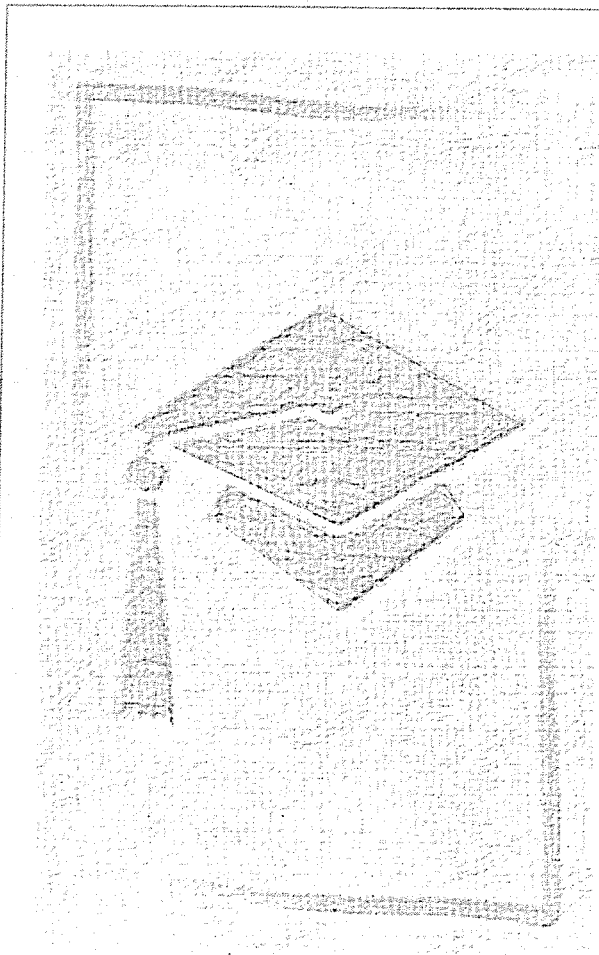


PRODUÇÃO CIENTÍFICA DO CENTRO
DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CEJURP 5



O INSTITUTO DO DIVÓRCIO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRA: UMA PROPOSTA POLÍTICO-JURÍDICA

Maria Fernanda Gugelmin Girardi*

Resumo

Trata-se de um estudo analítico da dissolução do *Casamento* pelo instituto do *Divórcio*, procurando responder se as mudanças trazidas pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil, com relação a esta temática, foram suficientes; se o instituto da *Separação Judicial* possui *Utilidade Social*, e se é pertinente aguardar o lapso de dois anos de *Casamento* para a propositura da ação de *Separação Judicial Consensual*. Enfatizou-se que a *Affectio Maritalis*, após a promulgação da atual Constituição, passou a ser o elemento essencial para a formação e a dissolução do *Casamento*. Verificou-se que a dissolução matrimonial possui dispositivos legais que conflitam com os princípios constitucionais e com os *Anseios Sociais*; que o instituto da *Separação Judicial* não possui conteúdo *Ético* e também *Utilidade Social*. Apresentou-se uma proposta legal, no sentido de suprimir da legislação pátria o instituto da *Separação Judicial*, instituindo apenas o *Divórcio* que, se consensual, será obtido administrativamente, no âmbito do Registro Civil e, se litigioso, através do Poder Judiciário.

* Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Professora de Direito Civil (UNIVALI). Advogada.

Abstract

This is an analytical study of the dissolution of *Marriage* by the institution of *Divorce*, which seeks to determine whether the changes brought by the current constitution of the Federal Republic of Brazil, in relation to this theme, were sufficient; whether the institution of *Judicial Separation* has *Social Usefulness*, and whether it is relevant to await an elapse of two years of *Marriage* for the proposal of the action of *Amicable Judicial Separation*. It emphasized that after the promulgation of the current Constitution, *Affectio Maritalis* became the basic element in the formation and dissolution of *Marriage*. It was confirmed that matrimonial dissolution has legal implications that conflict with constitutional principles and *Social Anxieties*; and that the institution of *Judicial Separation* does not contain *Ethical* content or *Social Usefulness*. A legal proposal is presented to abolish from national legislation the institution of *Judicial Separation*, instituting only *Divorce* which, if amicable, be obtained administratively, through the Civil Registry and, if contentious, through the Legal Authority.

1. Considerações iniciais

O Direito Brasileiro vive um momento histórico dada à grande expectativa a respeito da vigência do novo Código Civil. A verdade é que o vindouro Código Civil, em sede de Direito de Família, foi muito tímido em suas disposições, deixando a desejar um Direito melhor. Com relação ao instituto do Divórcio, um breve exame das suas raízes históricas pátrias, de seus aspectos jurídicos, sociais e filosóficos atuais e da experiência jurídica francesa, mexicana e portuguesa em matéria divorcista, permite que neste estudo, com apoio na disciplina Política Jurídica, seja proposta uma previsão legal, diferenciada daquela inserta no novo Código Civil, já aprovado pela Câmara.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, provocou mudanças radicais no Direito de Família e, conseqüentemente, no instituto do Divórcio, ao reduzir o prazo para a conversão da Separação Judicial em Divórcio e estabelecer, definitivamente, o instituto do Divórcio Direto, quando comprovada a Separação de Fato por mais de dois anos consecutivos.

Estas alterações constitucionais atinentes à dissolução do Casamento, pelo instituto do Divórcio, constituem o tema central deste estudo que parte do problema: As já citadas mudanças constitucionais, no instituto do Divórcio, foram suficientes, ou seja, satisfazem, atualmente, aos Anseios Sociais? O requisito legal do lapso temporal de dois anos de Casamento para proposição da Separação Judicial Consensual corresponde aos novos princípios constitucionais do Direito de Família? Continua sendo útil e pertinente, o instituto da Separação Judicial para a obtenção do Divórcio?

As respostas para estas indagações serão apresentadas juntamente com uma proposição legal inovadora, formulada esta sob os ditames da disciplina Política do Direito, baseando-se, conforme já asseverado, sobretudo, no entendimento doutrinário brasileiro e na experiência jurídica francesa, lusitana e mexicana.

2. Família, Casamento e Divórcio na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, revolucionou o *Direito de Família* até então vigente, trazendo preceitos que, apesar de há muito tempo serem clamados (e, pode-se dizer, até praticados) pela Sociedade, ainda não haviam sido positivados.

Com relação exclusiva ao *Casamento*, observa-se que a *Família* merecedora da especial proteção estatal não é somente aquela oriunda do *Casamento*, denominada pelo Código Civil de 'família legítima', e se opondo à 'família ilegítima'. A Constituição, baseada na realidade social, ampliou a proteção estatal, concebendo como entidade familiar também as *Famílias* não matrimonializadas, quais sejam, aquelas oriundas da *União Estável* e as *Famílias Monoparentais*.

Contudo, é fundamental anotar que, dentre a pluralidade de modelos familiares reconhecidos pela Constituição e merecedores da proteção estatal, aquela originada pelo *Casamento* é a privilegiada. O instituto do *Casamento* é a primeira preocupação do constituinte e, em relação às entidades familiares, evidentemente, goza de maior prestígio.

Com relação ao *Divórcio*, pondera RODRIGUES,¹ o constituinte facilitou-o, "além de reduzir o prazo para a conversão da separação judicial em divórcio, criou-se um caso de divórcio direto, quando houver comprovada separação de fato por mais de dois anos.[...] Portanto, o Brasil, um dos países que figurava entre os mais aferrados à indissolubilidade do vínculo matrimonial, tanto é que a conservou até meados de 1977, tornou-se um dos mais liberais, a partir de 1988. Mudança total e absoluta." No próximo item, analisar-se-ão, exclusivamente, as implicações jurídicas do *Divórcio* trazidas pela Constituição.

3. O Divórcio sob o ótica da Constituição de 1988 * * * * *

Partindo-se do texto constitucional, insere-se no exame da redução do lapso temporal da *Separação Judicial* para a obtenção do *Divórcio*. A Lei do Divórcio, em seu artigo 25,² estabelecia o prazo trienal para a conversão da *Separação Judicial* em *Divórcio* que restou constitucionalmente reduzido para um ano. Assim, "diminuído sensivelmente o prazo anterior (3 anos), lei ordinária (8.408, de 13.2.92), para dar cumprimento ao preceito maior, modificou o inciso I do art. 36 e o art. 25 da Lei do Divórcio, adequando-os ao prazo apontado no preceito constitucional."³

Por outro lado, a conversão da *Separação Judicial* em *Divórcio* que poderá ser consensual ou litigiosa, possui os seguintes requisitos legais: primeiro - existência de sentença definitiva de *Separação Judicial*; segundo - o decurso do prazo de um ano, contado da decisão que concedeu a *Separação Judicial*, ou daquela que concedeu a medida cautelar correspondente, ou da decisão proferida em qualquer outro processo, determinando ou fazendo presumir a separação dos cônjuges; terceiro - a existência de decisão sobre a partilha de bens.

A Constituição de 1988 não somente instituiu definitivamente o *Divórcio Direto*,⁴ não mais o condicionando à transitoriedade, (conforme o original artigo 40 da Lei nº. 6.515/77), como também reduziu o prazo de cinco anos de *Separação de Fato*, esposado no referido artigo, para dois anos. Assim, o atual artigo 40⁵ da Lei do Divórcio foi alterado pela

Constituição, passando a figurar com nova redação determinada pela Lei nº. 7.891/89, em seu artigo 2º.

Desta feita, o *Divórcio Indireto* e o *Divórcio Direto*, nas palavras de CAHALI,⁶ passaram a desfrutar da mesma dignidade e categoria jurídica, ainda que os pressupostos legais que o autorizam sejam diferentes. Quanto ao *Divórcio* único, ou seja, aquele que, segundo o artigo 38 da Lei nº. 6.515/77, somente poderia ser pedido uma única vez, por pessoa, conforme já mencionado, restou expressamente revogado pelo artigo 3º. da Lei nº. 7.841/89, quando da adaptação do *Divórcio* ao modelo constitucional.

A decretação do *Divórcio* gera uma série de conseqüências jurídicas, especialmente após sua averbação do Registro Civil. Para DINIZ,⁷ os principais são: *Dissolução do Vínculo Matrimonial* e cessação dos efeitos civis do *Casamento Religioso* devidamente inscrito no Registro Público; término dos deveres recíprocos dos cônjuges; extinção do regime matrimonial e realização da partilha dos bens, conforme o regime adotado; possibilidade de novo *Casamento* aos divorciados; inadmissibilidade de reconciliação; pedido de *Divórcio* sem restrição numérica; entre outros.

4. Aspectos econômicos, sociais e processuais referentes ao Divórcio

No Brasil, segundo LEITE,⁸ o *Casamento* sempre foi o apanágio da classe economicamente dominante. Veja-se que, historicamente, as dificuldades de ordem financeira, de ordem racial, de ordem social, interferiram, direta e indiretamente, no índice de *Casamentos*.

Para DINIZ⁹, com referência à dissolução do *Casamento* no Brasil,

"...não tem sido muito grande o número de pessoas que exerceram o direito de pedir o divórcio, em razão de quatro fatores: a) social, porque a Lei do Divórcio chegou numa época em que nosso povo não considera constrangedor que uma pessoa

separada, judicialmente, viva amasiada com outra; b) legal, porque a legislação brasileira vem sendo modificada no sentido de facilitar as uniões de fato, de legalizar filhos delas oriundos, [...]; c) econômico, pois se viver em concubinato não implica entraves sociais e legais para o casal e sua prole, para que gastar dinheiro num divórcio? [...]; d) psicológico, uma vez que a maioria dos homens separados demonstram o medo de um segundo fracasso e só pedirão divórcio se forem forçados pela atual companheira ou se perderem o medo de uma nova união...”.

Já na esteira dos aspectos processuais divorcistas, não há como se desviar da tão rumorosa crise do Poder Judiciário brasileiro, porque esta expressão, dentre os seus vários significados, “*reporta-se a uma prestação jurisdicional demorada, com enorme acúmulo de processos à espera de solução*”.¹⁰ Além da sobrecarga do Judiciário que causa a demora processual, o despreparo de alguns magistrados em lidar com a problemática que envolve as Varas de Família, em muitas vezes colabora para que as partes divorciadas ou separadas retornem ao Judiciário com lides conseqüentes do *Divórcio* ou da *Separação*, quando estas foram mal trabalhadas, deixando questões mal resolvidas.

Diante do exposto, tem-se que esta situação é muito delicada e requer sérias reflexões; no item final do presente artigo, elaborar-se-á uma proposição legal, com vistas, também, à otimização desses atuais aspectos econômicos, sociais e processuais referentes ao *Divórcio*.

5. O instituto do Divórcio sob o enfoque da Política Jurídica *

Inicia-se, pois, analisando a pertinência do instituto da *Separação Judicial* na legislação pátria, levando-se em conta que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu, no § 6º. de seu artigo 226, de maneira definitiva, o instituto da *Separação de Fato*, instrumento também hábil a ensejar a formulação do pedido do *Divórcio*.

Juridicamente, o que vem a ser a *Separação Judicial*? Segundo os originários artigos 2º. e 3º. da Lei nº. 6.515/77, ela extingue os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e o regime matrimonial de bens, como se o *Casamento* estivesse dissolvido. Entretanto, o que se finda é unicamente a *Sociedade Conjugal*, restando, ainda, incólume, o *Vínculo Matrimonial*.

Onde repousa sua origem? É ponto pacífico o poder da Igreja Católica Apostólica Romana na construção do *Direito de Família* brasileiro. Deve-se à influência da Igreja a introdução, no nosso ordenamento jurídico, do *Desquite*, transmutado, posteriormente, por força da Lei nº. 6.515/77, para *Separação Judicial*, uma vez que estes institutos eqüivalem ao Divórcio semi-pleno ou *divortium quoad thorum et habitationem*, que encontra abrigo nos cânones 1151 a 1155 do Código Canônico. Tal instituto da *Separação*, não dissolvendo - tecnicamente - o *Vínculo Matrimonial*, aplica-se, perfeitamente, à vida dos católicos.

Por outro lado, não é de hoje que muitos juristas não simpatizam com o instituto da *Separação Judicial*. A tendência em se abolir do ordenamento jurídico brasileiro a *Separação Judicial* para fins de *Divórcio*, atualmente, é defendida, entre outros juristas, por RIZZARDO,¹¹ segundo o qual se atingem as mesmas finalidades, e, em extensão bem maior, com o instituto do *Divórcio*.

Constatado, superficialmente, que a *Separação Judicial* sempre ensejou, e ainda fomenta uma certa polêmica quanto a sua pertinência no Direito positivo brasileiro, passa-se a examiná-la, valorativamente, sob o enfoque da Política do Direito.

É útil o instituto da *Separação Judicial*? Para responder a esta indagação, ressaltam-se países que desconhecem este instituto em seus ordenamentos jurídicos, convivendo, unicamente, com o instituto do *Divórcio*. Daí provém a primeira lição; independentemente da sua *Utilidade*, é possível o direito matrimonial existir e ser eficaz sem o instituto da *Separação Judicial*.

Antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para a obtenção do *Divórcio*, necessária se fazia a prévia *Separação Judicial* por um tempo mínimo de três anos. A partir de

1988, a *Separação Judicial* deixou de ser obrigatória visto que, dois anos de *Separação de Fato*, autorizam o casal, ou apenas um dos cônjuges, a requerer o *Divórcio*. Ora, percebe-se que, na realidade, o constituinte deixou à escolha das partes valerem-se do instituto do *Divórcio* ou do instituto da *Separação Judicial*, desde que cumprido o lapso temporal legalmente exigido.

Do acima exposto, levando-se em conta que a *Separação Judicial* põe termo a quase todos os deveres do *Casamento*, como se ele estivesse dissolvido, e que o *Divórcio* atinge as mesmas finalidades que a *Separação*, e em uma proporção maior, pois extirpa o *Vínculo Conjugal*, tem-se que, atualmente, a utilidade da *Separação Judicial* é mínima ou nenhuma.

O instituto da *Separação Judicial* poderá ser analisado à luz dos valores *Ética* e *Estética da Convivência* que, no âmbito da disciplina Política do Direito, são concebidos por MELO;¹² o primeiro, como o valor fundamental da conduta do Homem, que se exterioriza "pelo agir moralmente correto" - *Ética da Convivência* - e o segundo, como sendo a sensação de beleza e harmonia na convivência social causada por aquele mencionado, agir moralmente correto e pelo respeito à dignidade humana.

A única diferença, digna de menção, entre os institutos da *Separação Judicial* e do *Divórcio*, é que, somente este último, juntamente com a morte, tem o condão de dissolver o *Vínculo Conjugal*. Na prática, apenas se impede que as pessoas separadas judicialmente estejam aptas para casar novamente.

Elas estão proibidas de convolar novas núpcias mas possuem a faculdade de namorar ou viver em *União Estável* com terceiros, porque a fidelidade recíproca, dever do *Casamento*, juntamente com o regime de bens e a coabitação, não vigora mais. É aqui se aponta um paradoxo absolutamente antiético, moralmente incorreto: o indivíduo separado judicialmente poderá namorar ou conviver com uma pessoa - porque a lei permite - mesmo mantendo o *Vínculo Matrimonial* com o 'ex-cônjuge'.

Sob outro aspecto, a *Separação Judicial*, inequivocamente, assinala o término da intenção de se permanecer casado, do desejo de se

apresentar perante a Sociedade como cônjuges, enfim, o casal não existe mais; nestes termos, assiste razão ao legislador, quando retirou a permanência do dever de fidelidade recíproca do instituto da *Separação Judicial*. Contudo, indaga-se: E quanto ao *Vínculo Matrimonial*, é pertinente mantê-lo?

Além do mais, a manutenção deste laço conjugal na *Separação Judicial*, além de causar um sentimento de desconforto dentro do convívio social, rouba toda a beleza que possui, desde um simples interesse por uma terceira pessoa, como um recomeço, um apostar novamente no afeto, no amor. MELO¹³ conclui: "*Se a percepção sensorial é de que não se produziu o belo, poder-se-á, por um processo de recriação constante, objetivar alcançá-lo*", e é esta uma das funções do político do Direito, a de criação normativa fundamentada na *Ética*, hábil a refletir a beleza na convivência do Homem.

O mesmo não se verifica no Direito italiano, como bem assinala RUGGIERO:¹⁴ "*Reportando-se à doutrina canônica que, precisamente para temperar o princípio da indissolubilidade admitiu a separação quod torum et mensam, o nosso código regula o estado de separação [...] por ela não há suspensão de todos os deveres conjugais [...], permanecem firmes, por mais grave e penosa que seja a sua observância: a mútua fidelidade e a obrigação alimentar...*", e nos Direitos francês (Código Civil, artigo 299) e português (Código Civil, artigo 1795.º-A). E esta permanência do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, após a *Dissolução da Sociedade Conjugal*, é que confere sentido e eticidade ao fato do instituto da *Separação Judicial* manter íntegro o *Vínculo Matrimonial*.

Retornando à legislação brasileira, se com o advento constitucional do instituto da *Separação de Fato*, ensejador do pedido de *Divórcio Direto*, a *Separação Judicial* teve seu conteúdo esvaziado, perdendo, em grande escala, sua *Utilidade*; se falta à *Separação Judicial* eticidade, na medida em que mesmo se mantendo um *Vínculo Conjugal* os separados estão desobrigados do dever de fidelidade recíproca; se tal instituto, esvaído de *Ética*, vem a afeiar o convívio social, comprometendo diretamente a *Estética de Convivência*, do valor *Justiça*, neste caso em exame, resta aduzir que há muito deixou de ter significância.

Com relação ao lapso temporal de um ano de *Separação Judicial* ou de dois anos de *Separação de Fato* para se divorciar, assiste razão a COLARES,¹⁵ ao afirmar que "carece de sentido prático o estabelecimento de um período mínimo entre a separação judicial e o divórcio. Além de onerar desnecessariamente as partes, induz à fraude (via falsa declaração da separação fática a [sic] mais de dois anos), impõe ao casal a manutenção de um vínculo que só faria sentido como opção, nunca como imposição."

Sobre esta problemática, o direito estrangeiro, aponta uma realidade que não pode passar despercebida. Em Portugal (artigo 1795.^o¹⁶ do Código Civil) e na França (artigo 296¹⁷ do Código Civil) o instituto da *Separação Judicial* não se consubstancia em uma imposição, um requisito preliminar à obtenção do *Divórcio*, ao contrário, os cônjuges desavindos têm a faculdade de optar entre a *Dissolução do Vínculo Matrimonial* ou apenas da *Sociedade Conjugal*.

No Brasil, o próprio texto constitucional parece ser conflitante. De um lado, concebeu a dignidade humana¹⁸ como um de seus valores principais, resgatou para o *Direito de Família*, ao reconhecer a *União Estável* e a *Família Monoparental*, o amor, o afeto, o carinho, a solidariedade, - porque é visível ser tais ingredientes emocionais que solidificam estas entidades familiares, - equiparou em direitos e deveres o homem e a mulher, o marido e a esposa, os filhos matrimoniais ou não. Por outro lado, obrigou os cônjuges desacordes, vítimas de um irrevogável fracasso matrimonial, a aguardar determinado lapso temporal para a obtenção do *Divórcio*, principalmente o consensual.

Neste diapasão, afigura-se, mais gravemente, o entrave para obtenção da *Separação Judicial Consensual* que, segundo os ditames legais, exige, primeiramente, dois anos de *Casamento* para seu ajuizamento e, após sua concessão, a espera de um ano, a contar da data da sentença da *Separação*, para propositura da ação de *Divórcio*. Não se desconhecem os argumentos doutrinários tradicionais segundo os quais, nos primeiros anos de *Casamento*, ou seja, no início da vida conjugal, as crises de ajuste são mais intensas e freqüentes.

Mais adaptado aos tempos e *Aspirações Sociais* atuais, provou ser o Direito lusitano que, no artigo 1775.^o¹⁹ do Código Civil, sofrendo recente alteração pela Lei n^o. 47/98, de 10 de agosto de 1998, extirpou

o triênio de *Casamento* exigido para a propositura do *Divórcio Consensual*, deixando-o livre aos cônjuges, a qualquer tempo da união conjugal.

Em se tratando de *Divórcio Consensual*, outro bom exemplo oferece a legislação mexicana, ao criar, em 1928, o instituto do *Divórcio Administrativo*.²⁰ O sistema jurídico deste país reconhece duas espécies de *Divórcio Consensual*: o *Administrativo*, que ocorrerá quando os cônjuges forem maiores de idade, não possuírem filhos e acordarem sobre a partilha de bens; e o *judicial*, que se dará no caso de um dos consortes, ou ambos, não preencherem os requisitos legais ensejadores do *Divórcio Administrativo*.

Quanto ao *Divórcio Administrativo*, previsto no artigo 272²¹ do Código Civil mexicano, em face de suas peculiaridades, importante se faz para este trabalho tecer maiores comentários. Tal espécie de *Divórcio* prescinde do Judiciário e se realiza perante a autoridade competente do Registro Civil, a qual, através da pessoa do juiz, identificará e ouvirá os cônjuges no seu propósito, examinará os documentos obrigatoriamente juntados e, a seguir, lavrará uma ata em que fará constar o pedido de *Divórcio*, citando os consortes para que, novamente, apresentem-se, dentro de quinze dias para ratificá-la. Após ratificação dos cônjuges, o juiz do Registro Civil os declarará divorciados, lavrando a respectiva ata e procedendo às anotações correspondentes na certidão de *Casamento* anterior. Adverte-se que esta espécie de *Divórcio*, caso seja requerida, exemplificativamente, por um casal que possua filhos, ou que seja menor de idade um dos cônjuges ou os dois, não surtirá efeitos legais, sendo, para RODRIGUES,²² nulo e de nenhum efeito. Segundo o artigo 273 do Código Civil, os cônjuges que se encontram nesta situação somente poderão divorciar-se mediante intervenção do magistrado.

Esta modalidade de *Dissolução do Vínculo Matrimonial*, além de proporcionar às partes o lado positivo que um *Divórcio Consensual* traz consigo, colabora, significativamente, para o decréscimo de demandas no Poder Judiciário. Portugal, em 13 de julho de 1995, através do Decreto-Lei nº. 163/95, introduziu, em seu ordenamento jurídico, baseado no modelo mexicano, um tipo de *Divórcio Administrativo* decretado pelo conservador do Registro Civil. O Código Civil Português

esclarece que o *Divórcio Consensual*, além de poder ser requerido pelos cônjuges a qualquer tempo do *Casamento* (artigo 1775.º, 1²³), poderá ser intentado no Tribunal, ou na conservatória do Registro Civil, se, neste último caso, o casal não possuir filhos menores ou, existindo-os, apresentar prévia regulamentação judicial do exercício do pátrio poder (artigo 1773.º, 2²⁴). A sentença judicial que decreta o *Divórcio Consensual*, bem como as decisões proferidas pelo conservador do Registro Civil sobre esta mesma matéria, produzem efeitos idênticos.

Como é objeto da Política Jurídica o Direito que *deve ser* (justo, útil, bom), no próximo item apresentar-se-á uma nova proposta legal atinente à dissolução do Casamento no Brasil, buscando atingir um grau maior de correspondência com as *Aspirações Sociais*.

6. O Direito que deve ser: uma proposta Político-jurídica

Com referência à *Separação Judicial*, em primeiro lugar tem-se que seu ponto nodal repousa na extinção do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges. Desta feita, o instituto se afigura esvaziado de seu conteúdo *Ético*, de *Utilidade*, visto que há muito se afastou de suas origens centradas no Direito Canônico que lhe conferiam um sentido de existência. Parece que, se fosse proposta a restauração do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges separados judicialmente, conferiria, a exemplo das legislações estrangeiras apresentadas, uma nova vida ao instituto, respaldado, agora, na *Ética*, na *Utilidade*, na Justiça, na beleza. Pensa-se, entretanto, que uma proposição desta natureza não resolveria o problema inteiramente.

Acredita-se que o instituto da *Separação Judicial* constitua-se, segundo as palavras de MELO,²⁵ em um 'elemento desativado' da nossa legislação, devendo ele ser imediatamente suprimido, conforme as considerações que seguem:

Primeira - A *Separação Judicial* é um instituto jurídico cujas raízes repousam no Direito Canônico. Ora, somente dentro deste contexto original é que a *Separação* possui fundamento para sua existência, até porque são mantidos tanto o *Vínculo Conjugal* como o dever de

fidelidade recíproca entre os cônjuges. Contudo, a introdução do instituto do *Divórcio* na nossa legislação, provou que a influência religiosa em matéria matrimonial estava gasta, envelhecida, diante da força do clamor social.

A *Separação Judicial*, sendo uma figura fundamentada no Direito Canônico (que hoje não mais influencia na positivação do *Direito de Família*) e ora se apresentando como instituto destituído da necessária *Utilidade Social* não deve merecer acolhimento no nosso ordenamento jurídico.

Segunda - O fato de a Constituição de 1988, tendo em mira a dignidade da pessoa humana, ter resgatado, para o âmbito do *Direito de Família*, o amor, o afeto, a solidariedade, a igualdade, atribuiu às *Famílias* a importante função de contribuir para o desenvolvimento, para a realização e para a felicidade de cada um de seus membros. Conclui-se que insistir em manter unidos, por vínculos, casais cuja *Affectio Maritalis* morreu, conflita com esta nova concepção de *Família* e de *Casamento*. O que precisa ser repensado é que não podem os cônjuges ter uma atitude de 'reconstrução' abaixo de um *Vínculo Conjugal*, persistente até que determinado lapso temporal seja atingido; isto compromete a *Ética* e a beleza das relações familiares no seio da Sociedade.

Terceira - Na concepção eudemonista da *Família*, abraçada pela Constituição, a natureza jurídica contratual do *Casamento* - sem adentrar nos meandros de seu problema - indiscutivelmente se sobressai. Logo, evidencia-se, mais do que nunca, o consentimento dos nubentes no ato da celebração do *Casamento* e o direito de rescisão, ou seja, de dissolução contratual em caso de ferimento a uma de suas cláusulas.

A *Separação Judicial* não dissolve o *Casamento*, na verdade, somente promove o relaxamento de alguns de seus deveres. Assim sendo, este instituto não oferece solução imediata ao término da união conjugal; ao contrário, procrastina e onera para as partes um direito que reconhecidamente possuem.

Quarta - Conforme acima mencionado, o instituto da *Separação Judicial* tarda e onera a *Dissolução Conjugal* que fica dependendo, não

da vontade das partes, mas, exclusivamente da imposição legal de um lapso temporal.

Por outro lado, o fato dos cônjuges desacordes terem que dispor de prestação jurisdicional por duas vezes para obter o término da relação conjugal, pressupõe gasto de tempo, despesas financeiras e, além do mais, contribui para o acúmulo de demandas do Poder Judiciário, agravando sua crise que, em última instância, se consubstancia na impossibilidade de concretização da Justiça.

Diante destas considerações, espera-se haver demonstrado que o instituto da *Separação Judicial*, por não ter mais a capacidade de irradiar beleza nas relações familiares, e por haver perdido sua *Utilidade Social*, denota desconformidade com os novos valores constitucionais e, conseqüentemente, com os próprios *Anseios Sociais*.

Assim, propõe-se a retirada do instituto da *Separação Judicial* do ordenamento jurídico brasileiro e o emprego do instituto do *Divórcio* para a dissolução do *Casamento*, seja este amigável ou litigioso, a qualquer tempo de união conjugal.

E mais, com relação ao *Divórcio Consensual*, a exemplo da precursora legislação mexicana, seja ele de forma administrativa, ou seja, requerido pelos cônjuges interessados e obtido no âmbito do Registro Civil, como ocorre com o *Casamento*. Note-se que não se está propondo um *Divórcio* que prescindia da autoridade estatal, apenas da autoridade judiciária, visto que o Registro Civil é um órgão do Estado.

Em se tratando de *Divórcio Litigioso*, independentemente das causas que o ensejaram, propõe-se que o mesmo seja obtido somente através de decisão judicial; imprescindível, portanto, a presença do magistrado que decidirá sobre os pontos controvertidos que implicam no fim do *Vínculo Matrimonial*.

7. Considerações finais

Os novos tempos constitucionais descortinaram uma nova e salutar realidade familiar. Subjetivamente, a nova *Família*, levando em conta a dignidade da pessoa humana, passou a ser fundada no amor, no

afeto, na solidariedade, no respeito, na compreensão, na responsabilidade, na solidariedade, enfim, enalteceu sua função de contribuir para o desenvolvimento, em todos os sentidos, do ser humano, com o sério compromisso de lhe possibilitar a felicidade.

Diante disso, considerou-se que alguns pontos da matéria referente à dissolução do *Casamento*, pelo instituto do *Divórcio*, merecem ser reformulados, com o fito de melhor se adaptarem ao espírito constitucional e aos próprios *Anseios Sociais*.

Considerados os pressupostos da Política do Direito, verifica-se que o instituto da *Separação Judicial* perdeu sua *Utilidade Social* com as modificações constitucionais operadas no *Direito de Família*, porque o casal poderá optar pelo *Divórcio Direto*, cumprido o lapso temporal de *Separação de Fato*; porque ele apenas procrastina e onera a obtenção de um direito certo dos cônjuges, o de pôr fim à união destituída de *Affectio Maritalis*; porque a permanência desse instituto, no sistema jurídico brasileiro, é anacrônico às tentativas de superar a crise do acúmulo de demandas do Poder Judiciário, entre outros.

Além do mais, observando-se os institutos do *Divórcio* de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros vê-se que são muito mais liberais e/ou dinâmicos do que o nosso, levando a pensar que as Leis do *Divórcio* brasileiras não são tão 'facilitadoras' como alguns doutrinadores²⁶ postulam, e que a legislação de outro país pode servir de diretriz à solução dos nossos problemas. A exemplo, citam-se as legislações portuguesa e a francesa, nas quais o instituto da *Separação Judicial* não é obrigatório para se atingir o *Divórcio*, mas facultativo, e a legislação mexicana, seguida pela portuguesa, que adotaram o *Divórcio Administrativo*, demonstram que ele serve para os casos de *Divórcio* amigável e prescinde da ação judiciária.

A proposição consubstanciou-se em suprimir, imediatamente, o instituto da *Separação Judicial* do nosso sistema jurídico, fazendo com que os cônjuges desacordes, independentemente do tempo de união, utilizem diretamente o *Divórcio* para a dissolução do *Casamento*. Além do mais, pautando-se na legislação mexicana e portuguesa, sendo consensual o *Divórcio*, propôs-se que o mesmo seja obtido no âmbito do Registro Civil, ou seja, postulou-se a introdução do

Divórcio Administrativo no Direito positivo brasileiro. Em se tratando de *Divórcio Litigioso*, imprescindível será a intervenção do Poder Judiciário.

Com isso, supõe-se que todos - os cônjuges, a instituição familiar e a Sociedade - sairiam ganhando; os cônjuges, porque encontrariam uma solução imediata, não burocratizante e não dispendiosa para findarem *Casamentos* infelizes e fracassados, condizente com a própria autonomia da vontade. A *Família*, porque, solucionado, rapidamente, o litígio do casal, em vez de procrastiná-lo, aproximaria a 'família real' da *Família* institucional e pouparia os filhos de assistirem ao nefasto espetáculo da vida conjugal destituída de um mínimo de *Affectio Maritalis*, consubstanciada em desrespeito, desafeto, traições, sevícias, injúrias, entre outros. Finalmente, a Sociedade se beneficiaria, na medida em que o Poder Judiciário, livrando-se dos processos de *Divórcios Consensuais*, visto que estes passariam a ser processos administrativos, e dos processos de *Separações Judiciais*, poderia dar melhor prosseguimento a todos os demais.

Crê-se que a vigente dissolução do *Casamento* enaltece exatamente as situações constrangedoras, insustentáveis, angustiantes para as partes e para os filhos menores, afastando o instituto do *Matrimônio* da sua situação de privilégio constitucional em detrimento das entidades familiares. Acredita-se que somente o *Casamento* fundado na *Affectio Maritalis* e no que cada ser tem de melhor para oferecer ao outro é o que vale a pena e merece servir de exemplo.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. XVIII.

2 BRASIL. *Lei nº. 6. 515, de 26 de dezembro de 1977*. "Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º.), será decretada por sentença da qual não constará referência à causa que a determinou."

3 FRIGINI, Ronaldo. Conversão em divórcio e as causas impeditivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 709. p. 48. nov. 1994.

4 Entendido como aquele que converte a *Separação de Fato em Divórcio*.

5 BRASIL. Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. "Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

§ 1º. (Revogado pela Lei nº. 7.841, de 17-10-1989.)

§ 2º. No divórcio consensual, o procedimento adotado será o previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas:

I - a petição conterá a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II - a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da garantia assumida;

III - se houver prova testemunhal, ela será traduzida na audiência de retificação do pedido do divórcio a qual será obrigatoriamente realizada.

§ 3º. Nos demais casos, adotar-se-á o procedimento ordinário."

6 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 58.

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5 .p . 261-262

8 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 40 e 136.

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Op. Cit. p. 256.

10 DOBROWOLSKI, Sílvio. A Constituição e a escola judicial. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 1, p. 241, nov. 1998.

11 RIZZARDO, Arnaldo. Separação e Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado, interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 301-302.

12 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 39.

13 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p. 61

14 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª edição italiana: Paolo Capitanio. Atualização: Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 2. p. 249-250.

15 COLARES, Marco Antônio P. Legislando sobre o afeto: questões sobre a familiaridade no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 476.

16 PORTUGAL. *Código civil*. "Artigo 1795.º. Reconvenção. 1. A separação judicial de pessoas e bens pode ser pedida em reconvenção, mesmo que o autor tenha pedido o divórcio; tendo o autor pedido a separação de pessoas e bens, pode igualmente o réu pedir o divórcio em reconvenção. 2. Nos casos previstos no número anterior, a sentença deve decretar o divórcio se o pedido da ação e o da reconvenção procederem."

17 FRANCE. *Code civil*. "Article 296: La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce."

18 Segundo LOTUFO, "se, por acaso, dentro de um vínculo existir um ferimento à dignidade do ser humano, este vínculo não pode subsistir, porque está afetando um valor que é princípio fundamental constitucional. E mais, está violando a personalidade". LOTUFO, Renan. *Separação e Divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 210.

19 PORTUGAL. *Código civil*. "Artigo 1775.º Requisitos. 1. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo."

20 *Divórcio Administrativo*: dissolução consensual do casamento válido, requerido por ambos os cônjuges, perante o Oficial do Registro Civil, extinguindo o vínculo matrimonial e habilitando os ex-consortes a contrair novas núpcias.

21 MÉXICO. *Código civil para el Distrito Federal, en materia comun, y para toda la Republica en materia federal*. "Artículo 272. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de comun acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese regimen se casaron, se presentaran personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio; comprobaran con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestaran de una manera terminante y explicita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil, previa identificacion de los consortes, levantara un acta en que hara constar la solicitud de divorcio y citara a los conyuges para que se presenten a ratificarla a los quince dias. Si los consortes hacen la ratificacion, el juez del registro civil los declarara divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotacion correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio asi obtenido no surtira efectos legales si se comprueba que los conyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufriran las penas que establezca el Código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores parrafos de este articulo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los terminos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."

- 22 RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. Op. Cit. p. 31.
- 23 PORTUGAL. *Código civil*. "Artigo 1775.º Requisitos. 1. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo."
- 24 PORTUGAL. *Código civil*. "Artigo 1773.º Modalidades. [...] 2. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, no tribunal ou na conservatória do registro civil se, neste caso, o casal não tiver filhos menores ou, havendo-os, o exercício do respectivo poder paternal se mostrar já judicialmente regulado."
- 25 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Op. Cit. p. 17.
- 26 Dentre estes doutrinadores, cita-se RODRIGUES, que assim se posicionou, com realação ao Divórcio Direto do sistema jurídico brasileiro: "Creio ser essa uma das soluções mais liberais do mundo para partir-se o vínculo conjugal. [...] o Brasil, um dos países que figurava entre os mais aferrados à indissolubilidade do vínculo matrimonial, tanto que a conservou até meados de 1977, tornou-se um dos mais liberais, a partir de 1988. *Mudança total e absoluta*". In: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. XVIII.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei nº. 6. 515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Publicada no *Diário Oficial da União*, de 27 de dezembro de 1977. Retificada em 11 de abril de 1978.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. 1392 p.
- COLARES, Marco Antônio P. Legislando sobre o afeto: questões sobre a familiaridade no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999. p. 473-483.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 14 ed. São Paulo : Saraiva, 1999. v. 5. 486 p.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. 1392 p.
- DOBROWOLSKI, Silvio. A Constituição e a escola judicial. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 1, p. 231-258, nov. 1998.
- FRANCE. *Code civil*. 86 ed. Paris : Dalloz, 1997. 1861 p.

- FRIGINI, Ronaldo. Conversão em divórcio e as causas impeditivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 709. p 46-50. nov. 1994.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. 362 p.
- LOTUFO, Renan. Separação e divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999. p. 207-212.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis : OAB-SC, 2000. 100 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. 136 p.
- MEXICO. *Código civil para el Distrito Federal, en materia comun, y para toda la Republica en materia federal*. 64 ed. Mexico : Editorial Porrúa, S. A., 1995. 655 p.
- PORTUGAL. *Código civil*. Lisboa : Almedina, 2000. 830 p.
- RIZZARDO, Arnaldo. Separação e Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado, interdisciplinaridade*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 275-511.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 23 ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1998. v. 6. 416 p.
- RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo : Saraiva, 1978. 245 p.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª. edição italiana: Paolo Capitanio. Atualização: Paulo Roberto Benasse. Campinas : Bookseller, 1999. v. 2. 822 p.