

## DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

Professor Emérito na Universidade Federal  
do Rio de Janeiro e na Universidade  
Federal de Minas Gerais.

**SUMÁRIO:** 1. Dissolução da sociedade conjugal "lato sensu". 2. Delimitação do tema. 3. Separação de fato. 4. Separação provisória ou separação de corpos. 5. Separação judicial consensual. 6. Separação judicial contenciosa. 7. Moléstia mental grave. 8. Recusa de homologação e efeitos quanto aos bens. 9. Conversão em divórcio. 10. Coisa julgada.

1. *Dissolução da sociedade conjugal "lato sensu"* — A sociedade conjugal nasce com o casamento. A interligação entre uma e outro é tão íntima, que inspirou em uma corrente de juristas, capitaneada por SAVATIER, atribuir personalidade jurídica à família, que destarte seria a titular de todos os direitos e obrigações na órbita familiar. A predominar um tal conceito, a sociedade conjugal seria o instrumental técnico para exprimir aquela titularidade jurídica. Ela adquire, diz SAVATIER, a personalidade interna, isto é, "a designação de um órgão que representa o grupo considerado como portador de direitos, em si mesmo" (RENÉ SAVATIER, *Du Droit Civil au Droit Public*, p. 19).

Na estrutura econômica da família foram introduzidos novos elementos, que deslocaram o seu fulcro para terreno diverso. Aquela concepção burguesa e artesanal, que sucedeu no Brasil à formação patriarcal foi um primeiro passo. Do "pai de família" vindo de duas gerações anteriores à nossa, com reminiscências do *pater familias* romano e medieval, passou-se ao modelo adaptado às facilidades organizacionais que enfrentou a economia no primeiro quartel do século XX. O pai, independentemente da condição econômica de abastança, de média-burguesia ou de trabalhador modesto, fornecia os meios de subsistência ao grupo familiar. A sociedade conjugal gravitava em torno do marido e pai, a quem a ordem jurídica reconhecia uma dupla autoridade, que se designava como poder marital e como pátrio poder.

A economia cambiou fundamentalmente. Após a I Guerra Mundial, e notadamente após a II Guerra Mundial, as necessidades, os hábitos, as exigências, as solicitações, as acomodações, as transigências instilaram na vida social novos elementos, que percutiram no ambiente familiar, suscitando a formação de novos parâmetros. Sem necessidade de qualquer pesquisa no direito comparado, porém atendo-me apenas ao Direito Brasileiro, eu posso invocar LAFAYETTE, o clássico LAFAYETTE, para documentar toda uma primeira fase: “Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente, diz ele, se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos cônjuges... Desta necessidade resultou a formação do *poder marital*, cuja denominação provém de ter sido ele exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados de seu sexo para exercê-lo” (LAFAYETTE, *Direitos de Família*, § 38). Veja-se bem como o espaço de trinta gerações não desfez o pré-juízo vindo de *ius quiritium*, que ao varão reconhecia a superioridade jurídica, em razão da mulher padecer de condições inferiores intrínsecas *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*.

Em CLOVIS BEVILAQUA, muito liberado dos preconceitos de antanho, já se sente a existência de uma fase de transição. Reportando-se ao art. 233 do Código Civil, escreve ele: “O Código confere ao marido a chefia da sociedade conjugal, por uma necessidade de haver quem lhe assuma a direção. Mas desse direito do marido não se infere qualquer superioridade, porquanto não somente ao declarar quais os deveres comuns dos cônjuges (art. 231), como ao especializar os direitos e deveres da mulher (arts. 240 e segs.), teve o legislador pátrio o cuidado de manter a mulher casada em situação jurídica igual à do marido, libertando-a de uma inferioridade que não se compadecia mais com a concepção atual da vida” (CLOVIS BEVILAQUA, *Comentários ao Código Civil*, vol. I. Observação 1 ao art. 233). Não obstante a boa intenção, o Código de 1916 ainda é o código do marido, e a mulher casada vem nele marcada pelo signo da incapacidade relativa, do art. 6.º, que somente chegou a desaparecer com a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962.

Insurgindo-me contra esta desigualdade de tratamento, afirmo em minhas *Instituições de Direito Civil*, vol. V, n.º 397: “A tendência moderna é pela equiparação dos cônjuges em direitos e deveres, instituindo-se uma espécie de co-gestão, sem predominância do marido.”

O Projeto de Código Civil de 1975 consigna esta co-gestão familiar, afirmando que “as questões essenciais serão decididas em comum” (art. 1.603, parágrafo único).

A documentação histórica vem, a título de ilustração, mostrar que mais uma vez, e como sempre, o direito não pode ser elaborado como elucubração cerebrina — nascido, já todo armado e perfeito, como a mitologia dos gregos enxergava Palas, nascida assim da cabeça de Zeus.

Há que cogitar da família no contexto social, sem a personificação advinda da concepção de SAVATIER, sem o subjetivismo societário, que a quadraria numa espécie de *societas*, por lhe faltar a *affectio societatis*, e por não se encontrar situação nenhuma em que se diga que *distat a singulis*, no exercício dos direitos e na adimplência das obrigações.

É preciso, para melhor explicar a dissolução da sociedade conjugal, partir de sua noção básica, porém acompanhar os ditames do direito positivo. E seguir, nele, sua evolução.

Das análises filosófica, sociológica e jurídica da família resulta que a sociedade conjugal é um estado de fato, em correspondência com um estado de direito, estreitamente ligado ao casamento. Não tão estreitamente ligado, que se possa dizer vinculado a ele em caráter definitivo e perpétuo. Pois situações existem, com pleno reconhecimento pelo direito, e em plena gestação de efeitos, em que se pode admitir a cessação da sociedade conjugal, embora subsista o casamento. Certo é, entretanto, que a recíproca não é verdadeira, pois que a extinção do casamento tem o efeito imediato de dissolver a sociedade conjugal.

Diz-se, então, que a sociedade conjugal se dissolve quando ocorre a separação jurídica do casal, com ou sem ruptura do vínculo matrimonial, porém acompanhada de partilha dos haveres.

Reportando-me ao Código Civil, ali encontro expresso no art. 315 que a *sociedade conjugal termina*: I — Pela morte de um dos cônjuges; II — Pela nulidade ou anulação do casamento; III — Pelo desquite amigável ou judicial. No Projeto de Código Civil de 1965 subsistem estas *causae solutionis*, aludindo o art. 141 à morte, o art. 142 ao desquite, e os arts. 115 e 118 à nulidade e à anulabilidade. O Projeto de 1975, no art. 1.608, mantém-nas nos mesmos termos do Código de 1916.

Com a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1979, houve o acréscimo de mais uma causa — o divórcio —, de que este diploma cuida por menor.

Em síntese, diz-se, então, que a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges; pela separação legal com subsistência do vínculo matrimonial; pela ruptura do vínculo conjugal, originariamente válido, porém, atingido de motivação que o corrói supervenientemente; e pelo desfazimento do vínculo originariamente atingido de falhas que conduzem à ineficácia do matrimônio.

Na primeira, acaba o casamento, e, pois que *mors omnia solvit*, dissolve-se a sociedade conjugal.

Na segunda, seja a separação litigiosa ou consensual, subsiste o vínculo matrimonial, embora os cônjuges continuem casados, mas a sociedade conjugal termina, com a liquidação de haveres, a símile do que ocorre com a dissolução de uma sociedade comercial ou civil, embora permaneçam os cônjuges ligados um ao outro, porém sem alguns dos deveres primários que a lei faz nascer do casamento, e que não vem a pêlo debater, como é o caso do dever de fidelidade.

Na terceira — divórcio —, verifica-se a existência de um casamento válido, mas que vem a terminar por um decreto judicial que, pondo-lhe termo, *ipso facto* dissolve a sociedade conjugal.

E, finalmente, a anulação do casamento pressupõe união matrimonial portadora de vício de origem, implantado na contraveniência a preceito legal, e que, também pela imposição de um ato jurisdicional, vem a terminar, com efeito retrooperante em um caso (nulidade absoluta), ou com a produção de conseqüências jurídicas (nulidade relativa ou anulabilidade).

2. *Delimitação do tema* — O objeto deste estudo, para aterm-me estritamente ao que resulta de sua epígrafe, há de estar nitidamente delimitado, sob pena de se converter numa obra de extensão desmedida. Cogitando da dissolução da sociedade conjugal *stricto sensu*, vejo, desde logo, a necessidade de delimitar as suas fronteiras. Falar da morte, com todas as suas conseqüências, envolveria um mergulho no direito sucessório, e seria aberrar da boa técnica científica desbordar para terreno tão amplo.

Falar do *divórcio*, como causa de dissolução da sociedade conjugal, envolveria, de um lado a pesquisa sócio-jurídica da aceitação ou repúdio do divórcio *a vinculo* no plano histórico e na sua evolução em o Direito Brasileiro, sem perder de vista a problemática de cunho confessional, que mesmo após a sua penetração no Direito Pátrio, ainda continua a influenciá-lo, inclusive nas restrições a que sujeita a sua admissibilidade.

Discorrer da *anulação* do casamento envolve adentrar na fixação de seus pressupostos jurídicos, com a determinação da teoria dos impedimentos e do cerimonial de sua celebração, para concluir pela insubsistência institucional como conseqüência das infrações. E seria incompleto se se abstinésse dos efeitos subsistentes, não obstante declarar o Código que o casamento nulo é de nenhum efeito.

De quanto se exclui, resulta que o estudo da “*Dissolução da Sociedade Conjugal*” *stricto sensu*, expurgada da causalidade con-  
ducente à cessação do casamento, vai reduzir o contexto do tema  
à *separação judicial*, embora os efeitos desta, no campo puramente  
econômico, não deixem de aproveitar as conseqüências advindas  
das outras espécies.

3. *Separação de fato* — O casal pode separar-se de fato, pode  
separar-se provisoriamente, por ato de jurisdição, ou pode sepa-  
rar-se judicialmente. As três situações geram efeitos jurídicos  
próprios. Porém somente a terceira é acompanhada de dissolução  
da sociedade entre os cônjuges.

Dá-se a separação de fato, quando, por motivos de inspiração  
vária, construtiva ou destrutiva (mais destrutiva do que constru-  
tiva), marido e mulher se apartam geográfica e afetivamente  
(mais afetiva do que geograficamente), cada um deles passando  
a viver vida autônoma, sem embargo de subsistir dependência eco-  
nômica.

Ocorre “separação judicial” (denominação que a tradição de  
nosso direito empolgava no vocábulo “desquite”) quando o juiz,  
na sentença constitutiva, põe termo à sociedade conjugal, sem  
malferir o *iuris vinculum* do matrimônio.

4. *Separação de corpos* — Como medida preparatória de uma  
ação de separação ou de uma ação anulatória, recorre um dos  
cônjuges à autoridade judicial, rogando autorize a separação pro-  
visória de corpos, de tal modo que fique o requerente no lar  
conjugal, saindo o outro; ou se retire o requerente, permanecendo  
o seu cônjuge. A este propósito é lamentável a distorção operada  
no Código de Processo Civil de 1973. O Código Civil de 1916 investe  
o cônjuge, que pretende intentar ação de desquite ou de anulação  
de casamento, do poder de requerer, em preliminar, a “separação  
de corpos”, que o juiz concederá com a possível brevidade (Código  
Civil, art. 223). O Projeto de Código Civil, de 1965, aludia à sepa-  
ração de corpos no art. 123. O Projeto de Código Civil de 1975  
mantém o mesmo instituto de separação de corpos (art. 1.596).  
Mas veio o Código de Processo Civil de 1973, e no seu mau vezo  
doutrinário constante deforma a noção consagrada e alude à  
medida provisional de autorização para que se dê “afastamento  
temporário de um dos cônjuges da morada do casal” (art. 888,  
n. VI). Além da distorção semântica, estabelece uma improprie-  
dade jurídica, porque nas mais das vezes, o cônjuge que pretende  
ajuizar a ação não se quer “afastar” do lar conjugal. Quem o pede  
é aquele que pretende dispor de maior desembaraço para agir *in*

*iudicio* e postula que do outro cônjuge seja afastado, como medida preparatória da ação de nulidade, ou como preliminar da de separação. A falha técnica da lei processual reside na suposição de que a medida preparatória é sempre postulada por aquele que pretende afastar-se da morada habitual e por isso fala em “autorização”. É inexato. Muitas vezes ocorre que ela é pedida por aquele que ali pretende permanecer, contra o outro que já se acha afastado — e com o fundamento de que deve ser deferida para regularizar uma situação de fato. Não será uma “autorização”, porém um ato impositivo.

É providência meramente provisória ou provisional, com efeitos inclusive econômicos a que se ligam a preservação do patrimônio e o deferimento de alimentos, mas sem atingir a sociedade conjugal. Preserva-se esta última, que não se dissolve ainda, posto que o objetivo final seja a ruptura.

5. *Separação consensual* — Tradicionalmente, o divórcio implanta-se na sistemática jurídica como um meio de punir aquele dos cônjuges que se desvia de seus deveres conjugais, ao cometer infração, cuja gravidade social exige corretivo. A maior sanção será o rompimento do vínculo conjugal e liberação recíproca dos cônjuges. É o que, na terminologia técnica, se denomina *divórcio-sanção*.

A seu lado, sistemas jurídicos, notadamente os germânicos, com expansão crescente, deram guarida a outras modalidades de divórcio, que tem lugar, independentemente de uma infração de deveres, como fórmula técnica de legitimar situações em que a vida dos cônjuges não tem mais possibilidade de subsistir, embora não possa um cônjuge arrogar ao outro o descumprimento de seus deveres. É o que se denomina *divórcio-remédio* (MAZEAUD, MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, vol. I, n.º 1.412).

Na sistemática brasileira, o desquite do Código Civil de 1916, e bem assim a separação e o divórcio da Lei 6.515/77 compreendem as duas espécies — *remédio* e *sanção*. Podem acudir a situações de impossibilidade de convivência, e de punição ao cônjuge infrator.

No primeiro plano, eu coloco a separação consensual, que o Código de 1916 denominava de “desquite amigável”. Com ele antecedeo ao litigioso, não só pela maior frequência e extensão, como porque é instrumento jurídico da dissolução da sociedade conjugal, em que os efeitos traumáticos para a família e para a sociedade são menos graves. É uma hipótese legal de “separação-remédio”. Não se pune ninguém. Não se indaga o “porquê”. Res-

peita-se a vontade resolutória, uma vez que marido e mulher não podem, ou não querem, conviver mais.

Dá-se a separação judicial consensual (que ainda eu preferiria continuar chamando desquite por mútuo consentimento), quando ambos os cônjuges, convencidos da impossibilidade de sobrevivência da vida em comum, dirigem-se ao juiz, em petição conjunta e assinada também por seus advogados, ou por um só escolhido por ambos os desquitantes, pedindo lhes homologue a vontade manifestada de porem termo à sociedade conjugal. As assinaturas serão lançadas na presença do juiz; em caso contrário, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião.

Somente os que se acham casados há pelo menos dois anos podem pedi-lo, prazo este que o Projeto de Código Civil de 1975 reduz a um ano.

Ouvindo-os separadamente, e em conjunto se o quiser, o juiz mandará tomar por termo, e, após as formalidades processuais, proferirá provimento de jurisdição graciosa, homologando o pedido. Se se não convencer da autenticidade do propósito, designará nova audiência, com prazo de 15 e de 30 dias de intervalo. Ouvidos novamente e convencendo-o, homologará.

No regime anterior, era obrigatório o duplo grau de jurisdição, no sentido de que a sentença homologatória somente seria executável quando confirmada pela instância superior. Dispensada esta formalidade, encerra-se no juízo primário, salvo recurso voluntário ao Tribunal. Neste caso, a reapreciação fica reduzida ao aspecto formal do processo, já que a vontade manifestada tem caráter irretroatível.

No pedido de separação, já os postulantes esboçarão a partilha dos bens (ou a deixarão para a fase executória), e disporão sobre a guarda e visita dos filhos, estabelecendo a pensão que o pai dará para manutenção e educação dos menores, bem como a contribuição de um e de outro, e demais encargos.

É pacífico que o juiz não homologará a separação se não ficar expressa a pensão. É pacífico, também, com inscrição na jurisprudência torrencial do STF, que a mulher não pode renunciar à pensão. Poderá dispensá-la, se no momento não precisar dela. Vindo a necessitar, pode formular validamente o pedido.

Inovação de monta vem contida na Lei 6.515/77, como referência à homologação da vontade dissolutória. O juiz, que no regime do Cód. Civil revestia atitude passiva, homologando o desquite se o procedimento estiver revestido das formalidades regulares, na Lei do Divórcio tem função ativa e dinâmica. Em princípio, profere sentença homologatória. Mas (art. 34, § 2.º) poderá recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se ficar

comprovado que a convenção das partes não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. A vontade destes, emitida na forma e sob as exigências legais, é convertida em fator genético da dissolução da sociedade conjugal. Mas não é suficiente. Ao juiz cabe aprofundar nos seus efeitos, concedendo-lhe a lei o poder de desfazer ou não a sociedade conjugal, se se convencer de que a separação atenta contra os interesses da família.

6. *Separação litigiosa* — No tocante à separação litigiosa houve com a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515, de 1977) a ocorrência de profundas transformações. Deixando de lado a denominação, que não oferece campo a debate, senão à manifestação de preferências, em dois pontos fundamentais acentua-se a diferenciação relativamente ao Código Civil de 1916. A primeira, no tocante à enumeração das causas. A segunda, na mudança de filosofia do instituto.

Quanto ao primeiro aspecto, o simples confronto entre o que dispunha o art. 317 do Código de 1916 e o que estatui o art. 5.º da Lei 6.515/77 acusa a diversificação conceitual.

No diploma caduco, a etiologia do desquite era delimitada em termos herméticos: adultério; tentativa de morte; sevícia; injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos. Situações fáticas perfeitamente definidas.

Na lei nova, a separação pode ser requerida: a) quando um cônjuge imputar ao outro cônjuge conduta desonrosa; b) quando um cônjuge cometer qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum; c) quando o requerente provar a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

A elasticidade destes motivos confronta-se com o hermetismo do Código de 1916.

Para o Código Civil de 1916, pela colocação das alíneas, a mais grave causa é o *adultério*, que tem suas linhas estruturais definidas: a quebra do dever de fidelidade que os cônjuges reciprocamente se devem. Assentado que o conceito é uniforme para o marido e a mulher, a doutrina considera que incide em adultério o cônjuge que pratica comércio sexual, ainda que por uma só vez (CUNHA GONÇALVES, *Direitos de Família e Direitos de Sucessão*, p. 94), porém consumando o ato (DE PAGE, *Traité Élémentaire*, vol. I, n.º 859; MAZEAUD, MAZEAUD ET MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, vol. I, n.º 1.424), mesmo que por processo artificial ou contra a natureza (PONTES DE MIRANDA, *Direito de Família*, § 42).

A segunda causa é a *tentativa de morte*. Tem esta a sua definição advinda do direito penal, não bastando a simples ameaça. Mas é de se salientar que ao juízo de família não há mister a condenação criminal do acusado.

O terceiro motivo é a *sevícia*, o mau-trato, a ofensa física, a agressão, toda espécie de atentado contra a integridade física do queixoso, bem como a prática material de atos vexatórios. Em diferença do Direito francês que alude aos *excès* no plural, ao Código Brasileiro bastaria a prova de um ato desta espécie para legitimar a dissolução.

O quarto motivo é a *injúria grave*. Aqui foi que a elaboração pretoriana encontrou mais campo. Partindo do conceito genérico de ofensa à honra (DE PAGE, ob. cit., 863), sem necessidade de se identificar com a figura criminal do mesmo nome, a doutrina e a jurisprudência nela qualificam as palavras e gestões ultrajantes; a ofensa à respeitabilidade (BEVILAQUA *Direito de Família*, § 60), a transmissão de moléstia venérea, a imputação falsa de adultério (MOURA BITTENCOURT), as práticas homossexuais (DE PAGE, ob. cit., n.º 869); qualquer comportamento gravoso à honra e ao bom conceito; qualquer atentado à dignidade do outro cônjuge; ou a criação de condições vexatórias e humilhantes no meio social ou familiar. Cabe aqui a chamada "infidelidade moral", constituída de namoro, correspondência epistolar, encontros, posto que não completados com o comércio carnal, que CARBONNIER qualifica como injúria (CARBONNIER, *Droit Civil*, vol. II, n.º 20). Insere-se aqui, também, a inseminação artificial, na inciência, ou contra a vontade, do marido ou da mulher.

Finalmente, assentava o desquite em abandono, que haveria de ser voluntário, contínuo e por tempo determinado, não inferior a dois anos.

O Código Civil Português, de 1966, também havia estabelecido que a separação litigiosa poderia ser requerida por qualquer dos cônjuges, nas hipóteses previstas no art. 1.778, desde que compromettessem a vida em comum, cabendo ao tribunal apreciar a relevância dos fatos invocados, em face da condição social dos cônjuges, seu grau de educação e sensibilidade moral. Os casos previstos eram os seguintes: a) Adultério do outro cônjuge; b) Práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente; c) Condenação definitiva do outro cônjuge, por crime doloso, em pena de prisão superior a dois anos, seja qual for a natureza desta; d) Condenação definitiva pelo crime de lenocínio praticado contra descendente ou irmã do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste na linha recta ou até ao

terceiro grau da linha colateral; e) Vida e costumes desonrosos do outro cônjuge; f) Abandono completo do lar conjugal por parte do outro cônjuge, por tempo superior a três anos; g) Qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente (cf. sobre estas hipóteses, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *in Código Civil Anotado*, vol. IV, p. 530 e segs.).

O casuísmo do Código Português de 1966 foi desprezado, por ocasião da reforma levada a efeito pelo Decreto-Lei 496, de 25 de novembro de 1977, à vista do qual o divórcio litigioso, pela nova redação do art. 1.779, tem lugar quando um dos cônjuges violar culposamente os deveres conjugais, de maneira grave e reiterada, comprometendo a possibilidade da vida em comum; mas compete ao tribunal ponderar na culpa que possa ser imputada ao próprio requerente, e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges. São ainda fundamentos do divórcio a separação de fato por seis anos consecutivos; a ausência por tempo não inferior a quatro anos; e a modalidade de divórcio-remédio, quando um cônjuge é atingido de moléstia mental que dure há mais de seis anos, a qual, por sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.

A nova lei brasileira (Lei do Divórcio, n.º 6.515, de 1977) desprezou o casuísmo, e condensou estas causas em três apenas.

A primeira está na imputação, ao outro cônjuge, de *conduta desonrosa*. Aí cabe a prática de adultério, o cometimento de atos degradantes, capazes de acarretar menosprezo social, como os vícios, o lenocínio, o homossexualismo, a embriaguez constante, o uso de tóxicos, a condenação criminal, os delitos sexuais mesmo sem condenação. O que é fundamental nas diferenças causais, está em subordinar a apreciação dos motivos a um maior subjetivismo do juiz, repousando no seu *arbitrium boni viri*, mais do que na comprovação objetiva do fato.

A segunda reside na existência de ato que envolva *grave violação dos deveres do casamento*. Aí se pode aferir a conduta pela menção legal dos deveres recíprocos dos cônjuges (art. 230), e assentar a separação litigiosa na quebra do dever de fidelidade recíproca, com a prática do adultério, bem como nos deslizes que traduzam rompimento com esta obrigação; a falta de assistência à família, o abandono dos filhos, a deficiência de meios de manutenção e de educação, o abandono do lar, sem aquelas características de continuidade e definitividade, a qual por si só considera-se injuriosa ao outro cônjuge, independentemente de tempo decorrido (PLANIOL, RIPERT *et* BOULANGER).

Em terceiro lugar, coloca a lei a *ruptura da vida em comum* por tempo superior a cinco anos consecutivos. Não se cogita do

“abandono do lar” por cinco anos, em que haveria mero propósito de dilargar o prazo mencionado no Código Civil. Não se requer aqui o fator material do abandono. Alude a lei a um comportamento do cônjuge que representa o rompimento da vida em comum, requisito este de dupla apuração: a) *material*, advindo de circunstâncias trazidas como elemento probatório ao juiz; b) *imaterial* ou *psíquica*, de aferição subjetiva pelo juiz. Não é qualquer ruptura da vida em comum, porém aquela que sendo continuada (cinco anos) impossibilite a reconstituição da vida conjugal. Ausências intermitentes, como convivência desrespeitosa, podem abranger a idéia de “abandono”. Não vai tão longe, como no Direito germânico que impõe o divórcio em decorrência da separação. Mas permite.

A Lei do Divórcio retirou a separação contenciosa dos quadros tradicionais da enumeração taxativa. Preferiu enunciar critérios mais amplos, menos herméticos. Exigiu dos desquitandos a prova dos fatos. Mas concedeu ao juiz o poder de apreciá-los, em sua extensão e no impacto que podem impor à convivência e manutenção da sociedade conjugal.

7. *Moléstia grave* — Inovação de ainda maior profundidade introduziu a nova Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) com um caso a mais de separação judicial, correspondente ao *divórcio-remédio* dos sistemas jurídicos de grupo germânico.

O art. 5.º, § 2.º, autoriza o cônjuge a pedir separação judicial quando o seu consorte estiver acometido de grave doença mental.

São extremos deste pedido:

a) Que se trate de moléstia mental de reconhecida gravidade, o que dependerá de laudo médico, que o ateste; a matéria é delicada, uma vez que o critério de aferição da gravidade depende, e muito, do parecer técnico e, bem assim, de sua apreciação pelo julgador. Não é qualquer moléstia, mesmo grave, porém a de caráter ou natureza mental;

b) Que a enfermidade se tenha manifestado após o casamento; a lei não fala em surgimento, porém em “manifestação”, o que se compadece com a doença preexistente ao matrimônio, cujos sintomas somente hajam surgido na pendência dele;

c) Que torne impossível a vida em comum, o que é deixado à apreciação pelo juiz, subordinado ao seu *arbitrium boni viri*;

d) Que a enfermidade seja tida como de cura improvável após uma duração de cinco anos. Não se fala em moléstia incurável, cujo prognóstico é mais discutível do que a de cura improvável.

Introduziu, pois, a nova Lei a separação judicial sem culpa do cônjuge, e fora do caso de mútuo consentimento, porém reves-

tida de sérias cautelas, no que não se afasta dos sistemas que admitem o divórcio nas mesmas condições.

8. *Recusa de homologação; e efeitos quanto aos bens* — O Legislador foi ainda mais longe e mais cauteloso, no estabelecer separação judicial fundada em ruptura da vida conjugal por tempo maior de cinco anos, e de moléstia mental grave, que num e noutro caso tornem impossível a continuação da vida em comum. Nestas hipóteses, não basta a aferição objetiva do fato fundamental do pedido. Tem ainda o juiz o arbítrio de sopesar as consequências da separação. E de recusá-la, se causar o agravamento das condições pessoais do outro cônjuge ou da doença mental que o acomete; ou, ainda, se puder determinar, em qualquer caso, consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores. Assim dispondo, preserva a lei a pessoa do cônjuge, contra o qual é intentada a separação judicial, e, sobretudo, procura zelar pelo reflexo da dissolução da sociedade conjugal na formação moral dos filhos menores.

Um dos efeitos da separação judicial é a liquidação do acervo conjugal.

Reverterão ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial os remanescentes dos bens que levou para o casamento. Quando o regime for de comunhão universal ou de comunhão de aqüestos, partilham-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Faculta a lei que a partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz, ou, na falta de entendimento, decidida por ele.

A sua execução pode ser feita de pronto, ou deixada para momento ulterior. Neste último caso, a conversão da separação em divórcio dependerá de se comprovar ter sido cumprida esta formalidade.

9. *Conversão em divórcio* — A Lei 6.515/77 prevê e disciplina a conversão da separação judicial em divórcio, assunto sobre que deixarei de me pronunciar, a fim de não fugir ao contexto do tema que me foi proposto.

10. *Coisa julgada* — A sentença que encerra o procedimento judicial de separação, consensual ou contenciosa, é dotada de trânsito em julgado formal. Dá origem ao estado civil respectivo e deverá ser averbada à margem do assento de casamento, expedindo-se certidão de todo o teor a quem pedir. Estabelece critérios de comportamento dos pais em relação aos filhos, regula o direito de guarda e de visita. Embora seja sentença constitutiva (ALCIDES

DE MENDONÇA LIMA, HUMBERTO TEODORO JUNIOR) tem força executória mediata, instruindo procedimento executivo para entrega, a cada um dos cônjuges, daquilo que em partilha lhe couber (PONTES DE MIRANDA, LOPES DA COSTA, YUSSEF SAID CAHALI).

Não obstante tudo isto, não faz coisa julgada absoluta. Posto seja revestida dos efeitos de dissolver a sociedade conjugal e de decidir matéria patrimonial, é lícito ao juiz a todo tempo modificar o que fora deliberado ou homologado em relação aos filhos (guarda, contribuição alimentar) bem como pensão à mulher. Denegada por um certo fundamento, pode ser renovado o pedido, seja por fundamento diverso, seja se o mesmo fato ocorrer novamente, sem que ao demandado compita a arguição de *exceptio rei iudicatae* (MAZEAUD, MAZEAUD ET MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, vol. I, n.º 1.440).

Demais disso, a todo tempo, os cônjuges poderão promover a reconciliação, mediante processo sumário (*Código Civil*, art. 323; *Lei do Divórcio*, art. 46; *Código do Processo Civil* de 1939, art. 646).