

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E O INSTITUTO DO DIVÓRCIO: UMA PROPOSTA POLÍTICO-JURÍDICA

Maria Fernanda Gugelmin Girardi

Sumário

1. Introdução.
2. Evolução histórica do instituto do Divórcio no Direito Brasileiro.
 - 2.1. Do Casamento religioso ao casamento civil.
 - 2.2. O Desquite no Código Civil Brasileiro.
 - 2.3. A introdução do Divórcio na legislação pátria em 1977 e a Lei que o regulamentou.
 - 2.4. Família, Casamento e Divórcio na Constituição Federal de 1988.
 - 2.5. O Divórcio sob a ótica da Constituição.
3. Aspectos econômicos, sociais e processuais referentes ao Divórcio.
4. A Separação Judicial no Brasil: tendências doutrinárias.
5. O Divórcio no Brasil sob uma ótica político-jurídica.
 - 5.1. Noções preliminares sobre a disciplina Política Jurídica.
 - 5.2. Questões críticas do instituto do Divórcio.
 - 5.3. O instituto do Divórcio sob a ótica da Política Jurídica.
 - 5.4. O Direito que deve ser: uma proposta Político-jurídica.
6. Considerações finais.
7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Direito Brasileiro vive um momento histórico dada à grande expectativa a respeito da vigência do novo Código Civil. Levando-se em conta, ao menos, a data da elaboração do Projeto do Código Civil e a forma como o conteúdo normativo ora se apresenta disciplinado, pairam dúvidas entre os juristas no sentido de definir se o mesmo consubstancia-se ou não em um significativo avanço jurídico. 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. Ilustrativamente, ficaram à margem do referido Código, os casos de barriga de aluguel, a problemática da propriedade dos embriões oriundos da fertilização in vitro, a uniões homoafetivas, a guarda compartilhada, entre outros.

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.

Inicialmente, é cediço que a trajetória para implantação do Divórcio na nossa legislação foi palco de uma grande celeuma. Entretanto, através de emenda constitucional, o Casamento perdeu a sua indissolubilidade; passou-se, pois, para a etapa da sua regulamentação por lei ordinária. Na elaboração desta lei, ficou evidente que a luta entre os divorcistas e os antidivorcistas não havia terminado, mas resultado numa legislação conciliatória entre os dois pólos. Atendo-se unicamente ao requisito legal do lapso temporal para sua obtenção, segundo este recente diploma legal, o Divórcio somente era alcançável transcorridos três anos da Separação Judicial.

Foi a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que 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. Evolução histórica do instituto do Divórcio no Direito Brasileiro.

2.1. Do Casamento religioso ao casamento civil.

Na maioria dos países ocidentais, no período compreendido entre os séculos X e XVI, a Igreja Católica interveio, com exclusividade absoluta, em todos os assuntos que se referissem ao casamento. Desta maneira, em Portugal, SANTOS concluiu, baseando-se em Azevedo, que, na Idade Média, pelo menos com o nome de casamento e de união matrimonial, não existiu nenhuma forma de celebração matrimonial não reconhecida pela Igreja, e, não obstante, exclusivamente reconhecida pelo poder civil que, destituída do caráter sacramental, gerasse efeitos e conseqüências na ordem jurídica.

Conseqüentemente, o Brasil, em seus primeiros séculos, figurando como colônia da Coroa Portuguesa e, posteriormente, quando alcançou a independência de Portugal, herdou da legislação lusitana o domínio exclusivo da Igreja em toda matéria de cunho matrimonial, de maneira que "os princípios do Direito Canônico representavam a fonte do direito positivo". Inclusive, registra-se que, no ano de 1765, as prescrições do Concílio de Trento, entre elas o *divortium quoad thorum et mensam*, foram codificadas nas Constituições do Arcebispado da Bahia, com o intuito de facilitar a consulta, visto que já estavam vigorando, há mais de 200 anos, ou seja, desde o ano de 1564.

Prosseguindo-se na história do instituto do Casamento no Brasil, MOURA pontua: "Sob o Império, predominou por muitos anos o casamento exclusivamente religioso. Todavia, em face do crescimento populacional e da conseqüente diversificação das crenças religiosas, o poder público teve que render-se".

Assim, a partir de 1863, o Brasil adotou três formas de casamento: o casamento católico, celebrado de acordo com os ditames do Concílio de Trento e a Constituição do Arcebispado da Bahia; o casamento misto, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico; o casamento acatólico, realizado de acordo com a religião dos nubentes. Em cada um deles, a indissolubilidade do Vínculo Conjugal era regra absoluta.

Segundo LIMA, através do Decreto nº. 9.886, de 7 de março de 1888, com vigência prevista a partir de 01.01.1889, institui-se, no Brasil, o Registro Civil; com o Decreto nº. 119-A, de 7 de janeiro de 1890, aboliu-se a religião oficial, preparando caminho para a secularização do Casamento, o que ocorreu com a promulgação do Decreto nº. 181, de 24 de janeiro deste mesmo ano, instituindo o Casamento Civil na legislação brasileira.

Quanto às Constituições brasileiras, após um breve exame do instituto do Casamento nas mesmas, releva-se que a Constituição Imperial, jurada a 25 de março de 1824, foi silente; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 72, § 4º, reconheceu apenas o Casamento Civil, cuja celebração era gratuita. De maneira diversa, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, em seu artigo 146, possibilitou a atribuição de efeitos civis ao Casamento Religioso, desde que realizado em absoluta conformidade com as prescrições legais e, posteriormente, inscrito no Registro Civil.

Segundo MIRANDA, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10 de novembro de 1937, ao se referir ao Casamento, não cogitou se se tratava do Casamento Civil ou do Religioso. "Isso quer dizer que o deixara à legislação ordinária. À lei era dado adotar só o casamento civil, ou só o casamento religioso, ou os dois. O único problema que poderia existir seria o de se saber se a legislação sobre o casamento religioso fora revogada pela Constituição de 1937. A resposta teve de ser negativa...". Contudo, em seu artigo 124, conferiu-lhe indissolubilidade.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, com referência ao Casamento, manteve a concessão da Constituição de 1934 (artigo 146), condicionando-a, contudo, "à observância dos impedimentos e às prescrições da lei, se assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, com inscrição do ato no registro público".

A Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967, inclusive com a Emenda Constitucional nº. 1, datada de 17 de outubro de 1969, conservou, no seu artigo 175, §§ 2º. e 3º., o Casamento Religioso com Efeitos Civis. Com a Emenda Constitucional nº. 9, publicada no Diário Oficial, em 29 de junho de 1977, o Vínculo Matrimonial, até então indissolúvel, passou a ser dissolúvel, na forma regulamentada pela Lei nº. 6.515/77, que será analisada oportunamente. A referida Emenda alterou o § 1º. do artigo 175 da Constituição Federal que passou a vigor nos seguintes termos: "Art. 175. § 1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos."

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, não alterou disposição da Constituição anterior com as conseqüentes mudanças introduzidas pela Lei nº.

6.515/77, atribuindo ao Casamento Religioso os efeitos civis, desde que observadas as disposições legais pertinentes, mantendo a dissolubilidade matrimonial pelo instituto do Divórcio, trazendo apenas inovações quanto ao lapso temporal para a sua interposição.

2.2. O Desquite no Código Civil Brasileiro.

A Igreja Católica consignava, em seus cânones, o termo 'divórcio' (podendo ser este perpétuo ou temporário) para expressar a extinção da sociedade conjugal, não a ruptura do vínculo matrimonial. No Brasil, com a separação entre Igreja e Estado, manteve-se na elaboração da legislação pertinente, toda terminologia até então exclusivamente adotada pela Igreja, bem como a indissolubilidade do Casamento.

Desta maneira, o 'divórcio' poderia se dar através de duas maneiras: 1 - a litigiosa, que se circunscrevia a determinadas causas pré-estabelecidas, como o adultério, a tentativa de morte, entre outras; 2 - a consensual, na qual os cônjuges, somente se estivessem casados há mais de dois anos estariam legitimados para requerê-lo perante a autoridade judicial.

Posteriormente, na ocasião da elaboração do Projeto de 02 de dezembro de 1901, o significante 'divórcio' foi modificado para o termo Desquite o qual, após a conversão desse projeto no atual Código Civil, em 1916, perdurou até o ano de 1977. Segundo CAHALI, "tal como no direito anterior, permitia-se tão-somente o término da sociedade conjugal por via do desquite, amigável ou judicial (art. 315, III), fazendo certo que a sentença do desquite apenas autoriza a separação dos cônjuges, e põe termo ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido (art. 322), restando, porém, incólume o vínculo matrimonial".

Para a época em que o Código Civil foi elaborado, a Família e o Casamento tinham conotações diferentes da atual, ocasionadas pela influência européia e da Igreja, conforme se observa a seguir.

Para TEPEDINO, o Código Civil, inspirado na linha dominante da codificação européia do século XIX, considerava como Família somente aquela instituição fundada no Casamento. Desta forma, ele era valorizado como um bem em si mesmo, imprescindível para a consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus componentes. "Segundo o sistema do Código Civil, tudo aquilo que pudesse representar uma ameaça ao casamento suscitava a hostilidade do legislador, sendo a unidade formal do casamento um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendesse se separar." Isto explica, no tocante ao Vínculo Matrimonial regulamentado pelo Código Civil que ele deveria ser preservado a qualquer custo, inclusive se os cônjuges se desquitassem. Fazia-se tudo para preservar a instituição familiar e não o ser humano tomado individualmente.

PRUNES, referindo-se ao Desquite, postula que ele era um meio-Divórcio, separava, mandava cada um dos separados para cantos diferentes, sem que estes pudessem casar novamente, a não ser que um deles viesse a falecer. O mais importante no Desquite, para o citado autor, era a guarda dos filhos e a partilha dos bens, se existissem. Contudo, o nó conjugal permanecia e, estranhamente, continuava ligando quem não queria mais viver ligado.

Havia duas espécies de Desquite: o consensual e o litigioso. Segundo TEPEDINO, este último sempre figurou associado à idéia de culpa, dependente de prova do autor da ação, de uma das causas taxativamente enumeradas no revogado artigo 317 do Código Civil. Isto equivale dizer que, "se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa previstas pelo legislador autorizaria o desenlace."

Requisito imprescindível para a concessão do Desquite consensual era que os requerentes estivessem casados por, no mínimo, dois anos a contar da data da propositura da ação, tempo que o legislador julgou suficiente para que o casal não se decidisse precipitadamente pela sua separação. Precedendo a propositura da ação de Desquite ou no curso desta, se litigiosa, o Código Civil facultava ao autor o pedido de Separação de Corpos como medida cautelar.

O instituto do Desquite, anteriormente denominado 'divórcio', com o advento da Lei nº. 6.515/77 (Lei do Divórcio), substituiu as expressões por Separação Judicial. A nova terminologia assumiu características de um quase-divórcio. No entanto, a lei possibilitou aos cônjuges a desobrigação de determinados deveres e obrigações recíprocas até então expressas no Código Civil, dentre as quais a fidelidade recíproca.

2.3. A introdução do Divórcio na legislação pátria em 1977 e a Lei que o regulamentou.

Apesar da introdução do instituto do Divórcio no Brasil datar do ano de 1977, houve diversas tentativas para sua implantação. Segundo FRANÇA, a primeira delas aconteceu em 1893, tratando-se de um não

bem sucedido projeto de lei de autoria do Deputado Edson Coelho. "Secundou-o, já no final do século, Leite Oiticica, igualmente sem êxito.[...] De particular importância foi a iniciativa do Senador Martinho Garcez, datada de 1903, aprovada em primeira discussão, mas que, ao invés de voltar ao Senado, passou a integrar a matéria da discussão do Código Civil, onde foi derrotada. Frustrada tentativa registrou-se em 1908, de autoria do Deputado Alcindo Guanabara."

Segundo CAHALI, a indissolubilidade do Casamento brasileiro foi elevada, a partir da Constituição de 1934, à condição de preceito constitucional, opondo-se às legislações dos demais países que não admitiam o Divórcio, cuja matéria pertencia ao âmbito do Direito Civil. Para DIAS, "a permanência da indissolubilidade em dispositivo da Lex Fundamental, ainda é homenagem à predominância do clero. Julgam que em a levando ao texto constitucional torna-se mais segura, e ao abrigo de possíveis projetos ou proposições legislativas comuns trazendo a dissolubilidade."

Neste contexto, reveste-se de salutar importância proceder-se a um exame da indissolubilidade do Casamento nas Constituições brasileiras. Segundo LIMA, na Constituição Imperial de 1824, nada consta com referência ao Casamento; na Constituição Republicana de 1891, concebida como a primeira Constituição genuinamente brasileira, somente o Casamento Civil era reconhecido pelo Estado - conforme já referido em item anterior - todavia, nada mencionava sobre a indissolubilidade do Matrimônio.

Entretanto, o Poder legislativo, no regime da Constituição de 1891, narra CARNEIRO, "encontrou formal resistência na 'opinião nacional' e no 'sentimento religioso da maioria da Nação', ao elaborar o Título I (Do Direito de Família), do Código Civil vigente. E como estes obstáculos eram de ordem moral e religiosa, os corifeus do divórcio tentaram removê-los por meio de projetos como os de Érico Coelho (1893), Martinho Garcez (1900) e Alcindo Guanabara (1910)."

Foi a Constituição de 1934 que submeteu a indissolubilidade do Vínculo Matrimonial à chancela das leis constitucionais, em seu artigo 144. Ressalva LIMA que o texto constitucional, aprovado sob pressão ininterrupta da Igreja, foi bombardeado por inúmeras emendas que, na sua maioria, visavam suprimir da Carta a expressão 'indissolúvel' ou substitutivos, instituindo o Divórcio.

O Constituinte de 1937, não tendo coragem de colocar-se contra o clero, manteve, no artigo 124, a mesma disposição da Constituição anterior. O mesmo sucedeu com a Constituição de 1946 que, em seu artigo 163, proclamou a indissolubilidade do Vínculo Matrimonial. Já a Constituição de 1967, bem como a Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, em seus artigos, respectivamente, 167 e 175, mantiveram a indissolubilidade do Casamento que, na prática, não mais condizia com a realidade social brasileira.

É cediço que a introdução do instituto do Divórcio no ordenamento jurídico brasileiro dependeu de uma série de fatores e de uma acirrada batalha, sendo a vitória, contudo, fruto da liderança do senador Nelson Carneiro.

Os antivorcistas, na tarefa de tentar barrar a introdução do Divórcio na legislação pátria, lançaram mão de inúmeros argumentos, entre eles, BORGHI cita: o argumento da irremediabilidade; o argumento da injustiça social; o argumento da repetição; o argumento doutrinário; o argumento da proteção à filiação; o argumento dos Casamentos imaturos.

Como outrora o teor destes argumentos tivera maior peso na Sociedade brasileira, próximo do ano de 1977, impressionavam apenas pequena parcela populacional, geralmente os catolicamente comprometidos. Desta forma, inevitavelmente, por força da Emenda Constitucional nº. 9, datada de 28 de junho de 1977, originada de uma proposta do senador Nelson Carneiro, "após quarenta e três anos de indissolubilidade concretada no texto de nossa lei fundamental, mas não na realidade dos nossos fatos econômicos, sociais, culturais e morais, implanta-se, constitucionalmente, o divórcio em nosso país...".

Atentando-se ao texto constitucional da época, observa-se que suas normas somente poderiam ser alteradas alcançado o quorum de dois terços dos membros do Congresso Nacional, justamente para preservar sua integridade. E, segundo RODRIGUES, atingir este quorum consistia em uma tarefa árdua. Prova disso, alude-se que, no ano de 1974, um projeto de Lei de Nelson Carneiro, pugnando pela introdução do Divórcio no Brasil, obteve voto da maioria do Congresso e não dos dois terços legalmente exigidos, o que lhe impediu de se transformar em lei. Assim,

"o fato de haver o Presidente da República, através da Emenda Constitucional nº. 08, de 14 de abril de 1977, com base no Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968, suspenso a vigência do preceito constitucional que exigia o quorum de 2/3 para a alteração da Constituição (assim permitindo que as alterações derivassem do pronunciamento da mera maioria) constituiu uma abertura para os adeptos do divórcio que, desse modo, conseguiram a aprovação da Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de junho de 1977. Portanto, o divórcio se encontra instituído entre nós, em virtude de tais circunstâncias."

Ultrapassada, a etapa de implantação do Divórcio na legislação pátria, passou-se à etapa seguinte, que foi a de regulamentação do novo instituto acolhido, sobre a qual BORGHI assim se pronuncia: "foi o

divórcio regulamentado pela Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, cujo projeto original foi de autoria de Nelson Carneiro [...] e Accioly Filho, que também haviam proposto a reforma constitucional referida. Houve, na realidade, inúmeros outros projetos regulamentadores da norma constitucional, a maioria baseada na Lei francesa nº. 75-617, de 11 de julho de 1975...".

A Lei do Divórcio, Lei nº. 6.515/77, mereceu inúmeras críticas por parte dos doutrinadores. Para VARELA, esta Lei, sob a ótica da boa técnica legislativa, trata-se de um dos mais imperfeitos diplomas. A bem da verdade, as críticas também se avolumaram porque "o sistema adotado na implantação do divórcio no Brasil denuncia a prevalência de freios e contrapesos de caráter transacional resultante do choque das tendências divorcistas e antidivorcistas".

Contudo, a Lei do Divórcio introduziu profundas mudanças no regime da dissolução do Casamento, entre elas, a revogação dos artigos 315 a 328 do Código Civil, e a subordinação do Divórcio à prévia Separação Judicial por mais de três anos. A Separação Judicial funcionava, nesta lei, via de regra, como uma fase intermediária obrigatória para obtenção do Divórcio. Ressalta-se a exceção do artigo 40 da mencionada Lei, que conferia aos cônjuges, desde que já separados de fato, por mais de um lustro, quando da promulgação da Emenda nº. 9, o direito de propor diretamente o Divórcio. Albergando o caráter da transitoriedade, foi denominado por CAHALI de Divórcio excepcional ou extraordinário.

Inobstante a subordinação do Divórcio à prévia Separação Judicial por mais de três anos, esta poderia se dar consensualmente - artigo 4º - ou litigiosamente - artigo 5º. A primeira modalidade mencionada e também nos casos de ruptura da vida em comum (§§ 1º e 2º do artigo 5º), segundo RODRIGUES, configuram o caso típico de Separação-remédio, ou seja, "o de separação judicial inspirada no propósito de remediar uma situação de fato"; já a Separação Litigiosa, listada no caput do artigo 5º., configura a Separação-sanção a qual, baseada na culpa de um dos cônjuges, "representa uma punição pela sua falta ao cumprimento de um dever".

Nos casos da referida Separação-remédio, o § 3º do artigo 5º reza que ao cônjuge que não tiver pedido a Separação Judicial, reverterão os remanescentes dos bens que levou para o Casamento, e também a meação dos adquiridos na constância da Sociedade Conjugal, se o regime de bens adotado o permitir. Quando a mulher tomar a iniciativa desta Separação, voltará a usar o nome de solteira, conforme determinação do artigo 17 da Lei do Divórcio.

Analisando-se o artigo 26, sobressai que, em caso de Divórcio resultante da Separação-remédio, ao cônjuge que a requereu caberá continuar com o dever de assistência ao outro. Tais disposições revelam o deliberado propósito do legislador de desencorajar o cônjuge a pedir a Dissolução da Sociedade Conjugal por ruptura do Casamento, sobrecarregando-o de ônus, caso tome a iniciativa.

Ainda se referindo à Separação-remédio, o artigo 6º do diploma divorcista consignou uma condição - denominada, pela doutrina estrangeira, de 'Cláusula de dureza' - segundo a qual o magistrado poderá negar a Separação Judicial, ocorrendo grave prejuízo de qualquer ordem para o outro cônjuge ou para a prole.

O número de pedidos de Divórcio, por pessoa, no artigo 38, foi restringido a uma única vez. Segundo FRANÇA, o problema deste artigo repousa na sua inconstitucionalidade, visto que, ao legislador ordinário, "por maior que seja a sua boa fé e melhores as suas intenções, de 'preservar a estabilidade da família, célula da sociedade'", não é dado estabelecer regras que atentem contra o novo princípio constitucional da dissolubilidade matrimonial. Para Santos: "De fato, trata-se de restrição com sabor inconstitucional. Se ela perdurar, dentro de pouco tempo, o caos imperará novamente."

Como se todas as inovações já listadas não bastassem, a Lei em análise, em seu artigo 23, estatuiu a transmissibilidade aos herdeiros do devedor, da obrigação de prestar alimentos, quebrando, assim, tradição jurídica no país que sempre postulou o caráter personalíssimo da obrigação alimentícia, bem como a sua intransmissibilidade, contida no artigo 402 do Código Civil.

Constituíam, segundo GUSMÃO, efeitos do "Divórcio à brasileira", entre outros: 1 - dissolução completa do Vínculo Matrimonial, possibilitando aos ex-cônjuges convolar novas núpcias; 2 - constitui impedimento ao divorciado usar mais uma vez o Divórcio, conforme regra do artigo 38; 3 - não extingue o direito a alimentos devidos à mulher; 4- extingue o direito sucessório da mulher; 5 - extingue os deveres de fidelidade, solidariedade e coabitação no caso do Divórcio Direto estabelecido no artigo 40, etc.

Não obstante todas as críticas tecidas pelos doutrinadores, à Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e aqui resumidamente apontadas quando se pretendeu explicar sobre seu conteúdo básico, "reconheça-se, no entanto, o mérito de ter dado a Lei nº. 6.515 início à solução do problema fundamental de libertar tantos casais de grilhões incompatíveis com a evolução dos nossos tempos,..."

A Lei do Divórcio vige, ainda hoje, porém, limitada às novas disposições constitucionais de 1988, bem como às leis regulamentadoras destas mesmas. No próximo item, também será abordada esta temática.

2.4. 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.

Assim, as principais linhas ou princípios do novo Direito de Família, ou seja, do direito que sofreu alterações ditadas pela Constituição de 1988, distanciando-se das regras contidas no Código Civil, para OLIVEIRA são:

- 1 - o reconhecimento, como entidade familiar, da União Estável;
- 2- o reconhecimento, como entidade familiar, da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (Família Monoparental);
- 3 - a ampliação das formas de dissolução do Casamento, facilitando o Divórcio;
- 4 - a proclamação da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vida conjugal;
- 5 - a consagração da igualdade dos filhos, matrimoniais ou não, ou adotados, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

O rompimento da tradição jurídica e a conseqüente implantação do novo, segundo SEREJO , estilçaram "duas idéias básicas que sustentavam a família e que ainda formam o espírito do nosso Código Civil: a patrimonialização e a matrimonialização." Quanto à patrimonialização, aclara o autor: "A preocupação com o aspecto econômico da família levou o nosso Código Civil para a opção patrimonialista, elegendo a proteção do patrimônio como objetivo maior. A esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, onde o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos maiores."

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.

Assim sendo, o constituinte concebeu a nova Família - seja ela formada pelo Casamento, pela União Estável ou pela monoparentalidade - como um lugar propício à realização da personalidade de seus membros e, "precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa - para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais" . Daí se vê que a Constituição em exame resolveu enxergar uma vetusta realidade universal, relegada do Código Civil, que é, nas palavras de LOTUFO , a seguinte: "Sem amor não há família. E é esta a grande evolução que a Constituição traz". O Casamento, visto pela Constituição, é o ato sublime de concretização do amor, e este, por sua vez, também não se furta das entidades familiares reconhecidas por ela; ao contrário, o amor é que as cimenta.

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. Neste diapasão, convém registrar que o mesmo dispositivo constitucional que reconhece a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, aduz que a lei deverá facilitar sua conversão (da União Estável) em Casamento. O instituto do Casamento é a primeira preocupação do constituinte e, em relação às entidades familiares, evidentemente, goza de maior prestígio.

À vista desta Constituição positivadora dos latentes Anseios Sociais, várias leis infra-constitucionais que continham o espírito conservador da época precedente, chocaram-se frontalmente com as disposições renovadoras da Carta. Foi, sobretudo no Direito de Família, que se observou a maior incidência de antinomias. Para a maioria dos juristas da área familiar, respeitado o entendimento contrário de uma minoria , a Constituição revogou, imediata e tacitamente, todas as disposições contrárias preexistentes.

Com relação ao Divórcio, pondera RODRIGUES , 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.

2.5. O Divórcio sob o ótica da Constituição.

Como já referido anteriormente, "o entendimento dominante sobre a nova ordem constitucional instalada desde 1988, [...], é mesmo o da auto-aplicabilidade", isto quer dizer que revogadas tacitamente estão as disposições infraconstitucionais que afrontarem estes superiores e novos ditames. Com relação exclusiva às disposições atinentes ao Divórcio, esposadas na Constituição, encontram-se na Lei nº. 6.515/77, dispositivos antinômicos que resultaram revogados. No decorrer da explanação deste item, os mesmos serão apontados.

Encontra-se, no § 6º. do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a confirmação da idéia da dissolubilidade do Casamento. Neste diapasão, SOUZA aponta quatro inovações que foram introduzidas pela Lei Maior: "1º.) confirmação da idéia de que o casamento é passível de dissolução; 2º.) redução do prazo para a concessão do divórcio; 3º.) garantia do divórcio direto; 4º.) eliminação do art. 38 da Lei do Divórcio."

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, 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."

Por outro lado, a conversão da Separação Judicial em Divórcio que poderá ser consensual (onde o acordo das partes necessitará de homologação judicial) ou litigiosa (quando requerida unilateralmente), possui os seguintes requisitos legais:

- 1 - existência de sentença definitiva de Separação Judicial;
- 2 - 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;
- 3 - a existência de decisão sobre a partilha de bens.

A Constituição de 1988 não somente instituiu definitivamente o Divórcio Direto, 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 40 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.

Todavia, segundo AMORIM, "Por conseqüência, tratando-se, agora, de modelo definitivo de ação extintiva do casamento, tornou-se impróprio o enquadramento, ainda mantido no art. 40 da Lei 6.515/77, no capítulo de 'disposições finais e transitórias'". O Divórcio Direto, tal qual o Divórcio Indireto, subdivide-se em consensual ou litigioso, e neste, para PEREIRA, "não há mais cogitar, pacificamente, das causas do art. 5º. da Lei do Divórcio. Não mais interessam as figuras da sanção e do remédio. É suficiente o prazo de dois anos de separação de fato. Esta a única causa para um dos cônjuges pleitear o divórcio 'contra' o outro."

Desta feita, o Divórcio Indireto e o Divórcio Direto, nas palavras de CAHALI, 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.

Com relação à apreciação da culpa de um dos cônjuges na dissolução do Casamento, verifica-se que é um resquício dos conceitos precedentes (ou seja, os contidos no Código Civil), segundo os quais a Família se encontrava centrada, exclusivamente, no Casamento e que, além de não mais condizerem com a nova ordem constitucional, consubstancia verdadeiro retrocesso.

A decretação do Divórcio gera uma série de conseqüências jurídicas, especialmente após sua averbação do Registro Civil. Para DINIZ, 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; fim do regime de Separação de Fato ou conversão da Separação Judicial em Divórcio; inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos; continuação do dever de assistência por parte do cônjuge que moveu ação de Divórcio, fundada no artigo 5º., §§ 1º. e 2º., da Lei do Divórcio; extinção da obrigação alimentar em caso de novo Casamento do ex-cônjuge credor; perda do direito ao uso do patronímico.

3. Aspectos econômicos, sociais e processuais referentes ao Divórcio.

No Brasil, segundo LEITE, 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 o citado autor, "o Divórcio é mais freqüente nas categorias menos favorecidas economicamente (empregados, funcionários assalariados, etc.), depois aparecem nas categorias superiores (profissionais liberais, executivos, etc.)", comprovando uma prática comum na Sociedade brasileira, a de que, nas classes economicamente favorecidas, o Casamento é mantido tanto para garantir um status social, como para evitar a divisão patrimonial entre os cônjuges.

Para DINIZ, 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, de assegurar pensões à concubina, de possibilitar à concubina o uso do nome do amante, com o consentimento deste, se com ele vive, maritalmente, há mais de 5 anos, ou a qualquer momento, depois dessa união, se tiver filho com ele;
- 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? O divórcio só atende, em regra, aos interesses de uma minoria, que necessita dar explicações à sociedade, por ser obrigada a se qualificar e a revelar seu estado civil com freqüência, em inúmeras atividades da vida pública;
- 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..."

Faz-se importante ressaltar que este instituto jurídico - o do Divórcio -, atualmente, pode ser utilizado por quem quiser valer-se dele. Isto é uma realidade indiscutível.

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". Ilustrativamente, apresentam-se os seguintes dados colhidos por SOUZA, sobre o acúmulo de demandas no Poder Judiciário: "Por diversas razões, dentre as quais eu destaco apenas o crescimento demográfico, o incremento das relações econômicas e o fortalecimento da cidadania, o número de processos no país, desde a promulgação da Constituição de 88, cresceu de 347.602 para 3.241.359, considerados todos os juízos e tribunais."

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.

Com referência aos três aspectos citados - econômico, social e processual, - assim obtempera SERPA: "há muito advogados, juízes, cônjuges reclamam da sobrecarga dos tribunais, do alto custo relativo a tempo e dinheiro dentro do contencioso; da falta de acesso à Justiça por parte de grande faixa da população, da impossibilidade de conseguir-se a conciliação de casais no processo de separação judicial[...] O quadro expressa a realidade do sistema judiciário brasileiro, e explica o alto nível de insatisfação da comunidade ...".

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.

4. A Separação Judicial no Brasil: tendências doutrinárias.

A Separação Judicial é, atualmente, a Dissolução da Sociedade Conjugal em vida dos cônjuges, que poderá ser decretada (se litigiosa) ou homologada (se consensual) pelo juiz, não implicando a extinção do Vínculo Matrimonial. Referindo-se a ela, já ponderava BEVILÁQUA, no ano de 1956: "A separação cria uma situação legal que, além de impor um injusto constrangimento ao cônjuge inocente, impelirá, muitas vezes, os cônjuges a contraírem relações ilícitas e a procurarem filhos extramatrimoniais, o que importa numa perturbação da moralidade e da vida social. Eis o seu flanco vulnerável."

A manutenção do instituto da Separação Judicial na legislação brasileira, concomitantemente com o instituto do Divórcio, divide a opinião jurídica. Para alguns, trata-se de uma "triste reminiscência do

regime teológico-social e que não se compadece com a instituição do casamento civil" e, para outros, trata-se "de uma meritória homenagem [...] às mais caras tradições morais e religiosas de nosso povo". Independentemente das várias opiniões dos juristas, com o advento da Constituição de 1988, a Separação Judicial deixou de ser "a antecâmara, o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio", visto que é lícito aos cônjuges desavindos pleitear o Divórcio Direto se estiverem separados de fato há mais de dois anos ininterruptos.

A finalidade principal da legislação, ao regulamentar a coexistência de ambos os institutos, segundo LIMA, "foi a de coibir aos abusos naturais e esperados que a liberdade inicial costuma acarretar e de assegurar a liberdade de consciência e de convicções religiosas..." e, no ano de 1978, já predizia: "Abreviar-se-á, posteriormente, o prazo para sua caracterização; depois, sua conversão em divórcio será imediata ou, numa providência que conciliará ambas as tendências, reservar-se-á aos cônjuges o direito de requerer, imediatamente, a separação judicial ou o divórcio, conforme sejam suas convicções religiosas ou morais."

Acentua RIZZARDO que, à semelhança do que vem ocorrendo em muitas legislações, a tendência é afastar a Separação Judicial do sistema jurídico brasileiro, visto que se atingem as mesmas finalidades, e em maior extensão, com o Divórcio. Para COSTA existe apenas uma diferença em relação aos efeitos do Divórcio e os efeitos da Separação Judicial, que os distinguem: a proibição, no caso da Separação, das segundas núpcias.

Diante do que foi exposto neste item, indaga-se se é justo, útil ou socialmente justificável a manutenção do Vínculo Conjugal que se dá na Separação Judicial? Mais objetivamente, ela denota Justiça e Utilidade Social face ao Divórcio Direto inserido pela Constituição? Respostas para estas indagações serão tentadas no próximo item, quando se adentrará no campo da Política do Direito.

5. O Divórcio no Brasil sob uma ótica político-jurídica.

5.1. Noções preliminares sobre a disciplina Política Jurídica

O Direito possui uma dimensão mais ampla, que foge do objeto da Ciência Jurídica, mas vai ao encontro do objeto de uma disciplina específica, apta a lidar com valores jurídicos, com a consciência jurídica social, com a Validade Material da norma jurídica, enfim, que imerge entre outros, no âmbito da Ética, da Estética da Convivência, sem, contudo, descuidar da segurança jurídica e do fim do Direito.

A Política Jurídica preocupa-se com o fundamento da norma que, segundo REALE, é "o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido, necessário à coletividade" e que lhe confere validade material. Quais seriam, então, estes valores legitimadores da norma? Pensa-se que são em número de dois, os principais valores jurídicos: a Justiça e a Utilidade, seguidos da legitimidade e da Ética e Estética da Convivência.

Justiça, pondera MELO, percebida preliminarmente como "um valor que a consciência Jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta", poderá ser manuseada com quatro concepções diferentes, complementares entre si:

1- Justiça como ideal político de liberdade e igualdade: A norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de coparticipação e compartilhamento será considerada injusta;

2- Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma: Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de norma jurídica injusta;

3- Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão: A norma cujo sentido não corresponda à verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita, será norma injusta;

4- Justiça como legitimidade ética. A norma do Direito que conflitar com a moral poderá ser considerada injusta."

Com relação ao valor Utilidade, MELO postula que, correlacionado ao valor Justiça, não são eles termos antitéticos, ou seja, de aplicação alternativa e excludente. Ao contrário, como valores que fundamentam, que legitimam a norma, poderão ser invocados quer simultaneamente, quer separadamente, conforme a pertinência. "No que concerne às realidades sócio-culturais, ou seja, das atividades e experiências do cotidiano, no entanto, esse valor 'utilidade' pode e deve ser considerado na elaboração, modificação ou revogação de uma norma, desde que se levem em conta as perspectivas de respostas a necessidades sociais."

A legitimidade ou legitimação ética, sob o enfoque político jurídico, extravasa a concepção estritamente jurídica de legitimidade, comumente sinonimizada por legalidade, possuindo "um sentido mais amplo para referir-se a tudo aquilo que resulte em benefício geral e tenha o respaldo da Sociedade. Neste sentido a qualidade do ato e da própria lei deverá identificar-se com as aspirações sociais e com os princípios éticos."

Já atinente à Estética da Convivência, segundo MELO, esta se traduz em uma sensação de harmonia e beleza emanada dos atos do convívio social apoiados na Ética e no respeito à dignidade humana. "Assim, podemos considerar como um dos fins mediatos da Política Jurídica a criação normativa de um ambiente de relações fundadas na Ética que venham ensejar o belo na convivência social, em atendimento a necessidades espirituais latentes em todo o ser humano."

Constituem tarefas da Política Jurídica, conforme assevera MELO, "operar a criação, derrogação ou extinção da norma em obediência aos balizamentos dos valores justiça, ética e utilidade social", cuja preocupação básica não repousa no Direito vigente, mas no Direito desejado. Logo, é papel predominante do político do Direito "propor, no momento oportuno, ou o ingresso, no sistema jurídico, de norma reclamada pelo sentimento ou idéia do justo e do útil, ou o expurgo de norma que não seja justificada por aqueles valores sociais."

Partindo-se desta resumida apresentação de alguns aspectos relevantes para a disciplina Política do Direito, voltar-se-á, no próximo item, ao instituto do Divórcio, com o objetivo de levantar os principais pontos críticos que, pelo que se pretende nesta dissertação, serão examinados e reformulados a partir da ótica da Política Jurídica.

5.2. Questões críticas do instituto do Divórcio.

Do instituto do Casamento, dentro do qual repousa o instituto do Divórcio, não se pode precisar nem a data, nem o modo da sua origem. Todavia, pensa-se que, desde a família sindiásmica de Engels até a família clássica romana, o que se evidenciava nos casamentos era a *Affectio Maritalis*, ou seja, a intenção do homem e da mulher de viverem como marido e mulher.

Desta forma, em geral, terminando a *Affectio Maritalis* - isto não quer dizer "somente após dois anos de Casamento, ou após dois anos de Separação de Fato ou, ainda, após um ano de Separação Judicial, como dita a atual Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei do Divórcio pátria", - não havia motivo para o casamento existir; os cônjuges se separavam e, cada qual, seguia o seu caminho, podendo, a seu arbítrio, novamente se casar.

Com a queda do Império Romano, continuando a histórica evolução da Família e do Casamento ocidental, estes caíram sob exclusivo jugo da Igreja Católica que converteu a *Affectio Maritalis* em um consentimento inicial e irrevogável, instituindo, por consequência, o reinado do casamento indissolúvel. Tal situação matrimonial somente se alterou, quando o poder estatal se divorciou do poder eclesiástico sob as luzes da Revolução Francesa.

No Brasil, a história do instituto do Casamento também se libertou do domínio único da Igreja, passando a sofrer regulamentação apenas estatal. Contudo, a trajetória de modificação do Casamento indissolúvel para o Casamento dissolúvel, além de extremamente árdua, é recente - data do ano de 1977, - se comparada com a de outros países.

Note-se que, somente a partir daquele citado ano, o instituto do Casamento no Brasil, precariamente, retomou o que de mais importante sua origem clássica lhe legara, a *Affectio Maritalis* como fundamento da união entre os consortes. O Matrimônio não era mais aquele carrasco a torturar dois seres que, quando muito jovens, assentiram (ou lhes foi imposto) em dividir toda uma vida, lado a lado. Ao contrário, o Casamento tornou-se dissolúvel desde que saldados todos os (quase infindáveis) requisitos legais.

De todos estes requisitos legais, impostos, originariamente, pela Lei nº. 6.515/77, que regulamentou o instituto do Divórcio no país e, posteriormente, pela Constituição de 1988, é interesse imediato deste estudo apenas se ater a três deles para a confecção da análise político-jurídica: 1 - a Separação Judicial como fase intermediária para o Divórcio; 2 - o lapso temporal entre a Separação Judicial ou a Separação de Fato para a obtenção do Divórcio; 3 - o lapso temporal de dois anos de Casamento para o ajuizamento da Separação Judicial Consensual.

No original diploma legal de 1977, o Divórcio figurava absolutamente atrelado à Separação Judicial, salvo a exceção dos casais que já se encontravam separados de fato anteriormente à data da promulgação da lei, e desde que completados cinco anos (artigo 40). Desta maneira, o Divórcio somente era concedido após três anos de Separação Judicial do casal, segundo preceituava o artigo 25. Além disso, no caso de Separação Consensual, o artigo 4º estabelecia o lapso de dois anos de Casamento para que os cônjuges pudessem valer-se dela.

Quanto à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, positivadora de novos valores no Direito de Família, FACHIN argumenta: "Apontando alterações substanciais, é indisfarçavelmente reconhecida a proeminência do texto constitucional no Direito de Família.[...] Superando a unidade de fontes estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil cede espaço para a família constitucionalizada."

A Constituição deu novo colorido ao desbotado Direito de Família, valendo-se de matizes que, há muito, jaziam no esquecimento, como o amor, o afeto, a solidariedade, a igualdade. E é, nesta nova visão da Família, denominada de família constitucionalizada por Fachin, que se evidencia a *Affectio Maritalis*.

Para o instituto do Divórcio, como era esperado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe mudanças. Com relação à Separação Judicial, ela deixou de ser regra geral, ou seja, não é mais caminho necessário para a obtenção do Divórcio; concorre com ela a Separação de Fato. Desta forma, passaram a existir duas maneiras para se obter o Divórcio, que a doutrina denominou de Divórcio Indireto (aquele que converte a Separação Judicial em Divórcio) e Divórcio Direto (aquele que converte a Separação de Fato em Divórcio).

O lapso temporal entre estas duas espécies de Separação (Judicial e de Fato) e a propositura da ação de Divórcio, ao teor do § 6º. do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi reduzido para um ano, no caso da primeira espécie de Separação, e dois anos, no caso da última delas. Todavia, em caso de Separação Judicial Consensual, continua vigendo o artigo 4º. da Lei nº. 6.515/77, que fixa, em dois anos, o tempo mínimo de Casamento entre os cônjuges que desejam se separar (no novo Código Civil brasileiro, aprovado pela Câmara, foi diminuído o tempo mínimo de casamento para propositura da Ação de Separação Judicial Consensual para um ano. Os demais prazos aludidos neste parágrafo, figuram inalterados no novo diploma legal).

Eis aí, um breve registro de apenas três aspectos legais que tocam o instituto do Divórcio - a Separação Judicial, o lapso temporal para obtenção do Divórcio e o tempo de Casamento para propositura da Separação Judicial Consensual, - demonstrando, que desde a primeira lei que o regulamentou até o advento da atual Constituição, houve mudanças no mesmo sentido, ou seja, no de diminuir a importância da Separação Judicial como requisito compulsório para a propositura da ação de Divórcio, e no sentido de reduzir o lapso temporal entre a Separação Judicial e o pedido de Divórcio.

Ocorre que a Sociedade, em permanente ebulição, elegendo e priorizando novos valores, sempre fermentando novas idéias, cobrando uma conduta cada vez mais Ética e responsável do Homem, em todas as áreas do conhecimento científico e do relacionamento social, não cala, não pára de evoluir frente ao Direito posto. Como um rolo compressor, ela vai, vagarosamente, avançando por sobre ele, obrigando-o a se reformular continuamente.

Não se postula que a ordem jurídica deva ser alterada na mesma velocidade evolutiva da Sociedade; isto colocaria em risco a segurança jurídica, a segurança nas relações familiares e sociais. Como obtempera CZAJKOWSKI, "mais acertado é lidar com a transformação da sociedade, como elemento para constatação de que as legislações sobre Direito de Família jamais representam [...] resposta jurídica definitiva e perfeita para o tratamento das relações familiares."

Passados já 13 anos da promulgação da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, no que tange ao Direito de Família, mais precisamente, com respeito ao instituto do Divórcio, nota-se, de um lado, sinais de envelhecimento do Direito posto e de afastamento entre este e a realidade, e, de outro lado, sente-se o turbilhão da vida em movimento, cujos novos anseios e Aspirações Sociais motivam o político do Direito em buscar um Direito que seja mais adequado à realidade.

Questiona-se a Utilidade e a eticidade do instituto da Separação Judicial; pensa-se na legitimidade (ou ilegitimidade) do lapso temporal entre a Separação Judicial e a obtenção do Divórcio; indaga-se da atual pertinência no ordenamento jurídico brasileiro da exigência de dois anos de vida conjugal para formulação do pedido de Separação Judicial Consensual.

Por outro lado, pondera-se que tais requisitos legais atentam contra a espontaneidade do afeto, do amor, que a Constituição resgatou para o Direito de Família; vislumbra-se o Poder Judiciário abarrotado de ações, conseqüência imediata de morosidade processual, de injustiça. Por estas razões, propõe-se um repensar, sugerindo novos caminhos que pretendam conduzir a um Direito melhor. É do que se tratará nos próximos itens.

5.3. O instituto do Divórcio sob a ótica 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, transmudado, posteriormente, por força da Lei nº. 6.515/77, para Separação Judicial, uma vez que estes institutos equivalem 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, segundo o qual se atingem as mesmas finalidades, e, em extensão bem maior, com o instituto do Divórcio. "Assim como acontece nos países onde existe a separação (como na França, na Itália e em Portugal), nota-se um grande esvaziamento do instituto, dando as partes proeminência ao divórcio, alcançável praticamente mediante custos e pressupostos ou requisitos iguais aos exigidos na separação."

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; 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. E, como este vínculo não é palpável, não se vê, faz parte de uma construção teórica. Na prática, apenas se impede que as pessoas separadas judicialmente estejam aptas para casar novamente.

Elas estão proibidas de convolar novas núpcias, porque ainda estão ligadas, matrimonialmente, a seus "ex-consortes"; 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. E 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'.

A fidelidade dentro do instituto do Casamento ocupa uma posição ímpar de importância, pois lhe confere conteúdo Ético. Referindo-se a ela, LEITE aduz: "o âmago de fidelidade é o amor por um determinado vínculo, por uma determinada aliança no sentido que ela é a transmissão desse vínculo". Ora, daí se pode concluir que a fidelidade está para o Vínculo Conjugal, como o Vínculo Conjugal está para a fidelidade. Diante disso, acredita-se tratar de uma grande contradição o fato da Separação Judicial manter o Vínculo Matrimonial - que permite ainda denominar o casal separado de 'cônjuges' - e, ao mesmo tempo, extinguir-lhe a sua essência que, no caso em tela, é a fidelidade recíproca.

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. MELO 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 : "Reportando-se à doutrina canônica que, precisamente para temperar o princípio da indissolubilidade admitiu a separação quoad 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 afear 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 , 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.º do Código Civil) e na França (artigo 296 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 humana 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. Entretanto, sobre este tema, digno de menção, é o entendimento sustentado por DIAS , datado de meados da década de 70:

"O período de carência, a nosso ver, nenhuma vantagem prática produziu até agora.[...] Se o casal não pode desquitar-se porque a lei não permite naquela faixa bienal, não é isto que irá obrigá-lo a manter-se em paz, ou impedi-lo de se separar. Os cônjuges se separam da mesma forma. [...] Não podendo utilizar-se do desquite manso, consensual, os cônjuges usam do desquite barulhento, contencioso, que é pior. Lançando mãos do judicial põem às claras os motivos da incompatibilidade do humor, exatamente o que a lei civil procura evitar facultando o desquite por mútuo consenso. Prende o útil e abre o inútil."

Mais adaptado aos tempos e Aspirações Sociais atuais, provou ser o Direito lusitano que, no artigo 1775.º do Código Civil, sofrendo recente alteração pela Lei nº. 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. 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 272 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, 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.

Referindo-se ao Divórcio Administrativo, DUHALT pondera que na ocasião de sua implantação no ordenamento jurídico mexicano, foi alvo de muitas críticas, visto como um fator de profunda dissolução familiar. Entretanto, os legisladores, expondo seus motivos para a criação do mesmo, aduziram que é interesse social que os casamentos não se dissolvam facilmente e que os lares conjugais não sejam focos de constantes desgostos. Desta forma, quando estão em jogo os sagrados interesses dos filhos ou de terceiros e quando o casal manifesta sua decidida vontade de não mais permanecer casado, não deve ser dificultada, desnecessariamente, a dissolução matrimonial.

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, 1), 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, 2). 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.

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

Inúmeros juristas, atentos aos fenômenos sociais, à opinião pública, à consciência coletiva, às representações jurídicas, preocupando-se com o fundamento da norma que lhe confere Validade Material, trouxeram contribuições no sentido de elaboração de um Direito melhor. Especificadamente, para o Direito de Família citam-se duas propostas nesta direção. A primeira delas, de autoria de COSTA, trata do Divórcio automático; a segunda proposta, apresentada por ANDRIGHI, consiste em aproveitar a experiência dos Juizados Especiais, instituindo o procedimento sumaríssimo para todos os conflitos de Família.

Sem adentrar no mérito de tais proposições, até porque o motivo que as traz aqui é meramente ilustrativo, apresenta-se uma reflexão diversa que se consubstancia em uma outra porta que poderá ser aberta (e então ampliada, manuseada, trabalhada, reformulada) ou permanecer fechada, conforme a sua pertinência.

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.

A proposição legal que se apresentará, na tentativa de criação de um Direito mais condizente com os Anseios e a própria dinâmica social, parte de um pressuposto fundamental, com muita pertinência prelecionado por MELO :

"se a investigação do caso concreto resultar na convicção de estarmos na presença de uma norma que perdeu seu princípio vital e por isso sua capacidade para resolver um conflito, teremos encontrado um elemento desativado no sistema jurídico. Será o caso de afastar do sistema essa norma indesejada socialmente e propor, com o apoio do conhecimento político-jurídico, a norma adequada..."

Acredita-se que o instituto da Separação Judicial constitua-se, segundo as palavras daquele autor, um 'elemento desativado' da nossa legislação, devendo ela ser imediatamente suprimida, 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. Entretanto, não é novidade alguma a separação ocorrida entre o poder da Igreja e o do Estado. Também não causará surpresa mencionar que, mesmo separados estes poderes, o primeiro continuou influenciando na construção do Direito de Família brasileiro. Contudo, a introdução do instituto do Divórcio na nossa legislação, positivamente de um dos maiores Anseios da Sociedade daquela época, provou que a influência religiosa em matéria matrimonial estava gasta, envelhecida, diante da força do clamor social.

Seguindo esta linha de raciocínio, a implantação do Divórcio, no Brasil, não pode ser interpretada como ausência da influência da Igreja, visto que a lei que regulamentou este instituto teve que conciliar os fortes interesses conservadores (cristãos) com os renovadores; mas é uma prova incontestável de que o seu prestígio havia diminuído. Já a Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, com as alterações trazidas para o Direito de Família, ex-reduto do Direito Canônico, descortinou uma realidade absolutamente inédita, na qual a influência da Igreja e do pensamento burguês do período da codificação do nosso Código Civil não encontraram guarida.

Assim, a Separação Judicial, sendo uma figura fundamentada no Direito Canônico (que hoje não mais influencia na positividade 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 o aprimoramento, para a realização e para a felicidade de cada um de seus membros; portanto, parte de uma concepção eudemonista da instituição familiar. Conclui-se que insistir em manter unidos, por vínculos, casais cuja *Affectio Maritalis* morreu, conflita com esta nova concepção de Família e de Casamento, cuja (boa) convivência, o bem-estar de cada um de seus integrantes, o companheirismo e o amor estão em destaque.

Ora, se não há sentimento bastante para manter unidas duas pessoas, mais apropriado para a saúde física e espiritual delas e da eventual prole é que se afastem e tentem reconstruir a vida; isto o legislador já entendeu. 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. MIRANDA, defendendo este ponto de vista, afirma que "o casamento, tal qual existe entre nós, é simplesmente um contrato, e contrato se desfaz com o distrato".

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.

A liberdade de contrair Casamento - contratar - parece não estar em oposição com as mudanças constitucionais, porém, a liberdade de distratar, restando, compulsoriamente, adstrita a uma prévia Separação Judicial ou de Fato, não se coaduna com o enaltecimento da *Affectio Maritalis* como fundamento principal deste contrato nupcial, muito menos com a noção de Família eudemonista já mencionada.

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.

Como se observa, os três aspectos do instituto do Divórcio que eram interesse imediato do presente estudo (a saber, a Separação Judicial como fase intermediária para se divorciar; o lapso temporal entre a Separação Judicial ou a Separação de Fato para a obtenção do Divórcio; o lapso temporal de dois anos de Casamento para o ajuizamento da Separação Judicial Consensual), com o teor da proposição, reduziram-se a pó. Em seus lugares, resplandece, unicamente, o instituto do Divórcio, como bem defenderam alguns autores trazidos no decorrer da pesquisa.

6. Considerações finais.

Os novos tempos constitucionais descortinaram uma nova e salutar realidade familiar. Objetivamente, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges enterrou a antiga hierarquia; a igualdade entre todos os filhos, sejam matrimoniais ou não, pôs fim às malfadadas discriminações na seara da filiação; o reconhecimento de famílias extra-matrimoniais (ou entidades familiares) descaracterizou o instituto do Casamento como única fonte geradora da Família.

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.

Tal concepção familiar eudemonista aproximou o Casamento - uma das formas da sua constituição, - à natureza contratual, exaltando a liberdade para contratá-lo e distratá-lo na ausência da *Affectio Maritalis*. Dessa forma, conflitam com o entendimento da nova realidade familiar dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro que compelem o casal já sem a intenção de viver como marido e mulher, a manter o Vínculo Matrimonial, até que determinado lapso de Separação Judicial ou de Fato seja satisfeito, e não permitindo também que, com menos de dois anos de Casamento, o casal possa valer-se do instituto da Separação Judicial Consensual.

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 doutrinadores 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 a ç ã o j u d i c i á r i a .

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.

7. Referências Bibliográficas:

AMORIM, Sebastião Luiz. O divórcio e a Constituição de 1988. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). O direito de família após a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 61-69.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Direito de família e os juizados especiais. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). O Direito de família após a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 315-324.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito da família. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. 476 p.

BORGHI, Hélio. O divórcio no Brasil: valeu a pena? São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. 36 p.

BRASIL. Código civil. Lei nº. 3.071, de 1º. de janeiro de 1916 atualizada e acompanhada de Legislação Complementar, Súmulas e índices sistemáticas. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves Siqueira. 51 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 1376 p.

BRASIL. Constituições do Brasil. Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices por Adriano Campanhole; Hilton Lobo Campanhole. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1999. 885 p.

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.

CARNEIRO, Nelson. A luta pelo divórcio. Rio de Janeiro: São José, 1973. 322 p.

CHAVES, Antônio. Tratado de direito civil: direito de família. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 5. t. 1. 521 p.

CHAVES, Antônio. Tratado de direito civil: direito de família. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 5. t. 2. 657 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.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Tratado do casamento e do divórcio: constituição, invalidade, dissolução. São Paulo: Saraiva, 1987. 2 v. 1115 p.

CZAJKOWSKI, Rainer. União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Curitiba: Juruá, 1996. 205 p.

DIAS, Adahyl Lourenço. O desquite no direito brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 1974. 641 p.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5. 486 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.

DUHALT, Sara Montero. Derecho de Familia. Mexico: Editorial Porrúa. S.A., 1985. 429 p.

FACHIN, Luiz Edson. O impacto das mudanças sociais no direito de família (singrando entre dois brasis: do casamento codificado às famílias não 'matrimonializadas' na experiência brasileira). Studia ivridica, Coimbra, v. 48, n. 6, 22 p. 2000.

FRANÇA, R. Limongi. A lei do divórcio comentada e documentada. São Paulo: Saraiva, 1978. 785 p.

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.

GUSMÃO. Paulo Dourado de. Dicionário de direito de família. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 979 p.

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.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 156 p.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. A nova lei do divórcio comentada. São Paulo: O. Dip. Editores Ltda, 1978. 458 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.

MIRANDA, Darcy Arruda. A lei do divórcio interpretada: doutrina e prática. São Paulo: Saraiva, 1978. 287 p.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Booksellers, 2000. t. 7. 592 p.

MOURA, Mário Aguiar. Divórcio: questões controvertidas. Niterói: Vendramim, [198-?]. 266 p.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. A Constituição Federal e as inovações no direito de família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). O direito de família após a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 23-48.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de direito de família. 3 ed. Curitiba: Juruá, 1999. 479 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 214 p.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de direito de família na nova Constituição. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 639, p. 247-253, jan.1989.

PORTUGAL. Código civil. Lisboa: Almedina, 2000. 830 p.

PRUNES, Lourenço Mário. Prática do desquite litigioso. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972. 342 p.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 749 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.

SANTOS, Eduardo dos. Do divórcio, suas causas, processo e efeitos. 2 ed. Porto: Almeida & Leitão, 1998. 245 p.

SANTOS, Ulderico Pires do. A lei do divórcio interpretada. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 226 p.

SEREJO, Lourival. Direito constitucional da família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 248 p.

SERPA, Maria de Nazareth. Mediação e as novas técnicas de dirimir conflitos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 355-394.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Dissolução do vínculo conjugal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 741, p. 747-760, jul. 1997.

SOUZA, Nelson Oscar de. O Poder Judiciário e a reforma. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 3, p. 29-49, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 191-206.

VARELA, Antunes. Dissolução da sociedade conjugal. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 191 p.