homem, que é provedor da casa, é traído pela esposa, como a ordem jurídica pode aceitar que seja forçado a pagar pensão alimentícia para adúltera, em benefício também de seu amante, se houver o rompimento do casamento? A resposta somente pode ser uma. Nessas circunstâncias, dentre tantas que ocorrem na dissolução das relações conjugais, deve receber as sanções previstas no CC, como a perda do direito à pensão e de utilização do sobrenome conjugal, independentemente da facilitação do divórcio decorrente da EC 66/2010. Pensamento diverso, segundo qual teriam desaparecido as várias espécies dissolutórias do casamento, passando a existir somente uma espécie – divórcio sem culpa e sem a possibilidade de descumprimento dos deveres conjugais -, não poderá prevalecer, sob pena de a emenda do divórcio ser havida como inconstitucional. Se eliminada fosse a dissolução culposa, que, em razão da natureza anteriormente concessiva do divórcio, consoante redação anterior do art. 226, § 6º, somente existiria na separação judicial, estaria criado um vazio legislativo, além de violados os princípios de proteção à dignidade da pessoa (art. 1º, III), as normas constitucionais de tutela dos direitos fundamentais (art. 5º) e de proteção especial à família (art. 226, caput), inclusive aquela que assegura a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º). (Silva, 2010, p. 8)”.

A mesma doutrinadora cita o direito constitucional à liberdade de crença como fundamento do direito dos católicos à separação, segundo seu credo:

“Consoante estes dispositivos constitucionais, é inviolável a liberdade de crença, e ninguém pode ser privado de direitos fundamentais se o católico apostólico romano fosse privado do direito de regularizar seu estado civil por motivo de crença religiosa, o que ocorreria se viesse a ser eliminada a separação judicial. (Silva, 2011, fl. 77)”.

Ao tratar da proteção constitucional à liberdade religiosa, Manoel Jorge e Silva Neto adverte que tal garantia está intrinsecamente ligada ao primado da dignidade da pessoa humana. Observe-se:

3.2.3. A liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana

Nesse passo, como se poderia dissociar a dignidade da pessoa humana da opção religiosa do indivíduo?

Fácil é concluir acerca da associação existente entre dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa, certo que aquele postulado inspira o sistema do direito de uma maneira geral a adotar soluções que aclamem o direito à vida, à incolumidade e à liberdade, compreendida em sua multifária acepção, inclusive a de contextura religiosa.” (Neto, 2013, p.120).

A jurisprudência é farta no sentido da manutenção do instituto da separação no nosso Direito, como se observa dos arestos a seguir trasladados:

“DIVÓRCIO DIRETO. INVIABILIDADE DO PEDIDO. PARA A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO, É IMPRESCINDÍVEL A PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA. É INVIÁVEL TAL PRETENSÃO NOS AUTOS DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, JÁ COM TRÂNSITO EM JULGADO. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional não retirou do ordenamento a legislação infraconstitucional, nem o instituto da separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Se a parte pretende obter o divórcio, imperioso propor a ação própria, sendo inadmissível tal pleito nos autos da ação de separação judicial quando esta já transitou em julgado. Recurso desprovido. (TJRS; AI 0212557-06.2015.8.21.7000; Santa Maria; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; Julg. 29/07/2015; DJERS 05/08/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. ABOLIÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TEMA. LIBERDADE DE REGULAMENTAÇÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. ARTIGO 1580 DO CC/02. LAPSO TEMPORAL. INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA REFORMADA. A Emenda Constitucional nº: 66/2010 não aboliu a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio, limitando-se à desconstitucionalização do tema, conferindo ao legislador ordinário liberdade para sua regulamentação, em consonância com os reclamos da sociedade pós-moderna. Deve ser reformada a sentença que julga procedente pedido de divórcio direto, sem observância do lapso temporal exigido pelo artigo 1580 do Código

Civil. Vv. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. Emenda Constitucional nº 66 DE 2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA Constituição da República. SUPRESSÃO DO REQUISITO TEMPORAL. DIREITO POTESTATIVO- RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A dissolução do casamento pelo divórcio independe de prazo de separação prévia do casal. 2. Se as partes não possuem mais interesse em se manter casadas não há porque impedir o divórcio. Direito potestativo extintivo. 3. Precedentes jurisprudenciais. (Des. MR). (TJMG; APCV 1.0701.13.005944-0/001; Rel. Des. Afrânio Vilela; Julg. 05/11/2014; DJEMG 21/11/2014)”.

Em síntese, essa segunda corrente defende que a separação permanece hígida no ordenamento pátrio por diversas razões, dentre as quais se destacam:

1 – A matéria não tinha tratamento constitucional, já que o instituto da separação sempre foi previsto pela legislação infraconstitucional;

2 – A redação do novo texto constitucional manteve o verbo “pode”, indicando uma alternativa;

3 – A separação preserva o matrimônio, ao permitir que o casal restabeleça a união, a qualquer momento, sem novo casamento, prestigiando a família;

4 – A manutenção da separação está em consonância com o espírito que norteou o constituinte originário que deu preferência ao casamento civil (artigo 226, §§ 1º e 2º), sem prejuízo do reconhecimento da união estável (artigo 226, § 3º);

5 – A existência de expressiva parte da população que – seja por formação, por tradição ou crença religiosa – não concebe a dissolução do vínculo matrimonial, não havendo razões para suprimir a separação que pode ser utilizada como instrumento facultativo quando o desejo seja apenas a dissolução da sociedade conjugal, sem a extinção do casamento.

3.2.4. Subsistência jurídica da culpa no processo de divórcio

Outra importante discussão levantada com a edição da EC n. 66/2010 diz respeito à possibilidade de discussão da culpa nas ações de divórcio.

Mesmo antes da emenda, o afastamento da perquirição da culpa já vinha sendo adotado pela jurisprudência que entendia ser desnecessária a identificação do culpado pela separação, em razão da dificuldade em atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo.

Isso não elide, contudo, a possibilidade de quaisquer dos cônjuges de buscar eventual reparação por danos morais e/ou materiais que entenda ter sofrido, na esteira do entendimento jurisprudencial a seguir trasladado:

“DIVÓRCIO. RECONVENÇÃO. REJEIÇÃO LIMINAR. Descabida e impertinente a discussão de culpa, incabível o pleito reconvenicional quando restrita a essa questão. Admissível, porém, quando introduz questão nova e conexa com o pedido divórcio. Agora que formulou pedido de indenização por danos morais em razão de supostas agressões sofridas durante o casamento, e ampliou a discussão da partilha no pleito reconvenicional. Pretensão que guarda conexão com a ação principal, e inalcançável com

a apresentação da contestação. Desnecessidade de ação autônoma. Possibilidade de se discutir a questão no mesmo processo. Pertinência da reconvenção, como forma de otimizar a eficiência do processo como instrumento para a tutela jurisdicional. Recurso provido. (TJSP; AI 2194591-06.2015.8.26.0000; Ac. 8941090; Campinas; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Percival Nogueira; Julg. 28/10/2015; DJESP 09/12/2015).

AÇÃO DE DIVÓRCIO. Indenização por danos materiais e morais correlatos ao insucesso da relação conjugal. Cumulação de pedidos cabível. Competência para análise que recai sobre a vara da família local. Decisão que simplesmente “afasta” os pedidos e dirige a pretensão ao juízo cível incorreta. Interlocutório reformado. Recurso provido. (TJSC; AI 2015.084051-0; Itajaí; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel^a Des^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta; Julg. 03/05/2016; DJSC 06/05/2016; p. 133).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL. BENS MÓVEIS. VALORES ATUAIS NÃO COMPROVADOS. NECESSIDADE DE DIVISÃO PELO PREÇO OBTIDO EM ALIENAÇÃO JUDICIAL. DANOS MORAIS. EXPULSÃO DA VIRAGO DO LAR CONJUGAL. NÃO COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1) No regime de comunhão parcial, os bens móveis devem ser divididos igualmente entre os cônjuges, considerando-se, no caso de divergência quanto aos valores e impossibilidade de divisão cômoda, o montante total apurado em alienação judicial. 2) O fim do matrimônio, em regra, traz consigo forte abalo psicológico para ambos os cônjuges, não sujeito a recomposição por meio do instituto da responsabilização civil, salvo quando demonstrada a prática de excesso configurador de ato ilícito, o que, contudo, deve ser devidamente comprovado pela parte que alega (art. 333, CPC). 3) Recurso não provido. (TJMG; APCV 1.0693.13.000032-8/001; Rel^a Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julg. 16/04/2015; DJEMG 28/04/2015)”.

Com efeito, apesar de não haver norma específica sobre os princípios da responsabilidade civil no Direito de Família em nosso país, a regra geral sobre a reparação civil de danos inserida na Parte Geral do Código Civil de 2002, aplica-se a todas às Partes Especiais do mesmo diploma legal, dentre as quais o Livro do Direito de Família.

A Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça, em Prefácio no livro “A Emenda Constitucional do Divórcio”, de Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo, Saraiva, 2011, esclarece que “para além do afeto, devem ser preservados deveres e responsabilidades, sem os quais a vida conjugal quedar-se-á vazia de significado, sem viço e sem amparo aos direitos inerentes a essavivência”.

Destarte, comprovado que houve grave violação a algum(ns) dever(es) do casamento, gerando dor e/ou prejuízos de ordem moral e/ou material por um dos cônjuges ao outro, certo é o dever de reparar, eis que não se concebe a previsão de um dever jurídico sem a sanção correspondente.

4. Separação e Divórcio à luz do novo Código de Processo Civil

Em 16 de março de 2016, entrou em vigor a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil (CPC). Os impactos do diploma legislativo no Direito de Família vão desde questões principiológicas com potencial de mudança de cultura através dos métodos de solução consensual de conflitos que deverão ser estimulados pelos juízes, como conciliação, mediação e outros previstos nos artigos 165 e seguintes, e artigos 334

e 694, até o enfrentamento da polêmica questão sobre a sobrevivência jurídica do instituto da separação após a EC n. 66/2010.

Com efeito, o instituto da separação foi expressamente previsto no novo código de ritos, em diversos artigos, pondo fim à discussão acerca da permanência ou não do instituto da separação no ordenamento jurídico pátrio a partir da EC n.66/2010.

Pode-se dizer que há quatro alusões à “separação”, sem qualificação: no artigo 53, inciso I, que trata de competência do foro; no artigo 189, inciso II, relativo ao segredo de justiça; no artigo 189, § 2º, que permite certidão do dispositivo da sentença em processo com segredo de Justiça; no artigo 693, que define as ações de família, incluindo a separação.

Há, ainda, duas alusões à “separação convencional”: no artigo 731, que regula a homologação do divórcio ou da separação convencionais; no artigo 733, que faculta o divórcio ou a separação consensuais mediante escritura pública, não havendo nascituro ou filho incapaz.

E, finalmente, uma única alusão à “separação de corpos”, no artigo 189, inciso II, incluindo-a no segredo de Justiça.

Vê-se, pois, que, a partir do Novo Código de Processo Civil, certa é a manutenção em nosso sistema jurídico do instituto da separação, cuja previsão, registre-se, sempre foi infraconstitucional, jamais tendo merecido tratamento pela Lei Maior.

5. Breve análise estatística da Separação e do Divórcio antes e depois da EC 66/2010

As alterações legislativas sempre provocam mudanças relevantes no comportamento social, especialmente quando se trata de dispositivos que regulam as relações familiares.

Como já abordado nesse trabalho, com a EC n. 66/2010 – chamada Emenda do Divórcio – os lapsos temporais foram eliminados, sendo um facilitador para a dissolução do vínculo conjugal.

Atualmente, qualquer dos cônjuges pode, sem precisar indicar as causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar diretamente o divórcio, que pode ser consensual ou litigioso, extrajudicial ou judicial, desde que respeitados os requisitos estabelecidos na Lei nº 11.441, de 04.01.2007.

Evidente, portanto, que essa facilitação e rapidez trouxeram mudanças significativas nos rompimentos conjugais pelos brasileiros, verificadas nas pesquisas “Estatísticas do Registro Civil”, realizada pelo IBGE.

No ano de 2009, foram registradas 83.185 separações e 136.784 divórcios. Já no ano de 2013, o número de separações sofreu uma drástica redução: somente 450 separações, enquanto que divórcios foram registrados 247.652, em todo o país, segundo o Instituto/Anexo I [1].

Pode-se perceber, nitidamente, a tendência do desuso do instituto da separação após a EC n. 66/2010, mas não a sua extinção.

Outro dado relevante é que a taxa geral de divórcios que atingiu seu patamar máximo em 2011 desde quando se iniciou a série histórica de estatísticas do registro civil pelo IBGE, em 1984. Também fica claro que esse recorde está diretamente vinculado à mudança normativa introduzida pela referida emenda.

No entanto, essa tendência de elevação vem diminuindo para níveis menores a cada ano, visualizadas nas taxas gerais de divórcios observadas em 2,49% no ano de 2012, e de 2,33%, no de 2013, de acordo com os dados fornecidos pelo IBGE, conforme pode ser verificado no anexo II.

Nesse cenário, oportuno citar a reflexão de Rodrigo da Cunha Pereira:

“Após mais de três décadas de divórcio no Brasil, pode-se constatar que a família não foi destruída e não piorou em razão dele, mesmo com a elasticização de algumas regras, tais como a possibilidade de se divorciar várias vezes e a diminuição dos seus prazos. Ao contrário, as pessoas estão mais livres e mais autênticas para estabelecerem seus vínculos amorosos e conjugais. A família mudou o que é certo e visível, mas não está em desordem, muito menos o divórcio é culpado ou responsável por essas transformações. (PEREIRA, 2013, p.27)”.

Adiante uma leitura da realidade considerando os universos masculino e feminino.

5.1 Por faixa etária e por gênero

As informações da pesquisa de Registro Civil do IBGE referente à faixa etária dos casais e também por gênero (homem ou mulher), ano 2013, mostram que o número maior de divórcios entre as mulheres é com idade igual ou inferior a 30 anos. Contudo, a partir de 50 anos ou mais, essa realidade inverte, já que o número maior é entre os homens.

Esse fenômeno pode ser atribuído à própria condição masculina que, após os 50, geralmente fica mais experiente, independente financeira e emocionalmente, com filhos criados. Todos esses fatores são, sem dúvida, facilitadores para encorajar os homens às mudanças. E mais, com o prolongamento da virilidade masculina, através do surgimento de medicamentos destinados a sanar impotência, alinhado à procura pela qualidade de vida e pela felicidade na relação a dois que muitas vezes se tornam objetivos de vida, faz com que, muitos deles, optem pelo divórcio em busca de novas experiências conjugais.

Já na faixa etária entre 30 a 50 anos, os números são muitos próximos, não existindo uma diferença significativa.

De qualquer sorte, os dados fornecidos pelo IBGE demonstram que o número de dissoluções tardias supera o constatado na faixa etária mais jovem.

Essa tendência pode ser explicada por razões como o aumento da longevidade de homens e mulheres e a maior aceitação cultural do divórcio, deixando para trás o estigma social negativo, principalmente para as mulheres.

Não se pode esquecer também da própria independência feminina, seja social, seja profissional, seja econômica, uma vez que a dependência financeira do marido era uma das principais razões para manter um casamento fracassado. Hoje, com a mulher inserida no mercado de trabalho, essa realidade mudou e com ela veio a coragem de recomeçar.

Por fim, e como já ressaltado acima, a diminuição da burocratização e a facilitação do processo de divórcio, propiciadas pela EC n. 66/2010, são fatores estimulantes para que casais mais velhos formalizem o fim da união e constituam, se assim desejarem, novas relações.

6. Conclusão

O estudo da separação e do divórcio no Brasil é um excelente exemplo de como o Direito evolui no tempo e no espaço para se adequar às mudanças das sociedades quanto a seus costumes, necessidades e anseios.

Ao longo dos séculos, o que se viu foi uma lenta evolução da indissolubilidade do casamento – antes regulamentado exclusivamente pela Igreja Católica -, passando pelo “desquite”, que veio a ser chamado de separação, até o advento do divórcio.

Importante notar que a única matéria que recebeu tratamento constitucional foi, justamente, a indissolubilidade do matrimônio, prevista na Carta Política de 1934 (artigo 144), na Lei Maior de 1937 (artigo 124), o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1946 (artigo 163) e na de 1967 (artigo 167, § 1º), não alterada neste ponto, exceto pela numeração do artigo (175, § 1º), pela EC 1/1969.

A possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial veio somente com a EC n. 9/1977, que resultou na Lei nº 6.515/1977, que, então, regulamentou os institutos da separação e do divórcio.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 revolucionou o tratamento da matéria ao desobrigar os cônjuges a passarem pelo procedimento prévio da separação – fazendo-o apenas se entenderem haver motivos para tanto – e extirpar os prazos para a obtenção do divórcio, desburocratizando e facilitando a extinção do vínculo matrimonial.

Com isso, atribuiu-se ao divórcio o caráter de um direito potestativo (GAGLIADO e FILHO, 2016), permitindo que as pessoas realizem mais rapidamente seus novos projetos pessoais, junto a novos companheiros de vida, sem ceifar o direito de dissolver apenas a sociedade conjugal pela separação àqueles que assim pretendam.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed., rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90. 6. ed., rev., ampl. e atual. com o atual código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 junho 2016.

. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 junho 2016.

CAHALI, Yussef Said. Separações conjugais e divórcio: 12. ed., ver. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias: de acordo com a lei nº 11.340/06, lei Maria da Penha e com a lei nº 11.441/07, separação, divórcio e inventário extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Fonte: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf. Acesso em 24 junho 2016.

Fonte: <http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2009/rc2009.pdf>. Acesso em 24 junho 2016.

GAGLIADO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. O Novo Divórcio: 3. ed., rev. ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO, Edson Teixeira de. Princípios constitucionais do direito de família. Jus Navigandi, Teresina, v. 11, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9093>. Acesso em: 21 jul. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio – Teoria e Prática. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. 4. ed., São Paulo. Saraiva, 2013.

_. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_. Direito, amor e sexualidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 1999, Belo Horizonte. A família na travessia do novo milênio. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Divórcio e separação – Após a EC 66/2010. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

. A Emenda Constitucional do Divórcio, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOTA

1. Esclarece-se que os números informados referem-se à quantidade de processos de separações judiciais e de divórcios em 1ª instância sem recursos, por tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença, segundo o lugar da ação do processo em 2009 e 2013.

Por Ana Caroline Trabuco e Emanuela Pompa Lapa
Advogadas – Mestrandas em Família na Sociedade Contemporânea (Universidade Católica de Salvador)

COAD – JANEIRO/2017

<http://www.advocaciadinamica.com>