

MANDADO DE SEGURANÇA

OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Julgado em

13/04/1982

DIREITO DA MULHER SEPARADA DE FATO

RESUMO

- ... No presente incidente o debate se restringe a uma espécie de gênero "divórcio imposto à mulher inocente", que é a do art. 40, quando a iniciativa é do marido e não se reconheceu a culpa da mulher. - Convém iniciar o exame dos argumentos oferecidos num e noutro sentido, partindo da disciplina dada ao problema em relação à separação judicial, pelos arts. 17 e 18 da lei do divórcio que integram a seção intitulada "Do uso do nome", para, em seguida, examinar se cabe ou não sua aplicação analógica ao divórcio. - Essa disciplina pode ser resumida na seguinte fórmula: a mulher perde o direito ao nome de casada quando tem culpa ou quando requer a separação judicial. Em uma única hipótese, embora requeira a separação judicial, não perde essa faculdade: é quando há culpa exclusiva do marido (art. 18). - A solução da lei comporta, sem dúvida, sérias restrições. Quanto à perda do direito ao nome de casada, por culpa, embora seja criticável diante do "direito do nome", como veremos melhor adiante, é certo que obedece a uma tradição de nosso direito; o que mais dificilmente se justifica é que o perca embora não tenha culpa, por ter tomado a iniciativa de requerê-la. - Depois dessa apreciação "de lege ferenda", cabe perguntar se tal disciplina deve ou não ser aplicada, por analogia ao divórcio. - O argumento sempre lançado para afastar essa aplicação é a da diferença profunda existente entre o divórcio e a mera separação judicial. Diz-se "o divórcio extingue o casamento; a faculdade de a mulher usar os apelidos do marido é uma consequência do casamento; cessada a causa, cessa o efeito". - A esse argumento, cabe, "data venia", opor as seguintes objeções: A aplicação analógica de uma norma a uma hipótese por ela não prevista - não apenas pelo seu texto, o que daria margem a uma interpretação extensiva, como também pela sua vontade - não pressupõe sua identidade com as que têm por objeto, mas, tão somente, sua coincidência em requisitos básicos. Portanto, não basta assinalar uma diferença entre a hipótese focalizada e as previstas pela norma para automaticamente, concluir pelo descabimento da aplicação analógica. O que se deve perguntar é se o fato de o divórcio "pôr termo ao casamento" (art. 24) basta para que essa diferença, em relação à separação judicial, exclua a aplicação analógica pretendida. Uma observação fundamental se impõe: o divórcio extingue o casamento, mas não retroativamente, como no caso de uma declaração de nulidade. Pessoas divorciadas não são pessoas que nunca foram casadas. O fato de o divórcio pôr termo ao casamento não coloca os cônjuges na mesma situação em que estariam se não tivessem sido casados. Assim, a dedução "cessada a causa, cessa o efeito" é, pelo menos, precipitada. Há que examinar se é incompatível com o sistema legal que, do casamento extinto pelo divórcio, subsista algum efeito entre os cônjuges (pois que em relação aos filhos, é evidente que subsiste). A própria lei dá a resposta em seu art. 26 determinando expressamente que, em certos casos, perdura o dever de assistência e no art. 29, em matéria de alimentos. Vê-se, pois, quanto seria errôneo afirmar que o divórcio extingue necessariamente todos os efeitos do casamento. Por outro lado, o argumento de que "cessada a causa, cessa o efeito" é desmentido pela hipótese da viuvez. A morte do marido também extingue o casamento e, no entanto, jamais se contestou o direito de a viúva continuar a usar os apelidos do marido. Isto vem evidenciar que, apesar dos protestos em sentido contrário, a perda do nome de casada tem, na tradição de nosso direito, um caráter de sanção; por isto é que jamais se cogitou no caso da viuvez. O outro argumento, apresentado contra a manutenção do nome de casada pela mulher divorciada é o de que, se assim fosse, ao casar por segunda vez, passaria a usar os apelidos do primeiro e do segundo marido, transmitindo aos filhos do segundo, os do primeiro. Aqui "data venia", há uma confusão entre a questão a ser decidida e outra: a de saber o que ocorre, em caso de

segundo casamento. Essas questões não são, em lógica jurídica, inseparáveis: pode haver um sistema em que a mulher divorciada conserve os apelidos do marido enquanto não recasar, como ocorre com a viúva, segundo o Código Civil Italiano (art. 149 "La moglie, durante lo stato vedovile, conserva il cognome del marito") e pode haver outro em que conserve ainda que recase, como se dá em nosso direito, em relação à viúva. Mais uma vez parece-nos ilustrativo o paralelo c

EMENTA

No caso de divórcio decretado com base no art. 40 da lei 6.515/77, quando requerido pelo marido e não reconhecida culpa da mulher, a esta é facultado conservar o nome de casada.