

Divórcio: causas, casos e tipos

Prof. ANTÔNIO CHAVES

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. A Lei nº 6.515, de 26-12-1977. Críticas.
2. Separação judicial por mútuo consentimento e contenciosa.
3. A conversão da separação judicial em divórcio.
4. Os três casos de divórcio pelo procedimento ordinário: a) divórcio-sanção; b) divórcio-falência; c) divórcio-remédio.
5. Possíveis obstáculos.

1. A Lei nº 6.515, de 26-12-1977. Críticas

A Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-1977, eliminou a indissolubilidade do casamento, consignada no § 1º do art. 175 da Constituição Federal, permitindo a sua dissolução “nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Abriram-se, assim, finalmente, as comportas para que pudesse ser promulgada a nova lei que “regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”, coroando os esforços de todos quantos, desde a laicização do casamento, vinham lutando pela implantação da medida.

Críticas não têm sido poupadas à nova lei, centro de um turbilhão de preconceitos arraigados e de interesses conflitantes. Não é, por certo, um modelo de precisão e de clareza, fruto, como tantas outras, de uma elaboração legislativa não precedida de auscultação e discussão por parte dos diversos setores interessados.

No próprio Congresso Nacional os debates não chegaram ao aprofundamento exigido por reforma tão substancial, alcançaram apenas em parte

Palestra proferida nos dias 23 e 24-1-1978, no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, e no Instituto dos Advogados de São Paulo.

os objetivos visados, levantando indagações e dúvidas a exigir uma reformulação ampla de seus postulados, sob pena de dar origem a manifestações jurisprudenciais tão conflitantes, que ocasionarão perplexidades insolúveis.

A permissão de um único pedido de divórcio vai introduzir, pela porta dos fundos, a figura do descasado brasileiro apenas pela metade, decorrente da redação anterior do § 6º do art. 7º da Lei de Introdução, por sinal completamente reformulado, levantando novos problemas.

Com efeito, se se recriminava ao dispositivo a condição de desigualdade a que relegava o cônjuge brasileiro, reconhecendo o divórcio concedido além fronteiras apenas ao estrangeiro, por não poder voltar aquele a casar-se em sua pátria, a nova lei, condicionando a libertação do vínculo conjugal a um só pedido, reedita o inconveniente no caso de um divorciado remaridar-se com uma solteira. Na hipótese de novo pedido, ficará então esta impedida de alcançar a graça, por declarar o art. 38 tão peremptoriamente, que "o pedido de divórcio em qualquer dos casos somente poderá ser formulado uma vez"?

Tem-se alvitrado que a norma prevaleceria apenas quando ambos os cônjuges já tenham obtido o divórcio.

Não vigoraria, então, para os divorciados que escolhessem para novo cônjuge apenas os *noviços em experiências matrimoniais*...

Ficariam estes privados do direito? O texto não autoriza semelhante conclusão.

Somente a eliminação da exigência poderá elidir a incoerência.

Não me parece, no entanto, que exista o antagonismo que tem sido alegado entre o referido art. 38, que só autoriza uma postulação de divórcio, e o art. 37, § 2º, que declara não impedir a improcedência do pedido de conversão da separação em divórcio, que o mesmo cônjuge o renove, desde que satisfeita a condição anteriormente descumprida.

Temos, aqui, não um novo pedido de divórcio, mas a reiteração, pelo mesmo fundamento, contra idêntico cônjuge, de pedido anterior de conversão, subordinado, porém, ao estrito cumprimento de uma condição que anteriormente não havia sido adequadamente obedecida.

FERNANDO H. GENTIL, Considerações sobre o Divórcio, em O Estado de S. Paulo, de 18-12-1977, depois de ressaltar o defeito de redação do art. 38, que, por certo, pretendeu proibir não a **formulação** de um novo pedido de divórcio, mas sim a **concessão** de um segundo divórcio, a quem já estiver divorciado, levanta o problema da flagrante inconstitucionalidade desse dispositivo, já que a norma constitucional emendada nenhuma limitação impõe, não se sabendo *como conciliar a restrição contida na lei ordinária com a indistinção do texto fundamental, a propósito de se tratar de um primeiro, de um segundo ou de um terceiro matrimônio.*

Indaga se se tratar do casamento de um divorciado com uma mulher solteira, por que haveria esta de achar-se impedida de obter o próprio di-

vórcio, uma vez observados os pressupostos legais, pelo só fato de o consorte já haver antes obtido o benefício?

Teria valido a pena banir a expressão tradicional de **desquite**, para substituí-la por uma sinônima: **separação judicial**, obrigando a uma minuciosa resenha dos dispositivos do Código Civil, do Código de Processo Civil e de outras leis que a consigram, com a consequência fatal de não ser completa, omitindo, por exemplo, a Lei de alimentos nº 5.478, de 25-7-1968, e a Lei nº 968, de 10-12-1949, que dispõe sobre a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais?

Tudo indica que não.

Muito mais simples a solução proposta pelo Deputado MILTON STEINBRUCH, em seu Projeto de Lei nº 3.905, de 1977 (**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 18-8-1977, págs. 6727-6730).

Ressalvando seu ponto de vista de que o ideal seria suprimir simplesmente o desquite, substituindo-o pelo divórcio, como forma de terminar a sociedade conjugal e dissolver o vínculo matrimonial, mesmo que só se admitisse novo casamento após três ou cinco anos, lembra que o legislador deve ater-se aos estreitos limites da emenda constitucional, que autoriza a dissolução do casamento depois de três anos contados do desquite ou cinco anos de separação de fato.

Entendia desaconselhável substituir o termo desquite por outra palavra qualquer, buscada em legislações alienígenas, sinônimo como é, no Brasil, de separação de corpos e de bens.

Justificava seu projeto como de extrema simplicidade. Mantinha o desquite judicial ou amigável, dando aos cônjuges o meio legal de se separarem, quando impossível a continuidade da vida em comum. Nesse ponto nenhuma alteração importante se faria no sistema vigente, salvo o prazo mínimo para o desquite amigável, reduzido para um ano, e a inclusão de mais um motivo para o desquite judicial, ou seja, "grave violação dos deveres do casamento". A jurisprudência, diante da realidade dos litígios, vem concedendo desquites litigiosos por grave violação dos deveres do casamento, entendendo que a ocorrência de tal fato pode ser incluída no amplo conceito da injúria grave.

Os casos de dissolução do casamento são os mesmos que hoje autorizam a dissolução da sociedade conjugal acrescidos das duas hipóteses consagradas na emenda constitucional: decurso do prazo de 3 anos do desquite ou 5 anos de separação de fato.

O projeto, finalmente, tivera a preocupação de tornar simples, rápida e barata a conversão da sentença de desquite em divórcio, mediante requerimento de apenas uma das partes interessadas, com homologação judicial. Visara, com isso, evitar que o divórcio se transformasse em fonte de renda para quem quer que seja.

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, eliminando também a imposição do regime de separação de bens para o casamento de sexagenários e quinquagenários, pelo menos no caso do casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28-6-1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenham resultado filhos (art. 45).

2. Separação judicial por mútuo consentimento e contenciosa

A Lei nº 6.515 é composta de 54 artigos divididos em quatro capítulos, que tratam respectivamente:

- I — Da dissolução da sociedade conjugal (art. 2º e quatro seções:
 - I — dos casos e efeitos da separação judicial, arts. 3º a 8º;
 - II — da proteção da pessoa dos filhos, 9º a 16; III — do uso do nome, 17 e 18; IV — dos alimentos, 19 a 23);
- II — Do divórcio (arts. 24-33);
- III — Do processo (arts. 34-39);
- IV — Das disposições finais e transitórias (arts. 40-54).

Além da medida cautelar da separação de corpos, a que se refere o art. 7º, § 1º, da lei, temos três tipos diferentes de divórcio.

Mas o problema não será devidamente equacionado sem que percorramos previamente os dispositivos relativos à separação judicial, que poderá apresentar-se sob duas modalidades:

1) **por mútuo consentimento** (art. 4º) ou consensual (art. 9º);

2) **contencioso**, qualificado pela lei simplesmente como separação judicial (art. 5º).

O primeiro só é admitido para os cônjuges casados há mais de dois anos, perante o juiz e devidamente homologado (art. 4º), sem necessidade de declinar os motivos, pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil (art. 34).

Observar-se-á, neste caso, o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (art. 9º, quase idêntico ao art. 325 do Código Civil), e, evidentemente, sobre a partilha dos bens, pois qualquer discussão a respeito transformaria a separação em litigiosa.

Complementam, porém, o art. 40, § 2º, da Lei nº 6.515 as seguintes normas:

- I — a petição conterà a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;
- II — a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III — se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada; (*)

IV — a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença de divórcio.

Mas, diferentemente dessa lei, admite o § 3º que após essa fase, se os cônjuges pedirem, sejam os advogados chamados a assistir aos entendimentos e deles participar.

A **separação judicial** poderá ocorrer em três hipóteses diferentes, a pedido de um dos cônjuges:

1) quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum (art. 5º, **caput**);

2) mediante prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e da impossibilidade de sua reconstituição (§ 1º);

3) é a hipótese mais dolorosa: quando o outro cônjuge estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Correrá pelo rito ordinário, cabendo a iniciativa somente aos cônjuges que, apenas no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.

Com processo semelhante ao da Lei nº 968, de 10-12-1949, arts. 1º e 2º, determina o § 2º do art. 3º promova o juiz todos os meios para que as partes se conciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas, e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

3. A conversão da separação judicial em divórcio

Não admite a lei modalidade de divórcio que não seja precedida de separação judicial.

Esta poderá apresentar-se, como ficou consignado, sob três modalidades diferentes:

A) **Conhecimento direto do pedido**, quando, nos termos do art. 37, não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, devendo a sentença em tese ser proferida dentro em dez dias.

B) **Conhecimento baseado em prova. A contrario sensu**, quando haja contestação ou necessidade de produzir prova em juízo, obe-

(*) **N.R.:** O item III foi retificado no **DO** de 11-4-78, pág. 5073.

decidas as formalidades do art. 36, que só admite fundamentar-se a contestação em:

I — falta de decurso do prazo de três anos de separação judicial;

II — descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

Em qualquer das hipóteses determina o parágrafo único do art. 35 que o pedido seja apensado aos autos da separação judicial.

C) Divórcio no caso de separação de fato, com início anterior a 28-6-1977, desde que completados cinco anos, provando-se o decurso do tempo da separação e a sua causa (art. 40, **caput**).

A redação não é clara, não resultando compreensível a referência àquela data, que é a da Emenda Constitucional nº 9, que, além de admitir a dissolução do casamento “nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”, acrescenta, no art. 2º, que essa separação poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data da mesma emenda.

Haverá, pois, duas hipóteses a considerar:

a) dissolução do casamento nos casos expressos em lei, com prévia separação judicial por mais de três anos: dispensa prova, que já foi produzida na separação judicial;

b) separação de fato anterior de cinco anos à data da emenda constitucional, no decurso de cuja ação precisa ser devidamente comprovado em juízo o esgotamento do prazo da separação e a sua causa.

Por perceber quanto é perigoso o dispositivo, possibilitando conluíus entre cônjuges desejosos de se libertarem um do outro, o art. 40 da Lei nº 6.515 cerca a hipótese de cautelas especiais, só admitindo, § 1º, que o divórcio nele baseado seja fundado nas mesmas causas previstas nos arts. 4º e 5º e seus parágrafos.

Nas discussões travadas na Câmara dos Deputados reconheceu-se que essa anterioridade não pode ser de prazo parcelado, mas sim global, num período só.

Não vislumbra, no entanto, com toda razão, FERNANDO H. GENTIL, “Novas considerações sobre a lei do divórcio”, em **O Estado de S. Paulo**, de 8-1-78, qual o fundamento para o critério distintivo:

“Por que relacionar-se o prazo da separação (ou o seu início) à data da edição da emenda? Como justificar-se que, em sendo a separação fática anterior a ela, podem os interessados obter desde logo o divórcio, mas, em sendo posterior, necessitem antes conseguir a separação judicial (desquite) para, só após três anos, conseguirem a conversão? Não seria mais natural, igualitário e razoável que, decorridos cinco anos ininterruptos de separação fática

e irreversível — pouco importando se iniciada ou consumada antes ou depois de 28-6-77 — se facultasse aos consortes a obtenção direta do decreto divorcial?”

4. Os três casos de divórcio pelo procedimento ordinário:

a) divórcio-sanção

Não indica a lei, especificamente, quais sejam os casos de divórcio litigioso ou ordinário, a que alude o art. 34, *caput*, parte final.

O Senador ACCIOLY FILHO, em erudita conferência proferida na Faculdade de Direito de Curitiba, no dia 24-11-1975 (transcrita no **Diário do Congresso Nacional**, Seção II, de 26-8-1976, págs. 5102-5107, e na **Revista de Informação Legislativa**, nº 49, 1976), passando uma vista de olhos pelas outras legislações, com a ajuda de MARC ANCEL, **Le Divorce à l'Étranger**, mostra que, em regra, o divórcio é regulado, pelas suas causas, enumerando: divórcio-sanção, divórcio-remédio, divórcio-constatação e divórcio-falência.

A esse rol, faltou o divórcio-saturação ou resignação, da lei francesa, arts. 233 e seguintes, realmente não acolhido pela Lei nº 6.515, embora constante também da lei italiana, mesmo porque, a rigor, se integra na hipótese do § 1º do art. 5º: prova de ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, com impossibilidade de sua reconstituição.

Excluído o divórcio-constatação, que, segundo o mesmo Senador, inclui o divórcio por mútuo consentimento, porque basta ao juiz ter a manifestação da livre vontade dos cônjuges, não lhe cabendo indagar e pesquisar a vida íntima do casal, só restando ao juiz, se os cônjuges estão de acordo, ou se não há contestação, decretar o divórcio, verificada a desarmonia do casal, sem procurar saber da existência ou não de motivos para a dissolução do vínculo, matéria examinada no tópico anterior, acompanhemos-lhe o raciocínio, quando pondera que, pelo novo sistema,

“a legislação adota um elenco restrito de causas, limitando, assim, o arbítrio do juiz, que tem de verificar a existência de um desses motivos, ao mesmo tempo em que procura frear os cônjuges desejosos do divórcio”.

Reconhece, porém, ser certo que os casais desavindos, mesmo quando inexistente qualquer dessas causas, podem atribuir um ao outro a prática de ação configuradora de um dos motivos previstos em lei.

Insista-se em que, não admitindo o art. 31, se decrete o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens, deixa bem claro que ele só poderá ocorrer após a decretação da separação judicial, seja ela por mútuo consentimento ou litigiosa.

O divórcio-sanção corresponde à hipótese já indicada do art. 5º: complementa a separação judicial pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum,

ou, no dizer do Senador ACCIOLY FILHO, com linguagem retirada do Código Civil:

“No divórcio-sanção, a dissolução do matrimônio é imposta em virtude de culpa de um ou de ambos os cônjuges, por adultério, abandono do lar, sevícia ou injúria grave, condenação por crime etc.”

Não é fácil definir o que seja conduta desonrosa, a ser aquilatada tendo-se em vista o grau de instrução, a educação, a condição social dos cônjuges, e o conhecimento recíproco anterior às núpcias.

Uma moça que case com o indivíduo que sabe não ter meios de vida definidos, mesmo que tenha sido movida pela mais nobre das intenções de regenerá-lo, não poderá alegar que vive de expedientes, na hipótese que veja malogrados seus esforços.

O atual dispositivo tem uma amplitude muito maior do que a do art. 317, nº I, do Código Civil, que foi revogado, só admitindo o desquite, entre outros casos de natureza diferente, fundamentado no adultério.

As expressões “qualquer ato que importe violação dos deveres do casamento” ainda têm, para a mulher, uma conotação mais grave do que para o marido, abrangendo todo comportamento inadequado para a condição de esposa: vida excessivamente fútil, flertes, más companhias, chegadas a altas horas da noite, ainda que não possa ser demonstrada traição à fé conjugal.

Estará certo, isso não obstante, o rótulo divórcio-sanção?

Parece que não, se considerarmos os elevados propósitos da lei, ao lidar com o delicado problema da reorganização das famílias.

Confortam-nos a opinião as considerações desenvolvidas por FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Curso de Direito de Família, I, Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida, 1965, pág. 445, ao assinalar que o direito

“concebe o divórcio, certamente, não como **sanção**, mas como **remédio**, e, mais do que isso, como remédio de que carecem, não só situações em que ocorra um procedimento **culposo** de algum dos cônjuges, senão também situações em que a crise do casamento provenha de causas puramente **objetivas** ou **fortuitas**”.

É o que deduz, com toda segurança, do fato da lei do divórcio portuguesa ter admitido como causas legítimas do divórcio litigioso a “loucura incurável” (art. 4º, nº 7), a “doença contagiosa reconhecida como incurável” e a “doença incurável que importe aberração sexual” (nº 10), e ainda a “ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos” (nº 6) e a “separação de fato, livremente consentida, por dez anos consecutivos” (nº 8), concluindo:

“As três primeiras causas do divórcio são **objetivas**, de toda a evidência, mas também o são as duas últimas, embora o ponto possa suscitar alguma dúvida.”

b) Divórcio-falência

Correspondente ao divórcio-ruptura, dos arts. 237 e seguintes da lei francesa, é o do § 1º do art. 5º da Lei nº 6.515: prova por um dos cônjuges da fratura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Cumpre, aí, ao juiz — assinala o Senador ACCIOLY — verificar os motivos do insucesso do casamento, e se o fracasso existe ou não.

É a fórmula que veio a atender a necessidade premente de milhões de casais, já desavindos definitivamente, mas apenas hipocritamente jungidos pelos laços do antigo “desquite”.

Como fazer, no entanto, a prova dessa ruptura?

A mais completa será sem dúvida a decorrente do alvará de separação de corpos, a certidão da separação consensual, ou da sentença de decretação do desquite, desde que não tenha ocorrido conciliação posterior.

E caso não se tenham os ex-cônjuges se preocupado em tomar qualquer dessas medidas, separando-se simplesmente um do outro?

Não apenas pelos meios pertinentes indicados pelo art. 136 do Código Civil: confissão, atos processados em juízo, documentos públicos ou particulares, testemunhas, presunção, exames e vistorias, mas lembrando que o art. 332 do Código de Processo Civil reconhece como hábeis, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, ainda que não especificados no mesmo Código.

Não dependem de prova os fatos notórios (art. 334, I), aplicando o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial (art. 335).

Reconhecendo a dificuldade da matéria, o Deputado Celso Barros incluiu em seu Projeto de Lei nº 3.843, de 1977, (**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 3-8-1977), dispositivo que propunha:

“Art. 19 — A separação de fato, quando invocada como fundamento do divórcio, deverá ser comprovada em juízo por meio de ação declaratória, em processo de rito especial, nos termos da lei processual.”

Justificava nem sempre ser fácil a prova no tocante às separações de fato. “Há casos em que os cônjuges vivem longe do seu domicílio e estranhos ao ambiente em que são conhecidos. Outras vezes os próprios cônjuges têm interesse em dificultar tais provas.

Nesses casos, os meios de prova são simplesmente testemunhais, sendo necessário recorrer-se até à justificação judicial.”

Mas a lei não se contenta ainda com a prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos **consecutivos**: exige o requisito da impossibilidade da sua reconciliação.

Em tese, impossibilidade não existe nunca, nem mesmo para os que tenham trocado as ofensas mais torpes e infundadas, que se tenham agredido mutuamente, que tenham estado afastados há anos, ainda que tenham tido filhos com outrem: apenas o bom senso orientará o juiz nessa delicada matéria.

c) Divórcio-remédio

Visa atender — prossegue o mesmo autor — a situação do cônjuge que, em decorrência da doença mental de que é portador, fica sem condições de cumprir seus deveres matrimoniais.

“Nesse caso, em que não se pode falar de divórcio-sanção porque o esposo doente não tem culpa pela moléstia, o divórcio é tido como remédio para liberar o outro cônjuge do vínculo matrimonial, do qual não pode ficar prisioneiro.”

Não se compreende porque o § 2º do art. 5º da lei pátria restrinja o remédio à doença grave apenas de natureza mental, quando existe um sem-número de aberrações, moléstias contagiantes ou não, enfermidades, mutilações, deformações, etc., que tornem igualmente impossível a continuação da vida em comum.

Só com essa abrangência adquiriria o dispositivo a amplitude que a lei francesa atribui ao divórcio-liberação, de caráter médico, que encontra correspondência também no decreto português, art. 4º, item 7º, e na lei alemã, § 45.

Não escapou a CARLOS ALBERTO BITTAR, “O Projeto Brasileiro de Lei de Divórcio”, em *O Estado de S. Paulo*, de 18-9-1977, o rigor do dispositivo, que segue nesse passo a lei alemã, § 47, e que já se manifesta na não enumeração exaustiva das causas, ao contrário do que ocorre com o art. 317 do Código Civil e com algumas leis estrangeiras, aditando:

“Essa orientação deixará aos tribunais a responsabilidade pelo estudo da motivação em cada caso concreto, alargando, pois, o seu campo de atuação na busca da justiça para os casais que requeiram o divórcio.

Com efeito, na enunciação de fórmulas gerais — em que segue as leis italiana e, principalmente, francesa, que também catalogava antes as causas por expresso — o projeto deixa ao intérprete a definição da existência ou não dos pressupostos legais, em cada hipótese **sub examine**.

O não alinhamento de motivos constitui também abertura apreciável no sentido humano, porque facultará ao magistrado conceder a medida em casos em que não mais exista o **consortium**, sem uma rígida perscrutação de motivos prestabelecidos e, muitas vezes, insuficientes para a ministração da justiça a diferentes e constantes exemplos que a experiência diuturna tem demonstrado, suscitando separações e uniões irregulares.”

Tendo sido mantida essa diretriz, vale a sua argumentação: as causas que hoje existem e são aplicadas quase que automaticamente na decretação da separação terão que se curvar “ao exame no caso concreto, para determinar-se se acarretam ou não a impossibilidade da vida em comum (art. 5º)”.

Não estará a lei acoroçoando um ato de desumanidade, prestigiando uma falta de solidariedade, que a exigência da continuidade, com o dever de assistência formulada pelo art. 26, apenas atenua, permitindo um abandono justamente na hipótese mais grave, quando maior necessidade tem de amparo, de afeto, de assistência?

Prevaleceu a solução consentânea com a realidade dos fatos, reconhecendo um certo paralelismo com o caso de absoluta incompatibilidade de gênios. Nem todos têm vocação estoica: manter acorrentado um indivíduo a outro, que não tem condições de corresponder com um mínimo de convívio, exigir que compartilhe de sua existência, será, muitas vezes, condená-lo, por sua vez, à loucura.

Não é a qualquer distúrbio que a lei alude, e sim, atente-se bem, a “grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum”, exigindo ainda que, “após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

Nada impede que as pessoas dotadas de coração mais sensível, ou de consciência mais escrupulosa, não recorram ao remédio extremo e continuem prodigalizando todos os cuidados ao cônjuge que tenha se revelado merecedor de tão grande sacrifício.

Mas enquanto para obter a separação judicial é necessária a prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição, na hipótese mais corrente do § 1º do art. 5º, no caso de divórcio, uma vez que essa exigência já estará previamente satisfeita, a lei se contenta com uma separação judicial que exista há mais de três anos, contados da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 25).

Percebe-se, então, que a rigor, causas diferentes são previstas pela Lei nº 6.515 apenas no que diz respeito à separação judicial. Desembocando todas elas no divórcio, daí por diante, aos efeitos práticos, não há mais que cogitar em causa, tanto assim que a parte final do art. 25 veda expressamente que a sentença que o decreta faça qualquer referência à que determinou o divórcio.

5. Dois possíveis obstáculos

A homologação da separação judicial, e, conseqüentemente, do divórcio poderá topar com duas espécies de dificuldade.

Tanto no caso da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e impossibilidade de sua reconstituição, como no caso de acometimento da mencionada grave doença mental, a separação judicial poderá ser negada. art. 6º, “se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou deter-

minar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores”.

Se esta última hipótese pode compreender-se dê causa à preocupação por parte do legislador, a primeira já é menos justificável: ocorrida a separação há mais de cinco anos consecutivos, verificada a impossibilidade da reconstituição do lar desfeito, não se percebe em que a simples substituição do rótulo de “separação judicial” pelo do “divórcio” possa agravar as condições pessoais ou a doença do outro cônjuge, ou ocasionar conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

Aí está, não obstante, um argumento que mulheres renitentes ou maridos rancorosos jamais deixarão de aproveitar.

A tornar mais complexa a situação, acrescenta o § 3º do art. 5º que, tanto na hipótese de ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, como na do cônjuge acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, “reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância do sociedade conjugal”.

É, sem dúvida, o dispositivo que maiores críticas tem recebido, não hesitando JORGE LAURO CELIDÔNIO, no ciclo de estudos promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, de qualificá-lo de verdadeira “aberração jurídica”: “De duas uma. Ou a lei não considera a moléstia como pretexto para a separação ou, considerando-a, não poderá punir com a perda de patrimônio o cônjuge que apelar para esse caminho”.

Realça a extrema complexidade da aplicação do dispositivo:

“Quem poderá julgar até que ponto a doença grave tornará impossível a vida em comum? É um julgamento subjetivo, perigoso. Há algo mais eflúvio do que exigir que, após cinco anos, tal doença seja de cura improvável? Que médico dirá que qualquer doença é de cura improvável, se a ciência evolui diariamente? E, finalmente, se a doença torna a vida insuportável, por que o cônjuge precisará esperar durante cinco anos?”

WALTER CENEVIVA, por sua vez, focaliza os inconvenientes que podem surgir a partir do momento em que alguém, casado com uma pessoa doente, percebe que a vida em comum entre os dois passa a ser insuportável:

“Embora um médico lhe assegure que a cura é improvável, precisará se resignar durante cinco anos, até que consiga a separação — às custas da perda de seu patrimônio. Mas o juiz poderá não conceder a separação, por entender que isso contribuirá para o agravamento da doença. E o pior é que essas doenças geralmente se agravam.”

O segundo obstáculo é levantado pelo § 2º do art. 34 que possibilita ao juiz recusar a homologação e não decretar a separação judicial, impossibilitando, pois, o subsequente divórcio, “se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.