



A NOVA EMENDA CONSTITUCIONAL DO DIVÓRCIO: MAIS UM AVANÇO NO CAMINHO JURÍDICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Elaine Cardoso de M. Novais Teixeira*

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente trabalho tem por objetivo trazer algumas reflexões e apontamentos sobre a chamada PEC do Divórcio, que redundou na aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Fazendo um breve histórico sobre o cenário das relações familiares no Brasil, não é difícil lembrar que até pouco tempo (antes da Constituição Federal de 1988, que atribuiu iguais direitos e deveres a ambos os cônjuges em seu artigo 226, § 5º), a família era palco do exercício do poder do chefe da estrutura familiar – hierarquizada, centralizada, patrimonialista.

A estrutura familiar que encontrou guarida e regulamentação no Código Civil de 1916 e nas Constituições Federais a partir da Carta de 1934 amparava-se na ideia do poder do pai, que centralizava a autoridade e decisões de todos os assuntos pertinentes à família. Ressalte-se, ainda, que a família era vista como entidade produtiva, cujo patrimônio estava também sob o comando do chefe.

Com o tempo, diversas mudanças sociais impactaram diretamente no seio familiar... A saída do campo para as cidades em busca de melhores condições de vida; a entrada da mulher no mercado de trabalho; a inovação científica da pílula anticoncepcional que permitiu à mulher o exercício do sexo desvinculado da procriação, e também ofereceu ao casal a

* Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora Assistente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Promotora de Justiça no Rio Grande do Norte.

oportunidade de escolher o momento de ter um filho, planejar melhor a gravidez. Isto assegurou à mulher maior liberdade para investir no seu aprimoramento e a diminuição do número de filhos.

De todas as áreas do Direito, o Direito de Família é certamente uma das que mais se percebe a mudança da sociedade guiando os rumos da regulamentação legal. As normas vêm regular relações ou ações identificadas no contexto social e este movimento sempre ocorre a posteriori, todavia, o tempo entre a consolidação das mudanças sociais no âmbito das relações familiares e sua repercussão no mundo jurídico vem sendo cada vez mais reduzido.

Neste sentido, percebe-se que, entre a década de 60 e o momento atual, ou seja, em apenas cinquenta anos, temos uma mudança significativa na seara familiar no que toca à constituição e desconstituição formal do casamento.

Enquanto até o início da década de 60, a mulher casada era relativamente incapaz, e até a década de 70, o casamento era indissolúvel e o regime legal era o regime de comunhão universal de bens, a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), foi resgatada a capacidade plena da mulher que contraiu matrimônio, e com a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), passou a existir a dissolução do vínculo matrimonial, reforçando o desquite, renomeado para separação judicial, e a mudança do regime de bens legal para a comunhão parcial.

É exatamente sobre a mais nova mudança na dissolução do casamento que iremos abordar este trabalho: a EC 66/2010, decorrente da PEC do Divórcio.

2 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: DISTINÇÕES ESSENCIAIS E REFLEXÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de adentrarmos na previsão contida na Emenda Constitucional n. 66/2010, mister se torna lembrar os pontos distintivos entre os institutos da separação e do divórcio.

Doutrinariamente, costuma-se dizer que a separação põe fim à sociedade conjugal, ao passo que o divórcio extingue o vínculo conjugal propriamente dito. Disto decorre que a separação, seja ela judicial ou extrajudicial, permite a reconciliação, a qual deverá ser feita mediante requerimento formulado nos autos da separação em Juízo (em caso de separação judicial) ou em cartório (na hipótese da separação extrajudicial). Ou seja, para reatar formalmente a relação o casal não precisa casar novamente. Ao revés, em caso de divórcio, se este casal quiser retomar a relação conjugal, deverá casar-se novamente, haja vista que o

divórcio põe fim ao casamento, habilitando os envolvidos a constituírem livremente nova união formal.

Aqui vale registrar que o divórcio libera os envolvidos para o casamento, mas aqueles que estavam separados de fato, separados judicial ou extrajudicialmente, já estavam habilitados por lei para iniciarem uma nova entidade familiar, mediante da instituição de união estável (art. 1723, § 1º, CC).

Então, qual o sentido em se manter o sistema dual não obrigatório no nosso ordenamento jurídico?

Este sistema dual implica na existência de duas fases para a desconstituição plena do casamento, quais sejam: a separação e o divórcio. A separação não era uma fase obrigatória, pois as partes poderiam buscar apenas o divórcio direto, previsto constitucionalmente com o requisito temporal de separação de fato por dois anos (art. 226, § 6º, CF, em redação anterior a EC 66/2010). Caso precisassem definir aspectos pessoais e patrimoniais de forma imediata, deveriam formalizar a separação e suas consequências, mas os separados não estavam livres para convolar novas núpcias, embora, como dito, estivessem livres para iniciar uma união estável, gerando uma clara distorção. Será que o casamento é hierarquicamente mais importante do que a união estável e por isso, segundo o sistema referido, o separado poderia iniciar uma união estável, mas ainda não poderia casar? Absolutamente que não.

Além disso, a exigência de período de separação prévia (seja a separação de fato, judicial ou extrajudicial) para a concessão do divórcio vinha sendo apontada pela doutrina como intromissão indevida do Estado na liberdade individual dos cônjuges. Ora, não se exige período mínimo de relacionamento para casar, por que impor aos interessados lapso temporal específico para alcançar o divórcio? Acrescente-se a esta interferência do Estado a exigência de duração de um ano de casamento para a propositura da separação consensual (art. 1.574, CC). Observe-se que paradoxo: em caso de os cônjuges se digladiarem em um processo de separação litigiosa não havia prazo estipulado pelo Estado, mas na hipótese de separação consensual sim. Outro disparate!

Aliás, as incongruências não paravam por aí... O CC 2002 exige a partilha de bens para a separação (art. 1.575), mas não o faz para o divórcio, que põe fim ao vínculo matrimonial propriamente dito.

Além disso, a separação, nada obstante toda a evolução jurisprudencial e doutrinária já construída para afastar a incidência da culpa no fim das relações familiares, continuou sendo prevista no Código Civil de 2002 sob a modalidade da separação litigiosa por culpa, admitindo portanto, a discussão entre os cônjuges sobre os motivos do fim do relacionamento

conjugal e abrindo ainda mais a porta para mágoas e ressentimentos, com possibilidade jurídica de apresentação de acusações recíprocas, sob o argumento do descumprimento dos deveres conjugais.

Este fato demonstra de forma veemente como a incongruência havida na previsão destes institutos apontava para a necessidade de uma previsão mais consentânea com a realidade social. Por que manter a separação litigiosa por culpa quando o casal já estava vivenciando o fim do relacionamento conjugal e precisava apresentar acusações e imputar o descumprimento dos deveres conjugais quando poderiam simplesmente formalizar o fim do relacionamento já extinto de fato?!

Paralelamente a todas estas informações, insta ressaltar que a Constituição Federal de 1988, ao prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF), interferiu também no contexto das relações familiares, deslocando o centro das atenções para a “pessoa” e não para o “patrimônio”, privilegiou-se o “ser” em detrimento do “ter”. O patrimônio deve ser instrumento para a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto é verdade que a Carta Magna estabeleceu o princípio da função social da propriedade.

E a previsão da chamada separação-sanção, com atribuição de culpa entre os cônjuges, representava clara afronta ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana e da privacidade.

Neste sentido, Maria Berenice Dias afirma:

A violação ao direito à privacidade e à intimidade, pela identificação de culpas constitui afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, cânone maior da Constituição Federal. Desse modo, a ingerência determinada pela lei na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que imponha o juiz a pecha de culpado ao réu, era visivelmente inconstitucional. (DIAS, 2010, p. 311)

De outro lado, o casamento deixou de ser a única forma de fazer surgir uma entidade familiar. Aliás, a própria Constituição de 1988 apresentou a família monoparental (formada por um dos genitores e descendentes) e também a família informal (decorrente da união estável), deixando claro no dizer de Paulo Luiz Neto Lobo que as novas formas de entidades familiares não encontram mais restrição no casamento, pois:

As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas,

como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão” (LÔBO, 2002, p. de internet).

Sendo assim, se novas entidades familiares podiam ser formadas por pessoas separadas de fato, judicialmente ou extrajudicialmente, através da união estável, por que esperar prazos temporais específicos para que pudesse se concretizar o divórcio?

Foi exatamente esta mudança provocada pela Emenda Constitucional 66/2010.

3 A NOVA EC DO DIVÓRCIO

A Emenda Constitucional n. 66/2010 alterou o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, atribuindo-lhe a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Diferentemente de algumas propostas anteriores¹, a aprovada PEC 28/2009 impôs a mudança do dispositivo constitucional sem referência à observância de qualquer prazo. Em outras palavras: a partir de agora, o divórcio pode ser buscado pelo casal ou pelo cônjuge interessado independentemente de decurso de prazo. De conseguinte, deixa de ter sentido a previsão supra mencionada de que para ocorrer a separação judicial/extrajudicial consensual seria necessário o decurso de um ano de casamento, pois também deixa de ter sentido a utilização da separação, afastando-se a previsão do regime dual não obrigatório.

Atendendo ao reclamo da sociedade, o Congresso Nacional atribui ao cidadão a liberdade de escolher o rumo de sua vida, de definir se e quando deseja formalizar o fim de um relacionamento que já se desfez, mesmo que a convivência não tenha sido muito duradoura, por exemplo.

Como afirma em seu parecer perante a Comissão de Constituição e Justiça, o Senador Demóstenes Torres ratificou “a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem estes institutos...”.

¹ Sobre o histórico das propostas de emendas constitucionais relativas ao divórcio, contemplando a PEC 22/99 e PEC 413/2005, ver: LARA, Paula Maria Tecles. Comentários à Emenda Constitucional n. 66/2010. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos>. Acesso em: 25 jul. 2010.

A vigente previsão constitucional é tão objetiva que deixa clara a superação de tantas discussões e conflitos levantados sob o manto da separação e do divórcio. Seguindo a linha de países como a Alemanha, que admitem “um direito material ao divórcio, tendo como única causa o fracasso da união conjugal” (FARIAS, 2006, p. 100), libertam-se os cônjuges para buscar a felicidade, e concretizar o princípio da afetividade, superando uma relação finda, sem necessidade de impor aos cônjuges maiores transtornos e empecilhos para sua concretização.

Obviamente, que a culpa como elemento da responsabilidade subjetiva sempre foi e será objeto de interesse no âmbito da responsabilização e da caracterização do ato ilícito, razão pela qual não se pode afastar a possibilidade de, por exemplo, um cônjuge ingressar contra o outro buscando uma reparação diante da prática de ato ilícito que o atinja. Esta abordagem poderá ser feita sobre a culpa, no campo próprio da responsabilidade civil e não como elemento para definir se deve ou não haver o fim do vínculo conjugal.

4 REFLEXÕES FINAIS...

Esta aprovação reafirma o que dissemos linhas atrás, que se mostra cada vez mais rápida a adequação legislativa à realidade social no âmbito das relações familiares. Algumas áreas ainda são bastante difíceis de mudanças no legislativo, embora a realidade social já demonstre mudanças nos comportamentos sociais.

A possibilidade de concretizar o divórcio independentemente de qualquer prazo preestabelecido implica na reafirmação da autonomia e da liberdade dos cidadãos brasileiros. As novas entidades familiares essencialmente fundadas no afeto terão mecanismos para se mostrarem cada vez mais autênticas e fieis à realidade.

Se durante um período os “desquitados” ou “divorciados” eram vistos ou apontados de forma pejorativa, ou mesmo atentatória aos “bons costumes”, a mudança e diversidade dos novos arranjos familiares vem mostrar que hoje mais importante do que manter uma relação infeliz é buscar a dignidade da pessoa humana em seu sentido mais essencial, zelando pela formação de cidadãos íntegros, e, portanto, garantindo a liberdade de os mesmos definirem a própria vida.

Além do mais, as pessoas não vão casar ou descasar mais ou menos diante da previsão da Emenda Constitucional 66/2010, apenas terão mais autonomia para formalizar uma situação já caracterizada na prática, a partir de seus anseios e interesses.

Esta alteração constitui, de fato, um grande avanço no ordenamento jurídico pátrio, especialmente porque a aproxima o Direito da realidade, abrindo caminho para a contemporaneidade e diversidade das relações familiares, as quais seguem por um mar cujo horizonte ainda não é possível descrever ...

Veja-se a respeito de mudanças a grande comoção causada no vizinho país Argentina sobre a regulamentação do casamento homossexual, sendo então o primeiro país na América do Sul a aceitar este tipo de união formalizada. Note-se, ainda, que um dos argumentos lá utilizados para impedir a aprovação era o de que as crianças têm direito de ter um pai e uma mãe. Aqui no Brasil, considerando a existência de decisões admitem a adoção por casais do mesmo sexo, qual seria o argumento para não admitir ou discutir este tipo de união em nosso país?

Este mais um desafio que se impõe à sociedade como um todo e principalmente aos juristas, os quais aprendem nos primeiros anos dos bancos universitários a falar e discutir sobre a Justiça, mas que tantas vezes se distanciam do seu conteúdo... É preciso lembrar que as leis devem regular as relações sociais para o seu aprimoramento e não ignorá-las para manutenção de padrões ou dogmas. A Emenda Constitucional 66/2010 provou que o Congresso Nacional começa a enxergar este novo momento!

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: A afirmação da dignidade da pessoa humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LARA, Paula Maria Tecles. Comentários à Emenda Constitucional n. 66/2010. Disponível em <www.ibdfam.org.br/?artigos>. Acesso em: 25 jul. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 27 jul. 2010.