

## CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO SOCIAL E LEGAL DO DIVÓRCIO NO BRASIL E A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 2010

Arnaldo Alegria<sup>1</sup> e Hilário Vetore Neto<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho faz uma investigação histórica das transformações e expectativas sociais, relacionadas com o Instituto do Divórcio. O resultado dessa busca memorável foi comparado sistematicamente com a legalidade que acompanhou essa evolução social. O estudo demonstra que a sociedade hodierna concorda com a dissolução do casamento contratual, no entanto, uma parcela com características morais e escrupulosamente religiosas não desejam dissolver o vínculo matrimonial, mas desejam o fim da sociedade conjugal. A doutrina majoritária ao interpretar a Emenda Constitucional 66/2010 desprezou esse grupo escrupuloso, assim sendo, a maioria dos juristas entendeu o novo texto constitucional como revogador tácito do Instituto da Separação Judicial. A doutrina minoritária não excluiu o grupo devotado, inclusive interpretou a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal apenas como revogador do decurso de prazo para a conversão da separação judicial em divórcio, mantendo vigente o instituto da separação judicial. A pesquisa se declina favoravelmente a esta argumentação, justamente pela junção dessas correntes com os princípios interpretativos do texto constitucional, preceitos evolutivos do direito de família contrários a exclusão social e, nas históricas transformações sociais expostas no trabalho.

**Palavras chave:** Evolução Social e Legal do Divórcio. Exclusão social pela revogação da Separação Judicial. Emenda Constitucional 66/2010. Divergência da Interpretação Doutrinária. Interpretação Evolutiva do texto Constitucional.

**Abstract:** The work is an investigation of the historical transformations and social expectations related to the Institute of Divorce. The result of this search was memorable systematically compared with the legality accompanying this social evolution. The study shows that today's society agrees with the dissolution of the marriage contract, however, with a portion scrupulously religious and moral characteristics do not want to dissolve the marriage bond, but wish the end of the conjugal partnership. The majority doctrine in interpreting Constitutional Amendment 66/2010 scrupulously despised this group, therefore, most jurists understood the new constitutional text as tacit revoker the Institute of Judicial Separation. The doctrine did not exclude the minority group devoted even interpreted the new wording of § 6 of Article 226 of the Constitution only as revoker the lapse of time for the conversion of legal separation into divorce, keeping the existing institute legal separation. The research is declining in favor of this argument, just by the junction of these currents with the interpretive principles of the constitutional text, evolutionary precepts of family law against social exclusion and social transformations in history exposed at work.

**Keywords:** Evolution of Divorce social and legal. Social exclusion by the repeal of Judicial Separation. Constitutional Amendment 66/2010. Doctrinal divergence of interpretation. Evolutionary interpretation of the constitutional text.

<sup>1</sup> Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Estácio de Sá – campus Ourinhos/SP e integrante do programa de iniciação científica da (FAESO) - São Paulo, Brasil. [arnaldo-ale@hotmail.com](mailto:arnaldo-ale@hotmail.com)

<sup>2</sup>Hilário Vetore Neto, especialista em Direito Constitucional – UNISUL – Florianópolis-SC. Docente do Curso de Direito – FAESO – Ourinhos-SP - [hilario.vetore@iclassis.com](mailto:hilario.vetore@iclassis.com).

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo inicia-se pela etimologia da palavra “divórcio” expondo preliminarmente noções históricas das antigas civilizações, indicando a forma em que as regras tratavam a separação conjugal. Por esse motivo, citou-se o antigo testamento do povo Hebreu, a compilação das Leis de Hamurabi e o Código de Manu.

A investigação permeia com a transposição do absolutismo do *pater famílias* para o relativismo da chefia da entidade conjugal, descobrindo-se lições conceptivas do divórcio. Estas explicações ideológicas abrangem a criação do grupo familiar e sua desagregação, tratam do direito de família abarcado ao direito natural e ao direito canônico, sendo que, estes conjuntos normativos impossibilitam a dissolução dos vínculos da matrimônio por uma questão moral, religiosa e costumeira.

As questões consuetudinárias e canônicas, com o decorrer dos séculos, foram acrescidas por novos valores sociais, sendo assim, no final do século XX, a dignidade da pessoa humana superou esses costumes passando a ter maior significação na opinião social.

A relevância do respeito pessoal fez com que o Instituto do divórcio fosse interpretado socialmente como uma proteção à pessoa dos cônjuges e dos filhos, passando para segundo plano, os aspectos patrimoniais.

A evolução secular do Instituto do Divórcio e a transformação da sociedade resultaram na arrojada conquista político-social, representada pelas últimas normas e pela derradeira Emenda Constitucional nº 66 de 2010, inclusive, pela conjectura de um considerável incremento social de liberdade dos paradigmas religiosos dos séculos anteriores.

A pesquisa, desarmônica com a doutrina majoritária, aponta qual foi fórmula correta utilizada pela doutrina minoritária. Esta interpretou a Emenda Constitucional por meio dos princípios interpretativos que servem para esclarecer textos dúbios constitucionais, sendo assim, desvenda a real intenção “*mens legis*” do legislador constituinte derivado reformador quando este determinou o novo texto do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

O trabalho conspirado com doutrina minoritária associa o entendimento

de que a regra não pode contribuir para a exclusão social, deve acompanhar os anseios sociais, respeitando a vontade de seus membros e, no caso da separação judicial, a lei deve referenciar a vontade das pessoas dos cônjuges.

Sendo assim, tanto os legisladores quanto os operadores do direito, devem atentar à constante transformação social que causa disparidade cultural entre seus membros, abrangendo inevitavelmente o primórdio grupo familiar.

Esses eruditos detentores do poder estatal e os capacitados juristas deveriam perceber que a intelectualidade social não é maciça. Esta qualidade é íntima de uma parcela da sociedade, assim sendo, as leis devem tutelar essa pequena parte que não se desvincula da singular base monástica religiosa.

O trabalho demonstra que a proteção legal em se manter o instituto da separação judicial para esse grupo reduzido, não traz prejuízos para a maioria daqueles que se diversificaram abraçando uma pluralidade de conhecimentos ou de novas filosofias desvinculadas da divindade religiosa que proibia o divórcio, pois, muitos destes evoluíram seus conceitos, valores e costumes.

## **2 MÉTODOS**

A maneira de ordenar as ações investigativas e a persecução dos objetivos do trabalho partiram da subjetividade agnóstica e da objetividade bibliográfica acrescida da leitura de textos cânones, constitucionais, infraconstitucionais revogados e atualizados, bem como, da análise de alguns julgados da Corte Suprema e de exames dos critérios utilizados pelo Conselho Nacional de Justiça envolvendo o assunto separação judicial e o divórcio.

Parte da bibliografia consultada trata dos princípios interpretativos do texto constitucional. Essa revisão literária proporcionou o entendimento de que as transformações sociais são responsáveis pela revogação de leis e dispositivos, assim como, são responsáveis pelo surgimento de novos textos legais.

O rigor metodológico apontou cientificamente a causa da divergência

doutrinária indicando ter havido uma transgressão aos preceitos interpretativos de normas constitucionais.

### **3 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Etimologicamente, o termo que nomeia o instituto do divórcio, possui origem linguística do Latim “divortium”, esta palavra no direito natural e no direito canônico ainda é sinônima de separação de cônjuges, mas, sem a formalidade de rompimento definitivo do sacramento. Atualmente no direito positivo pátrio é utilizado para desvincular terminantemente o compromisso feito pelos cônjuges no contrato do casamento civil. (VENOSA, 2004, p 213).

A narração histórica dos fatos relativos ao divórcio teve início nas antigas civilizações. Nestas, a mulher era considerado um ser inferior e submisso à vontade do homem, por esta razão, a forma mais comum de separação dos cônjuges era a rejeição e o abandono. Assim, a expulsão do lar conjugal era a forma mais utilizada para dissolução do casamento, sendo que, naquele período histórico, o matrimônio “tinha um conteúdo primordialmente econômico, porque a união de sexos era necessidade imperiosa para possibilitar a subsistência econômica”, mas, com o surgimento das regras religiosas e morais, criaram-se as noções de indissolubilidade do vínculo do casamento. (VENOSA, 2004, p 213).

No antigo testamento do povo Hebreu e na compilação das Leis de Hamurabi, o divórcio era facultado também à mulher, mas, diferentemente do Código de Manu, caso essa fosse estéril e, por oito anos de casada não gerasse filhos, o marido tinha o direito de repudiá-la. Estas atrocidades perduraram por muito tempo, no entanto, com os profetizadores surgidos entre os povos, estes foram ensinando regras endeusadoras. Sendo assim, surge, a partir de 1545, a reforma católica que “iniciou a campanha contra o divórcio, tomando providências destinadas a dificultá-lo”, (GONÇALVES, 2011, p 281).

O direito de família trata do divórcio desde seu surgimento, assim, de forma teórica expõem sobre a criação do primordial grupo familiar e sua desagregação.

Cientificamente aceito, um dos princípios gerais e conceptivos ensinam que “a estrutura jurídica da família é marcada pela transposição do absolutismo do *pater familias* para o relativismo da chefia da entidade conjugal” e sua dissociação impossibilitada “por uma questão de lei natural”. (PINHO; NASCIMENTO, 1976, p 229).

Esta ciência sistematizada parte da teoria do fato da natureza, razão pela qual, a família é fundada no direito natural e suas funções instintivas são sacramentadas na procriação e na educação da prole.

Na sociedade escrupulosa e endeusadora, este fundamento “gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundem não só nas leis, mas também, nas regras da moral, da religião e dos bons costumes” e, decorrente de toda esta sistêmica, forma-se o vínculo matrimonial, diferentemente da formação da sociedade conjugal atual que, por força legal, conceitua esse fundamento apenas como um “complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”. (GONÇALVES, 2011, p 201).

O Concílio de Trento consagrou para os católicos, o dogma do sacramento. A partir de 1563, as decisões acerca dos direitos naturais eram sentenciadas pela igreja, sendo assim, as autoridades sacerdotais impunham “os princípios da fé e seus preceitos disciplinares eclesiásticos” e estes, até o advento da República, vinculavam inúmeras incumbências canônicas ao Estado. (PRUNES, 1986, p 78).

Os decretos cânones e dogmáticos, que tratavam dos aspectos do sacramento matrimonial, estabeleciam para a sociedade politicamente organizada as duas únicas formas para o fim dessa divindade, sendo assim, o governante autenticava estes decretos cânones por meio de alvarás e outros diplomas obstrutivos da dissolução do casamento, pois, a igreja Católica era a única competente para anular o casamento e, a morte, a única para dissolver o casamento válido. (PRUNES, 1986, p 78).

A morte e a nulidade do casamento sempre foram causas de dissolução da sociedade conjugal e “também do vínculo estabelecido entre os cônjuges, o que lhes permite contrair novas núpcias validamente, salvo a presença de outra causa impeditiva”. (RODRIGUES, 2010, p 83).

O Código de Direito Canônico prevê o divórcio para justificar a

separação e liquidar interesses econômicos, na hipótese em que um dos cônjuges comete adultério. O artigo 1.152 do citado Código, trata do divórcio perpétuo, mas este não dissolve o vínculo matrimonial, portanto, não permite ao cônjuge traído a possibilidade de contrair novo matrimônio. (HORTA, 2003, p 252).

Desde 1890, quando o Decreto Republicano nº 181, estabeleceu o casamento no Brasil, essa legalidade já “previa o divórcio *a thoro et mensa* (divórcio canônico) que acarretava somente a separação de corpos”. (GONÇALVES, 2011, p 203).

O divórcio temporário, ou a separação de corpos, como era chamado pela legalidade civilista daquele período histórico, não se confundia com o divórcio perpétuo provocado pelo adultério. O artigo 1.153 do Código de Direito Canônico prevê a separação de corpos ou o divórcio temporário, apenas para justificar a separação dos cônjuges, quando um deles der “causa de grave perigo para a alma ou para o corpo do outro cônjuge”. (HORTA, 2003, p 252).

O perigo que o dispositivo canônico se refere é quando um dos cônjuges insiste em ter uma experiência sexual sádica, ou então, outras sevícias menos graves que tornariam muito difícil a convivência, mas o § 2º desse artigo canônico determina que, cessando a causa da separação, os cônjuges devem restaurar a convivência, salvo se houver determinação contrária da autoridade eclesiástica.

Esta influência da Igreja sobre o Estado findou ainda no século XVIII, com isso, surge o casamento civil e a ideia do casamento contratual.

Em 1900, o Senador Martinho César da Silveira Garcez, apresentou o primeiro projeto de lei, permitindo o divórcio no Brasil, esta intensão foi pautada no reconhecimento do matrimônio como contrato, e não como sacramento, tendo em vista, a necessidade legal de comprovação do acordo por registro civil, perdendo assim, “o caráter místico de laço divino para ser um ato jurídico, um ato humano”, que não poderia escapar do regramento contratual formado por mútuo acordo de vontades, e que, poderia ser dissolvido pelo descumprimento das obrigações compactuadas, mas, o projeto não prosperou. (PRUNES, 1986, p 78 a 81).

A redação original do Código Civil de 1916 determinava que o vínculo do casamento só terminasse com a morte de um dos cônjuges ou, por meio da nulidade do casamento, mas que, apenas estas duas hipóteses possibilitariam outro casamento.

Outras hipóteses previam apenas o término da sociedade conjugal, a exemplo das ações de desquite amigável, ou desquite judicial que envolvia crimes de adultério, tentativa contra a vida do outro cônjuge, sevícia, injúria grave, ou ainda, pelo abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos, não permitiam que as partes contraíssem outro novo casamento. (BRASIL, 2000, p 138).

A opção do desquite amigável ocorria por mútuo consentimento dos cônjuges, desde que casados por mais de dois anos e homologado judicialmente, mas que, tanto o desquite judicial amigável ou contencioso, dissolvia apenas a sociedade conjugal, ou seja, “o dever de fidelidade, mas que impedia contrair novo casamento”. (ABRÃO, 2011, p 1207).

Surgiram tentativas, em 1934 e 1946, de instituição do divórcio no Brasil. Alguns parlamentares, detentores do poder constituinte originário, foram favoráveis à regulamentação do divórcio, mas, as tentativas não prosperaram, tendo em vista, a sociedade não estar preparada para essa evolução legal. (PRUNES, 1986, p 81)

No entanto, em 1951, outra tentativa partiu do legislador constituinte derivado reformador. Na época, o Senador Nelson Carneiro, apresentou seu projeto de Emenda Constitucional, sendo que, esta ideia tramitou no Congresso Nacional por vinte e seis anos, e foi aprovada após o amadurecimento da concordância social em 1977, possibilitando finalmente a dissolução do casamento no Brasil. (PRUNES, 1986, p 81)

O divórcio surgiu em “nosso ordenamento quando a sociedade e a opinião pública em geral estavam plenamente preparadas para sua introdução”. A delonga para a aprovação do projeto de Emenda Constitucional ocorreu devido o receio parlamentar da reação popular, mas, “como em outros países, o divórcio foi absorvido de forma tranquila pela sociedade”. (VENOSA, 2004, p 256 e 257).

Nessa época surgiram dúvidas de interpretação entre os representantes populares e os doutrinadores do direito, dividiam-se em definir o casamento como “contrato”, rescindível pela vontade das partes ou, em “instituição supra contratual”, que dependeria da vontade legal. (PINHO e NASCIMENTO, 1976, p 232).

Os parlamentares resolveram rapidamente essa segmentação, regulamentando a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, por meio da Lei 6.515 de 25 de dezembro do mesmo ano, mesclando a vontade das partes em divorciarem-

se, com a vontade legal protetora dos valores sociais. O livre arbítrio das partes foi definido na legislação infraconstitucional, mas, para o casamento válido ser dissolvido, as partes deveriam respeitar paradigmas sociais que determinavam a homologação da prévia separação judicial por mais de três anos. (TAVARES DA SILVA, 2012, p 19).

Foi uma vitória da evolução intelectual social e dos princípios legais em face da influência do direito canônico, cujo “princípio do *quos Deus coniunxit, homo non separet* fazia que o casamento fosse indissolúvel, já que o ato divino reforçava a criação da sociedade conjugal”. (ABRÃO, 2011, p 1207).

A pluricultura superou os sentimentos louváveis que a sociedade julgava ainda possuir, e aqueles que desacreditavam dos atos instituídos por este sacramento, puderam resgatar a felicidade com outro casamento, sem precisar esperar pela morte do cônjuge.

A Emenda Constitucional que instituiu o divórcio no Brasil alterou a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, autorizando a dissolução do casamento, desde que, houvesse prévia separação judicial por mais de três anos, ou a separação de fato, devidamente comprovada em Juízo, pelo prazo de cinco anos. (TAVARES DA SILVA, 2012, p 19).

O novo texto constitucional foi regulamentado no mesmo ano pela lei Federal nº 6.515, sendo assim, o “desquite judicial”, passou a denominar-se de “separação judicial”. A regra estabeleceu as condições da dissolução do casamento pelo divórcio, desta forma, a sociedade conjugal terminaria pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial, e conversão desta em divórcio, atendidos os prazos de três anos de separação judicial e ou no caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, desde que completados cinco anos, poderia ser promovida ação de divórcio, sem precisar ter passado pela ação de separação judicial, mas que deveriam provar o decurso do tempo da separação de fato. (SEVÁ, 1978, p 125 e 126).

A separação de fato ou judicial não rompia o vínculo do casamento, neste último caso, os cônjuges que voltassem ao convívio comum, poderiam requerer no mesmo processo judicial o cancelamento da homologação, mas no caso do divórcio homologado, teriam que se casar novamente.

O artigo 38, da lei 6.515/77, determinava que o pedido de divórcio pudesse ser formulado uma única vez, tanto na conversão judicial, quanto no pedido direto de divórcio, respeitados, obviamente, os prazos legais, por esta razão, uma pessoa solteira que contraísse matrimônio com uma pessoa divorciada, não teria direito de se divorciar, ferindo assim, o princípio da igualdade. (SEVÁ, 1978, p 74).

Esta inconstitucionalidade perdurou por doze anos, mas foi corrigida pela lei nº 7.841 de 17 de outubro de 1989. A regra extinguiu esse limite único para o divórcio e também revogou o artigo nº 358, do Código Civil de 1916, que impedia os filhos incestuosos e os adúlteros de serem reconhecidos. (BRASIL, 2000, p 141)

A evolução legal de 1989, supridora dessa carência social, também reduziu o período preliminar para o ingresso da ação de conversão da separação judicial em divórcio, passando de três, para um ano de separação judicial e, no caso de separação de fato, passando de cinco, para dois anos consecutivos, para promover a ação direta de divórcio.

A partir da Constituição Federal de 1988, a sociedade sucessivamente passou por transformações variadas e céleres, isto desencadeou também a evolução legal, portanto, vários artigos da lei do divórcio foram revogados, e o antiquado Código Civil de 1916, substituído pela compilação civil de 2002, e este novo Código “passou a regulamentar os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento”, tornado sem efeito os dispositivos que não condiziam com a evolução social. (CARVALHO FILHO, 2011, p 1720).

A lei infraconstitucional de 2002 estabeleceu no quarto livro, todos os direitos de Família, assim, o casamento evoluiu para uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, mas, na questão da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, manteve parte da anterioridade sistêmica da lei nº 6.515 de 1977. (BRASIL, 2011, p 334).

Homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes responsáveis pelos encargos da família. A regra infraconstitucional determinou deveres a ambos os cônjuges, delimitando a direção da sociedade conjugal, tanto ao marido quanto para a esposa, contudo o ordenamento jurídico não absteve em “estabelecer os efeitos jurídicos do casamento e as consequências do descumprimento dos deveres conjugais”,

justamente para preservar a dignidade da pessoa humana nas relações familiares. (TAVARES DA SILVA, 2012, p 18).

A evolução social e legal não é estacionária, sendo assim, atendendo novos anseios dos membros da sociedade, em 04 de janeiro de 2007, a Lei Federal nº 11.441, possibilitou o divórcio e a separação consensual dos cônjuges, extrajudicial, desde que não houvesse filhos menores ou incapazes, e observados os requisitos legais quanto aos prazos. Nessa hipótese, poderiam separar-se ou divorciar-se por escritura pública, mas não poderiam deixar de observar as “disposições relativas à descrição à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro” ou sua manutenção. (BRASIL, 2009, p 310).

A lei de 2007 provocou a inserção do artigo 1.124-A no Código de Processo Civil e o § 1º deste dispositivo eliminou a dependência da homologação judicial, constituindo a escritura pública como título hábil para o registro civil e imobiliário, mas não dispensou a figura do advogado, sendo assim, o tabelião não poderá lavrar a referida escritura se os contratantes não estiverem assistidos por esse operador do direito, cuja subscrição deverá constar do ato notarial. (BRASIL, 2009, p 310).

Em 2010, a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho alterou a redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 dois anos, no entanto manteve a primeira parte ao afirmar que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Partindo da liberdade de decisão dos cônjuges, o planejamento familiar é livre da imposição estatal, sendo assim, o respeito a dignidade da pessoa humana é um princípio que deve ser observado no mesmo patamar dos princípios morais e religiosos da sociedade. Diante disso, a interpretação doutrinária do atual texto constitucional deve ser entendida apenas como eliminador das exigências temporais e preliminares da separação de fato ou judicial para a conversão em divórcio. (BRASIL, 2011, p 341).

A doutrina majoritária entendeu que ocorreu literalmente a aplicação imediata dos novos termos constitucionais e, revelaram um descaso com os reais interesses sociais, ou seja, a sociedade, composta maciçamente de pessoas observadoras dos preceitos religiosos, esperava apenas que não houvesse “a previsão de cumprimento

de lapso temporal como requisito”, e não uma interpretação revogadora dos artigos civilistas que tratam da dissolução da sociedade conjugal e seus vínculos, devendo a interpretação legal avançada aguardar harmoniosamente a evolução social. (LENZA, 2011, p 1110).

Esta interpretação conduz que a sociedade ainda deseja manter a opção da separação judicial, esta alternativa “deve ser das partes que poderão escolher livremente segundo sua convicção religiosa ou seus costumes.” Sendo assim, trata-se de uma questão de ordem jurídica e deve-se respeitar a forma de encerramento da sociedade conjugal, quando o distrato bilateral não desejar por fim ao vínculo. (CZAPSKI, 2011, p 1303).

A ordem jurídica, que visa conspirar favoravelmente com os interesses sociais, não foi subtendida pela doutrina majoritária, ou então, esqueceu-se do princípio da unidade constitucional que preceitua a harmonia e o equilíbrio nos confrontos legais e, a ausência deste princípio, dificulta solucionar o conflito entre a norma constitucional e a regra infraconstitucional por meio de técnicas de ponderação, mesmo que, essa prática seja comumente utilizada para conflitos de normas de mesmo valor. (BARROSO, 2009, P 374).

A norma constitucional deve ser interpretada sistematicamente ajuizando-se os aspectos históricos e racionais que causaram a evolução legal, identificando a expectativa social, além do que, sabe-se que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior, e o novo texto constitucional não o fez.

A sociedade vive em equilíbrio com a interpretação legal evolutiva, mas reconhecendo que “a Emenda Constitucional nº 66/2010 completou o ciclo evolutivo iniciado com a lei do Divórcio (Lei nº 6615/77)”, Carlos Roberto Gonçalves (2011, P 204) leciona que houve a revogação tácita dos “dispositivos do Código Civil e da Lei nº 11.441/2007”.

Porém, a Constituição não enumerou os requisitos para a obtenção do

divórcio, portanto “nem todo direito tem que estar estampado na Constituição, de modo que o simples fato de a separação judicial ser retirada do texto constitucional não a extirpa do ordenamento jurídico”. (SANTOS, 2010, p 65).

Grande parte da sociedade, mesmo tendo acompanhado a evolução legal, desde a promulgação da constituição de 1988, até a Emenda Constitucional nº 66/2010, é ainda cultura singular religiosa e não aceita essa evolução legal interpretada pela maioria dos doutrinadores. Estes são doutos, portanto é compreensivo que em sua subjetividade tenham interpretado que esta alteração legal tenha posto fim ao regime de separação judicial.

O Código Civil é uma regra infraconstitucional subordinada a norma constitucional, sendo que, esta “tem eficácia imediata e se sobrepõe à regras da legislação ordinária”, o entanto, a referida Emenda Constitucional não fez referência revogatórias de regras da legislação ordinária, sendo assim, subsiste “a separação, seja judicial ou extrajudicial, no nosso ordenamento jurídico”. (CARVALHO FILHO, 2011, p 1714).

Os princípios constitucionais, “ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e na atuação dos órgãos de poder, inclusive a do judiciário, na determinação do sentido das normas”. A regra da separação judicial expressam os valores sociais atribuídos ao casamento, sendo assim, mesmo que haja hipocrisia social, sobrevive no ordenamento infraconstitucional o Instituto da separação judicial. (BARROSO, 2009, p 376).

Caso houvesse a clara intenção do legislador constitucional reformador de “por fim de vez à separação” ele teria manifestado expressamente. Sendo assim, “o certo é que não se pode descartar a possibilidade do entendimento segundo o qual a Emenda permitiu que ao interessado fosse facultada a utilização da via da separação antes do rompimento do vínculo conjugal pelo divórcio”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 1714).

Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, embora a Corte não tenha sumulado que o casal pudesse rescindir e deliberar livremente sobre o casamento, os Ministros entendem ser o casamento um “direito público subjetivo à liberdade, aqui entendida como autonomia de vontade”, sendo assim, o futuro da unidade familiar, galgado no bem estar e na assistência físico-afetiva, fica a cargo do casal para a separação

judicial, que não extingue todos os vínculos do casamento, ou para o divórcio aniquilante dessas obrigações. Portanto, esta interpretação não revogaria o inciso III do artigo 1.571, da lei civilista, ou seja, poderão surgir ações separatistas e o judiciário deverá julgá-las. (BRASIL, 2010, p 1360).

A interpretação da Constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal de forma sistemática e fundamentada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, nos quais a autonomia de vontade individual deva prevalecer em face de um dúbio e antagônico sentido doutrinário, pois as leis são feitas pelos representantes do povo, destinadas à sociedade e não contrárias aos interesses sociais.

A vontade do interessado de pretender antes a separação judicial, sem o efeito extintivo e definitivo do divórcio, é um posicionamento interpretativo especialmente porque a norma constitucional apenas aboliu os antigos requisitos para o divórcio, não mencionando, nem proibindo a separação judicial. “Defende-se esta corrente em face da vocação religiosa de cada indivíduo, do direito do casal que assim preferir, podendo se restabelecer a sociedade conjugal quando pretenderem”. (CARVALHO FILHO, 2011, p 1714).

O Supremo Tribunal Federal, após um ano de vigência da nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição “julgou Recurso Extraordinário sobre a competência de foro para os julgamentos de ações de separação judicial”, sendo assim, a Corte Suprema não impediu e nem determinou que a ação processual de separação judicial fosse substituída pela ação processual de divórcio. Esclarecendo melhor, o Supremo Tribunal Federal julgou competente o foro da residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges, sem interferir na matéria da solicitação, justamente por questões de que as ações processuais de separação judicial fazem parte da história social, e isto levou a 2ª turma, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa, no julgado de 22 de novembro de 2011, discutir apenas o princípio constitucional de igualdade entre o homem e a mulher na questão de foro competente. (TAVARES, 2012, p 178).

Pouco antes de o Supremo Tribunal Federal ter julgado o Recurso Extraordinário citado, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da 7ª Câmara Cível, Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em julgamento ao Agravo de Instrumento n. 70039285457, interpretou que a Emenda Constitucional nº

66/2010, “limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática”.

Portanto, o Desembargador, entende que essa disposição constitucional “não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais” regulamentadoras da separação judicial.

No mesmo sentido, a interpretação evolutiva decorrente das transformações sociais históricas, é provável e acertado conferir informalmente à norma conteúdos processuais que favoreçam a sociedade, pois, manter o instituto da separação judicial não trará prejuízos àqueles que estão decididos pela dissolução de casamento, mas trará prejuízo aos que ainda não estão certos disso. Sendo assim, manter vigente o instituto da separação judicial só irá beneficiar as partes que estão em dúvida quanto ao divórcio.

O Colégio Notarial do Brasil continua observando o decurso de prazo previsto no *caput* do artigo 1.574, para lavratura de escritura pública de separação extrajudicial, justamente pela recente Emenda Constitucional não ter referenciado a separação judicial ou a extrajudicial. No mesmo sentido, “por cautela, e tendo em vista a discussão que persiste sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também rejeitou o pedido de supressão dos artigos da Resolução nº 35, que cuidam da separação consensual, por escritura pública”, e estas atitudes não trouxeram prejuízos aos casais que preferiram manter o vínculo, nem mesmo aos casais que preferiram a opção do divórcio. (CARVALHO FILHO, 2011, p 1716).

Portanto, a intenção do representante popular, mesmo que tenha surgido de forma não esclarecedora, mas, baseado no princípio da interpretação evolutiva, possibilita manter viva a separação judicial, “adaptando seu conteúdo a novas exigências, sem contrariar seu texto”. (SILVA, 2007, p 44).

Portanto não há de se falar em revogação da separação judicial em face do divórcio e sim de mantê-la justamente para a satisfação daqueles casais que querem apenas uma solução jurídica segura e intermediária, sem a imposição da única alternativa do divórcio.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A história que envolveu a evolução social e legal do divórcio, foi pesquisada de forma abrangente ao termo de se concluir confiantemente que as pessoas perceberam, ao longo do tempo, e deduziram que nos dias atuais, não há necessidade de se esperar a morte do outro cônjuge, para a extinção do sacramento. Sendo assim, a investigação sugeriu ter havido provavelmente um desapego por parte da sociedade às regras sacras que ainda impossibilitam o divórcio.

Percebeu-se que a sociedade passou a estabelecer uma distinção entre o casamento sacramental indissolúvel e o casamento civil contratual.

O próprio Código Canônico possibilita o fim do casamento sacramental indissolúvel. Este é firmado por um acordo conjugal com a possibilidade de rompimento por parte do cônjuge traído, principalmente para resolverem a divisão dos bens, extinguir o dever de coabitação e assistência e o destino da guarda dos filhos, mas, esta separação não permite outro casamento.

O fim do casamento contratual também possibilita o distrato pelo divórcio. A diferença é que o divórcio desvincula todos os elos do casamento e permite outro casamento, só que, o estudo demonstrou uma parcela da sociedade que deseja apenas a separação, ou seja, querem a separação, mas desejam manter o vínculo por uma questão de valores cristãos, ou uma possibilidade de reconciliação futura.

Este trabalho científico e sociológico buscou o entendimento de que a evolução legal não pode ultrapassar a evolução social, sendo assim, os doutrinadores majoritários deverão repensar seus conceitos interpretativos e verificar que ainda existe uma grande parte da população que não está preparada para essa interpretação precipitada de se excluir do ordenamento jurídico a separação judicial.

Não restam dúvidas de que a sociedade brasileira está vivendo um momento de exuberante evolução legal, privilegiado pela Emenda Constitucional 66/2010. Mesmo que ainda a cultura social no Brasil possua resquícios do direito canônico, é imperiosa uma reflexão de que a interpretação da nova norma deva estar

atrelada à evolução social, pois as transformações da legalidade devem atender os anseios populares, e não contrariá-los.

Em uma visão final entendeu-se que, por omissão legislativa, os representantes do povo poderiam ter elaborado uma emenda esclarecedora, ou com ela ter estabelecido uma lei infraconstitucional que se amoldasse à sociedade, mesmo que essa lei ordinária tivesse afrontado alguns conceitos populares, ou então, deveriam ter esperado e sentido a reação da sociedade durante a tramitação do projeto de emenda, para observarem se a nova norma constitucional não seria repudiada socialmente caso fosse aprovada, em virtude da extinção do instituto da separação judicial.

Os legisladores constituintes derivados reformadores, talvez, foram imprudentes e não perceberam que causariam um desajuste interpretativo, pois a norma constitucional em tela teria aplicabilidade imediata e esta se sobreporia às regras da legislação ordinária, mas o estudo demonstrou que, até os órgãos de registro públicos foram cautelosos em constituir como título hábil a escritura lavrada em casos que não fosse observado o decurso de prazo para a conversão da separação em divórcio, tendo em vista o registro de imóveis serem atos notariais de suma relevância, e também, assim como os colégios notariais, o Conselho Nacional de Justiça mostrou-se criterioso com relação a esta divergência e não foi leviano.

O Supremo Tribunal Federal, também cauteloso, tem analisado os casos concretos que envolvam a separação judicial, e tem julgado as ações recursivas deferindo as solicitações de separação judicial, desde que não causem prejuízos às partes e a sociedade.

O entendimento derradeiro é de que a doutrina minoritária está correta em afirmar que existe ainda o instituto da separação judicial em nosso ordenamento jurídico, e que este só deverá ser revogado quando a sociedade atingir o patamar evolutivo da interpretação que teve a doutrina majoritária, pois a sociedade, ou é hipócrita, ou não está mesmo preparada para a evolução desvinculativa.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABRÃO, Paulo de Tarso Siqueira; et al; **Constituição Federal Interpretada**, art. 226º ao 232, coord. Ana Cândida da Cunha Ferraz, Org. Antônio Claudio da Costa Machado. 2 ed. Barueri: Manole, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. ver. São Paulo, Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal (1988): Códigos Civil e Penal: Legislação complementar e súmulas do STF e STJ**. Barueri: Manole, 2011.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**, Código Civil. Coord. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. 5 ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. Org. Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Ridell, 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3 ed. Brasília: Secretaria de documentação, 2010.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. et al; **Código Civil Comentado** – Direito de Família art. 1511 ao 1783. Coord. Cezar Peluso. 5 ed. rev. e atual.; Barueri, Manole, 2011.

CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros. **Código Civil Interpretado**: do art.1511 ao art. 1590, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Org. Antônio Claudio da Costa Machado, Coord. Silmara Juny Chinellato. 4 ed. Barueri: Manole, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família 6 v. 8 ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2011.

HORTAL, Jesús S. J. **Código de Direito Canônico e o Ecumenismo**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Revista Hórus, v. 8, n. 2, p. 29-46, 2013.

PINHO, Rui Rebelo; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de Direito Público e Privado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1976.

PRUNES, Lourenço Mário. **Homens e Mulheres Sozinhos**. São Paulo: Max Limonad. 1986.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil: família e Sucessões**. 5 ed. São Paulo: Riddel, 2010.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

SEVÁ, José. **Separação e Divórcio**. Campinas, SP: Julex. 1978.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Divórcio e Separação após a EC nº 66/2010**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.