

## A MUDANÇA DE PARADIGMAS NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E A DESJUDICIALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO COMO UMA NOVA CULTURA JURÍDICA

### THE CHANGE OF PARADIGMS IN CONTEMPORARY FAMILY AND THE DESJUDICIALIZAÇÃO OF THE SEPARATION AND DIVORCE AS NEW LEGAL CULTURE

*Adriane Medianeira Toaldo<sup>1</sup>*

**Resumo:** No cenário que se desenvolve a sociedade contemporânea, as estruturas familiares estão se constituindo a partir de laços alheios à conjugalidade, diversificando cada vez mais as formas de organização. Vislumbra-se, portanto, um formato de família mais ampla, democrática e plural, engendrada em um horizonte onde grilhões foram arduamente rompidos – tanto históricos quanto jurídicos – cedendo lugar a uma nova visão conceitual e estrutural, com intensos reflexos no instituto do casamento, que passou a fundamentar sua composição no afeto, livre do estigma da indissolubilidade e subserviência feminina. Tamanhas transformações na realidade social clamavam por leis atualizadas, que viessem consagrar a gama de direitos que ora se anunciavam. Nesta moldura, o presente estudo aborda o movimento de desjudicialização dos institutos da separação e do divórcio a partir da mudança dos paradigmas familiares e as forçosas inovações operadas no ordenamento pátrio ao longo do tempo. Este movimento vem à baila com o desígnio de simplificar e desestimular os intermináveis, onerosos e desgastantes litígios, minimizando assim a morosidade do sistema judicial com a possibilidade de eleição de tais procedimentos em sede extrajudicial.

**Palavras-chave:** Família. Desjudicialização. Separação. Divórcio. New Legal Culture.

**Abstract:** In the scenario that is developed the contemporary society, the family structures are forming from ties outside the conjugality, diversified each more the forms of organization. Sees, therefore, one format f the family more larger, democratic, and plural, engendered in a horizon where bonds were broken hard – both historicals and judicials – giving place a new vision conceptual and structural, with intenses reflections in the institute of marriage, which has been based in this composition in the affection, free from the stigma of indissolubility and female subservience. Such great transformations in the social reality called for laws updated, that they would to consecrate range of rights that is now being proclaimed. In this frame, the present study discuss the movement out of the Judicial Sphere of the institutes of separation and divorce as from the change of paradigms family and the compelling innovations operated in ordering of country along time. This movement comes up with the plan to simplify and discourage the interminables, onerous and stressful disputes, therefore minimizing, the slowness of the judicial system, with the possibility of the election of the such procedures in extra judicial seat.

**Keywords:** Family. Out of the Judicial Sphere. Separation. Divorce. New Legal Culture.

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, UNISC. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Ritter dos Reis, Canoas, RS. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito Processual Civil na Universidade Luterana do Brasil, ULBRA – Campus Santa Maria, RS. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da ULBRA- Santa Maria/RS. Advogada. Email: adrianetoaldo@terra.com.br

## Considerações iniciais

A inserção do ser humano na estrutura social costuma processar-se através de sua família de origem, primeiro grupo social que fazemos parte, sendo indiscutível de que é inato e necessário ao homem viver em sociedade. Independente do *status* social que desfruta, o indivíduo sente-se mais pleno e realizado quando integra um núcleo familiar, no qual estrutura seu caráter, forma as bases psicológicas e constrói sua subjetividade, mediado pela convivência com os genitores.

Historicamente, os modelos familiares provêm de uma estrutura conservadora, calcada em costumes e valores morais, na qual a sociedade reconhecia apenas as famílias instituídas pelo matrimônio, num paradigma essencialmente patriarcal, hierarquizado, onde o homem dominava, devendo ser obedecido e venerado pela esposa e filhos. Chancelada pela instituição matrimônio - tida como indissolúvel - a sociedade conservadora infligia a anuência e reconhecimento de tal representação social como legitimadora da família, cabendo ao Estado sua total proteção.

Em que pese todas as restrições impostas pelo conservadorismo moral e religioso, que imprimiu sua marca no instituto, logo estigmatizado pelo receio de que incentivaria a ruína da família enquanto base da sociedade, o divórcio foi instituído no Brasil em 1977, regulamentado pela Lei 6.515/1977. Assim, não era possível se divorciar sem o requisito prévio da separação, devendo ser observado o lapso temporal consignado na lei. Em boa hora, atendendo a impetuosa evolução social, cultural, econômica e política, com forçosos reflexos nas relações jurídicas, surge a Constituição de 1988, trazendo um novo alento para a sociedade, que clamava por um regramento mais adequado aos novos padrões vigentes nas relações parentais.

Com efeito, a estrutura das relações familiares contemporâneas segue em permanente mutação, na esteira das vertiginosas modificações culturais e científicas, o que demanda um constante ajuste e atualização na produção legislativa. Nessa vertente, o presente estudo demonstra de forma sucinta a evolução das relações parentais e a repercussão da mudança de paradigmas no instituto do casamento, perpassando pela luta das mulheres na conquista de seu espaço como sujeitos da relação afetiva.

Remata demonstrando como as novas regras de dissolução da sociedade conjugal pretendem simplificar e desestimular os infundáveis e onerosos litígios, em busca da saída mais célere e pacífica para a lide. A partir das inovações propostas no ordenamento pátrio, as partes têm ao seu alcance alternativas de composição e encaminhamento nas esferas judicial ou extrajudicial, com maior liberdade e autonomia, vez que reduzida a interferência estatal na vida privada dos cidadãos.

### 1 As transformações na família e a repercussão nas relações parentais

Sob o comando jurídico do Código Civil de 1916, de caráter eminentemente patrimonial, a família brasileira era tradicionalmente vista como instituição hierarquizada, um cerne econômico e reprodutivo, e como tal, centralizada num genitor - provedor, que exercia domínio absoluto, seja através do pátrio poder ou do poder marital, objetivando a formação e resguardo de patrimônio para transmissão aos

descendentes. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira<sup>2</sup>, o *pater familias* era o grande homem, o grande chefe, que acumulava em suas mãos uma imensa gama de poderes. Como não poderia deixar de ser, a sociedade evoluiu, e com ela a estrutura familiar também mudou, demandando ajustes legislativos, capazes de acompanhar tais transformações. De acordo com o autor eleito para fundamentar o presente estudo, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>3</sup>, é plausível afirmar:

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século, em todo mundo ocidental. Essas mudanças estão associadas ao declínio do patriarcalismo que, por sua vez, tem suas raízes na Revolução Industrial e na Revolução Francesa, que marcaram um novo ciclo histórico: a Idade Contemporânea. A partir daí o declínio do patriarcalismo começa a se acentuar e surge o movimento feminista, a grande revolução do século XX. No Brasil, esta revolução teve seu marco inicial na década de 60 do século XX, cujas conseqüências começaram a dar sinais na legislação sobre a família, especialmente com a Lei n. 4.121/64, denominada de "Estatuto da Mulher Casada". Desde então, não parou mais.

Como visto, credita-se ao movimento feminista o avanço expressivo na luta pela equiparação de direitos entre os cônjuges, tendo como marco referencial o Estatuto da Mulher Casada, coadunando-se ao momento histórico vigente no país. Sob a égide do Código de 1916, a mulher casada não tinha plena capacidade civil, sendo submetida ao marido, visão esta que só foi modificada a partir de 1962, com a vigência do estatuto, que viabilizou sua emancipação. Da mesma forma, se expressa Renata Raupp Gomes<sup>4</sup> na seguinte doutrina:

Somente na década de 1960, com a promulgação de Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962 – conhecida como Estatuto da Mulher Casada – foram extirpadas do Código Civil algumas das normas mais aberrantes no tocante à condição de esposa, mãe, e, sobretudo cidadã, como a incapacidade relativa. A mulher conquista finalmente o direito a trabalhar sem necessitar de autorização marital e o direito de ficar com a guarda dos filhos. É, entretanto, mantida a preponderância do marido como cabeça do casal, ressaltando que tal autoridade deve ser exercida em benefício da família.

A mulher passa, então, a exercer o papel de colaboradora no núcleo familiar, mas ainda cerceada, seguindo o padrão hierarquizado de direitos e deveres. Essa luta permanente e silenciosa em busca do reconhecimento de seu valor representou valiosos progressos na tentativa de rompimento do tabu da ascendência masculina, conforme proclama Rodrigo da Cunha Pereira<sup>5</sup>:

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179.

<sup>3</sup> *Idem*, p.3.

<sup>4</sup> GOMES, Renata Raupp. Os "novos" direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 58.

<sup>5</sup> PEREIRA. *Op. Cit.*, p. 3.

A suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar de sujeito para as mulheres e não mais assujeitadas ao pai ou ao marido. A conquista por um “lugar ao sol” das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito, abalou a estrutura e a organização da família. Os papéis masculinos e femininos se misturaram e tudo está sendo repensado na organização jurídica da família.

Apesar do acréscimo no espaço de participação da mulher e da tímida revolução sexual que aos poucos se sedimentava na sociedade brasileira, o casamento ainda representava uma via sem volta, revestido de uma moralidade implícita, defendido como vínculo sagrado. O instituto existente na época, como única possibilidade de ruptura da relação era o desquite, porém este não dissolvia o matrimônio, nem autorizava novo casamento, mantendo os cônjuges vinculados, sendo as uniões fora deste âmbito, conservadas à margem da lei.

Em 1977, com a promulgação da Lei 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977, chamada Lei do Divórcio, novos institutos vieram integrar a seara do Direito de Família: a separação e o divórcio. O instituto da separação judicial veio em substituição ao anterior desquite, sendo uma etapa intermediária, ou seja, a separação ainda não extinguiu o vínculo conjugal. Estabeleceu-se uma duplicidade de procedimentos, pois somente decorrido o lapso temporal da separação, poderia ingressar com o pleito divorcial. Ocorre que estes institutos ainda não representaram o ápice da libertação das amarras afetivas, que continuavam penalizando a mulher, pois os costumes arraigados deflagravam notório preconceito, especialmente quanto à figura feminina e a dos filhos de pais separados, que eram estigmatizados pela sociedade, numa decorrência natural das turbulentas transformações e sua respectiva assimilação.

A assertiva de Rodrigo da Cunha Pereira<sup>6</sup> demonstra claramente o impasse afetivo-social vivenciado pelas famílias no período:

Com a conquista das mulheres de um lugar de “Sujeito de Desejo”, o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu. A resignação histórica das mulheres é que sustentava os casamentos. O fantasma do fim da conjugalidade foi atravessado por uma realidade social, em que imperava a necessidade de que o sustento do laço conjugal estivesse no amor, no afeto e no companheirismo. Aí reside uma das mudanças paradigmáticas e estruturantes do Direito de Família: a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Após várias tentativas de aprovação, apesar das forças religiosas em contrário, finalmente foi aprovada no Brasil, em 1977, a Lei do Divórcio. Os casais já não precisavam mais ficar casados a qualquer custo. As mulheres já não estavam mais tão resignadas como nas décadas de 50, 60, do século passado, e compreendeu-se que filhos de pais separados não são infelizes ou problemáticos por essa razão.

Com o escopo de disciplinar as mutações na realidade pátria, em compasso de remodelação de sua estrutura social e configuração política, após a significativa evolução em busca da liberdade, igualdade e democracia, a revolução sexual e a admissão da mulher no mercado de trabalho, a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, é promulgada, introduzindo relevantes alterações no perfil da família brasileira.

---

<sup>6</sup> PEREIRA. *Op. Cit.*, p. 5.

Nessa senda, manifestam-se os doutrinadores Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto<sup>7</sup>:

A família moderna sofreu, com certeza, grandes alterações no último século, sendo que essa evidente transformação trouxe conseqüências para seus mais diversos aspectos, ou seja, alterou-se conseqüentemente o aspecto cultural, conformador da família, antes baseada na figura do pai como chefe supremo, no aspecto econômico, com a entrada da mulher/mãe no mercado de trabalho, no aspecto social ante a nova postura da sociedade diante de situações existentes e que antes sequer eram consideradas como o reconhecimento da união estável, dentre outras tantas.

À luz do modelo constitucional proposto, transforma-se o Direito de Família, que assumiu novos rumos, ressignificando a instituição basilar da sociedade. Estabeleceram-se garantias amparadas no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ampliado o conceito de família, então elevada à condição de referencial de igualdade, liberdade e realização pessoal de seus membros. Muitas foram as conquistas sedimentadas pela Carta Magna, destacando-se o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares, o tratamento igualitário dispensado a todos os integrantes da família e a simplificação dos processos de dissolução do casamento, sendo estes períodos retratados por Maria Berenice Dias<sup>8</sup>:

[...] No Brasil foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz [...]; foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital.

A partir do reconhecimento das múltiplas entidades familiares, seja a união legalizada pelo casamento ou aquela formalizada pelo tempo de convivência, a união estável, ou ainda núcleos familiares compostos por um dos pais e seus descendentes, a família monoparental, todas fazem jus a tutela do Estado, compreendidas como relações de natureza familiar, aquelas formadas por vínculos afetivos ou abrangidas por laços de sangue.

Destaca o civilista Sílvio de Salvo Venosa<sup>9</sup>, que só mais recentemente a família foi observada pelos juristas sob prisma de instituição, abrangendo as uniões sem casamento e até mesmo as chamadas famílias monoparentais<sup>10</sup>. Nessa travessia, importante as considerações de Maria Berenice Dias sobre a constitucionalização do modelo de família eudemonista<sup>11</sup>:

<sup>7</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 73.

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; Rodrigo da Cunha Pereira (cords.); AZEVEDO, Álvaro Villaça et al. *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 149.

<sup>9</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9.

<sup>10</sup> A família monoparental vem definida no artigo 226, § 4º da Constituição Federal de 1988 como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

<sup>11</sup> DIAS. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 55.

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-se da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF.

Desse modo, o afeto alcançou o devido prestígio, sendo contemplado no sistema jurídico, com o claro desígnio de assegurar a felicidade como um direito a ser alcançado por todos. Cristalina a percepção de que foi a permanente busca pela felicidade e realização pessoal que impulsionaram as lutas sociais capazes de livrar os sujeitos da liga preconceituosa que limitava o pleno exercício da afetividade, conclamando urgentes e adequadas normas legislativas, que personalizassem o Direito de Família, conforme preconiza Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>12</sup>:

São inúmeras as demonstrações da personalização no âmbito da família: a igualdade entre os cônjuges, entre os filhos – independente de origem -, a vinculação do casamento à comunhão plena de vida dos cônjuges, a pluralidade de entidades familiares e, por fim, a concepção da afetividade como princípio jurídico.

Assim, testemunha-se a evolução e a ampliação do conceito de família, trazendo em seu bojo a noção do afeto como sustentáculo das relações parentais. Diante da relevância dos temas já abarcados pelo texto constitucional, o arcaico Código Civil de 1916 perdeu sua função, abrindo espaço, desde 2003, para um diploma civil aspirante no rompimento efetivo de um arcabouço jurídico secularizado, vez que, conforme destaca Maria Berenice Dias<sup>13</sup>:

Não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido **excluir expressões e conceitos** que causavam grande mal-estar e não poderiam mais conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos aqueles dispositivos que já eram letra morta e retratavam ranços e preconceitos discriminatórios.

Importa, contudo, a presença do paradigma democrático na equação familiar. O casamento passou a ser considerado também como um meio de satisfação pessoal, não mais uma mera obrigação a ser cumprida a vida toda. Em face disto, surge uma nova família, mais aberta e plural, pautada essencialmente no vínculo de afeto que deve unir seus integrantes, livre das preconceituosas amarras da conservação do matrimônio a qualquer preço.

---

<sup>12</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.75.

<sup>13</sup> DIAS, 2011, p. 32.

## 2 O Princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade dos gêneros

Segundo registrado anteriormente, o advento da Revolução Industrial e o movimento feminista precipitaram a remodelação de conceito de família. Com a decadência do sistema patriarcal, a mulher conquistou seu espaço no mercado de trabalho, laborando nas fábricas para reforçar o orçamento doméstico e chamando para si maiores responsabilidades, além daquelas que, tradicionalmente, lhe eram atribuídas nos cuidados do lar e filhos.

Entretanto, diante de concepções enraizadas, a figura feminina mantinha a preponderância como esteio da família, ainda em sua configuração tradicional, impondo-lhe a responsabilidade de conservar o núcleo doméstico, dificultando ainda mais a assimilação e consolidação dos novos contornos das relações parentais. No tocante a dissolução do matrimônio, tal situação não foi diferente, vez que a guarda dos filhos era concedida primordialmente à mãe, numa evidente referência às lides domésticas e sua vinculação à figura feminina.

Tal visão justifica-se pelo imaginário recorrente de que a mulher deveria exercer suas atividades no âmbito doméstico por seu aflorado sentido maternal, pressupondo que tal encargo lhe traria toda satisfação, podendo assim abrir mão da vida pessoal e profissional, negando sua individualidade e seus desejos, em prol da permanência da família e da educação dos filhos. Dentro da perspectiva de avanço na significação da instituição familiar, os princípios constitucionais emergem em lugar de destaque, com a função de informar e balizar o ordenamento jurídico nacional, abrindo caminhos para que este abarque um ideal de justiça mais ativa, na luta pelo alcance da dignidade humana em todos os seus aspectos.

Maria Berenice Dias<sup>14</sup> avaliza o papel dos princípios na valorização das variadas espécies de família albergadas pela Constituição Federal de 1988:

É no direito das famílias em que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para sua aplicação.

Levando em conta o universo de diplomas legais que se destinam ao resguardo dos direitos fundamentais inerentes ao sujeito, na contemporaneidade não se concebe qualquer enfoque sobre o homem, sem o suporte do princípio da dignidade, um dos pilares inspiradores da ordem constitucional brasileira. Ilumina a presente reflexão o posicionamento doutrinário de Rodrigo da Cunha Pereira<sup>15</sup>, ao firmar que a dignidade é um macroprincípio, sob o qual irradiam e estão contidos os outros princípios e valores essenciais:

O primeiro deles, e que é também a base de sustentação de todos, é o princípio da dignidade humana. É mais que um princípio constitucional, uma vez que constitui em um imperativo ético para garantir a palavra de ordem da

---

<sup>14</sup> DIAS, 2011, p.61.

<sup>15</sup> PEREIRA, R. 2005, p.197.

contemporaneidade: cidadania. É ele que, entrelaçado, sustentando e sustentado por todos os outros princípios, vem impedir que a história das exclusões feitas através do Direito de Família se repita.

Elevado à categoria de princípio máximo, expresso no artigo primeiro da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana se estabelece a partir da consolidação do caráter personalista do Direito, tendo a pessoa como centro do ordenamento jurídico, devendo ser protegida, promovida e valorizada como sujeito de direitos.

O pensamento do autor converge no sentido de que o Direito de Família não prescinde de tão nobre princípio, e alimentado por este, abandona prerrogativas dominantes no século passado, rompendo a inércia do cidadão perante as lesões aos direitos fundamentais e frequente desrespeito aos indivíduos: hoje a família é entendida como lugar de realização e promoção da dignidade da pessoa humana. Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>16</sup> assevera que a dignidade é o marco jurídico que se constitui no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos fundamentais; significa que o ser humano é um valor em si mesmo e não um meio para alcançar outros fins.

Para cumprir tal desiderato, a dogmática constitucional consagra, a partir do princípio da dignidade humana, o repúdio a toda concepção que escravize ou promova a sujeição do ser humano a atos degradantes, por ser este dotado de valor próprio, inerente e incontestável. Em atenção à igualdade jurídica entre homens e mulheres, ressaltam-se novamente os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira<sup>17</sup>:

Esta mudança de concepção da relação conjugal deve-se, portanto, à conquista e ao reconhecimento de que ambos os parceiros, além de iguais direitos, são também sujeitos de desejo. É este sujeito desejante que possibilitou à mulher sair da cena exclusivamente doméstica para participar também da cena pública e do mercado de trabalho. Brincando com as palavras, podemos dizer que ela passou de dona de casa à dona da casa. Isto faz toda diferença e traz para a organização jurídica da família novos questionamentos que provocam uma mudança no cotidiano e na prática das relações jurídicas e judiciais.

Conforme já discorrido nesse estudo, quanto à questão de gênero, resta incontroverso que as conquistas femininas foram o marco evolutivo que redimensionou a realidade social e os rumos da família brasileira. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira<sup>18</sup>, a condição jurídica da mulher é um dos mais ricos capítulos da história evolutiva do direito. Foi onde se processou a maior transformação no Direito de Família.

Encontra-se a face de uma nova família, que tem como suporte principal o afeto, na qual os genitores não se contentam mais em desempenhar clássicos papéis de gênero, quando deviam garantir a segurança econômica ou se dedicar aos cuidados do lar, implicando na hegemonia masculina. Quanto ao postulado, recolhemos a lição de Rolf Madaleno<sup>19</sup>, ao afirmar que o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim dar sentido e dignidade à existência humana.

<sup>16</sup> TEIXEIRA, 2005, p.61.

<sup>17</sup> PEREIRA, R. 2005, p.149.

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.11.

<sup>19</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 67.

Homens e, especialmente as mulheres, estão desbravando comportamentos. Galgaram amplos degraus até atingir maior liberdade e autonomia, garantindo o direito de extinguir o vínculo matrimonial se for esse o desejo, provando que o legítimo sustentáculo dos laços conjugais é o afeto. Não há mais espaço para a manutenção de um arcabouço jurídico retrógrado e ineficaz, que dificulta a dissolução do casamento como pretensa garantia de salvaguarda da família. Em meio a esse panorama, as reflexões tecidas pela doutrina e jurisprudência ganharam força e lograram avanços significativos, convergindo para a nova realidade que se instaura na seara jurídica, conforme se aborda na sequência.

### **3 O movimento de desjudicialização da separação e do divórcio e a Emenda Constitucional 66/10**

Os avanços na sociedade e na estrutura familiar produzem mudanças no ambiente jurídico. O fato social antecede o fato jurídico, sendo que a prática reiterada de condutas protesta pela regulamentação das situações fáticas, representando um grande desafio para o legislador, que não consegue acompanhar a velocidade de tais transformações. Com o intuito de atender a demanda sociojurídica reprimida, ocorreram nos últimos tempos, substanciais reformas no ordenamento jurídico brasileiro, voltadas também para a premente necessidade de desembaraço da via judicial com a maior celeridade dos trâmites processuais.

Não se pode olvidar que assistimos ao grande colapso que atinge o atual modelo de jurisdição, deflagrada, entre outros relevantes fatores, pelo número incessante de demandas que desembocam no Poder Judiciário. O aparelho estatal não consegue dar vazão ao expressivo volume de ações peculiares à cultura da beligerância. Resta claro o descompasso da prestação jurisdicional, que se torna morosa e, por conseqüência, ineficaz. Percorrendo tal caminho, o conjunto das últimas reformas processuais deu início a um movimento de desjudicialização, na tentativa de retirar da esfera judicial os procedimentos que encontram em outros órgãos a sua concretização.

Inaugurando o promissor intento de remover o foco da esfera de competência do Poder Judiciário, a Lei nº 11.441, de janeiro de 2007<sup>20</sup> apresenta as opções extrajudiciais, permitindo que a separação consensual e o divórcio, assim como o inventário e a partilha sejam oficializados por escritura pública, em via administrativa. O que se depreende da leitura de tais comandos legais é que há vantagens na descentralização dos atos jurisdicionais, a partir do deslocamento da via judicial para a extrajudicial, considerando que a opção pelos procedimentos cartorários e soluções extrajudiciais deve imprimir maior agilidade aos atos, facilitando assim o acesso para regularização de situações fáticas de forma menos onerosa para o cidadão.

Cabe considerar que a legislação em comento, em relação separação consensual e ao divórcio, prevê somente a facultatividade do procedimento extrajudicial, sem

---

<sup>20</sup> O Art. 1.124 do Código de Processo Civil passou a vigorar acrescido do seguinte art. 1.124-A: A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

alterar os requisitos temporais da separação dos cônjuges enquanto pressuposto para a obtenção do divórcio, mantendo a dualidade de procedimentos.

Ostentando a seguinte redação: “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”, o artigo 226, § 6º da Carta Magna manteve o anacrônico vínculo entre os consortes, estabelecendo um prazo para ponderação quanto à possibilidade de restabelecimento da vida em comum antes da derradeira ruptura. A esse respeito, merece reprise a reflexão de Rodrigo da Cunha Pereira<sup>21</sup> em atualizado artigo:

Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido. Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos apenas redundando em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se vêem a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação – penoso, inclusive, para toda família, principalmente para os filhos.

Na esteira de tais construções legislativas, outra novidade se consagra com o escopo de extirpar do ordenamento pátrio qualquer entrave legal a efetivação dos interesses subjetivos no tocante a dissolução do casamento: a Emenda Constitucional de nº 66, de julho de 2010. Ao prelecionar o novo texto do art. 226, o legislador brasileiro expulsou da Carta Magna qualquer referência a prazos e necessidade de separação preparativa para o divórcio, nele constando tão somente que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Prossegue o autor<sup>22</sup> acima referido:

Portanto, o novo texto constitucional suprimiu a prévia separação de fato como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo para se opor o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição joga por terra aquilo que a melhor doutrina e a mais consistente jurisprudência já vinha reafirmando há muitos anos, a discussão da culpa pelo fim do casamento, aliás um grande sinal de atraso do ordenamento jurídico brasileiro.

A exemplo do que já vinha sendo exaustivamente anunciado pela doutrina e jurisprudência, despicienda a perquirição da culpa, bastando unicamente a livre expressão da vontade dos consortes quanto a ruptura conjugal, sem o constrangimento de discorrer sobre os motivos da decisão. Consequentemente, não se mantém o instituto da separação judicial – ou extrajudicial – a toda evidência da incompatibilidade com o comando constitucional, restando clara a eleição da figura do divórcio como única via para dissolução do casamento.

Todavia, não se trata de posicionamento uníssono, vez que correntes doutrinárias e jurisprudenciais<sup>23</sup> defendem a regularidade da separação judicial, sob o

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 02 ago. 2011.

<sup>22</sup> *Idem*.

argumento de que, embora a Emenda 66/2010 tenha abolido do texto constitucional qualquer referência ao instituto, tal condição não se verifica em sede infraconstitucional.

Ilustra esta vertente o contraponto gestado por Yussef Said Cahali<sup>24</sup>, ao afirmar que, embora o instituto do divórcio em sua nova configuração apresente maiores vantagens aos consortes, o instituto da separação judicial permanece hígido:

Mas não se pode negar aos cônjuges – únicos interessados – o direito de optar por um instituto que é disciplinado, com características próprias, pela legislação civil, sob o argumento de sua derrogação, revogação tácita, ou ineficácia por não receptividade. [...] 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.

Ainda nessa linha, o jurista Sérgio Gischkow Pereira<sup>25</sup> sustenta que o mais recomendável é que de imediato se altere o Código Civil, retirando dele, se for o caso, a separação judicial (e, do Código de Processo, a extrajudicial). Proclama Maria Berenice Dias<sup>26</sup> que tal abordagem tem raízes na expressão cunhada pelo próprio legislador:

Como foi mantido o verbo “pode” no texto constitucional, há autores que sustentam que não desapareceu o instituto da separação judicial, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão só pelo fato de continuar na lei civil os dispositivos que a regulam.

Ajustando o foco da discussão suscitada, colhe-se da autora de Paulo Luiz Netto Lobo<sup>27</sup> oportuno posicionamento:

É possível argumentar-se que a separação judicial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição não a teria excluído expressamente. Mas esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. Como se demonstrou, a inserção constitucional evoluiu da consideração como requisito prévio ao divórcio até sua total descon sideração. Em outras palavras, a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. [...] Portanto, não sobrevive qualquer norma

---

<sup>23</sup> Apelação cível. família. Separação. Sentença extintiva do feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Sentença que deve ser desconstituída. Pedido de separação judicial que se mostra juridicamente possível, pois a Emenda Constitucional nº 66/2010, embora tenha possibilitado o divórcio direto, não extinguiu o instituto da separação judicial. Feito que deve ter seu prosseguimento regular. Apelação provida para desconstituir a sentença. Por maioria. RIO GRANDE DO Sul, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70043207265**. Sentença extintiva do feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Relator: Roberto Carvalho Fraga, 24 ago. 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 30 ago. 2011.

<sup>24</sup> CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011, p.76.

<sup>25</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Calma com a separação e o divórcio*. 2010. Disponível em: <http://magrs.net> Acesso em: 24 ago. 2011.

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>27</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos> Acesso em: 03 ago. 2011.

infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. [...]

Em suma, resta influente a posição de boa parte da doutrina no sentido de que foram revogadas as disposições infraconstitucionais que regulavam a matéria, tendo em vista que normas secundárias não se sustentam ante a eficácia normativa da atualizada disposição constitucional, que não recepciona o instituto.

Filiando-se a premissa do fim do dualismo legal e da eliminação da separação jurídica de nosso sistema, fecunda se mostra a argumentação de Rolf Madaleno<sup>28</sup>:

Finalmente promulgada a Emenda Constitucional nº 66, em 13 de julho de 2010, permite dissolver o casamento civil diretamente pelo divórcio, sem qualquer espera de tempo; sem qualquer questionamento da culpa e desaparecendo a inútil exposição processual dos casais em litigiosa separação. No entanto, retorna ao cenário nacional a recorrente preocupação de que a eliminação do instituto da separação judicial trará um desmedido aumento de divórcios. A preocupação nunca teve procedência, pois nas últimas décadas, o que mudou foi o modelo da família, do qual desapareceu o provedor masculino, surgindo novas formações familiares e a partilhas das responsabilidades domésticas.

Como se vê nesta sólida contribuição hermenêutica, ante as diretrizes do novel comando legal, não deve prosperar tais críticas dirigidas ao instituto em voga, opinião reforçada por Rodrigo da Cunha Pereira<sup>29</sup>:

A nova estrutura do divórcio instalada no Brasil significa a vitória da ética sobre a moral, do Direito sobre a religião, do princípio da liberdade dos sujeitos de dirigirem a própria vida sem a indesejada intervenção do Estado. E, para aqueles que temem que este foi um passo a mais para destruir e desorganizar as famílias, podem se tranquilizar. A família é indestrutível. Ela foi, é, e continuará sendo o núcleo básico e essencial da formação e estruturação dos sujeitos, e consequentemente do Estado. Divórcio não significa o fim da família, mas tão somente o fim da conjugalidade. A família agora ficara melhor, com maior liberdade dos cônjuges de estarem casados ou não.

Cumprido destacar, consoante acima ventilado, que o advento da Emenda Constitucional tratou de eliminar as reservas para a concessão do divórcio, o que não implica em um processo de desmonte da família. Uma vez constituídos os laços parentais, não se desfazem por meros procedimentos jurídicos.

Avençada pela realidade fática, oportuna a lição de Maria Berenice Dias<sup>30</sup>:

No entanto, a mais árdua a tarefa é mudar as regras do direito das famílias. Quando se trata das relações afetivas - afinal é disso que trata o direito das famílias -, a missão é muito mais delicada em face dos seus reflexos

<sup>28</sup> MADALENO, Rolf. *O Divórcio da Emenda 66/10*. 2010. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/site>> Acesso em: 03 ago. 2011.

<sup>29</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio Responsável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 05 ago. 2011.

<sup>30</sup> DIAS, 2011, p.29.

comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. É o direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos.

Em se tratando de relações afetivas, perante o fim do casamento, necessária se faz a clara distinção dos papéis de mãe e pai, despidos da litigância que os reveste enquanto casal. No tocante aos filhos, os laços familiares devem ser fortalecidos e preservados, despertando os pais para o legítimo exercício da maternidade e paternidade responsável. Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>31</sup>, a sagrada relação parental é desatrelada da definição dos rumos da conjugalidade dos pais, garantindo aos filhos a vinculação do laço afetivo com ambos os genitores, mesmo após o esfacelamento da vida em comum.

A opção pelo divórcio, porquanto última via para o deslinde do vínculo conjugal traz a possibilidade concreta de se investir em dissoluções bem-sucedidas, seguindo a tendência das práticas conciliatórias, evitando que os conflitos se prolonguem ao longo do tempo. Certo é que não é a escalada crescente do número de divórcios que prejudica ou define o bem-estar e conservação das famílias e sim o modelo de convivência. Pais que, embora desprovidos do laço conjugal, investem em uma relação madura e saudável, comprometidos que estão com o vínculo afetivo, têm mais chances de formar filhos saudáveis, seguros e felizes, que, por sua vez, formarão suas famílias segundo esse exemplo.

Sob este prisma, há que se considerar a importância do movimento de desjudicialização, que se insurge na luta para consolidar o paradigma da composição. Com a edição de normas que possibilitam desconstituir a sociedade conjugal mediante atos extrajudiciais, otimizou-se o deslinde das relações privadas revestidas de consenso, abrindo espaço para que o magistrado se atente a questões mais árduas, que justifiquem a necessidade da efetiva tutela jurisdicional. Reiterando os requisitos legais Maria Berenice Dias<sup>32</sup> enfatiza que, por inexistir conflito entre as partes, as demandas que envolvem somente maiores e capazes podem ser solvidas via administrativa sem a participação do juiz e do Ministério Público.

Sobre as vantagens do procedimento, Rolf Madaleno<sup>33</sup> assinala:

O divórcio ou separação produzem efeitos instantâneos, uma vez lavrada e assinada a escritura pelos contratantes, advogados, defensor público e tabelião, não estando a depender de qualquer homologação judicial, e tão logo lavrada nos termos do artigo 215 do Código Civil se constitui em título hábil para o registro civil, para o registro de imóveis (CPC, art. 1.124-A, § 1º) e para todos os órgãos públicos e privados, como departamentos de trânsito, bancos, empresas telefônicas e outros locais onde a separação ou o divórcio gerarão efeitos materiais.

Distanciando-se do padrão que vinha embasando o cenário jurídico nacional, o desígnio da via administrativa desjudicializa os processos e afasta as conexões limitadoras do pleno exercício da cidadania, tirando o foco da solene e complexa esfera judicial. A tendência hodierna é que a afetividade se sobreponha aos conflitos. A família

<sup>31</sup> TEIXEIRA, 2005, p.104.

<sup>32</sup> DIAS, 2011, p.53.

<sup>33</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.309.

passa a protagonizar uma realidade vivenciada a partir da união de pessoas com compromissos e projetos de vida em comum, essencialmente regulada pelos laços afetivos.

### **Considerações finais**

Superado o ranço da subjugação feminina na ordem jurídico-constitucional, a família brasileira assume novas feições. Com o fito de observância e consolidação da igualdade entre os gêneros, o histórico rompimento do princípio da indissolubilidade do casamento trouxe implícito o conceito de relações afetivas mais verdadeiras, pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Em não havendo tais prerrogativas, o pacto amoroso perde sua finalidade, sendo então necessário que os consortes sigam rumos diferentes, em busca da realização pessoal.

Na revolucionária caminhada do Direito de família, devemos à Carta Constitucional de 1988 o pontapé inicial no rompimento de estruturas que já não se sustentavam mais, abrindo espaço para a edificação de novos pilares, mais adequados e consistentes, sendo que o papel do Código Civil de 2002 foi de regulamentar as posições que estavam destoando do preceituado, seguido pelas últimas e fundamentais reformas legislativas. Nessa moldura, emerge o movimento de desjudicialização, que, em matéria de relações familiares, teve impulso com a introdução em nosso ordenamento dos procedimentos extrajudiciais que desburocratizaram as separações e divórcios, representando um grande avanço na medida em que foram ampliadas as possibilidades de solução de litígios e efetivação dos direitos para além do precário e congestionado aparato estatal.

Considerando que a opção pela via extrajudicial demanda consenso e prévia negociação, a objetividade do método acaba por minimizar os conflitos, encaminhando as partes para saídas mais céleres e planejadas.

Ainda como corolário das amplas modificações ocorridas no referencial contemporâneo de família, as práticas conciliatórias vêm permeando o trato das controvérsias no plano judicial, com ensejo na formulação de acordos em processos já instaurados. Eis que a Emenda constitucional 66/2010 vem à baila, imprimindo nova dinâmica ao divórcio. São visíveis as modernas configurações do instituto em tela: o processo de rompimento do vínculo matrimonial, outrora penoso e demorado, adquire com a evolução normativa um conteúdo funcionalizado, deixando para trás o direito imposto e ultrapassado. Evidencia-se, portanto, nas aludidas fundamentações legais, o viés dos princípios que balizam o nosso ordenamento jurídico e, especialmente o Direito de Família, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da igualdade entre os gêneros.

De todo exposto, conclui-se que a legislação por si só não é o fio condutor imprescindível para que se amplie o uso das práticas conciliatórias ou de meios alternativos na solução dos litígios na seara familiar, objetivando soluções que melhor se coadunem aos paradigmas vigentes na sociedade brasileira e aos preceitos da Carta Magna. Os rumos de uma nova cultura jurídica em prol da efetividade e celeridade não dependem apenas da letra fria da lei, mas da atitude de todos os envolvidos – tanto das partes quanto dos operadores do direito - para que os conflitos sejam solvidos de uma forma mais pacífica e responsável, rompendo os contornos da litigiosidade.

## Referências

- CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. DIAS, Maria Berenice; Rodrigo da Cunha Pereira (cords.); AZEVEDO, Álvaro Villaça et al. *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: RT, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- GOMES, Renata Raupp. Os “novos” direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 03 ago. 2011.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O Divórcio da Emenda 66/10*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/site>> Acesso em: 03 ago. 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 02 ago. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Divórcio Responsável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 05 ago. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Calma com a separação e o divórcio*. 2010. Disponível em: <<http://magrs.net>> Acesso em: 24 ago. 2011.
- RIO GRANDE DO Sul, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70043207265*. Sentença extintiva do feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Relator: Roberto Carvalho Fraga, 24 ago. 2011. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em: 30 ago. 2011.
- SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Recebido em: 15 de agosto de 2012

Aceito em: 23 de junho de 2013