

Divórcio como Tema e Solução Jurídica.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

Pós-Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Procurador Municipal de São Paulo.

SUMARIO: 1. Aprovação do divórcio, na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. 2. Divórcio: Direito natural da pessoa humana. 3. Monogamia estável dissolúvel. 4. Monogamia perpétua dissolúvel. 5. Incongruência do Direito Positivo. 6. Conveniência do divórcio. 7. Colisão entre liberdade confessional e de consciência e o dispositivo constitucional indissolubilista. Brasil: país laico.

1. *O Advogado e os Direitos do Homem* foi o temário versado no Rio de Janeiro, de 11 a 16 de agosto p.p., na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, que reuniu Delegações de *dezenove* Secções estaduais. Como a confirmar aquele temário, os ilustres Delegados à Conferência concretizaram em plenitude um direito-dever da própria classe: “contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas” (artigo 87, I, da Lei federal n.º 4.215, de 27 de abril de 1963).

Certamente contribuirá para o aperfeiçoamento do Direito Positivo nacional, em nível constitucional e no âmbito do Direito de Família, a ponderada e histórica decisão da Conferência no sentido de *aprovar a proposição recomendando a adoção do divórcio no Brasil*, apresentada regularmente através da Delegação da Seccional Paulista por Dra. DIONE PRADO STAMATO, Procuradora do Estado de São Paulo.

Verifica-se o *fato* de que a *adoção do divórcio* — tema adequadamente proposto porque implícito no temário — mereceu apoio *expresso, pleno e maciço* por parte dos Delegados de *dezoito* Secções da Ordem, com exceção dos de Minas Gerais: essa virtual unanimidade parece-nos

refletir, em grau superlativo, a *tendência divorcista* já evidenciada por estatísticas idôneas, em meio à população, bem como manifestamente crescente e inequivocamente predominante, nos meios jurídicos.

2. Com efeito, o *divórcio civil é um direito natural da pessoa humana, cujo matrimônio se haja extinguido definitiva, integral e irreversivelmente, em vida dos ex-cônjuges*, como bem salientou dra. DIONE PRADO STAMATO, ao argumentar com alicerce na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de que o Brasil é signatário, cujo texto estabelece que os homens e mulheres de maioridade gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua *dissolução*, na esfera internacional como na interna.

Assim, não é mais tolerável repisar derruídas concepções, que buscam enquadrar o *casamento civil* e o *divórcio* como matéria política, religiosa ou mesmo estranha aos deveres e interesses das entidades técnico-jurídicas, mormente da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao reconhecer implicitamente essa evidência, a V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil firmou um marco para o futuro da Família Brasileira, há muitos anos indefesa ante a imposta e inaceitada *indissolubilidade* do casamento civil — *arcaísmo jurídico que a nenhuma prole aproveita* —, impulsionando o desquitado a contratar nupcias por leis estrangeiras (em demérito do Brasil), somente porque a lei nacional ainda impede a *constituição legal de nova situação conjugal*, tendência intuitivamente natural e *moral* do ser humano, que se consuma com lei, sem lei, acima da lei ou contra a lei.

3. Não é novidade que a maioria do povo brasileiro, na esfera temporal, desconhece ou despreza abertamente a indissolubilidade absoluta do matrimônio, pensando e agindo consoante a *monogamia estável dissolúvel*, conseqüentemente propendendo ao *divórcio formalmente rígido e substancialmente restrito*.

Destarte, *ponderável* contingente de nascimentos provém de genitores desquitados, novamente unidos em “casamentos sociais”, reconhecidos e agasalhados pela doutrina, pela sabedoria pretoriana e parcialmente por textos legais recentes, sob rótulos de concubinatos, sociedades de fato ou de prestação de serviços e até de contrato de doação de apelido de família (caso raríssimo, ocorrido em São Paulo e acolhido plenamente

pelo Supremo Tribunal Federal) Esses rótulos lograram-lhes realçar a insofismável magnitude moral e social, ao menos tão elevada quanto a dos “casamentos indissolúveis”, porque bem vale repisar o óbvio: dos nascimentos de genitores desquitados surgem valorosos filhos e estirpes naturais, que compõem *legitimamente* a sociedade brasileira, embora caiba ao arcaísmo da lei a *força da ilegitimidade técnica*.

O fato não significa decadência social, como buscaram certos conservadores propalar ao longo de nossa História: trata-se somente de *evolução social* (mais rápida do que a do Direito Positivo), que criou, à revelia dos Códigos, nova formulação sociológica, consentânea à doutrina do Direito de Família moderno, cuja missão precípua consiste na tutela primordial da *harmonia substancial entre as pessoas*, preponderante sobre o formalismo estático de linhagem horizontal — casamento indissolúvel. O Direito de Família, atualmente, não comporta mais (e a rigor nunca tolerou bem) a preocupação *extra-temporal* e antinatural, puramente metafísica, de ferretear seres humanos a um molde supra-individualista e sacramental de matrimônio que não encontre respaldo nas convicções filosóficas dos ex-cônjuges e, de qualquer forma, não corresponda a uma combinação conjugal desarmônica, extinta *de fato*.

Não se impõe ordem pública em prejuízo da Justiça: eis um vetusto axioma da Filosofia do Direito, *esquecido pela minoria antividuorista*, mas válido para todas as áreas do Direito e da Justiça.

4. Todavia, constituiria o casamento indissolúvel o melhor modelo jurídico para a ordem pública? Pode-se afirmar peremptoriamente que *não*, com base na experiência histórica — demonstrativa da adequação do divórcio limitado e severo —, cujo ápice foi galgado no lídimo pronunciamento de *três quintos* do povo italiano, que a 12 de maio de 1974 ratificaram definitivamente o divórcio civil na Itália, por plebiscito, erradicando da legislação peninsular, para sempre, um modelo conjugal imposto à Europa em 1549/63, pelo Concílio de Trento, substituindo-o por outro molde, *substancialmente cristão, universalista e ecumênico — a monogamia perpétua dissolúvel* —, legislado e praticado por povos tanto ou mais católicos do que o italiano, como o português (na órbita civil), o franco-canadense, o francês, o austríaco e muitos outros. .

Assim fez o povo italiano porque o decidiu e quis: não prospera a pobre tese de que o culto povo italiano estivesse mal informado ou in-

consciente no tocante à gravidade da matéria, ou mesmo dirigido por Partidos políticos, cujos coeficientes eleitorais não coincidiram com o número esmagador de divorcistas. *Presenciou-se na Itália uma vitória pura e límpida da tese divorcista.* Se dez vezes o povo italiano for consultado sobre o divórcio, dez vezes aprová-lo-á: eis a verdade.

Obviamente, se no Brasil houvesse sido realizado o plebiscito proposto pelo Deputado ALENCAR FURTADO, nas eleições de novembro de 1974, apoiado pela E. Câmara Municipal de São Paulo, retumbante teria sido a *vitória do divórcio civil*, consoante apontam pesquisas privadas (inclusive eclesiásticas), ao optar o corpo eleitoral entre desquite-divórcio, conforme propôs o oportuno projeto, lamentavelmente barrado por anti-constitucionalidade.

5. A respeito da defasagem brutal entre a realidade social e a Constituição vigente, no tocante ao indissolubilismo do § 1.º do artigo 175, baste o comentário do insigne constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Vice-Governador do Estado de São Paulo: “Insiste a Constituição em afirmar que a família que reconhece por base da sociedade é a do vínculo indissolúvel. Em virtude disso, o Brasil é um dos raros países que não admitem o divórcio. Na verdade, porém, nas grandes cidades ao menos, o divórcio existe de fato para a classe alta, que se “casa” e “descasa” quando bem lhe parece, sem escândalo para seus membros. Para a classe mais pobre, não faz diferença que haja ou não o divórcio: o número de “famílias” pertencentes a essa classe não casadas nem no civil, nem no religioso, é extremamente grande” (*Curso de direito constitucional*, 4.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1973, pág. 295).

É legítimo concluir, dentro do rigor do normativismo kelseniano, acolhido pelo Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que a indissolubilidade do casamento na Constituição é ineficaz, Direito legislado sem alcance e sem significado, cuja repulsa por parte de parcelas imensas do povo brasileiro só tem contribuído para desprestigiar a Constituição: trata-se, pois, de vigência meramente técnica, *sem apoio na estrutura social hodierna*.

Do ponto de vista estritamente sociológico, o § 1.º do artigo 175 de nossa Constituição (com a redação mantida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969) — “o casamento é indissolú-

vel” — consubstancia um desrespeito à *atual* família brasileira, carregando para nosso sofrido texto constitucional a pecha de arquejar sob o peso morto de uma disposição que, inobservada pela maior parte do povo na esfera civil, tingem-se de luto sombrio, à espera da mortalha que lhe sepulte a incongruência grotesca.

Pouco importa que alguns grupos microscópicos, porventura ingênuos e bem intencionados, iludam-se com a manutenção constitucional do dispositivo metafísico da indissolubilidade absoluta do matrimônio: ainda que o lograssem inscrever entre as estrelas do Cruzeiro do Sul, não o conseguiriam revestir da eficácia social que o povo brasileiro, a bem da verdade, nunca lhe atribuiu expressamente ou nos costumes.

O mesmo ditame natural, que conduz viúvos a novas núpcias, aciona com dobrada força o desquitado ou o divorciado a nova união, com ou sem lei, se possível dentro da lei. É a busca legítima e moral da harmonia conjugal, igualmente necessária aos emergentes de casamentos dissolvidos pela incompatibilidade definitiva, tanto como aos sobreviventes de enlacs presumivelmente harmônicos. Por isso, não vacilamos em verificar, *data venia*, que a nova união de desquitados ou de divorciados é tão útil e moral, inclusive para a prole, como a de viúvos.

6. Aqueles que o juiz de casamentos uniu, o juiz de Direito pode perfeitamente desunir, observadas circunstâncias delimitadas. A união cartorária, como constituição familiar contratada, é tão passível de desconstituição como qualquer outra constituição jurídica pública ou privada, merecendo tão somente reforço de estabilidade e precauções especialíssimas no processo legal de extinção.

Quem o juiz de casamentos atou, ao juiz de Direito cabe desunir, nos casos extremos e irreversíveis, para obstacular-se absurdos técnicos que a observância da indissolubilidade vincular — jurisfação ineficaz — acarretaria, se observável e se observada.

Quem o juiz de Direito desvinculou legalmente, *porque faticamente desvinculado já estava*, pode e deve o juiz de casamentos novamente unir, *em outros termos de combinação personativa*, a fim de agasalhar a legalidade conjugal e reduzir o concubinato forçado.

A propósito, já em 1933 o emérito escritor e jurista Dr. Paulo Menotti Del Picchia, profundo conhecedor da sociedade brasileira, havia ensinado que o divórcio “não estanca as fontes naturais da vida, pois, con-

trariamente ao desquite, que é a separação simples dos corpos sem a dissolução do vínculo, *permite a constituição da nova família, sendo pois uma nova e harmônica fonte de vida*” (*Pelo divórcio*, 1933, São Paulo, Edições “O Livro do Momento”, pág. 100)

7 Ante esse arguto magistério, não se atina com o motivo que teria levado o texto constitucional de 1934 a pregar no deserto, pela primeira vez na História do Direito, que o casamento seria indissolúvel, em manifesta colisão com a própria liberdade de cultos e de consciência que todas nossas Constituições sempre asseguraram, desde 1891!

Teve nosso legislador constituinte de 1934 a infeliz ousadia de ressuscitar a concepção medieval de religião oficial de Estado, apenas para o efeito matrimonial? Se assim não foi, qual o motivo de tamanha bizzarria?

Que nos esclareçam os constituintes de 1934, ou os de 1937, 1946, 1967 e 1969, que nos surpreenderam com o transporte antitécnico de uma norma privatística ao nível constitucional, exatamente aquela indissolubilidade que no Direito Civil nunca passara de transposição direta e mal aclimatada do Direito Canônico, inconcebível numa República *rigorosamente laica*, por definição *unânime e solene* dos constituintes republicanos, a 7 de janeiro de 1891, em apoio ao Ato de 7 de janeiro de 1890, baixado pelo General Deodoro da Fonseca, que proclamara a absoluta separação entre Estado e religiões, no Brasil, inspirado pelo General BENJAMIN CONSTANT BOTELHO DE MAGALHÃES e apoiado pelo General JOÃO CARLOS LOBO BOTELHO, próceres da oficialidade jovem que fundou a República Brasileira.

Sobretudo, que nos esclareça o legislador constitucional de 1934, aparentemente cioso de indissolubilismos que não vacilou em pulverizar, através do pouco conhecido Decreto federal n.º 13, de 29 de janeiro de 1935, cujo sutilíssimo artigo 1.º estatua: “Os prazos de prescrição estabelecidos pelo Código Civil no artigo 178, §§ 1.º e 7.º, n.º I, *serão contados da data em que o cônjuge enganado tenha tido conhecimento do fato que constitui erro essencial*, nos termos do art. 219 do mesmo Código”

Por esta portinhola legal, devincularam-se “erros essenciais” de casamentos tão antigos que sua prole pôde igualmente solucionar “erros essenciais” de seus recentes matrimônios. E agora a pergunta crucial:

por que esse mesmo legislador revogou, em 1942, esta humilde fórmula anulatória de matrimônios antigos, a única que já beneficiou os desquitados brasileiros?

A quem serve a ausência do divórcio?

“Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido” (artigo 1.º, § 1.º, da Constituição da República)

Resta a esperança de que o Governo Brasileiro, interpretando a vontade da maioria do povo governado, legisle um *divórcio civil severo e limitado*, que atribua a extinção do vínculo matrimonial às pessoas que realmente a merecem, em prol da harmonia das segundas uniões e de suas proles, provenientes de quaisquer enlaces legais.

Este é o meu, o nosso apelo, o de todos os cidadãos preocupados com o futuro da Família Brasileira.

Com relação ao casamento civil e ao *divórcio*, cumpre sublinhar que é *dever* de todos os Bacharéis em Direito do Brasil continuar o “aperfeiçoamento das instituições jurídicas” da família nacional, no rumo solidamente traçado pela V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.