

AS NOVAS DIMENSÕES DO DIVÓRCIO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010: uma interpretação sistemática.

*João Pedro Lamana Paiva¹
Ana Paula Gavioli Bittencourt²*

Resumo

O presente artigo objetiva apontar algumas dúvidas que, certamente, serão enfrentadas pelos operadores do Direito, Cônjuges e Terceiros Interessados. Sob o enfoque do Direito Constitucional Notarial e Registral, os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, da separação e do divórcio são abordados a partir da inovação trazida pela Emenda 66/2010, a fim de extirpar alguns pensamentos e preconceitos que circunscreveram a dissolução do casamento diretamente pelo divórcio durante toda sua tramitação no Congresso Nacional e após sua vigência.

1 – Introdução

A Emenda nº 66/2010 chamada de a *Pec do Amor* teve origem pela Proposta de Emenda Constitucional 22/1999, que propunha a *redução* do lapso temporal de dois anos, para um ano, na hipótese de separação de fato, igualando, dessa forma, o prazo para sua conversão em divórcio ao já aplicado à separação judicial. As PECs 413/2005 e 33/2007 tiveram, por sua vez, uma proposta mais audaciosa: a *supressão* do interstício para extinguir o vínculo matrimonial.

Após a realização de duas audiências públicas, foi vencedora a tese que defendia a extinção do intervalo temporal para a realização do Divórcio. Com essa nova redação, as PECs voltaram ao debate no Congresso Nacional, foram unificadas e, na publicação, receberam o número 66.

Dessa forma, a redação introduzida unicamente no sistema constitucional (sem alterar a legislação infraconstitucional) deu margem à criação de várias noções equivocadas da emenda e um debate jurídico sobre a permanência do instituto da separação no sistema jurídico brasileiro, diante da nova ordem constitucional. Logo, o estudo aqui elaborado, longe de afastar todas as polêmicas que envolvem o tema, pretende discutir os assuntos citados acima e perquirir sobre os efeitos dessa Emenda na esfera pessoal e patrimonial dos cônjuges, divorciandos e divorciados, através de uma leitura sob o prisma do Direito Constitucional Notarial e Registral.

¹ João Pedro Lamana Paiva, oficial dos Serviços de Registros Públicos de Sapucaia do Sul.

² Ana Paula Gavioli Bittencourt, oficiala do Registro Civil de Pessoas Naturais de Plácido de Castro-AC

2 – Os efeitos pessoais do casamento e do divórcio e a falência do matrimônio.

A separação e o divórcio já haviam ganhado uma nova dimensão com a Lei n. 11.441/2007, a qual tornou, inegavelmente, mais ágeis os procedimentos. Agora, novamente, a dissolução do casamento mereceu atenção de nossos deputados e senadores. No dia 14 julho de 2010, foi publicada a Emenda Constitucional nº 66/2010 – alterando o parágrafo 6º do artigo 226 da Carta Magna – cujo objetivo é permitir a dissolução do casamento pelo divórcio diretamente, sem que os cônjuges necessitem realizar a prévia separação e/ou aguardar o transcurso do prazo de um ou dois anos, conforme o caso.

Neste passo, é impossível deixar de perceber que a abertura para o ajuizamento imediato da Ação de Divórcio demonstra, salvo melhor juízo, um amadurecimento das convicções políticas, reforçando o caráter laico de nosso Estado. Antes de representar uma afronta ao caráter sagrado do matrimônio, como argumentaram os opositores à Emenda nº 66/2010, a alteração ressalta a seriedade do casamento e de suas formas de dissolução.

Com a modificação, é possível ver o obstáculo imposto aos casais mais afoitos. Eles serão obrigados a repensarem suas decisões antes de contatarem seus advogados. Afinal, tomada essa iniciativa, poderão estar em uma hora divorciados na área extrajudicial e em 30 dias no âmbito do Poder Judiciário. E depois? Essa é a grande mudança: não há depois.

O divórcio – trazido ao nosso sistema pela Lei nº 6.515/1977 e adotado pela Constituição Federal, pelo Código de Processo Civil e pelo Código Civil de 2002 – extingue o vínculo matrimonial e todos os deveres e direitos dele decorrentes em relação ao ex-consorte. Logo, se houver algum arrependimento, os divorciados deverão casar-se novamente, realizando nova habilitação.

Por conseguinte, desse novo mecanismo surgem diversas dúvidas, principalmente se o questionamento levar em consideração aspectos processuais e procedimentais. Em outras palavras, diante de um casamento com menos de um ano de vigência, será que os cônjuges teriam interesse processual para ajuizar uma ação de divórcio por mútuo consentimento judicial ou poderiam requerer a um Tabelião a lavratura de uma escritura pública de divórcio consensual, tendo em vista a nova ordem constitucional? A escritura pública seria válida ou careceria de efeitos?

O artigo 1.574 do Código Civil só admitiu a separação consensual ou por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de um ano. Por isso, é razoável afirmar ser inviável a realização de escritura pública de separação nesse caso. Afinal, se ao Poder Judiciário não lhe é facultado o direito de homologar tais casos, o Tabelião de Notas não poderá, igualmente, lavrar esse tipo de ato, sob pena de, em o fazendo, quebrar o sistema jurídico brasileiro, fomentando a insegurança jurídica.

Conclui-se, então, que os cônjuges casados há menos de um ano não podem beneficiarem-se da Lei nº 11. 441/2007, tão-somente nos casos de optarem pela esfera extrajudicial para realizarem sua separação.

No entanto, dentro dos cartórios forenses, é possível admitir a separação do casamento com menos de um ano, tendo em vista que o legislador não vedou expressamente essa possibilidade com a Emenda nº 66/10; o artigo 1.574 do CC só veda aos cônjuges de um matrimônio com menos de um ano de vigência a possibilidade de separação por mútuo consentimento.

Logo, deve-se ressaltar que a Constituição Federal, com a alteração introduzida pela Emenda nº 66/2010, além de estender o divórcio direto, indiscriminadamente, a todo o casamento, sem referir-se ou limitá-lo a certo tempo de duração também elidiu a prova testemunhal. Isto é, o procedimento ficou mais célere.

Dessa forma, é inverídica a premissa de ser a Emenda nº 66/2010 uma afronta ao matrimônio. Permanecem o prestígio e proteção estatal dado ao instituto do casamento desde o Código Civil de 1916. O que vem acontecendo apenas (e de forma gradual desde o início do século XX) é uma adequação do matrimônio ao princípio da dignidade da pessoa humana. É a dignidade dos seres humanos através da oportunidade de constituir uma nova família que deve prevalecer sobre todas as demais normas, pois se trata de um princípio fundamental elencado no artigo 1º, Título I, da CF.

É bom lembrar aqui que na época em que o Estado impunha aos cônjuges a manutenção do vínculo decorrente da separação – seja judicial ou de fato – antes que pudessem se divorciar violava um dos princípios fundamentais da República Brasileira, sem qualquer justificativa no mundo fático. Se houver arrependimento, casem-se novamente. Não há porque a lei deixar os separados de “castigo”, repensando seus erros e acertos durante o matrimônio. O restabelecimento conjugal sempre foi uma exceção no dia-a-dia da prática forense. **Portanto, trata-se de uma afirmação inverídica a de que a Emenda nº 66 exterminou o matrimônio.**

Pelo contrário, conforme matéria veiculada na Revista *Veja*³, em 2008, 17% das uniões no Brasil, envolveram ao menos um cônjuge que já vinha de um divórcio. Isto significa dizer que quase um em cada cinco casamentos era formado por um homem ou mulher divorciado. Por isso, a PEC foi apelidada de *PEC do Amor*.

Cabe chamar a atenção para o fato de que tais afirmações não preceituam a expulsão definitiva da ação ou escritura pública de separação da ordem legal. Esse mecanismo intermediário entre o casamento e sua dissolução total pode – e deve – continuar como uma opção aos cônjuges e à família, porque são eles quem devem decidir qual é o melhor caminho para salvaguardar os interesses de todos.

³ SANDOVAL, Gabriella, MEIER, Bruno e GASPAR, Malu. CASAMENTO POR QUE ELE CONTINUA A VALER A PENA. VEJA. Edição 2.179/Ano 43/nº 34.

3 – A separação: eliminada ou um procedimento facultativo?

É interessante verificar, inicialmente, a diferença entre separação e divórcio: enquanto aquela põe fim, apenas, a sociedade conjugal, esse extingue o vínculo matrimonial, permitindo a convolação de novas núpcias.

Com a *Emenda do Amor*, retirando a separação do texto constitucional, muitos articulistas vêm defendendo a eliminação da separação no Direito Brasileiro. Seus argumentos cingem-se a dois pontos básicos: não há previsão no texto constitucional, com a nova redação trazida pela Emenda nº 66/2010; o relatório da Câmara dos Deputados, que aprovou a modificação da Carta Magna, em alguns pontos autoriza essa interpretação.^{4 e 5}

Ousamos divergir de tais opiniões, propondo uma via menos radical e mais harmônica: uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e com o princípio fundamental da República (o princípio da dignidade da pessoa humana), pois a Emenda nº 66/2010 foi chamada no Congresso Nacional de *PEC do Amor*, justamente, por prestigiar a integridade física e psíquica dos ex-consortes em detrimento de orientações estranhas ao corpo jurídico. Logo, a supressão do termo *separação* do texto constitucional não é argumento válido para defender a revogação tácita dos dispositivos correspondentes no Código Civil.

A Carta Magna tem o intuito de guiar os operadores do direito na aplicação da lei infraconstitucional e não esmiuçar os institutos processuais, civis. Não sendo por outra razão que a chamada desapropriação judicial (art. 1.228, parágrafo 4º do CC), embora não esteja prevista na Constituição Federal é legal em face do princípio da função social da propriedade.

Nessa esteira, podemos defender que a separação judicial ou consensual é constitucional com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, além de estar expressamente prevista no Código Civil. Ademais, é razoável fornecer aos cônjuges indecisos um espaço para a conciliação, para o restabelecimento da sociedade conjugal sem onerá-los ou obrigá-los a casarem-se novamente.

Por isso, entendemos que a separação judicial e extrajudicial ainda subsistem, nos termos dos artigos 1.571 a 1.582 do Código Civil, sendo um instrumento útil aos consortes inseguros. Eles utilizarão essa via quando a simples separação de fato não lhes seja suficiente para assegurar-lhes a liberdade necessária para decidirem se querem continuar casados.

⁴ AZAMBUJA, Ney Paulo de, PAIVA, João Pedro Lamana. Separação e Divórcio - os efeitos da alteração constitucional. AJURIS-RS e ENORE. Disponível em <<http://www.colegionotarial.org.br>>. Acessado em 19 de agosto de 2010.

⁵ VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado. Disponível em <http://www.anoreg.br>. Acessado no dia 16 de ago 2010.

Afinal de contas, é sabido que no calor da discussão, muitos cônjuges apelam para coação moral, recusando-se a fornecer ao outro o divórcio, ou o privam da assistência material ou, até mesmo, do direito de visitar os filhos em comum. Consequentemente, estabelecido o direito de visita, o direito de propriedade sobre determinados bens e o direito de pensão alimentícia, os cônjuges ficam mais livres para decidir sobre sua vida conjugal, além de terem, em contrapartida, um prazo para conciliação ou para convencer o outro consorte dos benefícios de um divórcio consensual, aumentando as chances de uma dissolução amistosa.

Não é outro o entendimento da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que assim estabeleceu, por meio do Provimento n. 27/2010:

Agora, é possível a realização do divórcio nas serventias extrajudiciais catarinenses, sem a necessidade de se aguardar os prazos estabelecidos no Código Civil. A separação consensual, em contrapartida, continua possível de se efetuar, segundo os prazos e exigências da lei civil.⁶

4 – Os efeitos patrimoniais do casamento, do divórcio e a falência do matrimônio.

Dando sequência ao estudo aqui desenvolvido, é de se verificar que tal inovação no sistema não reflete apenas nas questões psíquicas dos cônjuges, atingindo também os efeitos patrimoniais decorrentes do casamento. Os artigos 1.639 a 1.710 do CC cuidam, exatamente, dos chamados efeitos patrimoniais do casamento, discorrendo sobre o regime de bens entre os cônjuges, o usufruto e a administração dos bens de filhos menores, alimentos e o bem de família.

Assim, é interessante analisar os efeitos desse divórcio direto na esfera patrimonial, pois os operadores do direito podem se deparar com um matrimônio regido por um sistema híbrido/dual cumulado com um intervalo sem qualquer regime de bens. Explica-se melhor: um matrimônio realizado pelo regime de comunhão universal de bens, e o casal decide divorcia-se imediatamente. Procuram o tabelião de sua confiança e realizam a respectiva escritura pública de dissolução, efetuando nesse mesmo ato a partilha dos bens. Durante os seis meses subseqüentes, ele e ela adquiriram bens imóveis na condição de divorciado. Posteriormente, resolvem casar novamente pelo regime de participação final dos aquestos (arts. 1.672 e seguintes do CC).

Nesse caso, a vida conjugal-patrimonial deles é regulamentada por dois regimes: uma parte do acervo, já partilhada, foi regida pelo regime de comunhão universal de bens; outra, pelo regime de participação final dos aquestos, e os bens adquiridos no estado civil de divorciados pertencem exclusivamente a cada um.

⁶ SANTA CATARINA.Tribunal de Justiça. Provimento n. 27/2010, promulgada em 13.7.2010. Disponível em <<http://extrajudicial.tj.sc.gov.br/provimentoscirculares/comunicados.html#78>>, Acessado dia 27 de ago 2010.

Contudo, não é difícil imaginar que o mesmo caso fique mais complexo, se, antes de casarem-se novamente, na hipótese anterior, os divorciados-namorados decidem fazer um estágio de convivência, realizando uma escritura pública de união estável, na qual elegem como regime vigente o de comunhão parcial de bens, enquanto resolvem como efetuarão a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento (CC, Art. 1.581.), embora já estejam divorciados. Então teremos: o regime de comunhão universal de bens sobre os bens adquiridos na constância do casamento, os quais ainda não foram partilhados; os bens de exclusividade de cada um, enquanto não estavam na condição de companheiros; o regime de comunhão parcial dos bens daqueles adquiridos durante a união estável e o regime de separação obrigatória de bens (artigos 1.523, inciso III c/c artigo 1.641, inciso I do Código Civil) daqueles vendidos e comprados durante as segundas núpcias, em virtude de não terem sido divididos os bens do primeiro matrimônio.

Entretanto, a existência de regimes de bens múltiplos não é fruto da Emenda nº 66/2010, uma vez que não era proibido o estabelecimento de união estável, quando o consorte já estava separado. União estável é questão de fato, não de direito.

Com isso, não se pode deixar de salientar um ponto negativo desse chamado divórcio direto: dependendo do caso, divorciar-se e casar-se novamente é mais vantajoso que alterar o regime de bens. Afinal, eventuais credores não poderão impugnar e nem serão chamados a se manifestar – diga-se de passagem – na dissolução do matrimônio; tampouco sobre o novo casamento com a mesma pessoa com regime de bens diferente. O Estado e o regime jurídico protegem a constituição do casamento. Logo, os terceiros preteridos em seu direito deverão acionar o Poder Judiciário com fulcro no artigo 1.577, parágrafo único do CC.

5 – Interesse processual no ajuizamento da ação de separação e a Emenda Constitucional nº 66/2010

Outra questão interessante, ainda não resolvida pelos Tribunais, circunscreve o ajuizamento da separação judicial após a Emenda nº 66/2010. Como fica ou ficará a demonstração do interesse processual.

Se as partes decidirem ingressar com uma separação consensual, deverão demonstrar os motivos íntimos determinantes para escolha dessa via? Anteriormente a Emenda Constitucional, o interesse processual era evidente e objetivo: marcar o transcurso do prazo para solicitar a conversão em divórcio. Agora, o interesse processual se confunde com os motivos de foro íntimo?

Diante do que foi exposto, é possível afirmar que o legislador passou aos cônjuges a escolha do procedimento da dissolução do matrimônio. O juiz não poderá eximir-se de julgar ou homologar uma ação de separação, pois o ajuizamento de uma ou outra é uma opção dos consortes, assim como o procedimento de dissolução da sociedade matrimonial perante o Notário ou o Juiz é facultativo. Comporta, todavia, o sistema jurídico brasileiro que, na audiência, o juiz informe as partes sobre as inovações trazidas pela Lei nº 11.441/07 e a Emenda nº 66/2010, proporcionando-lhes o conhecimento necessário para decidirem de acordo com os seus interesses. As mesmas faculdades aplicam-se ao Tabelião de Notas, quando da leitura da escritura pública de separação ou divórcio.

6 – Conclusões

Como podemos perceber, os caminhos na seara da separação e do divórcio ficaram sinuosos. Somente com as decisões judiciais e a doutrina poderemos verificar como as novas dimensões do divórcio ir-se-ão consolidar.

Mas, desde já, defendemos que:

- A Separação continua como um instituto FACULTATIVO aos Cônjuges na legislação infraconstitucional;
- O Divórcio Consensual não exige mais o requisito da comprovação do lapso temporal e testemunhas: divórcio direto.

Enquanto isso não vier, ficamos aguardando os estudiosos explicarem a estranha coincidência entre o número da Emenda Constitucional nº 66 e a atribuição desse número, pela religião católica, a besta, pois a semelhança seria evidente com o acréscimo de outro seis a esse número: 666.

Por oportuno, deixamos aqui consignado que sair do Tabelionato de Notas divorciado e no mesmo dia casar-se novamente com a mesma pessoa, ou outra, no Registro Civil de Pessoas Naturais é impossível. O divórcio deve ser averbado na certidão de casamento, a partilha deverá ser anteriormente registrada e a habilitação demora em torno de 30 dias; portanto, a sociedade brasileira não corre esse risco. Isso é outra idéia equivocada dos procedimentos legais.

Referências:

AZAMBUJA, Ney Paulo de, PAIVA, João Pedro Lamana. Separação e Divórcio - os efeitos da alteração constitucional. AJURIS-RS e ENORE. Disponível em <<http://www.colegionotarial.org.br>>. Acessado em 19 de agosto de 2010.

BRASIL, SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Provimento nº 27/2010, promulgado em 13.7.2010. Disponível em <<http://extrajudicial.tj.sc.gov.br/provimentosecirculares/comunicados.html#78>>, Acessado dia 27 ago 2010.

SANDOVAL, Gabriella, MEIER, Bruno e GASPAR, Malu. CASAMENTO POR QUE ELE CONTINUA A VALER A PENA. VEJA. Edição 2.179/Ano 43/nº 34.

VELOSO, Zeno. O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado. Disponível em <http://www.anoreg.br>. Acessado no dia 16 de ago 2010.