

DISPOSIÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 – NOVA LEI DO DIVÓRCIO

Andréa Maria Sobreira Karam

Aluna do curso de Especialização em Direito Processual da FA7,
orientada pela professora Isabel Cecília de Oliveira (FA7)
andreakaram@uol.com.br.

Sumário: Introdução. 1. Direito comparado. 2. O fim do estado de separado. 3. O antes e o depois da Emenda Constitucional 66/2010. 4. Resistência ao desaparecimento da separação judicial. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este documento apresenta disposições sobre a Emenda Constitucional 66/2010 - Nova Lei do Divórcio, com o objetivo de esclarecer como era e como ficou o sistema jurídico brasileiro com relação ao tema em questão, às benesses e aos malefícios da mesma. Em absoluto me proponho a esgotar ou dirimir as polêmicas que norteiam tal assunto. Porém, utilizarei todos os recursos (textos, leis, direito comparado, entrevista com juristas, opiniões de importantes operadores do direito, jurisprudência, entre outros) para buscar uma maior compreensão desse ponto divergente.

Palavras-chave: Emenda Constitucional; Nova Lei do Divórcio; Sistema jurídico brasileiro.

INTRODUÇÃO

Costuma-se negar a origem divina do casamento, mas este indubitavelmente foi celebrado a primeira vez por Deus entre Adão e Eva. Criado por Ele, o casamento sempre foi precipuamente um ato religioso. “*E disse o Senhor Deus: Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma adjutora que esteja como diante dele*” (*Bíblia Sagrada, 2000, p.35*). Contudo, recentemente se desvencillhou da Igreja para tornar-se um ato civil. No Brasil isso ocorreu em 1889 com a separação entre Estado e Igreja.

Por ter perdido o seu caráter religioso ao longo da história, passa aos dias atuais como um contrato de direito de família, em suma, um negócio jurídico, emanando da vontade das partes, tornando-se o nascedouro da indissolubilidade, comentada primariamente no começo do século XVIII (1804) pelo legislador francês, sob o fulcro que o casamento como mero contrato um simples distrato o dissolveria.

A Igreja Católica Romana até hoje proíbe o divórcio, bem como as igrejas evangélicas, mas não tomaremos isso por discussão profunda, visto que não estamos diante de uma mera questão jurídica, todavia da concepção que cada um tem de mundo.

Isso decorre do fato de que a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica (assim chamada, pois a família era mais uma associação religiosa que uma natural, o que unia os membros da família antiga era algo bem mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física, esse poder encontrava-se na religião do lar e dos antepassados) tenha sido o casamento. Veja, a mulher só será de fato levada em conta quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto, indubitável é a presença do religare dentro do casamento.

O matrimônio era, pois, para a moça, um ato de muita gravidade, e não menos o era para o esposo; esta religião exigia que aquele tivesse nascido junto do fogo sagrado para se ter o direito de sacrificar a ele. Não muito diferente de hoje, só que com outra roupagem, o rapaz introduziria uma estranha em seu lar e juntamente com ela, desempenharia as misteriosas cerimônias de seu culto, revelando-lhe os ritos e fórmulas, seu patrimônio de família, hodiernamente se introduz estranhos no seio familiar com cláusula expressa da divisão do patrimônio monetário. Diferentemente dos dias atuais o casamento não tinha lugar no templo, mas em casa, sendo o deus doméstico quem presidia ao ato.

Discorrido um pouquinho sobre o casamento e seu liame inegável com a religião, a pergunta que paira é: de onde vem a “cláusula pétrea” de que as famílias deveriam ser para sempre, portanto o matrimônio também? Primeiramente há de se esclarecer os conceitos diferenciados entre essas duas instituições: família – conjunto de todos os parentes de uma pessoa; 2. Descendência; 3. Raça; enquanto que o casamento é a união legítima entre homem e mulher; 2. Ato de casar; 3. *Fig.* Harmonia. Não é porque ocorre a dissolução do matrimônio que se desfaz a família. Bem, na mais longínqua antiguidade os mortos precisariam que sua descendência nunca se extinguisse, no túmulo onde continuavam a vida, os mortos não tinham outra razão de inquietação que não receio de vir a romper-se a sua cadeia de descendência. Seu único interesse e ideia permanente era que houvesse sempre um homem de seu sangue para lhes levar oferendas ao túmulo, ou seja, a refeição fúnebre, para que se perfizesse a sua plena felicidade.

Esclarecidas as peculiaridades necessárias para entender quão ignóbil era o divórcio, faça saber que *o tratado Das Leis de Cícero, que reproduzia quase sempre sob o prisma filosófico as antigas leis de Roma, proibia o celibato, e em Esparta, a legislação de Licurgo punia com pena severa aquele que não se casasse.* (Coulanges, 2002, p. 54). O casamento tinha, pois, caráter obrigatório, aquele que perpetuaria a religião doméstica deveria ser fruto do casamento reli-

gioso, portanto uma vez que o matrimônio era um contrato apenas para perpetuar a família, entre dois seres afinizados a fim de partilhar as agruras e felicidades, com intuito de nascer uma terceira pessoa para perpetuar o culto, nada mais justo que pudesse ser anulado no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para esse caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo que tenha sido até uma obrigação. Na Índia, a religião “prescrevia para a mulher estéril que fosse substituída ao fim de oito anos”, (*Coulanges, 2002, página 56*).

A religião dizia que a família não podia extinguir-se, essa regra era absoluta, porém o matrimônio por esterilidade da mulher ou do homem (sim, pois essa exceção não era menos imperiosa, para o esposo) esculpia indolente exceção acerca de dissolução da família, que naquela época confundia-se com o casamento. Verdade é que hoje a tendência em admitir-se a dissolução do matrimônio vem se perfazendo, e apesar dos esforços em se manter as pessoas dentro deste o legislador sucumbiu aos princípios da liberdade e autonomia da vontade, um avanço salutar, com a nova redação do parágrafo 6º, do Artigo 226 da nossa Carta Magna, o processo do divórcio torna-se mais célere e eficiente, pondo fim aos prazos para o casamento acabar, extirpando o estado civil de separado.

1 DIREITO COMPARADO

A isonomia do Direito não é observada nos diversos ordenamentos jurídicos existentes, então se faz necessário entendermos as diferenças e semelhanças que norteiam alguns desses complexos do Direito, quando confrontados com o sistema jurídico brasileiro.

Antes de analisarmos como se dá o matrimônio em diversas culturas, a título de curiosidade é bom que se fale principalmente se for de nações das quais descendemos.

O casamento na Grécia Antiga geralmente era monogâmico, constituindo-se de assunto de foro privado, sem intervenção da polis, os escritos históricos mais abundantes referem-se à polis de Atenas, diga-se não existia ali idade mínima legal para casar-se, as mulheres casavam-se entre 14 e 18 anos, e os homens por volta dos 30 anos, ocorria entre primos, parentes ou meio-irmãos geralmente, a poligamia era proibida e considerada bárbara.

O casamento era antecedido pelo noivado (*enguesis*), e ocorria sempre através de negociação entre o tutor da moça, normalmente seu pai, e o noivo, que poderia participar desse verdadeiro negócio jurídico de obrigações correlatas, vários anos antes do casório. Deve ser daí que advém o costume contemporâneo de noivar longamente até casar-se de fato. Na véspera da cerimônia as famílias ofereciam sacrifícios aos deuses Hera e Zeus (deuses do casamento),

Ártemis (deusa da virgindade) e Ilítia (deusa protetora dos partos), a noiva oferecia seus brinquedos à deusa Ártemis, simbolizando o fim de sua infância, os noivos participavam de um ritual, que consistia em um banho purificador das águas da fonte Calíroe, transportadas em vasos especiais (os lutróforos) por mulheres em cortejo. No dia do casamento a casa dos noivos era adornada com ramos de loureiro e oliveiras, o tutor da noiva oferecia um banquete, esta coberta por um véu, os participantes da cerimônia comiam bolos de sésamo a favor da fecundidade e trocavam presentes.

À noite, a jovem era conduzida à sua nova casa, acompanhada de parentes e amigos, por um carro puxado por bois e mulas e todos entoavam o hino, o cântico do matrimônio. Na nova casa estavam os pais do noivo prontos para receber a noiva, a mãe segurava uma tocha em uma das mãos e o pai uma coroa de mirto. À noiva dava-se um bolo de sésamo e mel ou uma tâmara, atiravam-se sobre ela, mais especificamente em sua cabeça, figos secos e nozes enquanto ela levada até o fogo sagrado pela mãe do futuro esposo, o momento de penetrar ao quarto (thalamos,) para que fosse consumada a união, à porta deste jovens de ambos os sexos cantavam o epitalâmio, no dia seguinte tinham lugares novos banquetes e sacrifícios. Em Atenas, vale lembrar que somente o adultério feminino era punido, o masculino apenas quando se dava com a esposa de outrem, isso porque o adultério feminino era uma afronta à autoridade do marido. O divórcio consistia no simples repúdio do marido pela mulher. (Coulanges, 2002, páginas 46-49).

O casamento na Roma antiga tinha por principal objetivo a geração de filhos legítimos que herdariam a propriedade e o estatuto dos pais. Para que um casamento fosse válido na Roma Antiga (*iustae nuptiae*) era necessário que se respeitasse os seguintes critérios: a capacidade jurídica matrimonial - recebia o nome de *conubium* e dela só gozavam os cidadãos romanos, portanto os escravos, atores e os que trabalhavam na prostituição estavam impedidos de casar.

Também se verifica tal impedimento à capacidade entre pais e filhos, mesmo se esses fossem por adoção e entre irmãos, mesmos meio-irmãos, também não se permitia o casamento entre um homem com sua filha, ou a filha de seu irmão, o que foi alterado pelo Senado para permitir o casamento do imperador Cláudio com a sua sobrinha Agripina, a idade – essa era legal quando o cônjuge feminino chegasse à puberdade entre 14 e 18 anos e o homem por volta dos 30, mesmo não sendo proibitivo que se casasse antes era raro um jovem do sexo masculino casar-se antes dessa idade, era quase sagrada e o consentimento – requerido pelos nubentes e *pater familias*.

A celebração do noivado era feita através de uma cerimônia (*sponsalia*) na qual se reuniam as duas famílias, o noivo oferecia presentes à noiva, entre os quais um anel de ferro (mais tarde, de ouro), que seria colocado no anelar da mão esquerda, assinava-se também o contrato nupcial, no qual se estabelecia o

montante do dote (*dos*). Concluídas essas formalidades, tinha lugar um banquete. O casamento ocorreria em um período compreendido entre alguns meses a dois anos depois. Existiam duas formas jurídicas de casamento, o *cum manum* (ou *in manum*), onde a mulher passava da autoridade do seu pai para a do marido. Era uma forma de casamento autocrática, dado que a mulher não tinha qualquer tipo de direitos sobre os seus bens nem mesmo sobre a sua própria vida. A sua situação era semelhante a dos filhos sujeitos à *patria potestas* ou a dos escravos sujeitos à *domenica potestas*, caindo em desuso antes do fim da República, dando formalização ao *sine manum*, na qual a mulher permanecia sob a tutela do seu pai (ou tutor, caso o pai tivesse falecido), podendo dispor dos seus bens e receber heranças; em caso de divórcio, o dote não ficaria por completo para o marido.

O casamento *cum manum* manifestava-se através de três formas: a *confarreati* - forma mais antiga e solene de casamento na Roma Antiga, tendo sido praticado pelos patrícios ao longo dos tempos, prática obrigatória entre o *rex sacrorum*, o *flamen Dialis*, o *flamen Martialis* e o *flamen Quirinalis*; para além de só poderem casar por esta forma, estes sacerdotes tinham que ser filhos de pessoas casadas pela *confarreatio*, a *coemptio* - consistente em uma reconstituição simbólica em que os homens compravam mulheres para poderem casar, retrógrado e o *usus* - quando uma mulher tivesse coabitado de forma ininterrupta por um ano com um homem, contudo se esta tivesse passado três noites fora de casa (*tricnotio*), continuaria solteira e sob a tutela do pai, percebe-se que esse instituto assemelha-se genericamente ao que hoje chamamos de união estável.

Devido à sua importância na vida de homens e mulheres, o casamento deveria ser realizado em datas consideradas como favoráveis. O período tido como mais propício era a segunda metade do mês de junho, porque estava relacionado com o solstício de verão, momento de apogeu do mundo natural. Embora não fosse proibido, não era conveniente casar nos dias das festas romanas, porque os convidados optariam por participar desses eventos e não compareceriam à cerimônia. As viúvas escolhiam muitas vezes casar nesses dias, uma vez que não chamariam tanto a atenção para a nova união. Na véspera do dia de casamento, a noiva consagrava os seus brinquedos de infância aos lares, rito semelhante ao do casamento grego, assim como a sua *bullae* (um colar que lhe tinha sido colocado no seu oitavo dia de vida para protegê-la do mau-olhado). Abandonava o uso da *toga praetexta*, uma toga com uma borda púrpura, e colocava a “túnica correctae”, que era branca e se estendia até aos pés, na cintura colocava um cinto atado com um nó especial para a ocasião, o *nodus herculeus* (em alusão a Hércules, que segundo a lenda teria tido mais de setenta filhos), que só deveria ser desatado pelo esposo quando o casamento fosse consumado.

No dia seguinte, a casa da noiva era totalmente enfeitada (particular cuidado era prestado às portas e umbrais) com ramos de árvores sempre verdes e

com flores. A noiva era assessorada pela *pronuba*, uma matrona casada uma única vez e com o marido ainda vivo, que simbolizava através dessas duas características a “esposa ideal”. Era ela que juntava as mãos direitas dos noivos (ritual do *dextrarum iunctio*), ato ao qual se seguia a declaração de uma fórmula por parte da noiva: *ubi tu Gaius, ego Gaia*. Cumpridos esses ritos, celebrava-se a *cena nuptialis* na casa da noiva. Chegava então o momento de organizar o cortejo, que à luz de archotes levaria a noiva para a casa do marido.

A noiva era acompanhada por três meninos, que tinham os pais ainda vivos (*patrimi e matrimi*). As pessoas que viam ou acompanhavam o cortejo gritavam “*Thalasse*”, nome de uma divindade protetora do casamento, e recitavam versos, alguns de caráter picante. Atiravam-se também nozes, apanhadas pelas crianças.

O marido, que tinha se adiantado ao cortejo para chegar à sua casa, recebia a noiva, à qual oferecia fogo e água. Esta, com azeite e gordura animal realizava um ritual que consistia em ungir os umbrais da porta da casa. Era então levada ao colo para dentro da habitação pelos acompanhantes ou pelo marido, para que não tropeçasse a entrar na nova casa, o que seria interpretado como um sinal negativo. A *pronuba* conduzia-a ao leito nupcial, onde seria consumada a união. Ajudava-a a retirar a roupa e as joias, encorajava-a para o que se seguiria e deitava-na na cama. O noivo poderia então entrar, embora no exterior continuasse a festa. Antes de partir a *z* realizava um sacrifício.

O adultério se corporificava quando um homem casado ou solteiro mantinha relações sexuais com uma mulher casada, passando a ser crime público a partir do ano 17 a.C, quando o imperador passou a puni-lo severamente, o marido era obrigado a pedir o divórcio, sob pena de ser acusado de proxenetismo, dispondo de sessenta dias para apresentar queixa da esposa adúltera, em caso de inércia qualquer cidadão na forma da lei romana poderia apresentar provas do adultério em um período de quatro meses, se não ocorresse nenhuma das possibilidades a mulher não poderia mais ser perseguida.

Nos primórdios o homem poderia pedir a dissolução do matrimônio em casos bem específicos, como o adultério e a infertilidade da esposa. Contam os relatos que o primeiro divórcio foi pedido quando Espúrio Carvílio Máximo Ruga, no ano 230 a.C divorciara-se da esposa por esta ser infértil. O direito de divórcio só foi conquistado pelas mulheres ao final da República, na época imperial torna-se uma prática corrente, e além dos motivos já elencados os cônsules poderiam solicitar a dissolução por estarem fartos um do outro ou por ter surgido uma aliança mais atrativa, essa liberalidade gira em torno do fato de que a religião romana não se opunha ao divórcio.

Para que o divórcio se efetivasse bastava que um dos cônjuges declarasse perante testemunhas a fórmula *res tibi habeto* (“fica com o que é teu”) ou *i foras* (“sai da minha casa”). Essas fórmulas também poderiam ser escritas

em uma carta e entregues ao cônjuge por um liberto. Os filhos da união terminada ficavam com o pai e com a família deste. (Coulanges, 2002, p. 48-52).

Hodiernamente os conglomerados do direito se delinham de forma peculiar em cada país, pois suas características dependerão da forma de governo, religião, usos e costumes. A seguir estão discorridos alguns dos principais sistemas jurídicos do mundo.

Não podíamos deixar de aludir ao sistema da maior potência econômica do mundo, os Estados Unidos, em um artigo publicado e devidamente citado nos trechos dele transcrito, dando a devida condecoração aos autores, coloca-se de forma didática quais são os meios, as causas e os tipos de divórcio.

Divórcio com culpa x divórcio sem culpa: Em 1970, o Estado da Califórnia nos Estados Unidos, mudou a opinião das pessoas sobre o divórcio e também facilitou a dissolução do casamento ao aprovar a primeira lei de divórcio sem culpa. Antes disso, para se divorciar, um dos cônjuges deveria ter feito alguma coisa errada: ser “culpado” pela falha do casamento. Estes maus comportamentos são chamados “motivos para o divórcio” e incluem adultério, crueldade física ou mental, abandono, confinamento em prisão, incapacidade física para manter relações sexuais e insanidade incurável. Se o cônjuge acusado não desejasse o divórcio, ele precisava negar as acusações contra ele e se defender em um tribunal.

Ainda que muitos estados permitam o divórcio com culpa, eles também permitem os divórcios sem culpa. Os divórcios sem culpa são exatamente o que dizem: ninguém tem culpa pela falha do casamento. Mesmo se houve alguma má conduta, isso não importa em um divórcio sem culpa. A base para a dissolução de uma união pode ser simplesmente “incompatibilidades” ou “diferenças irreconciliáveis”. Geralmente não é preciso nenhuma explicação ou prova de um problema. Na maioria dos estados, não importa se o outro cônjuge consente ou não com o divórcio.

Divórcio contestado x divórcio não contestado

Um divórcio é não contestado se um dos cônjuges:

Não contestar o pedido de divórcio do outro cônjuge ou suas decisões quanto a divisão de bens materiais, dívidas, sustento dos filhos, questões de guarda dos filhos e pensão alimentícia;

Não contestar legalmente as decisões do cônjuge;

Concordar em cada detalhe (também conhecido como divórcio consensual).

Caso não se chegue a algum acordo quanto a todas as questões, então este é um divórcio contestado e o casal deverá resolver as questões perante um juiz. Os divórcios contestados custam muito mais e geralmente criam muito mais confusão.

Divórcio simplificado: alguns estados permitem o divórcio simplificado, que agiliza o processo de divórcio e geralmente não envolve um tribunal.

Os divórcios simplificados são divórcios não contestados e sem culpa, nos quais não há desavenças sobre o acordo.

As leis estaduais diferem quanto ao divórcio simplificado, mas geralmente ele é a maneira mais barata e menos estressante de se obter o divórcio. Alguns estados requerem somente que você preencha os formulários e obtenha a aprovação de um juiz para o seu acordo consensual. Outros estados apenas permitem que você requeira um divórcio simplificado se não existirem crianças dependentes (abaixo de 18 anos) e nenhum débito financeiro em aberto envolvido. Os divórcios simplificados geralmente são concedidos muito rapidamente (30 dias após a entrada da documentação).

A anulação, como o divórcio, também dissolve o casamento, mas diferentemente do divórcio, ela indica que o casamento nunca aconteceu. Geralmente, uma anulação é solicitada na Igreja Católica Romana para que a pessoa possa se casar novamente. Os motivos para uma anulação variam de acordo com a jurisdição, mas geralmente incluem:

Fraude ou declarações falsas: por exemplo, um cônjuge já pode ser casado com alguém ou pode ter omitido o fato de que não pode gerar filhos;

Ocultabilidade: por exemplo, o cônjuge pode ter ocultado um vício em drogas, antecedentes criminais ou a existência de doença sexualmente transmissível;

Inabilidade ou recusa de manter relações sexuais com o cônjuge;

Desacordo: por exemplo, ideias diferentes sobre estilo de vida ou desejo de ter filhos.

As anulações são mais comuns quando os casais não permaneceram casados por muito tempo. Uma anulação que fez as manchetes em 2004 dissolveu o casamento de Britney Spears com seu namoradinho de infância, Jason Allen Alexander. Eles se casaram em uma capela de casamentos em Las Vegas, no dia 4 de janeiro de 2004 e, no dia 5 de janeiro, Britney pediu a anulação em um tribunal de Nevada alegando “não estar consciente de suas ações a tal ponto de ser incapaz de concordar com o casamento, porque antes de se casarem a queixosa e o réu não conheciam os gostos de cada um, os desejos de cada um sobre ter ou não filhos, e os desejos de cada um quanto ao estabelecimento de uma residência”. A anulação foi concedida dentro de poucas horas.

Certo é que todos os estados têm leis de divórcio diferentes, pois eles têm soberania. Apesar de existir uma *Uniform Marriage and Divorce Act* (Lei uniforme de divórcio e casamento) que alguns estados adotaram, os detalhes e procedimentos ainda variam bastante. Alguns estados também adotaram a *Uniform Divorce Recognition Act* (Lei uniforme de reconhecimento de divórcio), que requer que o divórcio seja solicitado no estado onde os cônjuges vivem.

Se eles se divorciam em um estado diferente, o estado deles não reconhece o divórcio, causando grandes problemas caso algum deles queira casar novamente.

Mesmo os estados que não adotaram a *Uniform Divorce Recognition Act* geralmente têm um requisito para divórcios, o que significa que você precisa ter morado naquele estado por um período de tempo especificado antes de poder solicitar o divórcio lá. Como alguns estados também têm exigências quanto à duração das separações antes da sentença de divórcio, as pessoas que buscam divórcios rápidos geralmente se mudam temporariamente para estados que têm períodos de separação mais curtos para obter seus divórcios mais cedo.

O que você deve fazer para obter o divórcio? Precisa ir a um tribunal? Se o seu divórcio é contestado ou se você está buscando um divórcio com culpa para ganhar maior pensão ou a guarda das crianças, então a resposta provavelmente é sim. Se não, ir a um tribunal nem sempre é necessário. De fato, atualmente somente cerca de 10% dos divórcios são levados perante um juiz. A maioria deles é resolvida fora dos tribunais.

O divórcio típico envolve a apresentação de queixa de um dos cônjuges e depois a contratação de advogados por ambos. Cada advogado inicia um “levantamento” para determinar como dividir os bens do casal. Eventualmente, os dois advogados estabelecem um acordo em nome de seus clientes ou o caso vai a tribunal para ser decidido por um juiz. O casal não é envolvido ativamente na negociação. O acordo final abrange a distribuição de bens, pensão para filhos e cônjuge e questões sobre a guarda/visitação dos filhos.

O divórcio consensual está crescendo em popularidade porque coloca o casal à frente das negociações e da gestão da distribuição dos bens. Com a ajuda de um profissional neutro, o casal pode discutir e negociar as questões para alcançar um resultado que ambas as partes considerem satisfatório. Se a mediação não funcionar, eles podem prosseguir com o caso litigioso, tradicional e deixar que um juiz decida. Entretanto, o casal não evita o tribunal completamente com o divórcio consensual. O acordo ainda precisa ser aprovado, os formulários preenchidos e o divórcio concedido por meio de um processo jurídico.

Mas, o casal evitará ter que “lavar roupa suja” em público e não precisará chamar amigos e a família para testemunhar em um julgamento. Outra opção cada vez mais popular e disponível é a lei colaborativa para o divórcio. A lei colaborativa é um novo processo para a resolução de disputas que inclui um acordo preliminar por escrito declarando que o divórcio não irá a tribunal. Em vez disso, ele é mais uma definição de resolução de disputa no qual o casal permanece no controle por meio de sessões de negociação frente a frente. Estas sessões incluem ambos os cônjuges e seus advogados. Eles também podem contratar profissionais como terapeutas, avaliadores ou outros conselheiros.

Basicamente, os advogados participam apenas para responder perguntas legais e o casal controla as negociações. Os cônjuges concordam que as informações serão trocadas (levantamento) em tempo hábil. Como cada cônjuge compreende seus interesses e necessidades pessoais melhor do que ninguém, este processo permite que eles apresentem essas necessidades e encontrem uma solução rápida.

Em vez de estarem lá para “vencer” (criando uma atmosfera adversa), os advogados neste caso se tornam negociadores e solucionadores de problemas, porque todo o foco e objetivo do processo é o acordo. Se um acordo não pode ser estabelecido, os advogados concordam em se retirar do caso e transferir todos os seus arquivos e informações para advogados subsequentes. Isso ajuda a controlar os custos porque o próximo advogado não precisará repetir o processo de levantamento. (Disponível em: < <http://pessoas.hsw.uol.com.br/divorcio-nos-eua1.htm>>).

A dissolução da sociedade conjugal na Argentina foi registrada pela primeira vez em 1871, ficando incólume mesmo após as Leis 2.393/1888 e 2.681/1889 e foi incluso definitivamente em 1987 com o advento da Lei 23.515/87. A separação nesse país pode ser litigiosa ou consensual, podendo aquela ser culposa ou não, tal qual fazia o nosso Código Civil de 1916, e o faz parcialmente com o Código Civil de 2002 no tocante a regras rígidas para separação culposa, é gritante a diferença que se assenta com a Emenda 66/2010, tal qual separação litigiosa culposa há exigibilidade de dois anos de interrupção da coabitação. (Carvalho Neto, 2009, p. 48).

O direito lusitano tem um traço bastante peculiar. Em 1910 introduz o divórcio (Decreto 1, de 03.12.1910) nas suas duas modalidades (litigiosa e consensual), vigorando até 1940, então a Concordata com a Santa Sé (07/05/1940) faz retroagir tal prerrogativa tornando a indissolubilidade do casamento impossível, excetuando-se os anteriores à legislação concordatária.

Em 1966, pelo Decreto Lei 47.344, é aprovado o Código Civil português. Este volta a disciplinar a questão do divórcio, nessa ordem “simples separação judicial de bens” (basicamente o que estabelecia o Projeto de Código Civil Brasileiro de 1965), podendo ser requerido por ambas as partes, o que não altera o casamento em si, tão somente a comunhão de bens, logo após trata do divórcio em si tanto litigioso (que se observará quando um dos cônjuges violar os deveres conjugais, sem que o consorte atingido o tenha instigado, ou se houver separação de fato por seis meses) quanto consensual (exigidos para tanto três anos de casamento), uma característica incomum ao direito brasileiro é o fato da caducidade do direito ao divórcio em dois anos, quando o ofendido teve conhecimento do fato desonroso, no caso de culpa, capaz de fundamentar o pedido. (Carvalho Neto, 2009, p. 51).

No Islã, direito e religião são homogêneos, as prerrogativas alcançadas pelas mulheres vêm do século VII d.C, hodiernamente mantém ileso o direito dos consortes de diluírem o matrimônio, a mulher além do divórcio, através de um instituto chamado “Khula” tem direitos inigualáveis, bastando apenas o marido ser recalcitrante para que o casamento se desfaça. Em suma, todas essas garantias estão descritas no Alcorão, por isso tal homogeneidade.

2 O FIM DO ESTADO DE SEPARADO

É sabido que existiam dois tipos de separação, a dita consensual e a litigiosa. Antes, quando a separação decorria de mútuo acordo entre as partes era necessário que os cônjuges fossem casados por mais de um ano. Segundo o artigo 1.574 do Código Civil de 2002, litigiosa é a separação iniciada por apenas um dos cônjuges. Para que a ação não fosse julgada improcedente, tinham que se fazer presentes dois requisitos: um imputável ao réu – atitude indigna – e outro de ordem subjetiva, ou seja, que tenha tornado a manutenção do matrimônio insuportável, pois somente o “inocente” teria legitimidade de pleitear ante o judiciário o pedido de dissolução. Como racionalmente alui Fachin (1999, p. 179) “Não há que se apurar culpa, com motivação de *ordem íntima, psíquica*, concluindo que a conduta pode ser apenas sintoma do fim”.

Com lógica o Estado agia de forma arbitrária ao impor um “estágio probatório” para a separação consensual e manter dois indivíduos juntos caso não houvesse a perquirição da culpa em si tratando de separação litigiosa, ilógico ainda era, que se os cônjuges não mais queriam permanecer unidos, eram obrigados a mantê-la por mais de um ano, mesmo que não coabitassem e não existisse o vínculo afetivo.

Com a aprovação da emenda 66/2010, que literalmente se deleita na questão dos prazos, extirpando-os, pondo fim ao estado civil de separado e o instituto da separação, visto que era de cunho obrigatório cumpri-los para se ingressar com a Ação de Divórcio, hodiernamente basta apenas à mera manifestação de vontade das partes, sem necessidade de cumprimento de prazos, demonstrando que o Estado não tem direito, tampouco dever de intervir na vontade das partes, desestruturando a sociedade, ao passo que obrigava o casal a permanecer unido contra sua vontade. Essa parte da vida do cidadão é tênue, e não permite intromissões.

3 O ANTES E O DEPOIS DA EMENDA 66/2010

Preteritamente à referida Emenda, tínhamos a dissolução do casamento conforme dispõe a Lei 6.715-77 (Lei do Divórcio) – que veio revogar

expressamente os artigos 315 usque ad 328 do Código Civil de 2002 – em seu Artigo 2º, enumerados taxativamente os motivos de dissolução conjugal, são as chamadas causas terminativas do casamento: a) morte de um dos cônjuges; b) anulação do casamento; c) separação judicial; d) divórcio. Sendo mister lembrar que no Parágrafo Único do referido dispositivo legal, a dissolução do casamento, entretanto, somente se dará pelo divórcio ou morte natural de um dos cônjuges, sendo assim separação judicial gênero da qual derivam a *separação consensual e a litigiosa*, dissolve apenas a sociedade conjugal, conservando o vínculo de modo a obstar que os cônjuges venham a convolar novas núpcias.

É sabido que o divórcio também estava predisposto a duas modalidades: a litigiosa, sendo ao divórcio-direto atribuída exigibilidade do lapso temporal de dois anos de separação de fato e o divórcio-conversão, tendo como pré-requisito um ano de separação decretada, sendo este formulado por apenas um dos cônjuges, sem a adesão do outro consorte.

Tanto na separação judicial consensual quanto no divórcio consensual o pedido é mútuo de ambos os consortes, ou feito por apenas um deles com a aceitabilidade do outro, tentando-se na fase devida um denominador comum que seja conciliatório. Sendo necessária a homologação judicial para ter validade, tornando eficaz o pacto de vontades, para que o Estado tivesse um controle, visto que o casamento é uma das pilastras da sociedade, podendo e devendo o juiz negá-la quando achasse plausível, artigo 34 § 2º da Lei de Divórcio.

Ilustrado o quadro em que se delineava a dissolução conjugal, percebe-se que a sapiência do legislador acompanhou os efeitos da modernidade, tornando célere o processo de divórcio e extirpando do cenário do direito positivado brasileiro o estado de separado e os prazos exigíveis, com a vigente Emenda podem ser extintos todos os processos de separação judicial, bem como aqueles em que os casais já obtiveram essa decisão, estando na fase de cumprir os dois anos para o pedido do divórcio. Posto que essas pessoas podem requerer de forma direta e imediata a dissolução do matrimônio, qualquer restrição que possam estar sofrendo fica exonerada, não há celeumas que a Emenda Constitucional 66/10 as revogou.

Toda Lei está imbuída de retroatividade ou ulterioridade e não está isento o referido dispositivo, não retroagindo apenas para alcançar a coisa julgada, ou constituir afronta ao ato jurídico perfeito ou prejudicar direito adquirido.

Hodiernamente não há qualquer restrição para a concessão do divórcio, seja ela de implemento de prazos ou prévia separação judicial, a única ação dissolutória do casamento é o divórcio, não mais incrustado causas de pedir. Culpas, prazos ou causas (mesmo que autor ou réu discordem, a dissolução do matrimônio ocorrerá, exceto quando houver expressa deserção de ambas as partes) controversas não mais integram a lide, ou são objeto da demanda.

Obviamente que havendo filhos menores as questões acerca devem ser acertadas, os aspectos patrimoniais sequer precisam de definição, sendo possível a concessão do divórcio se a partilha de bens, pelo pedido de separação ter tornado-se juridicamente impossível sequer há necessidade de requerimento das partes de conversão para o divórcio, devendo esta ser decretada de ofício pelo juiz (Artigo 462, CPC), mesmo a separação em grau de recurso descabe ser julgada, retornado ao juízo a *quo*, intima-se as partes e o juiz decreta o divórcio, o que não fere o duplo grau de jurisdição.

4 RESISTÊNCIA AO DESAPARECIMENTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Com a devida vênia aos que sustentam que o instituto da separação judicial ainda permanece, com fulcro em um verbo do dispositivo ora analisado, diga-se: artigo 226 §6º: o casamento PODE ser dissolvido através do divórcio. Persistindo a possibilidade de os consortes buscarem sua concessão pelo só fato de o Código Civil continuar regulando a separação judicial.

Usando as contra-argumentações de Dias (*online*, 2010):

A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derogados e não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal. (Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>)

Outro argumento é que no caso de arrependimento, havendo novo casamento haveria a necessidade da partilha dos bens do casamento anterior ou a adoção do regime de separado, elogiosa é a defesa novamente de Dias, 2010:

Mais uma vez a resistência não convence. Havendo dúvidas ou a necessidade de um prazo de reflexão, tanto a separação de fato como a separação de corpos preservam o interesse do casal. Qualquer dessas providências suspende os deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de escritura pública. E, ocorrendo a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Sequer há a necessidade de revogar a separação de corpos. O único efeito - aliás, bastante salutar - é que bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de cada um, a não ser que o par convencie de modo diferente. (Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>)

A verdade é uma só, conclui Dias: a única maneira de findar o pacto nupcial é por meio do divórcio, considerando que o instituto da separação foi banido do sistema jurídico pátrio. Assim, nada mais é necessário para tal fim, pois qualquer outra interpretação transformaria a alteração em letra morta. (Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>).

A nova disposição constitucional atende não apenas a necessidade da realidade da sociedade brasileira em toda sua evolução quanto ao assunto, como também atende ao princípio da economia e celeridade processual. Caracterizando o instituto da separação como etapa defasada e desnecessária, que foi constitucionalmente extinta de nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, que em nenhum momento se propôs a exaurir as controvérsias que pairam sobre o tema, contudo objetiva esclarecer e enriquecer as envergaduras que tornaram a chegada da Emenda Constitucional 66/2010, percebe-se que o legislador se viu compelido a respeitar os direitos fundamentais da razoabilidade, eficiência do processo, liberdade e igualdade, desde já expedindo as devidas desculpas.

Certo é que o Estado, em nenhum momento, deve intervir no acordo volitivo das partes no tocante à necessidade de se manter ou se desfazer o vínculo conjugal. Não se obriga duas pessoas a manterem a convivência e estipular prazos para que reflitam sobre a necessidade de permanecerem ou não juntas.

Tal dispositivo desafoga o Judiciário e impede que o Estado-juiz, sem o devido conhecimento que venha a gabaritá-lo, decida de forma arbitrária o “destino” dos indivíduos que teceram o vínculo conjugal, mesmo que se trate de célula mater como é o casamento.

A nova Lei não impede a reconciliação, mesmo que o seja com o consorte do qual já se divorciara, apenas torna célere um processo que por si já é desgastante, sem impor causas rigidamente legais, nem expondo os cônjuges a atos e ações vexatórias.

O cunho histórico apenas embasou a decisão do legislador, a culpa que o Direito de Família carregava foi tolhida, e o que antes dilacerava direitos seniores, mitigando física, psíquica e fisiologicamente as partes envolvidas em tal processo, agora chancela a possibilidade de uma ação menos exaustiva e dolorosa.

REFERÊNCIAS

- ABREU, José. **O Divórcio no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ALMEIDA, João Ferreira de. (tradução) **Bíblia Sagrada**. Impressão (revista e corrigida) Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 2000.
- Assessoria de Imprensa - Clipping - Extraído de: Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo - 19 de Julho de 2010. Nova Lei do Divórcio acaba com a separação judicial – Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287527/clipping-revista-consultor-juridico-nova-lei-do-divorcio-acaba-com-a-separacao-judicial>> acesso em 26 abr 2011.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação Judicial**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **A Invenção do Direito Matrimonial**. Coimbra: Almedina, 1990.
- CARNEIRO, Nelson. **A Luta pelo Divórcio**. São Paulo: Lampião, 1977.
- CARVALHO NETO, Inacio de. **Separação e Divórcio: Teoria. e Prática**. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga, série ouro**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. Artigo - ec 66/2010- **e agora ?**- Por Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>). Acesso em: 01 maio. 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novos Paradigmas na Separação Judicial e no Divórcio**: possibilidade de retratação unilateral e indeferimento do pedido de homologação de acordo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2345>>. Acesso em: 26 abr. 2011.
- FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2003.
- GARDNER, Jane F. **Women in Roman Law and Society**. Indiana University Press, 1991.

GRIMAL, Pierre. **A Vida em Roma na Antiguidade**. s/l: Mem Martins/ Europa-América, 1995.

PINSKY, Jaime (org). **100 Textos de História Antiga**. São Paulo: Contexto, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

***PROVISIONS ON THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT
66/2010- NEW LAW OF DIVORCE***

Abstract: This document contains provisions on the Constitutional Amendment 66/2010- New Law of Divorce, with the goal of enlightening as it was and as it was the Brazilian legal system with respect to the subject matter, the benefits and harm of the same at all my intention running out or settle the controversies that guide the subject. However, I will use all the resources (texts, laws, comparative law, interviewing lawyers, reviews of important operators of the law, jurisprudence, etc.) to seek a greater understanding of this point of difference.

Keywords: *Constitutional Amendment; New Law of Divorce, the Brazilian legal system.*

Data de recebimento: **set/2010** – Data de aprovação: **nov/2010**