

O abandono do lar conjugal como causa de dissolução matrimonial

DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso e Professor Catedrático do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso

SUMÁRIO

Introdução — 1. — Etimologia. 2. — Origem no Direito Romano. 3. — Origem no Direito Canônico. 4. — Coabitação: prazer ou dever? 4.1 — Caracteres; reciprocidade; duração; fixação do domicílio conjugal. 5. — O prazer conjugal. 6. — Conseqüências do descumprimento da coabitação: 6.1 — o domicílio conjugal; 6.2 — o débito conjugal. 7. — O abandono do lar conjugal — panorama do Direito comparado. 8. — Idéias gerais em nosso Direito. 9. — Conceito. 10. — Abandono do lar e abandono da família. 11. — Abandono: classificação e requisitos; 11.1 — saída do domicílio conjugal; 11.2 — voluntariedade desta saída; 11.3 — sem o consentimento do outro cônjuge; 11.4 — com o intuito de romper a vida em comum; 11.5 — que esta circunstância se prolongue por dois anos contínuos; 11.6 — abandono malicioso. 12. — Relacionamento do abandono do lar conjugal com a injúria grave. 13. — O abandono do lar conjugal na jurisprudência nacional. 14. — Conclusões.

Introdução

O casamento não é apenas uma convenção, uma palavra empenhada, um elenco de obrigações e direitos assumidos, a mais singular e abrangente sociedade, cuja dilação todos reputamos necessária para a realização dos valores básicos da sociedade civilizada. Afigura-se-nos, antes

de tudo, uma contínua renovação de estímulos, uma relação entre duas pessoas, dinâmica, progressiva e vívida, onde cada um dos cônjuges reconhece, advoga e pratica a necessidade da vida em comum. Sua existência ou conservação independe de texto legal, não se arrima na impossibilidade de dissolução do vínculo matrimonial ou nos dogmas religiosos.

O homem hodierno tem consciência de sua evolução. Recusa-se a aceitar passivamente os antigos e invioláveis tabus. Repele a intolerância do "anathema sit". Proclama o "é proibido proibir". Quer a luta pela liberdade de sua vida, em todos os mais diversos setores. A vontade, exclusivamente a vontade de permanecerem casados e de assim se comportarem, essa a única vivificante seiva, alentadora das vantagens da união, é que robustece, acentua o raquitismo ou decreta a morte do matrimônio.

Quando nos encontramos na presença de uma das causas taxativas, estabelecidas pelo Código Civil para alicerçar a separação conjugal, podemos adiantar, com quase absoluta certeza, que um ato dessa transcendência resulta, mais das vezes, do final de um longo e penoso processo de desacerto e desmoronamento gradativo do lar conjugal, nunca de um ato súbito e inconsulto.

O abandono voluntário do lar conjugal, o descumprimento do dever de convivência, representa, em nosso Brasil, a causa que maior contribuição traz à desagregação dos casais.

Segundo o Anuário Estatístico Brasileiro de 1975, durante o exercício de 1973, foram requeridos no País 13.689 desquites, dos quais 10.629 foram por mútuo consentimento e 3.070 litigiosos, destes 1.525 o foram por abandono voluntário do lar conjugal, restando 742 por sevícia ou injúria grave, 725 por adultério e 68 por tentativa de morte.

Somente no Rio, de 1966 a 1976, os desquites amigáveis atingiram a 32.092 e os litigiosos a 11.681, totalizando 43.773.

Observando os exercícios anteriores, confirmamos também que esta causa se mantém em faixa superior às outras três, dando-nos justificção para um estudo mais profundo a respeito da matéria.

1. Etimologia

Para expressar o verbo **abandonar**, os romanos utilizavam-se de diversos vocábulos, entre outros, **derelinquere** (abandonar, deixar, desamparar), **desérere** (abandonar, desamparar), **discédere** (separar-se, ausentar-se, divorciar-se, renunciar, fugir), **dimittere** (enviar, licenciar, afastar, renunciar, abandonar), **cédere** (ir, ir-se embora, renunciar à posse, desaparecer, mudar-se, ceder), **omittere** (pôr de parte, abandonar, desamparar, negligenciar), que, entretanto, não tinham uso no Direito de Família, onde não era necessária a coabitação efetiva dos esposos, exigindo-se tão-só que a mulher estivesse à disposição do marido, que estivesse instalada em sua casa.

Usaram ainda o vocábulo **ausência**, originário de **absentia** (de **absum**, **abes**, **abfui**, **abesse**), composto de AB (preposição que usada como prefixo designa ausência, privação, falta) e SUM (verbo **esse** — ser, estar, viver, morar, residir, encontrar-se), significando estar fora, afastado, fazer falta a alguém, não o auxiliar, afastamento de uma pessoa do lugar de seu domicílio ou do local onde deveria encontrar-se.

O termo **abandono**, adotado desde o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, consagrado no texto legal e de largo uso lusitano, significando deixar de todo, abrir mão, desprezo, desamparo total, renúncia, desleixo, traduzindo sempre o sentido de renúncia ou intenção de abdicar de seus direitos, provém de **abandonner**, **abandon**, constituído da locução **laisser à bandon** ou **à ban donner**, deixar em poder de alguém. **Bandon** = poder, autoridade; **ban**, livre uso, originário do germânico **bann** = mando, jurisdição — deixar sem poder, sem força.

Seus significados não têm o mesmo sentido jurídico. “Fato de alguém não se encontrar no local em que a sua presença é reclamada, mas havendo a possível certeza de sua existência (não presença ou ausência simples)”, “alguém ter desaparecido do seu domicílio, sem que se saiba, tanto o seu provável paradeiro, como se é vivo ou morto (ausência qualificada)” ou “no sentido restrito do desaparecimento dum indivíduo do seu domicílio ou da sua residência, ou do local da sua última habitação, sem deixar rasto algum do seu paradeiro, nem havendo notícias diretas ou indiretas de sua existência ou da sua morte.” (1)

Em Direito de Família, **ausência** expressa uma prolongada, mas involuntária interrupção da sociedade conjugal. Ao passo que **abandono** implica fato revelador da intenção de faltar ao dever da vida comum, um afastamento intencional, sem o intuito de regresso, uma atitude fundamentalmente negativa, o desaparecimento de todo o dever conjugal. O abandono significa qualquer afastamento do lar conjugal, com intenção manifesta de romper a convivência, de subtrair-se ao dever de coabitação e suas implicações.

Para os romanos, a cessação do matrimônio implicava em divórcio, o desaparecimento de uma das vontades ou de ambas em conservá-lo. A separação ou cessação da relação conjugal tanto podia resultar de **capitis deminutio maxima** — a perda da liberdade, que acarretava a destruição da personalidade jurídica e dos direitos patrimoniais, a **capitis deminutio media** ou a perda da capacidade civil e, conseqüentemente, da família, do desaparecimento por morte, deserção, como podia representar um fator impeditivo da **manus pelo usus**.

Existiu, no Direito Romano, um caso de “ausência” que sancionava a dissolução irremediável do matrimônio pela perda do **connubium** — o cativo. Era mais uma imposição de um povo guerreiro, uma pena imposta aos soldados que não lutavam com a bravura necessária e caíam prisioneiros do inimigo, uma sanção às **res facti** do que mesmo uma au-

(1) CUNHA GONÇALVES, Luiz da — “Tratado de Direito Civil” — São Paulo — Max Limonad — 1955 — vol. II — tomo 1/78 e 80 — n.º 141.

sência ou um abandono do lar conjugal, fato que o divórcio resolvia sem implicações.

Como a escravidão acarretava a perda da personalidade, a captura do cidadão romano em guerra externa redundava na suspensão de todos os seus direitos até o seu regresso ou a sua morte.

Segundo uma tradição fundada na equidade e admitida no Direito, o prisioneiro deixa de ser escravo, quando escapa e retorna ao seu lar, desfrutando do **jus postliminii**. Por esta ficção, o efeito de seu cativo desaparece retroativamente, repondo o cidadão na condição jurídica em que se encontrava, como se não houvesse caído em poder do inimigo.

Esta ficção, que opera no direito, contudo, não podia reagir sobre os fatos. Portanto, se o prisioneiro possuía bens, ficava interrompida a sua posse, apesar do retorno; se era casado, o **postliminium** não restabelecia seu matrimônio, dissolvido pelo cativo.

2. Origem no Direito Romano

Não podemos deixar de reconhecer que o direito matrimonial civil sofreu marcantes influências do Direito Canônico, esse direito confessional destinado ao governo de uma sociedade eclesiástica — a Igreja Católica e à disciplina de seus seguidores. Mesmo assim, como acentua RUGGIERO (2), o casamento civil “é completamente diferente pela sua estrutura jurídica, do matrimônio romano, que é seu antecedente histórico” e “profundamente diversa é a concepção do Direito Canônico, que repousa sobre fundamentos e bases distintas”.

Não obstante asseverar o ilustre Professor da Universidade de Nápoles que “o matrimônio de nosso Direito Civil não é o romano nem o canônico, mas o resultado de uma larga e complexa evolução”, demonstra que só obteremos um conhecimento preciso do instituto se nos detivermos a pesquisá-lo em suas origens romana e canônica.

Por isso, sempre tentamos, antes de qualquer penetração mais acentuada neste instituto civil, dar uma visão sucinta destes dois aspectos.

No Direito Romano, a convivência não figurava entre os requisitos indispensáveis ao matrimônio. Diversamente do matrimônio hodierno, o romano não requer o consentimento inicial, exigindo apenas que ele seja contínuo ou duradouro. Além disso, não o subordina a qualquer solenidade, como celebração ante autoridade civil ou redação de documento comprobatório. Basta a existência da **affectio maritalis** — a intenção de ser marido e mulher, o propósito de conservar o casamento, a determinação de se manterem unidos, renovada quotidianamente, para que o matrimônio exista.

O sistema jurídico matrimonial era baseado exclusivamente na vontade e a ausência deste elemento não implicava em abandono, mas em

(2) RUGGIERO, Roberto de — “Instituciones de Derecho Civil” — Madrid — Reus — tomo II — vol. II/61 e 63.

divórcio que, como o matrimônio não consistia em ato jurídico, tampouco podia ser caracterizado como tal.

Razão indubitável assiste a SCHULZ (3) quando sentenciou: "o Direito Romano sobre o divórcio é, na realidade, a pedra angular sobre a qual descansa a constituição jurídica de Roma". JORS (4) achou "pouco provável que o matrimônio romano tenha sido indissolúvel em alguma de suas etapas históricas", exatamente por remediar todas as situações que o matrimônio pode encerrar.

Os romanos não possuíam modos ou formas de matrimônio, senão modos ou formas de criação da **manus maritalis**, a saber, **confarreatio**, **coemptio** e **usus**.

Usus representava a maneira mais simples e conveniente de uma união marital. Seu conceito era mais amplo que o da **possessio** (posse) e o antecede. Significava, originariamente, "exercício de fato de um poder sobre uma coisa ou sobre uma pessoa que obedece à lei de outra **manus**". (5)

No Direito republicano, quando o matrimônio tinha sido celebrado sem **confarreatio** ou **coemptio**, aplicavam-se as normas referentes à **usucapio** e a **manus** era adquirida pelo marido mediante **usu**, isto é, conservando a mulher em seu poder durante o prazo de um ano, tempo necessário para usucapir coisas móveis. A mulher podia interromper, deliberadamente, esta **usucapio**, se permanecesse ausente da casa do marido durante três noites consecutivas: era a **usurpatio trinoctium** ou a **usurpatio trinociti**, a interrupção de três noites da vida em comum.

Este era o único caso de "ausência" que os romanos chamavam **usurpatio**, uso ou emprego, pois desconheciam a instituição da ausência, como a conhecemos hoje. Seus alicerces surgiram na prática medieval, que considerou como término ordinário da vida humana a idade de setenta anos, tal como se diz no Salmo 89, 10: "setenta anos é o total de nossa vida, os mais fortes chegam aos oitenta". Diante dessa prática, presume-se morto o ausente de quem se não possui mais notícias, quando atingir esta idade. Se o ausente já completou esta idade quando desapareceu, presume-se morto cinco anos após o seu desaparecimento.

Os romanos também desconheciam o abandono do lar conjugal. O sustentáculo matrimonial era a **affectio maritalis**, pouco importando se viviam ou não juntos. Ao rompimento ou cessação desta vontade dava-se o nome de divórcio ou repúdio, conforme fosse bilateral ou unilateral.

Os imperadores cristãos principiaram por impor um paradeiro à liberdade divorcista. Constantino estabeleceu o sistema das **ilustae causae** para o repúdio, enumerado na Constituição do ano de 331. Teodósio e

(3) SCHULZ, Fritz — "Derecho Romano Clássico" — Barcelona — Bosch, 1960, pág. 100, n.º 181.

(4) JÖRS, Paul — "Derecho Privado Romano" — Barcelona — Editorial Labor — 1965, pág. 389, § 177.

(5) IGLESIAS, Juan — "Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado" — Barcelona — Ariel — 1958, pág. 289, § 65.

Valentiniano, em Constituição de 421 e 499, restabeleceram os sistemas das *culpa*, modificado por Juliano, punindo os que repudiassem *sine ulla causa*.

Em sua Novela 117, Justiniano permitiu ao marido repudiar sua mulher se "contra a vontade do marido, ela permanece fora do lar, salvo se for em casa dos próprios pais". (6)

No *divortium ex iusta causa*, Justiniano não considerou o afastamento do lar conjugal pelo marido e o *divortium bona gratia*, fundado em causa não originária de culpa do outro cônjuge, estabeleceu a impotência incurável, o voto de castidade e o cativo de guerra.

Mesmo assim, a legislação justiniânica só permitia ao cônjuge livre contrair novas núpcias após o transcurso de um quinquênio do tempo do aprisionamento e sempre que não se tivessem notícias do *captivus*. Aboliu ainda a ausência do condenado *ad metalla* ou *ad opus metali*, para manter firme o matrimônio.

Portanto, somente com Justiniano é que a legislação reconheceu o abandono do lar conjugal por parte da mulher, nada prevendo contra o marido.

3. Origem no Direito Canônico

O cristianismo, cujo desenvolvimento na sociedade romana foi sucessivo, desde o século X passou a intervir nas causas matrimoniais.

"Perseguido antes de ser dominante, dominante antes de ser universal, dono das almas antes de chegar a ser dono das instituições, esteve submetido à luz temporal do progresso das coisas deste mundo." (7) Mas, quando dominou, soube ser tão intransigente e fanático quanto o foram seus adversários. O combate mais renhido foi travado com o Direito Civil, que nunca foi batido inteiramente. O divórcio foi a última cidadela, disputada com pertinácia. Aí, a filosofia cristã encontrou tremenda resistência e dificuldades sem conta, pois, diante da conceituação romana do matrimônio, o divórcio era um acontecimento lógico, cujos excessos somente os costumes podiam dosar.

Merece citação integral as palavras de SANTONJA (8): "a lei canônica, como qualquer outro sistema legal, se aproxima de uma realidade que nunca pode refletir exatamente. Dentro de sua finalidade se refletem aspectos aceitáveis e aceitos pela sociedade a que serve. Mas como a sociedade evolui, esses princípios devem ser examinados de novo para que sejam coerentes com a própria vida. A evolução é sempre importante, não porque consideremos os princípios antiquados, mas porque sua formulação vai perdendo o impacto ante sucessivas gerações. A Igreja deve sus-

(6) Apud MEIRA, Sílvio A. B. de — "Novos e Velhos Temas de Direito" — Rio — Forense — 1973, pág. 31.

(7) TROPLONG — "La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano" — Buenos Aires. Ediciones Desclee, de Brouwer, 1974, pág. 11.

(8) SANTONJA, Vicente Luis Simo — "Divorcio y Separación" — Madrid. Editorial Tecnos, 1973, pág. 44, n.º 4 e 5.

citar tal reavaliação reflexiva, pondo os fundamentos para uma transição válida que enfrente as necessidades pastorais do futuro”.

“A legislação canônica atual — prossegue o mesmo autor — sobre o matrimônio se baseia fundamentalmente nos princípios de uma teologia postridentina que estava preocupada pela organização, institucionalização e codificação em termos da ciência aristotélica. Está marcada pela certeza, necessidade e universalidade dessa visão do mundo, que não condiz com o homem atual. Muitos, dentro da mesma Igreja, estão sinceramente convencidos de que os velhos tipos da lei canônica são demasiado quebradiços para conter a problemática matrimonial atual.”

A palavra “divórcio” represa em seu sentido um cunho pagão, uma carga de aversão, vítima de permanente objeção e abjeção, razão por que a Igreja nunca pôde suportá-la.

Basta, para isso, observarmos a recente patuscada que certos religiosos, prevalecendo-se da ignorância de muitos católicos e do obscurantismo deles próprios, acabam de fazer, em desespero de causa, ameaçando mundos e fundos com sanções medievais, ao ensejo da aprovação da Emenda Constitucional nº 9, que alterou a redação do artigo 175, implantando o divórcio em nosso País. O Tribunal da Sagrada Rota, em processos de anulação do vínculo matrimonial, jamais “anula” um casamento ou dissolve o vínculo. Declara apenas ser válido ou não ser válido o caso que lhe foi submetido a julgamento, concluindo sua decisão, regularmente, com a fórmula **constare** ou **non constare de validitate**.

O Papa, em virtude do poder ministerial ou vicaria que só encontra como limite fundamental o princípio da indissolubilidade do matrimônio rato e consumado, pode dissolver o matrimônio celebrado entre dois cristãos e não consumado, em virtude de profissão religiosa solene ou dispensa por justa causa; o celebrado entre batizado e infiel, não consumado; o de dois batizados, celebrado na infidelidade de ambos e somente consumado quando ambos eram infiéis; o do batizado e infiel, celebrado assim mesmo na infidelidade de ambos e consumado nela, mas não depois da conversão do batizado; o existente entre batizado e infiel, ainda que nesta situação tenha sido consumado.

Noutras palavras, podemos assegurar que a Igreja Católica admite a dissolução do vínculo matrimonial pelo privilégio paulino e pelo privilégio petrino. O Pontífice Romano pode exercer a vicaria de modo direto e imediato, concedendo a dissolução em um caso concreto e determinado, ou estabelecendo um regime geral em virtude do qual deva entender-se dissolvido um matrimônio legítimo quando se produzam determinadas circunstâncias.

“Ao tempo de Alexandre III, narra PONTES DE MIRANDA (9), ainda a Igreja tolerava a dissolução do casamento dos **separati**, que depois podiam casar-se. Era a rotura do casamento por **servitus superviniens**. Por outro lado, foi assaz difundida a regra de que a ausência de sete ou de

(9) PONTES DE MIRANDA — “Tratado de Direito Privado” — Rio — Editor Borsari — 1955 — Tomo VIII/70, n.º 2, § 838.

dez anos dissolvia o matrimônio. É interessante observar-se que já se postulava a indissolubilidade e se afirmava que a ausência não dissolvia o casamento. Tratava-se de presunção de morte, com efeitos no vínculo conjugal, o que importava teórica e praticamente em contradição de Alexandre III e de outros. A Reforma admitiu o divórcio por longa ausência. Calvino foi explícito, e explícito o Concílio de Trento em aprovar a proposição do Cardeal da Lorene contra as três causas calvinistas (**propter disparitatem cultus, propter non convenientiam in conversatione, propter longam absentiam**).

O Direito Canônico passou a exigir no matrimônio a plena convivência dos cônjuges (can. 1.128). "A coabitação se considera pela doutrina como elemento integrante do matrimônio **in facto esse**, quer dizer, como efeito normal que se segue à celebração do matrimônio." (10)

"O fundamento da convivência se enraíza no fato de ser o sistema mais adequado para tornar efetivo o cumprimento dos deveres e dos direitos matrimoniais, assim como para conseguir as finalidades específicas do matrimônio."

Depois de estabelecer no canon 1.118 que "o matrimônio válido rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, fora da morte", determina que "os cônjuges devem fazer em comum vida conjugal, se não houver uma justa causa que os excuse".

Reconhecendo que a vida em comum do casal implica a comunidade de leito, mesa ou habitação e que **existem motivos mais fortes que a lei**, tornando impossível a coabitação, a Igreja, fiel à indissolubilidade do vínculo, que considera com a unidade propriedades essenciais do matrimônio, pronunciou-se contra o divórcio perfeito ou vincular, no qual se produz a rutura do vínculo matrimonial, possibilitando-se aos divorciados a oportunidade para convolar novas núpcias, inclinando-se perigosamente para o divórcio imperfeito ou separação de corpos e bens, que suspende o dever de coabitação, conservando-se intato o vínculo matrimonial. Não uma separação total, mas pelo divórcio **quoad thorum**.

A separação **quoad thorum** viu seu nascimento nas Decretais, motivando-a todos os fatos em que a convivência se tornou impossível. Segundo o Livro IV das Decretais, os efeitos da separação são a dispensa da vida em comum e a suspensão do débito conjugal, que preferimos chamar de "prazer conjugal".

A separação pode ser total ou parcial, temporária ou perpétua. O Concílio de Trento facultou a separação conjugal pela própria autoridade dos cônjuges, na hipótese de adultério do outro, único caso de separação perpétua.

O canon 1.131 tipifica uma série, não taxativa senão exemplificativa, das causas que motivam uma separação temporal. Uma vez cessadas, deve restaurar-se a comunhão de vida.

(10) CANTON, A. Bernardez — "Curso de Derecho Matrimonial Canonico" — Madrid — Editorial Tecnos — 3.ª ed. — 1971, pág. 352, IV.

O abandono malicioso não foi expressamente contemplado pelo **Codex Iuris Canonici**, mas a jurisprudência e a doutrina passaram a considerá-lo como uma das figuras análogas, a que se reporta o canon 1.131, na impossibilidade de esquematizar num sistema de figuras típicas os variadíssimos conflitos de interesses que podem configurar-se na complexidade da vida matrimonial.

A **malitiosa desertio** constitui causa de separação temporal, inteiramente autônoma, radicalmente distinta das anteriores, materializando-se numa atitude fundamentalmente negativa, no inadimplemento do elenco dos deveres conjugais. Sua incidência se tem revelado com enorme frequência e, segundo AICHNER ⁽¹¹⁾, sua admissão se oportunisa como causa de separação “por redundar em ódio capital ou por produzir profundas amarguras no espírito do abandonado”.

A lamentável ausência no **Codex** de uma referência expressa ao abandono, decorrência natural de seu modelo romano, representa uma lacuna do ordenamento positivo, com profundos reflexos e confusões no setor doutrinário.

CANTON ⁽¹²⁾ advoga a divisão de abandono total e abandono parcial. “O primeiro supõe a desatenção de todo o dever com respeito ao matrimônio e à família constituída em torno do mesmo. Caracteriza-se não só pela ausência do lar conjugal, mas ainda pelo descumprimento do dever de assistência ao cônjuge e aos filhos, se existirem, e pelo descumprimento do dever de prestar o débito conjugal.”

“O abandono parcial supõe a infração de alguma ou algumas destas obrigações provenientes do matrimônio. O mais lógico é que a rutura da convivência vá acompanhada de todo o desatendimento da subsistência do cônjuge abandonado e do cumprimento de seus deveres conjugais. Mas pode dar-se o caso — quiçá não pouco freqüente na prática — que um dos cônjuges se negue a conviver no lar conjugal sem descuidar-se da assistência econômica e material do abandono, inclusive — caso mais hipotético — sem descuidar-se das obrigações referentes ao **ius in corpus**. Prescindimos por momento do valor que possa ter a tolerância do cônjuge abandonado ao admitir a ajuda econômica do dissidente e, sobretudo, a prática das relações carnavais com o consentimento do abandonado que lhe quitaria o caráter malicioso. Ao contrário, pode ocorrer que se desconheça alguma das obrigações matrimoniais, prestação do débito ou dever de assistência, sem que se chegue à rutura da convivência em um mesmo lugar. É inegável a relação destes casos com as sevícias ou com o perigo para a alma (denegação do débito) ou para o corpo (denegação de alimentos).”

Noutra obra ⁽¹³⁾, menciona o mesmo ilustrado autor que “a Constituição que disciplina o matrimônio canônico na Igreja oriental, de acordo com este princípio, configurou, expressamente e como causa independente

(11) CANTON, A. Bernardez — “Las Causas Canonicas de Separación Conyugal” — Madrid — Editorial Tecnos — 1961, pág. 549, n.º 2.

(12) CANTON, A. Bernardez — “Las Causas Canonicas de Separación Conyugal” — cit., pág. 549, n.º 2.

(13) CANTON, A. Bernardez — “Curso de Derecho Matrimonial Canonico” — cit., pág. 389, n.º VIII.

das anteriores, a separação por abandono malicioso. O canon 120 dessa Constituição, que reproduz literalmente os três parágrafos do canon 1.131 do **Codex**, acrescenta um novo parágrafo que diz: "Também o cônjuge maliciosamente abandonado pelo outro pode obter o decreto de separação da hierarquia do lugar por tempo definido ou indefinido..."

A jurisprudência rotal define e assinala os requisitos do abandono malicioso: "Produz-se quando um dos cônjuges se separa ou se afasta do outro com o ânimo de desconhecer as obrigações conjugais, sem justa causa." Os requisitos, portanto, para que exista abandono malicioso são: 1. uma separação de fato dos cônjuges, quer se afastando do domicílio conjugal, quer não permitindo a presença do outro no mesmo; 2. em se tratando de afastamento, este tenha como fim o desconhecimento dos deveres matrimoniais, nunca o ânimo de ausentar-se temporariamente para cumprir finalidade lícita e razoável; 3. que esta decisão unilateral de romper o consórcio conjugal não esteja motivada por algumas das causas que outorgam ao cônjuge inocente o direito à separação.

O abandono malicioso, procedimento para tornar a separação de fato injustamente provocada por um deles em separação jurídica, pode caracterizar para o abandonado uma grave ofensa, uma injúria grave ou sevícia moral, cuja ameaça e previsão constituirá sempre uma causa de separação.

4. Coabitação: prazer ou dever?

Ao encetarmos esta pesquisa, igualmente como o fizemos nas duas edições de nosso "Desquite Amigável" (14), não deixamos passar a oportunidade de externar nossa conceituação de matrimônio, sem nos apegarmos a fórmulas tradicionais, emaranhadas em textos legais, correntes doutrinárias, filosóficas ou religiosas, insuscetíveis de albergar a beleza, o sentimento, a magnitude e o complexo de motivação e incentivo que esta instituição sintetiza sem qualquer preocupação conceitual. Mesmo assim, não fugimos ao lugar comum, sem a imposição de um dever, exigência ou direito, a coabitação emerge inconfundível como um anseio natural a embasar toda a estrutura conjugal.

Casamentum, na sua etimologia medieval, era um terreno dotado de casa; dote que os reis e senhores davam aos seus vassallos e criados para se casarem. Os mosteiros também davam casamentos às filhas de seus fundadores e dotadores e ainda se chamava casamento ao dote que o sedutor era obrigado a dar a sua vítima. **Casa** — **ae** (= choupana, cabana, casebre, bens em terreno) com o sufixo **mentum**, que tanto pode derivar do verbo **menisci** (inventar, criar), como de **mens** — **mentis** (espírito, alma, intuito, intenção, sentido), traz-nos insito o sentido que qualquer homem e

(14) LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Desquite Amigável — Doutrina — Legislação — Jurisprudência" — Rio — Editor Borsari — 2.ª ed., pág. 21: "Casamento, convivência natural e sadia de um homem e uma mulher, não é apenas a formalização da união sexual, a satisfação biológica e social regulamentada, constitui antes uma fase adulta da vida humana, uma conjunção de matéria e espírito, solidificada em perene admiração de dois seres inteligentes que, para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, se interpenetram e se confundem pelo companheirismo da tolerância e da compreensão na formação de um todo inseparável, enquanto reconhecem a necessidade de importância desta união."

qualquer mulher têm ao deliberar sua união matrimonial — constituir uma casa, um domicílio, onde possam exercitar os seus mais nobres anseios e receber os frutos dessa união.

Coabitar, de **cohabitare** (morar com, ou em companhia de, querendo dizer habitar em comum, ter relações sexuais habituais com pessoa do sexo oposto, viver intimamente com alguém), não se restringe a expressar apenas o domicílio conjugal dos esposos, compreende ainda a realização precípua do casamento — o relacionamento sexual perfeito e satisfatório, o prazer conjugal, e a assistência mútua, entrosamento capaz de acomodar e retemperar o caráter de ambos os cônjuges e forjar uma convivência sadia, harmoniosa, feliz e duradoura.

Por isso, a vida em comum, no domicílio conjugal, é uma decorrência lógica e desejada desta aspiração tão humana quanto divina. Viver juntos para amar — eis o sentido, civil ou romântico, de coabitação, que a legislação por um falso pudor omite e que a nossa educação puritana por uma visão errônea da própria vida também se descuida. Por que então chamá-la dever? Será que denominá-la prazer chocaria a pudicícia das famílias, quando a finalidade precípua desse domicílio é a esperada comunicação sexual e espiritual?...

Creio que todo o elenco do art. 231 depende desse relacionamento satisfatório e indispensável à vida do casal, que irmana os esposos, emanando daí salutar entendimento que os impulsionará a enfrentar juntos os graves problemas do dia-a-dia. Fidelidade recíproca, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos são meros prolongamentos naturais da vida em comum bem vivida.

“É da própria essência do casamento este dever” — explica-nos BEVILAQUA ⁽¹⁵⁾ — “**Consortium omnis vitae**, união perpétua, o casamento exige que os cônjuges vivam sob o mesmo teto, onde hão de abrigar a prole. O lar é o templo da família; o marido e a mulher são os ministros do culto doméstico, e os ofícios desse culto são contínuos, como devem ser a afeição recíproca e o cuidado com os filhos”.

Entretanto, quando o casamento perde todo o seu sabor e encanto, para caracterizar-se como uma simples associação legal, por falta de raízes e substância; quando os esposos, sem ter mais o que dar, se encodem dentro de si, solteiros apesar de casados; quando o altruísmo do amor se atrofia e degenera em individualismo irritado pelo compulsório da indissolubilidade; quando a indiferença congela a familiaridade entre os dois e o amor, que é luta e perseguição emotiva por sua própria essência, transfigura-se em violência e guerra, sem qualquer armistício dos encontros noturnos, então, o lar se torna habitáculo de fantasmas e o relacionamento sexual desaquecido e indesejável se transforma em dever, penosa obrigação, porque sua comunicação perdeu a expressão e magnitude. Os sentidos fraqueiam, a felicidade de esboroa, a injúria passa a ser o carinho diuturno sob o calor das sevícias e a confiança,

(15) BEVILAQUA, Clóvia — “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado” — Rio — Liv. Francisco Alves — 1956, II/87.

antes ilimitada, cede seu lugar à suspeita que passa a espreitar todos os passos do cônjuge.

Não adianta, por insensibilidade, prolongar-se a tragédia, nem incentivar-se o surgimento de outras maiores. Chegou o momento de pôr um ponto final na desunião, a permitir que continuem a descobrir e a exagerar os defeitos do outro, insultando e profanando os ídolos que ambos já foram no período do desejo...

4.1 Caracteres:

— reciprocidade

Todo o elenco do artigo 231 traz em sua acepção a reciprocidade, como condição exclusiva de sua observância. Se o matrimônio procura estabelecer a comunhão de vida entre os cônjuges, seria absurdo admitir-se isentar um deles da necessidade de viver com o outro para a satisfação sexual de ambos.

— duração

O dever de vida em comum, no domicílio conjugal, é obrigatório, enquanto subsiste o casamento, regra essa que abriga as seguintes exceções:

- a) a sentença que homologa ou decreta a dissolução da sociedade conjugal.

Separados os cônjuges, desaparecem as obrigações recíprocas, provenientes do casamento, para existirem apenas as que nascerem da dissolução. A mulher adquire domicílio próprio, torna-se capaz plenamente, administrando ou alienando os seus bens, sem precisar da intervenção de outrem. E, mesmo que seja menor de vinte e um anos, não retorna à condição de incapacidade, sob pátrio poder ou sob tutela, emancipada que foi pelo casamento. Só o vínculo persiste para arrastá-la a uma união ilegítima e conservá-la guardando fidelidade a um homem que a desprezou. Recuso-me a aceitar a permanência do dever de fidelidade recíproca de casamento dissolvido⁽¹⁶⁾, embora a lei esclerosada e insensível seja tremendamente clara.

- b) separação de fato por mútuo dissenso.

Embora os deveres e direitos que integram o estado matrimonial sejam irrenunciáveis, por constituírem normas de direito público, não se pode confundir a titularidade dos direitos com o seu exercício.

Não raro, por razões diferentes, algumas até para tentar salvar a própria união, os cônjuges acordam uma separação de fato. Viver separados implica uma dispensa temporária ou renúncia recíproca do dever de coabitação, sem afetar a titularidade deste direito, que permanece

(16) Ver LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Adulterio, a mais infamante causa de divórcio" — São Paulo — L. Oren — 2.ª ed.

intacto, podendo ser exercido a qualquer momento que um dos esposos manifestar arrependimento.

A separação por mútuo consentimento entre os cônjuges não tem a eficácia jurídica, é incapaz de eximir temporariamente a observância do dever de coabitação. Contudo, presta-se a justificar a separação no período já cumprido, impedindo que qualquer dos cônjuges possa computá-lo, em espaço de tempo contínuo ou não, para acionar o outro sob o fundamento de abandono voluntário do lar conjugal.

O direito de coabitar é personalíssimo e seu exercício depende exclusivamente de seu titular, sendo inadmissível o cumprimento forçado, como em toda a obrigação de fazer.

— fixação do domicílio conjugal

“Convém lembrar — afirmamos noutra ocasião ⁽¹⁷⁾ — que, atualmente, não se admite, como outrora, ser o casamento um mero ato de submissão de dois seres com força desigual, colocados um frente ao outro. Não mais nos encontramos na infância das legislações, onde o somatório dos direitos matrimoniais se concentrava impiedosamente na mão do mais forte. O casamento, há muito, deixou de ser aquele regime tirânico, imposto pelo egoísmo e prepotência masculinos. O progresso da civilização fez apagar o mito da inferioridade feminina e superou a crença medieva da decantada fragilidade da mulher, dando-lhe, à custa de ingentes esforços, um regime de igualdade proporcional, assinalando a cada um dos dois consortes sua participação legítima nos direitos e obrigações da sociedade, mantendo, naquela união espontânea daqueles que se necessitam, o equilíbrio consentâneo com o destino que cada um dos partícipes tem de preencher na sociedade conjugal.”

O direito de fixar o domicílio da família pertence ao marido como chefe da sociedade conjugal, nos termos do artigo 233, III. Não é um direito oespótico. Jamais se poderia obrigar, pondera DIAZ DE GUIJARRO ⁽¹⁸⁾, “a mulher a seguir o seu marido em uma vida de vagabundagem, nem fazê-la aceitar uma casa onde se envergonhe de viver uma pessoa honesta. Todas estas questões são de fato, e os magistrados, levando em conta a qualidade das pessoas, suas condições sociais, seus hábitos anteriores, podem autorizar ou negar o exercício deste direito”.

O conceito de domicílio é de importância fundamental para o Direito. Toda e qualquer pessoa necessita de um determinado lugar para exercer os seus direitos e cumprir suas obrigações, o casal não escapa à regra. Diferentemente de habitação ou moradia, onde a pessoa se encontra e permanece sem a intenção de ficar, como de residência, lugar onde se mora habitualmente, o domicílio é lugar onde estabelece a sede de sua atividade.

(17) LIMA, Domingos Sávio Brandão — “A irrenunciabilidade dos alimentos no acordo de desquite” — In JURISCIVEL DO STF — S. Joaquim da Barra — Davidip Editores — vol. 15, pág. XX.

(18) DIAS DE GUIJARRO — “El Deber de Cohabitación en el Matrimonio. Necesidad de regularizar sus atenuaciones” — Apud BARROETAVERA, Diego Lucio — “El Divorcio en el Derecho Argentino” — Buenos Aires — La Ley — 1967, pág. 90, n.º 43.

Domicílio e residência formam um todo, onde o elemento objetivo é o fato de residir e o elemento subjetivo, o ânimo definitivo de fazer da residência o ponto central de suas ocupações habituais. O fato material da residência, do viver num lugar, necessita para estabelecer o domicílio de uma certa vontade, uma certa intenção, um elemento espiritual, em suma.

"A vontade ou ânimo exigido para constituir domicílio não é simplesmente uma intenção subjetiva. É uma vontade exteriorizada, objetivada, que deve resultar das circunstâncias daquele viver. Noutras palavras, deve plasmar-se numa conduta significativa de que se reside habitualmente" (19).

O domicílio da mulher casada e seus filhos, como domicílio legal, é o do marido. Para GOMES (20), embora a mulher casada "não possa escolher domicílio, não tem propriamente o do marido, mas, sim, o que este escolher para domicílio do casal. Tem, aliás, domicílio por dependência". O artigo 233, III, atribui ao marido, como chefe da sociedade conjugal, o direito e a competência de fixar e mudar o domicílio familiar, pressupondo-se dever da mulher a missão de acompanhá-lo (ver nº 5.1). Esta atribuição deriva do poder de decisão que se lhe outorgou, face à necessidade de imprimir um comando único ao lar, tão indispensável ao matrimônio como em qualquer comunidade organizada, jamais por causa de sua incapacidade ou inferioridade.

Tal competência ou direito de escolha não é exercido de modo absoluto ou despótico, como muitos pensam, devendo ser utilizado dentro dos limites impostos pela razão e bom senso, uma vez que a chefia da sociedade conjugal é exercida com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos (arts. 233, 240, 247 e 251). Pode a mulher subtrair-se a ele quando for executado de modo abusivo, arbitrário ou irracional, por mero capricho ou vingança, subestimando-a em sua condição de companheira. A lei não permite impor à mulher situações que resultem violência moral, prejuízo ou risco para ela e para seus filhos.

A jurisprudência vem considerando como abuso e proclamando que a mulher não está obrigada a seguir seu marido se este pretender viver com sua mãe, que está unida em concubinato a outro homem; se a convivência com seus sogros a priva de seu direito de dirigir sua casa ou se existe com eles sensível incompatibilidade de gênio; se o clima é inconveniente para sua saúde; se leva uma vida errante; se sem motivos justos pretende coagí-la a viver em cidade distante, quando isto significa a perda do emprego ou profissão que a mulher possuía antes do casamento.

Por outro lado, falece razão quando a mulher recusa a acompanhar o marido a um novo domicílio, por mais modesto que seja, se ele, em virtude de sua situação financeira, se vê obrigado a restringir os gastos; tampouco as privações que deva suportar em decorrência de crise financeira não lhe facultam esquecer ou desaquecer o prazer conjugal.

(19) DIEZ-PICAZO, Luiz y GULLON, Antonio — "Instituciones de Derecho Civil" — Madrid — Editorial Tecnos — 1974 — 1/87.

(20) GOMES, Orlando — "Introdução ao Direito Civil — Rio — Forense — 1957, pág. 171, n.º 107.

5. O prazer conjugal

Nunca perfilhamos nem participamos da dicotomia filosófica de que o casamento corresponde aos interesses exclusivamente individuais ou objetiva especialmente o bem dos filhos, da instituição da família e da sociedade. Desejamos ser mais realistas e menos hipócritas para um meio termo, para conciliar ambas as correntes, obtendo um denominador comum que satisfaça estas tendências. Reconhecemos essa impossibilidade se levarmos a dissensão para o âmbito do radicalismo, galvanizado de paixões e sentimentalismos, como ocorre nestas discussões. Procuramos cauterizar as chagas do corpo social, jamais cobri-las de adesivos e lenimentos. Não desejamos transformar o leito conjugal no leito de pro-custo nem tampouco amputamos as convicções dos que nos ultrapassam nem as dilataremos quando não alcançam nossas dimensões.

Não acreditamos, — e nossa prática reiterada em questões de família nos situa no âmago da conjuntura —, que um homem e uma mulher se unam sem procurar seu próprio interesse, sem se preocupar com sua felicidade, sem querer para si um recanto mais aprazível do mundo, em que toda a dor parece abrandar e ter lenitivo e toda a alegria parece perpetuar-se.

A comunicação sexual dos cônjuges é prazer, participação, prólogo e seguimento de uma vida a dois, plenificação suprema de dois seres que se necessitam, nunca constrangimento, obrigação, dever, empresa para gerar e criar filhos. O erro e a hipocrisia de nossa Igreja e de nossa sociedade cristã não estanca na ausência de uma educação para a vida, vai mais além afirmando ser a procriação a finalidade precípua do casamento. Todos reconhecemos a indispensabilidade da perpetuação da espécie. Os animais também o sentem. Mas o que nos leva a diferenciar nossa posição é uma interação dinâmica entre marido e mulher, com espontaneidade e criatividade, para enfrentar as realidades e as expectativas da vida em constante mutação.

São os ideais do casamento aberto que NENA e GEORGE O'NEILL⁽²¹⁾ especificam contrastando com os ideais irrealistas do amor imorredouro, segurança e realização através de outra pessoa:

"intimidade	responsabilidade
intensidade	aprendizagem
criatividade	estimulação
espontaneidade	flexibilidade
crescimento	enriquecimento (espiritual)
respeito	liberdade

e

a estima e o amor que decorrem
de todas essas coisas."

(21) O'NEILL, Nena e George — "Casamento Aberto" — Rio — Ed. Artenova — 1972, pág. 77.

Para eles as expectativas realistas de uma união aberta, quase perfeita e mais condizente com a nossa cultura e desenvolvimento, pode sintetizar-se nestes princípios básicos:

- que você partilhará de muita coisa, mas não de tudo;
- que cada cônjuge mudará — e que a mudança poderá ocorrer através de conflito como também através de um desenvolvimento gradativo;
- que cada cônjuge assumirá a responsabilidade de seus atos e admitirá o mesmo com respeito ao seu companheiro (ou companheira);
- que você não pode esperar que seu companheiro (ou companheira) satisfaça todas as suas necessidades, ou que faça por você o que você próprio deve fazer;
- que cada cônjuge será diferente no que diz respeito a necessidades, capacidades, valores e expectativas porque é uma pessoa diferente, não porque um é marido e o outro esposa;
- que a meta mútua é o relacionamento, não a posição social ou a casa à beira-mar ou os filhos;
- que os filhos não são uma necessidade como prova do amor de um cônjuge pelo outro;
- que, se você resolver ter filhos, deve assumir o papel de pai (ou mãe) conscientemente e voluntariamente como a maior responsabilidade da vida;
- que a estima e o amor crescerão em consequência do respeito mútuo que o relacionamento aberto entre os dois cônjuges engendra.”

Vejamos os reflexos, para não dizermos complexos, em nossa mentalidade brasileira, ainda impregnada de um clericalismo tacanho que prefere fazer da indissolubilidade compulsória o cavalo de batalha de sua investida contra a lei civil, indiferente às angústias, necessidades vitais e aspirações sublimes de uma sociedade carente de apoio e compreensão cristãos.

A socióloga EUGÊNIA MENEZES precisou, com rara habilidade e conhecimento, a posição da mulher brasileira no casamento:

“Acredito que os padrões de comportamento herdados pela mulher brasileira, de classe média e alta, tenham contribuído para dificultar seu ajustamento sexual. Em primeiro lugar, toda a onda de mistério existente em torno do sexo, suas conotações de assunto “proibido”, quando não “coisa feia”, contribuíram, até bem pouco tempo, para complicar o relacionamento homem-mulher e, sobretudo, a discussão entre pais e filhos. A condição da mulher brasileira, marginalizada de todo o processo de integração em atividades econômicas e políticas, levou-a à acei-

tação de uma vida conjugal que não deixava margem à profissionalização e, principalmente, a um relacionamento humano descontraído. Sua vida se resumia a uma atuação eficiente como mãe e esposa e qualquer suspeita de que as coisas não marchassem a contento conforme o modelo proposto, levá-la-ia a um sentimento de haver "fracassado", o que fazia ocultar os descompassos porventura existentes. Sua condição de submissão impedia que reivindicasse ou mesmo que se dirigisse ao marido numa tentativa de discutir e solucionar aspectos relativos a seu entrosamento sexual.

A realização sexual não era meta prioritária das mocinhas casadoiras. A meta era antes o **status** de senhora, um lar estabelecido e filhos, cuja dedicação e zelo lhes ocupassem o tempo. Outro fator de relevância para a continuidade de uma ligação sexual por vezes insatisfatória é a indissolubilidade do casamento civil, uma vez que, mesmo os casos em que uma separação de corpos venha a se efetuar, o vínculo permanece e nova união sofre sanções por parte da sociedade. Os tabus religiosos influíram também na permanência desses vínculos, num contexto onde valores "cristãos" inquestionáveis estão cristalizados. Este raciocínio pode ser corroborado se transportado para outros estratos da sociedade: as mulheres que não esperam do casamento **status**, convocadas a participar do mercado de trabalho por uma necessidade de sobrevivência, simplificam muito sua vida sexual. Uma vez dispensados os vínculos formais de união, os casais se juntam, separam, rejeitam, segundo suas próprias conveniências." (22)

Convém frisar, como acentua a psicóloga GLÓRIA MARIA VANDERLERLEI DE ALMEIDA (23), que "as mulheres são educadas para não sentir prazer. (*) O prazer, não apenas o sexual, mas o prazer de viver é algo que tem sempre uma conotação pecaminosa. A adolescência, quando a necessidade sexual torna-se mais clara e definida, é o período também em que a repressão se torna mais clara e definida. É nesta fase que os pais começam a preocupar-se com a virgindade das filhas e aí instala-se uma observação sistemática de gestos, palavras e trejeitos. Ficam controlando e reprimindo atitudes ou "ares de prazer", que as meninas expressam. São comuns e freqüentes as reprimendas: "Deixe de assanhamento", "Baixe o fogo", "Essa menina está precisando de freio". A menina vai compreendendo que ter prazer é algo que, no mínimo, incomoda as pessoas. Só depois, num processo de auto-educação, é possível às jovens entenderem o comportamento dos pais e partirem para o cultivo da própria capacidade de ser feliz e descontraída".

E, prosseguindo, conclui a mesma psicóloga: "a insatisfação dificilmente é apenas sexual. Manifesta-se assim por falta de clareza ao observar

(22) Apud LIMA, Délcio Monteiro de — "Comportamento Sexual do Brasileiro" — Rio — Francisco Alves — 1976, pág. 64.

(23) Apud LIMA, Délcio Monteiro de — "Comportamento Sexual do Brasileiro" — cit., pág. 64.

(*) Ver os depoimentos colhidos em STUDART, Helonelda e CUNHA WILSON — "A Primeira Vez... à Brasileira" — Rio — Edição Nosso Tempo — 1977, 231 págs.

o relacionamento total. Em geral essa insatisfação é afetiva, por não ser a esposa merecedora de atenção, cuidados e não ser portadora de sentimentos; intelectual, porque a mulher não é respeitada nas suas opiniões e, via de regra, não é solicitada e quando se atreve é convidada a reconhecer que entende de crianças e cozinha; insatisfação social por não ser reconhecida e respeitada como um ser humano digno e participante; e insatisfação sexual pois o casamento veio apenas confirmar seu não-direito ao prazer. Essa insatisfação é curtida por ela dia a dia, transmitida aos filhos e dividida com as vizinhas em forma de fofocas, briguinhas etc., e é alimentada pelo homem para manter uma falsa superioridade que o envaidece”.

Por outro lado, argumenta o psicanalista MARIO YAHN (24), “o prazer sexual completo nem sempre se encontra nas práticas sexuais rotineiras e convencionais. É claro que quando tal caso ocorre, a sedução sexual, que se pode encontrar em ambiente diverso do conjugal, exerce atração e até fascínio e confunde-se com uma necessidade incontrolável. Isto acontece não só em ambiente sedutor, mas com pessoas sexualmente sedutoras. A necessidade de práticas sexuais não-convencionais, o desejo de renovação e ampliação da curiosidade sexual e a insatisfação sexual entre os casais, em determinados períodos, são outras tantas razões motivadoras do adultério”.

“A atividade sexual, no sentido amplo, e a “frequência”, no particular — todos parecem concordar — não podem mesmo ser regidas por estereótipos ou conceitos massificantes — assegura o psicanalista LUIZ WERNECK. (25) Para alguns, no entanto, a questão chega a ser tão individual que dizem contar, no equacionamento do desempenho sexual insatisfatório, quase que apenas as repressões existentes dentro do indivíduo. As externas atuam somente para fortalecer as internas.”

Concluindo, logo abaixo: “a atividade sexual plenamente ativa parece-me o resultado de um contato satisfatório do indivíduo com ele mesmo e com o parceiro igualmente bem integrado. Penso tratar-se em cada caso de um ajustamento absolutamente singular e específico. Cada indivíduo é diferente de qualquer outro e o mesmo se pode dizer de cada par. Não creio, assim, que se possa estabelecer um modelo único, ideal, tantas são as variações. A atividade sexual depende, ainda, do estado de maturação mental, que é independente do desenvolvimento físico e, comumente, não o acompanha”.

Foi, diante destas circunstâncias, que o segundo aspecto da coabitação se tornou, para muitos, um dever, quando pretendemos dizer um “prazer”, vivido, compartilhado e bem integrado.

6. Conseqüências do descumprimento da coabitação

A obrigação de coabitação constitui uma obrigação de fazer e sua observância depende exclusivamente da vontade dos interessados, pois,

(24) *Idem, Idem*, pág. 83.

(25) *Idem, Idem*, pág. 29.

não pode ser conseguida através de violência física sobre o sujeito passivo, graças ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Compete-nos agora examinar, separadamente, para melhor destaque e compreensão, os dois aspectos deste dever:

6.1 o domicílio conjugal

A obrigação de conviver no mesmo domicílio conjugal é recíproca. Nossa legislação foi menos formalista e mais prática ao desprezar a notificação judicial para o retorno ao lar, o que se prestaria apenas a comprovar a recusa, pois, em hipótese alguma, o cônjuge infrator pode ser compelido por força pública a receber seu consorte e residir com ele contra a sua vontade.

O afastamento ou recusa de um dos cônjuges a residir no domicílio conjugal, sem motivo justo e durante dois anos contínuos, caracteriza o abandono do lar conjugal, sancionado pela dissolução da sociedade conjugal.

b) A deserção do cônjuge tem efeito imediato sobre a prestação alimentícia. A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem motivo justo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar — é o texto do art. 234.

A mulher terá que requerer ação de alimentos para forçar o marido ao cumprimento deste dever.

c) A separação de fato por mútuo acordo entre os cônjuges não tem eficácia jurídica e o seu cumprimento pode ser solicitado a qualquer tempo pelo cônjuge interessado, não se prestando a fundamentar o abandono.

6.2 o débito conjugal

Pode um casal viver sob o mesmo teto e encontrar-se diametralmente separado, caso em que não fundamenta o abandono do lar conjugal, mas constitui a injúria grave ou o abandono moral.

O ato de recusar a residir no domicílio conjugal é um fato material, facilmente chega a conhecimento de terceiros e, portanto, suscetível de ser provado cabalmente. A renúncia à comunicação sexual, pela intimidade de que se reveste, permanece no âmbito dos cônjuges, como uma ofensa à dignidade do outro, que se vê humilhado, desprezado e rejeitado.

Como justificativas que eximem de culpa qualquer dos cônjuges destacam-se a enfermidade física ou psíquica, ou a impotência.

Em resumo, a infração do dever de coabitação gera duas conseqüências diversas: o abandono voluntário do lar conjugal, com o prazo de dois anos, e o abandono moral ou injúria grave por recusa ao prazer sexual.

7. Panorama do Direito Comparado

Seguindo o exemplo traçado pela legislação canônica, codificações há que não tratam especificamente do abandono, embora o reconheçam como modalidade de injúria, como as da França, Bélgica, Luxemburgo, Finlândia etc., para citar apenas as mais conhecidas.

A nomenclatura também difere do nosso abandono voluntário do lar conjugal — negativa do marido em receber a sua mulher e vice-versa, violação do dever de assistência, infração da vida conjugal, separação física, abandono completo do domicílio conjugal, abandono malicioso ou, simplesmente, abandono — todos representam e exprimem a mesma problemática matrimonial.

Os franceses, que aceitam três causas de divórcio — adultério, condenação a uma pena aflictiva e infamante e os excessos, sevícias ou injúrias —, consideram o abandono uma das modalidades da injúria.

O abandono do lar conjugal, a negativa de reintegrar-se a ele e a resistência do marido em receber a mulher no lar se identificam numa mesma causa. Entretanto, não constituem causa peremptória de divórcio. Não basta apresentar diferentes provas para assegurar a decretação do divórcio. Torna-se indispensável que os fatos indicados comprovem uma violação grave ou reiterada dos deveres e obrigações, tornando insuportável a manutenção do vínculo conjugal.

Cabe ao amplo poder de apreciação do Tribunal apreciar se o abandono materializa ou não a injúria. O abandono perde seu caráter injurioso se resulta de um acordo entre os esposos, se voluntário ou imposto por circunstâncias sérias, que expliquem a existência de motivos não injuriosos.

Geralmente, para caracterizar o abandono, utiliza-se o interessado de notificação ao esposo culpado para integrar-se ao lar comum e o seu não atendimento prova suficientemente a causa. O Tribunal apreciará se o retorno à vida comum é ou não possível. Se afirmativo, a injúria não terá força necessária para decretar o divórcio, concluindo-se daí que tudo não passa de uma questão de fato e da apreciação do juiz.

Na Itália, a separação deve ser legal ou de fato, durante, pelo menos cinco anos, nos termos da lei nº 898, de 1-12-70, em vez da exigência anterior de que o abandono deve ser voluntário, não forçado nem provocado por uma causa alheia, arbitrário e injustificado. É infração ao dever de convivência, atribuído a qualquer um dos cônjuges.

O momentâneo afastamento do lar não se presta a legitimar a ação de separação, tampouco o provocado por ameaças ou maus tratos do outro cônjuge, pois, a separação materializa uma vontade contrária ao restabelecimento da convivência.

Na Espanha, a Lei de 1958 introduziu o abandono como nova causa de separação, exigindo-lhe tipificação como delito do abandono de família,

Desta forma, o abandono malicioso do domicílio conjugal, além de trazer consigo o descumprimento do dever legal de assistência e de constituir delito do art. 487 do Código Penal, pode fundamentar a separação a pedido do cônjuge abandonado.

No direito germânico, o abandono malicioso está arrolado entre as causas de divórcio. Se o cônjuge se encontra em lugar incerto, não sabido ou inacessível, o abandono é qualificado como deserção e quase deserção em caso contrário.

Para que o abandono possa fundamentar o divórcio deve agregar os seguintes requisitos: **a)** o cônjuge culpado deve viver separado do outro cônjuge, ou seja, não viver na comunidade doméstica com ele, por haver saído do domicílio conjugal ou por ter expulsado seu consorte; **b)** que o cônjuge culpado se conserve afastado com intenção maliciosa, ou **animus dirimendi matrimonii**, o que se presume; **c)** que o afastamento se verifique contra a vontade do outro esposo e, finalmente, **d)** que esta situação perdure por um ano, podendo a demanda ser intentada antes de expirar este prazo, pois, sua complementação poderá ocorrer durante o processamento.

A intenção maliciosa, na prática, é comprovada pelo fato de que instado a recomeçar a vida conjugal não fornece motivo algum para o seu afastamento.

O "Matrimonial Causes Act" de 1857 colocou o abandono em terceiro lugar, o Hebert Act de 1937, modificado em 1963, o enquadrou na teoria da "ofensa matrimonial".

Para os ingleses, o abandono não é a ausência, mas a cessação de certo modo de vida. Existe quando cessa a coabitação, ainda que os esposos vivam sob o mesmo teto. Individualiza-se pela intencionalidade e ausência de justa causa, durante três anos ininterruptos.

Assim, o abandono pode ser conceituado como interrupção intencional da coabitação, com deserção ou não do lar conjugal, sem causa razoável, sem o consentimento do outro, durante o prazo de três anos consecutivos.

A "desertion construtive", o abandono tácito é mais um rompimento do contrato matrimonial que uma deserção conjugal. Fatos existem que, **per se** ou num crescendo injustificável, ofendem tão profundamente o outro cônjuge, tornando a vida tão desagradável e insuportável que produz este tipo de abandono, pior às vezes que uma deserção da casa comum.

Nos Estados Unidos da América existe esta causa de separação em todos os Estados, exceto na Carolina do Norte. A maioria das leis exigem que o abandono dure um determinado período de tempo. Em Idaho, Louisiana e New Mexico nada se diz sobre o prazo de duração do abandono; em Rhode-Island se exigem cinco anos ou menos, a discrição do Tribunal; em Connecticut, Georgia, Maine, New Hampshire, Texas e Vermont, três anos; em Delaware, Columbia, Indiana, Iowa, Michigan, Nebraska, New Jersey, Pennsylvânia, Tennessee, Virgínia e Virgínia do Oeste, dois

anos; em Maryland, dezoito meses, e em todos os demais Estados, um ano. Trata-se de um abandono total e contínuo sem razão válida. Em New Hampshire, o abandono deve complicar-se com a cessação de toda pensão ou outra medida que assegure a manutenção da esposa. Alguns Estados admitem o abandono tácito quando a vida comum acaba em consequência da conduta repreensível de um dos esposos; por exemplo, no caso de negativa a manter relações sexuais (Illinois: Lemon v. Lemon, 1958).

"Alguns Estados admitem a simples deserção durante certo prazo: sete anos em Vermont e Connecticut; três anos em Ohio e New Hampshire; um ano em Arkansas e Illinois. A deserção apenas do marido se admite em Alabama (dois anos) e em Kentucky (cinco anos). Em Tennessee, admite-se o divórcio quando a mulher se nega a habitar neste Estado e está ausente dois anos; e em New Hampshire, quando a mulher abandona o Estado e vive separada do marido dez anos sem que ele o tenha consentido." (26)

Em Portugal, onde o legislador usou a expressão "abandono completo" querendo significar, no dizer de DELGADO (27), "em boa e sã linguagem, um abandono total, isto é, inteiro, absoluto; portanto o legislador, ao utilizá-la, quis significar que o abandono só seria fundamento do divórcio ou da separação, quando um dos cônjuges saísse do lar conjugal, com o intuito de acabar com a comunhão de vida entre ambos".

O acórdão da Relação do Porto, de 29-7-60 (28), é bastante elucidativo, quando explica:

"O abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos consiste na saída do cônjuge culpado da casa onde os dois cônjuges tenham estabelecido o seu lar comum, voluntária, injustificada e não consentida, por parte do cônjuge que fica, acompanhada do menosprezo e desamparo moral ou material, ou de ambos simultaneamente, deste, e com o ânimo de pôr termo à convivência conjugal e à comunhão material e espiritual que entre os dois esposos deve existir para que os fins do matrimônio se realizem, e que eles têm obrigação de dignificar, desde que tal separação se mantenha e perdure ininterruptamente por três anos, pelo menos.

Verifica-se ainda o abandono completo do domicílio conjugal quando a mulher se recusa a acompanhar o marido na mudança de domicílio conjugal, salvo se essa mudança for para as províncias ultramarinas ou estrangeiro, a menos que a isso seja judicialmente compelida."

Na Argentina, o abandono voluntário e malicioso é causa de separação, entendida como subtração ao cumprimento dos deveres conjugais,

(26) SANTONJA, Vicente Luís Simo — "Divorcio y Separación" — cit., pág. 439/440.

(27) DELGADO, Abel Pereira — "Do Divórcio e da Separação Judicial de Pessoas e Bens" — Coimbra Atlântida Editora — 1971 — pág. 51.

(28) Apud "O divórcio, a investigação de paternidade ilegítima e a separação de pessoas e bens na Jurisprudência portuguesa" — Coimbra de Raul Dias Leite de Campos — Coimbra — Biblioteca Jurídica — 1963, pág. 10.

como a coabitação por exemplo. É malicioso quando consumado sem razão suficiente; voluntário quando é produto de livre deliberação, nunca por império das circunstâncias.

Configura-se, portanto, quando um dos cônjuges falta ao dever de coabitação e assistência que a lei impõe.

Merece maior destaque o Direito Argentino, onde este motivo data da vigência da Lei de Matrimônio Civil, desde 1º de dezembro de 1889, não tendo sido mencionada antes no Código Civil nem no Projeto de Freitas. O artigo 67 incluiu em último lugar o abandono voluntário e malicioso do lar.

Segundo BARROETAVERÑA (29),

“importa o afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal sem motivos razoáveis e com vontade de não cumprir as obrigações emergentes do matrimônio, em particular as de coabitação e assistência.

Sem embargo, este conceito admitido pela generalidade não é de todo exato, pois o cônjuge que queira iludir o cumprimento de tais deveres não precisa alheiar-se do lar, porque pode conseguí-lo igualmente expulsando sua mulher ou ainda impedindo-lhe o acesso. O conceito expresso por Ennecerus, Kipp e Wolff resulta mais claro enquanto expressa que é pressuposto para o divórcio por abandono malicioso “que o culpável viva separado do outro cônjuge, isto é, que não viva em comunidade doméstica com ele, seja por haver saído do domicílio conjugal ou por ter expulsado a seu consorte”. O certo é que a nota distintiva desta causa — abandono — constitui a supressão da vida em comum, subtraindo-se aos deveres e encargos do matrimônio.”

BORDA (30), esclarecendo as circunstâncias para que o abandono possa considerar-se voluntário e malicioso, destaca:

“a) O propósito de subtrair-se aos deveres conjugais de coabitação e assistência. Esta é a nota característica essencial do abandono, que permite qualificá-lo de malicioso. No marido será particularmente importante que ao afastar-se tenha deixado de contribuir aos gastos do lar; mas o fato de que continuou contribuindo não basta para excluir o caráter malicioso do abandono, pois as obrigações maritais não se limitam à sustentação econômica do lar e o afastamento supõe violação do dever de coabitação. Com razão se considera que o abandono se agrava pela circunstância de ter se efetivado estando enfermo o marido ou de ter-se integrado com a convivência de uma pessoa do sexo oposto.

(29) BARROETAVERÑA, Diego Lucio — “El Divorcio en el Derecho Argentino” — cit., pág. 87, n.º 41.

(30) BORDA, Guillermo A. — “Tratado de Derecho Civil Argentino — Familia” — Buenos Aires — Editorial Perrot — 1969, I/383, 4, n.º 505.

Decidiu-se ainda que tanto existe abandono quando um dos cônjuges se afasta do lar ou quando impede maliciosamente o acesso do outro.

b) O abandono do lar faz presumir seu caráter voluntário e malicioso; o cônjuge que pretender que seu afastamento obedece a razões legítimas, deve prová-lo. Esta presunção é mais rigorosa com respeito à mulher, pois tem obrigação de seguir o seu marido no domicílio que este fixar. E justamente porque o esposo é quem tem o direito de escolher o domicílio, a circunstância de que o transfira a um lugar onde a mulher não queira acompanhá-lo não configura abandono se houver motivo razoável e sua atitude não importe abuso de direito; ao contrário, é a mulher que injustificadamente permanece no domicílio anterior a que incorre em abandono. Mas se a mudança de domicílio é abusiva, a negativa da esposa não importa abandono; isso ocorre quando o marido não atendeu aos justos motivos que tem sua mulher para não mudar-se. Aplicando estes princípios, ficou resolvido com razão que não é culpável o marido que decidiu retirar-se da casa dos sogros, onde vivia com sua esposa e filha, para instalar um lar independente, de acordo com suas possibilidades econômicas, por mais que sejam modestas.

O marido não perde seu direito de invocar o abandono do lar por sua esposa pelo fato de que não tenha invocado medidas judiciais para obter sua reintegração ao lar, posto que estas são de exercício facultativo e não obrigatório.

Há abandono se, rechaçada a demanda de divórcio instaurado pela mulher, esta se nega a reintegrar-se ao lar não obstante a intimação do marido.

c) Tem importância para a qualificação do abandono o interesse demonstrado pelo resultado do pleito, máxime quando neste há de decidir-se também a posse dos filhos comuns. Quando o demandado não se apresenta em juízo ou o faz com displicência, sem justificar sua conduta, está revelando que seu afastamento não obedeceu a nenhuma causa séria; caso contrário defenderia seus direitos."

A jurisprudência argentina tem reconhecido diversas hipóteses não configurativas do abandono: a existência de uma causa de divórcio atribuível ao outro cônjuge, como injúrias graves, maus tratos, adultério etc.; ausências justificadas, convivência impossível, enfermidades comprovadas, interposição de demanda divorcista, mútuo acordo e outros "motivos razoáveis" justificativos do abandono do lar ou dos deveres conjugais.

Em resumo, podemos afirmar ser ponto, mais ou menos pacífico, na doutrina e jurisprudência dos países abordados, que o abandono do lar é um ato unilateral, livremente consentido, praticado com o intuito de romper os laços matrimoniais, sem qualquer motivo plausível.

8. Idéias gerais em nosso Direito

O artigo 317 do Código Civil Brasileiro, regulador e enumerativo das causas fundamentais que embasam a dissolução matrimonial, relacionou, dentre elas, por último, "o abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos", modificando a primitiva redação do artigo 81, § 3º, do Decreto nº 181, de 24-1-1890 — Lei sobre o Casamento Civil — "abandono voluntário do domicílio conjugal e prolongado por dois anos contínuos", prazo esse que o Projeto do Código Civil, no art. 1.610, nº IV, pretende, justificadamente certo, abreviar para um ano, mantidos os demais termos da redação codificada.

A substituição de "domicílio conjugal" pela expressão "lar conjugal" não é resultado de mera alteração terminológica.

A palavra "domicílio", com seu duplo sentido de uma relação estabelecida pela lei entre uma pessoa e um certo lugar ou a designação deste mesmo lugar, deu margem a várias interpretações. Os juristas nunca chegaram a um acordo; os códigos também divergem, dizendo uns que "domicílio é o lugar" e outros que "domicílio está no lugar".

Nosso sistema admite a pluralidade de domicílios. O artigo 32 considera domicílios da pessoa natural as diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais. A lei ajudava a confusão. Além do mais compete ao marido a fixação ou a mudança do domicílio conjugal e o seu abandono não redundaria em causa de separação, pois, caberia à mulher a obrigação de seguir o marido se não quisesse ser o cônjuge desertor do domicílio do casal.

A expressão "lar conjugal" não se presta a tamanha confusão nem interpretações capciosas e errôneas. "Lar conjugal não é simplesmente a habitação que se acanha na rude e irrelevante materialidade, mas o ambiente de elevação moral, de respeito, de honra e de altruísmo". (31) "O lar não se conceitua materialmente, geometricamente, mas sim, como a atmosfera moral e sentimental que enche a morada conjugal." (32)

Lar conjugal é o local onde o dever-prazer da coabitação se executará em toda a sua extensão.

9. Conceito

Convém frisar, mais uma vez, que a enumeração das causas de separação conjugal não quer dizer graduação, menor ou maior dosagem, mas, tão-só, hipóteses taxativas das diversas conjunturas capazes de determinar a dissolução da sociedade matrimonial e fora das quais não será concedida em nosso País qualquer separação litigiosa. A aceitação de qualquer outro motivo não pode ser levado em conta por obra da jurisprudência, sem usurpação, como disse Oliveira Castro, da função de legislar. Esta distinção nada mais representa senão um fracionamento de um

(31) Bras Felício Panza — Ac. de 15-6-59. Apud Castro — Almeida e Alckmin — "Repertório de Jurisprudência do Código Civil" — São Paulo — Max Limonad — 1961, III/445, n.º 1.274.

(32) Duque de Estrada — Ap. Civ. n.º 5.801 — 4.ª Cam. Civ. — TJ do antigo DF, em 3-4-1945 — In Rev. For. 106/70.

mesmo conceito referente ao inadimplemento dos elementares deveres originados da relação matrimonial, de um atentado à personalidade do outro cônjuge ou de exemplificação de fatos ou atos comprobatórios da saturação desta relação, do desmoronamento da união e da impossibilidade de sua continuação.

A conceituação e o delineamento das características do abandono não se conservam imunes às dificuldades comuns aos institutos jurídicos.

"A palavra abandono exprime a idéia de cessação voluntária de uma relação jurídica. Com referência ao sujeito, usa-se para significar o próprio ato da deliberação, que operou aquele efeito.

Significa, mais precisamente, a ação de abandonar uma coisa. No tocante ao objeto, é empregada para caracterizar o estado resultante da execução daquela deliberação. Diz respeito, justamente, ao estado de uma coisa abandonada.

Aplica-se o vocábulo a grande número de relações e fatos jurídicos, embora de condições e caracteres díspares. Mas sempre ressaltando a circunstância de haver o rompimento do vínculo que ligava a coisa ao sujeito. Assim, quando se fala em abandono da propriedade, do lar conjugal, de animais, da coisa segura, etc., sempre se tem em vista uma relação que cessa." (33)

A obrigação da vida em comum não abrange tão-só a convivência sob o mesmo teto, mais ainda a da satisfação do prazer conjugal. O abandono leva consigo manifesta violação dos elementos básicos que alicerçam todo o casamento.

Alguns autores preferem não defini-lo; outros nem sequer nos apresentam qualquer conceito, optando pela exemplificação jurisprudencial bastante variada.

A doutrina e jurisprudência se bifurcam na interpretação do conceito de abandono como causa de separação matrimonial.

Uns sustentam que consiste no afastamento do lar conjugal, na deserção absoluta, caracterizada por um ato conscientemente livre, atestando, de modo inabalável e definitivo, a recusa aos deveres de coabitação e assistência, impostos legalmente pelo artigo 231 do Código Civil.

Outros, considerando que o abandono não consiste no fato material da ausência, advogam o entendimento de que se evidencia em fatos que implicam a manifestação inequívoca, evidente e reiterada do propósito de alheiar-se à comunidade marital.

Em sentido amplo, significa omissão, negligência, recusa no cumprimento dos deveres conjugais ou no exercício de seus direitos, um abandono negativo que o tempo vai confirmar.

(33) CARVALHO SANTOS, J. M. de — "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro" — Rio — Editor Borsari — 1/33.

Em sentido mais restrito, é o abandono positivo, a deserção, do lar conjugal, a negativa de continuar o casamento, a cessação ou o desamparo voluntário, expresso ou tácito, abdicativo da relação matrimonial.

Em resumo, a lei quis definir um estado de fato, autorizando a separação, mediante uma sentença de dissolução matrimonial, quando se comprova a desvinculação física dos cônjuges, sem justa causa e por tempo não inferior a dois anos contínuos.

10. Abandono do lar e abandono da família

Já demonstramos antes possuir o abandono do lar um conceito mais amplo e distinto que o de simples ausência, separação de fato ou mero afastamento do lar conjugal.

Agora, achamos mais conveniente traçarmos as linhas diferenciadoras do abandono do lar e do abandono da família.

O abandono voluntário do lar, explica-nos ALÍPIO SILVEIRA (34),

"significa a mudança de residência ou domicílio por parte do cônjuge desertor.

Ao invés, no segundo, — o abandono de modo geral da esposa e dos filhos — nem sempre o marido muda de domicílio. Permanece no lar, mas de modo irregular, com ausências maiores ou menores, recusa-se a coabitar com a mulher, deixa esta e os filhos ao desamparo material e moral, não cuidando sequer de providenciar o sustento da família. Comete, enfim, uma série de infrações aos deveres conjugais, que configuram injúria grave sancionável pelo desquite.

A diferença com o abandono voluntário do nº IV do artigo 317, é incisiva. O primeiro exige dois anos contínuos de completo afastamento. Ao passo que o abandono no outro sentido não necessita prazo prefixado em lei para caracterizar a injúria grave."

O abandono do lar é infração do dever de coabitação, imposto pelo artigo 231, II, do Código Civil; o abandono da família constitui crime capitulado no artigo 244 do Código Penal, de ação pública.

O abandono material, em separando-se da apenação francesa e italiana, adotou a fórmula transaccional, objetivando a proteção da família em seu aspecto material, em sua subsistência. Tutela-se aqui o dever de assistência recíproca, conseqüência lógica da união que deveria dimanar das mais nobres aspirações humanas. A pena se destina a alertar esse sentimento, quando o egoísmo o faz adormecido. Sua ação física se evidencia quando o cônjuge deixa de prover à subsistência do outro, do filho menor ou inapto para o trabalho, o ascendente inválido, valetudinário ou gravemente enfermo e o descendente também assim doente, quer não lhe proporcionando os recursos necessários, não pagando a pensão alimentícia

(34) SILVEIRA, Alípio — "Desquite e Anulação de Casamento" — São Paulo — Ed. Universitária de Direito — 2.ª ed., 1972, pág. 143.

fixada judicialmente, quer deixando de socorrê-los, quando gravemente enfermos.

O abandono do lar conjugal só se presta a motivar o desfazimento da união, quando um dos cônjuges deixar de observar o dever de coabitação, em toda a sua extensão.

11. Abandono: classificação e requisitos

O abandono, como causa de dissolução matrimonial, pode significar ausência física ou moral, separação de fato ou propósito de conservar-se afastado, unificando-se na continuidade. Por isso, encontramos interpretações que o situam como alheamento do lar com intenção de fugir aos encargos da coabitação e assistência, impostos pelo artigo 231, II, do Código Civil. Preferem outros encará-lo não como o fato material da ausência, senão como fatos que denunciam a vontade certa, inquestionável e reiterada de recusar-se a manter a vida em comum no domicílio conjugal e prover a manutenção da família.

Emerge desta duplicidade conceitual o abandono positivo ou total, materializado na deserção do lar conjugal e o abandono negativo, representado pela simples ausência; o abandono material, parcial, físico ou corporal, que revela a ausência pessoal do consorte e o "abandono moral, que se expressa pela falta de assistência, de solicitude, dos carinhos que um esposo ao outro deve, e até mesmo pelo inadimplemento do **debitum conjugale**, como pela minguada contribuição alimentar e, ainda, por indefinido número de situações vexatórias que traduzem indiferença ou desprezo, o propósito velado de humilhar o cônjuge perante familiares ou estranhos". (35)

O primeiro, desvinculação visível, indubitável e até ostensiva, situa-se na órbita de gravitação do inciso IV; o outro é albergado nas malhas largas da injúria grave, merecendo considerações mais pormenorizadas noutra parte deste estudo.

Sobressaem no abandono do lar conjugal dois elementos principais e inconfundíveis. O primeiro supõe ausência, deserção absoluta, é inteiramente corporal ou físico; o último revela-se subjetivo, intencional, consistente no propósito manifesto do inadimplemento dos deveres conjugais.

O abandono do lar conjugal para poder fundamentar a separação legal, requer, entre outras coisas:

- a) saída do domicílio conjugal;
- b) voluntariedade desta saída;
- c) sem consentimento do outro cônjuge;
- d) com o intuito de romper a vida em comum;
- e) que esta circunstância se prolongue durante dois anos contínuos.

(35) Ap. Civ. n.º 14.332 — TJMT — Em 26-6-58 — Bal. Des. Merolino Correia — In Rev. For. 181/226.

11.1 saída do domicílio conjugal

Sair é verbo intransitivo, oriundo de **sailio** = saltar, pular, significando partir, afastar-se de, abandonar, deixar de fazer parte de, ausentar-se. Logicamente, antes de qualquer explicação, é necessário que um dos cônjuges saia do lar conjugal.

O Código usou a expressão lar conjugal, apenas neste inciso IV do artigo 317; nas demais referências adotou "domicílio do chefe de família" (Dec.-Lei nº 4.657, de 4-9-42 — Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 7º, § 7º), "domicílio" (CC, art. 36, parágrafo único), "domicílio conjugal" (art. 231, II), "domicílio da família" (art. 233, III), "habitação conjugal" (art. 234).

A fixação ou mudança do domicílio da família compete ao marido, como uma decorrência da posição de chefe da família. "Mas convém notar que o marido não pode coagir a mulher, pela força ou com auxílio da Justiça, a segui-lo para onde ela não queira ir. É, certamente, dever da mulher acompanhar o seu marido, pois é da essência do casamento a vida em comum, no mesmo lar; porém o cumprimento desse dever é confiado aos impulsos da consciência, e só tem por sanção, além da que procede da reprovação social, a que estabelece o artigo 234, e o desquite, quando a obstinação da mulher assumir a feição de abandono do lar nos termos do artigo 317, IV", como nos assegura o douto CLÓVIS BEVILAQUA. ⁽³⁶⁾

A mulher casada tem o seu domicílio conforme as diversas circunstâncias de seu estado:

- a) na constância regular do casamento, seu domicílio é o conjugal, fixado pelo marido como chefe de família;
- b) estando o marido em lugar remoto, ou não sabido, ou se estiver em cárcere por mais de dois anos, ou for judicialmente declarado interdito, compete à mulher (art. 251) a direção e administração do casal e, nestas condições, determinar o domicílio conjugal;
- c) sendo separada do marido por desquite, o seu domicílio será o lugar onde estabelecer sua nova residência.

Desta forma, o lar conjugal, com todas as suas qualificações e conseqüências, em geral, é a residência do marido.

Pode ocorrer que os cônjuges não tenham chegado a conviver, hipótese em que não chegaram a constituir o lar, pela recusa da mulher em acompanhar o marido ou pela negativa deste em receber a esposa no novo domicílio conjugal.

Em qualquer hipótese, o casamento gera o dever de coabitação.

"A sociedade conjugal faz a mulher passar a ter o domicílio do marido, ainda se esse é que, desde a data do casamento, vem a se domiciliar no lugar em que era domiciliada a mulher (v.g., pas-

(36) BEVILAQUA, Clóvis — "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado" — cit., II/96, n.º 2.

sa a residir, com ânimo definitivo, na casa dela). Não é válido pacto antenupcial que preexclua a incidência do art. 36, parágrafo único. Se o marido tem mais de um, a mulher tem mais de um. Todavia, não é o domicílio da mulher dado pelo marido: a) se o marido, sem domicílio segundo o art. 31, ou segundo o art. 32 (portanto, com domicílio segundo o art. 33), desaparece logo após o casamento, porque se há de entender que na residência da mulher é que se estabelece a residência do casal, por aí poder ser encontrado o marido, mas esse domicílio cessa se o marido é encontrado e não quer residir onde é residente a mulher; b) na espécie do art. 25, II (cp. art. 40). Alguns juristas entendiam que, em caso de abuso do direito, por parte do marido, de fixar o domicílio, poderia escolher o seu a mulher. Tal caducidade do direito de fixar domicílio não está na lei brasileira, nem na alemã." (37)

Em se tratando de ação de separação conjugal, cabe ainda uma referência, sobre o "foro da residência da mulher", estabelecido no art. 100, nº I, do Código de Processo Civil.

Nas ações de nulidade ou de anulação de casamento e de dissolução matrimonial, o mencionado artigo abriu exceção ao princípio do foro domiciliar, adotando o "foro da residência da mulher", quer ela seja autora, ré, ou tão só consenciente na separação consensual.

Para PONTES DE MIRANDA (38), "não basta a morada, é preciso a residência, para que possa a situação de alojamento ser determinante do foro para as ações de desquite ou de decretação de nulidade ou de anulação de casamento. Seria contra os princípios fundamentais do direito que a mulher casada viajasse para outro município, ou para outro Estado-membro para pedir a dissolução da sociedade conjugal, ou a decretação da nulidade ou da anulação do casamento".

TORNAGHI (39) não acha isso impossível: "por vezes o remédio legal poderá produzir o mal oposto, colocando nas mãos da mulher um instrumento para dificultar a defesa do marido. A mulher domiciliada com o marido no Rio Grande do Sul pode mudar a residência para o Acre e ali pedir o desquite sem que aquele possa fazer alguma coisa para evitar a competência do foro acreano. Se a mulher abandona o lar no Pará para viver com o amante em São Paulo, aí é que o marido terá de mover ação de desquite. A ação do marido para ver declarada a nulidade ou para obter a anulação do casamento terá de ser movida onde a mulher estiver residindo no momento da propositura".

Em caso de dissolução matrimonial consensual (40), sustentamos que "o privilégio de que desfruta a mulher para propor a ação de desquite,

(37) PONTES DE MIRANDA — "Tratado de Direito Privado" — cit., Vol. I/264, § 71, n.º 8.

(38) PONTES DE MIRANDA — "Comentários ao Código de Processo Civil" — Rio — Forense — 1974, II/236, n.º 1.

(39) TORNAGHI, Hélio — "Comentários ao Código de Processo Civil" — São Paulo — Revista dos Tribunais — 1974, I/334.

(40) LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Desquite Amigável — Doutrina — Legislação — Jurisprudência" — cit., pág. 84, n.º 11/2.

com caráter de verdadeira profissão ao cônjuge presumidamente merecedor de amparo legal, além da forte oposição e resistência que vem encontrando, é uma competência territorial, prorrogável, se a ré não opõe a **declinatória fori** — não tem aplicação no desquite **communi consensus**".

"A lei nunca estabeleceu o foro para estas ações (as de desquites amigáveis), nascidas sob o pálio do consentimento. Mesmo que impusesse a competência **ratione domicili**, ainda assim era possível a dilargação dessa competência. A prorrogação deriva da vontade expressa das partes, não inverte a ordem das jurisdições, que é fundamentada no direito e interesse públicos, e só se modifica no sistema dos limites territoriais, que é coisa secundária, calculada, exclusivamente, para a comodidade das partes."

Em caso de abandono por motivo injustificável ou imoral, a jurisprudência paulista (TJSP 3ª C. Civ. em 13-8-41 — in RF-88/454) entendeu que esta regra deixa de ter incidência.

Advogamos a tese de que o Ministério Público não pode arguir a incompetência por infração ao mencionado artigo, salvo incapacidade da mulher. A competência territorial é simplesmente prorrogável. Se os interessados não a contestam, arguindo a **declinatória fori**, ela se prorroga, tornando-se insuscetível de alteração.

11.2 voluntariedade desta saída

Para justificar a separação legal, não basta o abandono do lar conjugal. A lei exige o qualificativo da voluntariedade. A atitude do desertor deve ser clara, inteiramente livre e espontânea. Qualquer circunstância coativa ou resultante de motivos justificáveis, independentes do ânimo de quem a comete lhe retira o caráter punitivo da lei. A inocência do cônjuge abandonado, a ausência de motivo ou causa justos são pontos cardeais para diagnosticar a espécie de abandono.

RAFAEL MAGALHÃES, citado por Carvalho Santos (41), "a seu turno, ensina que o qualificativo **voluntário** não supõe simplesmente ausência de coação física ou de constrangimento moral; significa também falta de motivos relevantes e justos para o procedimento argüido".

O abandono deve ser, na censura da lei, adianta o saudoso mestre, "caprichoso, arbitrário, injustificado, sem explicação plausível e sobretudo sem provocação ou culpa do cônjuge derelicto, para ser recebido como fundamento do divórcio por este promovido."

Assim, o abandono do lar para fundamentar a decretação da dissolução matrimonial há de ser injusto, ou seja, sem causa legítima. Por isso, se um dos consortes se afastou do lar conjugal por ter sido expulso, para subtrair-se a uma condenação criminal, compelido por sevícias, movido por atitude escandalosa e agressiva do outro cônjuge, maus tratos ou enfermidade contagiosa, repugnante ou psíquica, receoso de ameaça ou

(41) Apud CARVALHO SANTOS, J. M. de — "Código Civil Brasileiro Interpretado" — Rio — Freitas Bastos — 1953, V/249.

prática de qualquer ato violento, movido pela mágoa do comportamento irregular do outro ou porque o marido nele instalou uma amante, proibiu-lhe acompanhá-lo para o novo domicílio ou impediu-lhe o acesso ao lar, numa demonstração cabal da intolerabilidade da vida em comum, decorrente da inferioridade em que é colocada a mulher, é manifesto que estas atitudes não podem ser levadas à conta de abandono por faltar-lhes o requisito da voluntariedade.

A expressão "voluntário" qualifica o abandono como injusto, sem causa, sem explicação plausível, não sendo sancionado pela dissolução o abandono que se embasa em motivos relevantes e socialmente aceitos para descaracterizar o mesmo.

11.3 sem o consentimento do outro cônjuge

Comprovada a ocorrência dos requisitos anteriores, a saída do lar conjugal, sob qualquer hipótese, não deve ter a aquiescência do outro cônjuge. Tem que ser contra a sua vontade, pois, a concordância ou consentimento retira ao afastamento seu caráter fundamental.

É fato corriqueiro o marido, de comum acordo com a mulher, sair do lar conjugal em regiões pobres de nosso interior para vir aos grandes centros metropolitanos com o propósito de tentar a vida com trabalho mais lucrativo ou melhorar os meios de vida para sua família.

Superadas as dificuldades iniciais, a correspondência começa a rarear, as visitas acusam gradativo espaçamento, a interrupção de contribuição para a manutenção da família e a troca de domicílio para não receber reclamações, tudo indica e caracteriza o completo abandono da esposa e menosprezo por sua condição legal. Mesmo assim, pouquíssimos são os que aceitam esta caracterização do abandono voluntário pela presença do consentimento inicial. Neste caso típico, o melhor é orientar o caso para o propósito injurioso do marido ⁽⁴²⁾, nunca enveredar pelos caminhos estreitos do abandono voluntário, onde uma evolução muito lenta e formalista da magistratura os torna ainda mais sinuosos.

11.4 com o intuito de romper a vida em comum

Para motivar a separação legal, não basta que o abandono seja voluntário, espontâneo e livre. Torna-se necessário que o cônjuge recalcitrante tenha a sã consciência de que sua deserção rompe definitivamente a obrigação de vida em comum, quebra a unidade da vida familiar, extingue os laços originários do casamento, revelando o completo desinteresse pela sorte do cônjuge e filho.

Na Apelação Cível nº 6.559, de Barra do Garças, comprovou-se um caso de um marido que, após vender todos os móveis e pertences que sua mulher havia adquirido com o seu trabalho, desapareceu de casa sem qualquer rasto ou indicativo de sua existência. O marido que aguardou

(42) Ap. n.º 242.515 — TJSP 4.ª C. Civ. — em 24-7-75 — Rel. Des. Moretzsohn de Castro — In RT — 489/77.

o sono de sua esposa e, ainda madrugada, levando consigo todos os seus objetos pessoais e roupas, viaja para local distante, sem qualquer explicação, por certo revela unilateralmente o intuito insofismável de violar os deveres de coabitação e assistência.

11.5 que esta circunstância se prolongue por dois anos contínuos

As características culposas do abandono do lar conjugal não estariam completas se não forem respaldadas pelo tempo. A lei exige mais, quer o abandono voluntário do lar, durante dois anos contínuos, tempo esse que o Projeto propõe reduzir, com justiça, para um ano. Contínuo quer dizer inteiro, não separado, não interrompido, não fracionado.

ORLANDO GOMES ⁽⁴³⁾ entende que "embora a lei exija para caracterização do abandono o decurso de dois anos, pode-se configurar antes do transcurso desse prazo, se determinadas circunstâncias o indiciam. Com efeito, a intenção de abandonar o lar pode revelar-se por fatos inequívocos, que dispensam o elemento objetivo".

Infelizmente, o grande mestre não completou seu raciocínio nem mesmo chegou a exemplificá-lo com alguma jurisprudência. O que não exige o concurso do tempo é o abandono moral, uma injúria grave bem caracterizada e como tal considerada.

SILVA PEREIRA ⁽⁴⁴⁾ é mais consentâneo com a doutrina e a jurisprudência, ao afirmar: "nosso direito atual requer os dois anos cumpridos e a continuidade. Ausências intermitentes não o caracterizam, nem é lícito somar tempos destacados de afastamento, para computar o prazo da lei. Mas, reversamente, não é de confundir-se o abandono com a ausência. Esta, em sentido técnico, pressupõe o desconhecimento do local onde se encontre a pessoa, aliado à falta de notícias, e pode ser causada até por determinantes incoercíveis como a guerra, o desaparecimento acidental, etc. Ao passo que o abandono, justificativo de desquite, requer o elemento anímico da voluntariedade, e pode caracterizar-se mesmo que se saiba onde se encontra o que pratica, e ainda que resida na mesma localidade".

Que razões teria o legislador para exigir tal prolongamento do abandono? Responde o emérito BEVILÁQUA ⁽⁴⁵⁾: "o abandono deve prolongar-se. Pode ser o resultado de um movimento irrefletido, ou de uma apreensão infundada. Se, passado esse período de perturbação emocional, o cônjuge regressar ao seio da família, deve encontrar abertas as portas do lar".

Achamos, contudo, que, diante da celeridade dos tempos modernos, é muito tempo para uma irreflexão, acarretando imensas privações para o cônjuge abandonado, de ordem material, emocional, sexual e afetiva, se persistir à espera do retorno ao lar de quem não teve sequer a menor consideração para justificar sua deserção...

(43) GOMES, Orlando — "Direito de Família" — Rio — Forense — 1968, pág. 198, "d".

(44) SILVA PEREIRA, Caio Mário da — "Instituições de Direito Civil" — Rio — Forense — V/153, n.º 2.

(45) BEVILÁQUA, Clóvis — "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado" — cit., II/215.

Por isso, concordamos inteiramente com ALÍPIO SILVEIRA (46), quando afirma com muita precisão e honestidade:

"Na verdade, este amplíssimo prazo de dois anos concedido pela nossa lei ao tráfuga do lar para que a vítima possa propor o desquite, é um produto de mentalidade, época e concepções há muito antequadas, quando a dissolução era excepcional e a todo o custo se procurava evitar a desagregação do lar, e se mantinha a esperança de que o desajuste, traduzido pelo abandono, se resolveria dentro daquele prazo. Será que hoje o cônjuge tráfuga e o abandonado esperarão a metade sequer desse prazo para se amasiarem e legalizarem ficticiamente a nova união através dos préstimos da justiça do México, do Uruguai e de outros países?"

O nº IV do art. 317 já não preenche sequer a finalidade para que foi destinado. Durante o amplo período de espera, tudo acontece: adultério, prostituição da mulher e das filhas, injúrias, homicídio de cônjuges, famílias ilegítimas crescendo e se multiplicando. Depois de tudo isso é que se irá remover o casco velho do matrimônio naufragado, com o guindaste da justiça."

11. abandono malicioso

Examinando-se nossa jurisprudência e alguns autores, é comum encontrarmos acórdãos, sentenças e comentários falando em "abandono malicioso", "cunho malicioso", **malitiosa desertio**, "que a voluntariedade pressupõe malícia", "voluntário e injustificado", embora este requisito não conste explicitamente de nossa legislação.

Já tivemos ensejo de observar que o **Codex Iuris Canonici** não contemplou de modo expreso o abandono malicioso, como decorrência natural de seu modelo romano, mas a jurisprudência e a doutrina eclesásticas nunca relutaram em acolhê-lo como uma das figuras análogas a que se refere o canon 1.131.

Para os canonistas, conforme nos assinala CANTON (47), "o elemento intencional tem especial relevância na hora de decidir sobre a existência de uma situação de abandono ou separação privada unilateral que resulte realmente maliciosa. A "malícia", elemento qualificado do abandono, consiste na intenção de romper a comunidade conjugal, de descumprir o dever de coabitação. Contudo, é possível que realmente exista esta intenção sem que o abandono chegue a ser malicioso, pois, existindo ainda intenção, cabe a possibilidade de que o dissidente tenha verdadeiro direito a negar-se a coabitar com o abandonado: haverá intenção, mas não haverá injustiça".

(46) SILVEIRA, Alípio — "Desquite e Anulação de Casamento" — cit., pág. 142.

(47) CANTON, A. Bernardez — "Las Causas Canonicas de Separación Conyugal" — cit., pág. 556, § 45.

Idêntico raciocínio podemos observar, à luz de nosso Direito, nos seguintes exemplos:

O marido que se recusa a coabitar com sua mulher e abandona o lar conjugal sabe que está inflingindo os deveres matrimoniais e revela com o afastamento a intenção clara de romper os laços decorrentes do casamento, mas se provar que sua atitude foi alicerçada no adultério praticado pela mulher, o abandono deixa de ser injusto.

A mulher que, após violenta agressão e ameaças de repetição, transfere-se para a casa de seus pais, assim procede com intenção de romper o casamento, mas não há abandono por ausência de voluntariedade.

Em ambos os casos, houve intenção, mas a motivação, a causa legítima, anulou o elemento volitivo. O que não acontece se o abandono do lar, ainda que tenha sido para fugir à ação da justiça, caracteriza-se se, com aquele, desinteressou-se o cônjuge inteiramente da família. Aqui, não houve intenção nem vontade, mas, ambos se caracterizaram posteriormente. O abandono que era simples efeito passou a constituir causa, perdendo a justa causa e ganhando a espontaneidade, para caracterizar a injúria grave ou o abandono moral.

As legislações da quase unanimidade de Estados inseriram em seus textos o abandono voluntário como causa predeterminada de divórcio; entretanto, raros são os que exigem o "abandono voluntário e malicioso" ou, simplesmente, o "abandono malicioso".

Malícia, palavra originária de **malus** (mau), quer dizer velhacaria, maldade, vício, má qualidade, habilidade, denunciando em todos os seus significados a existência de um elemento subjetivo, intencional, revelado apenas pela maneira do proceder. Por isso, o qualificativo de malicioso ao abandono traduz, com perfeita fidelidade, a intenção de desprezitar as obrigações matrimoniais, revelando uma conduta típica, com o objetivo de romper, de fato, a sociedade conjugal, enquanto que o abandono voluntário, exteriorizado para a sociedade, caracteriza-se pela injustiça, diuturnidade, espontaneidade, frieza, objetividade, que não encontra fulcro em causas legítimas ou fatos alheios à deliberação de quem o comete.

Admitem o abandono malicioso como causa criminológica do abandono voluntário, os seguintes países: Albânia, Argentina (causa de separação conjunta), Costa Rica (causa de separação de corpos, não obstante existir divórcio), Grécia, Holanda, Islândia, Japão, Paraguai (causa de separação de corpos), Peru, Porto Rico, África do Sul, San Marino (causa de separação de corpos), Suíça e o Texas, nos Estados Unidos da América.

Bolívia, El Salvador, Hungria, Liechtenstein e República Dominicana exigem, como pressuposto à procedência deste fundamento, a notificação judicial para que o desertor retorne ao lar.

Muito embora possuam uma causa genérica para a decretação do divórcio, Alemanha, Austrália, Bulgária, Tchecoslováquia, Hungria, Polónia, Romênia, Rússia e Iugoslávia aceitam o divórcio por este motivo.

Em síntese, o abandono malicioso se realiza com a intenção de não cumprir as obrigações conjugais, mormente o dever de coabitação. Pronunciamentos há que o relacionam à falta de razões que o justifiquem, ressaltando para o abandono voluntário o firme propósito de cometê-lo.

Nossa jurisprudência, por influência da alemã e, posteriormente, da argentina, tem incluído na voluntariedade o intuito de romper a vida em comum, tendo em vista, segundo CARVALHO SANTOS (48), que "o abandono deve ser mau" expressão muito mais significativa e usada na técnica do Código alemão, a dizer "violação consciente do dever da vida em comum", para o qual não concorrem motivos ou causa justos; a malícia passa a figurar em plano secundário, confundindo-se mesmo com a ausência de justa causa, fato que empresta ao abandono aquele "caráter mau". Por isso, muitos autores exigem, para sua individualização, o injusto ou injustificado, expressões que encerram verdadeiros sinônimos de malicioso.

12. Relacionamento do abandono do lar conjugal com a injúria grave

Ninguém ignora a amplitude do conceito de injúria grave na motivação da dissolução da sociedade conjugal. ROUAST (49) a estima como "toda a violação dos deveres nascidos do matrimônio e todo o atentado à dignidade do cônjuge", o que, no pensamento de PLANIOL e RIPERT (50) quer dizer "toda a ofensa, ou ultraje, qualquer que seja a forma, verbal ou escrita". Mas, por maiores que sejam suas proporções, quer oriundas do Direito romano ou do francês, procura-se estabelecer limites, limites não só referentes à órbita integrativa da injúria e sua noção fundamental, como ainda pela exclusão de todos os demais atos ou fatos a que a legislação atribui destaque e autonomia, com potência terminativa da sociedade matrimonial.

Assim, não tivemos dúvida em afirmar (51):

"A injúria grave é um verdadeiro pretexto habitual e pouco justificado de todas as causas de separação, por isso não deve nem pode possuir regras fixas. A jurisprudência não se intimidará quando a equidade exigir, em certos casos, que se apliquem os limites da interpretação extensiva ou restritiva diante do formalismo representado pelo texto frio da lei. Já dizia Jhering que "a finalidade é a criadora de todo o Direito". Mesmo que se diga, como Borda, que não obstante a aparente rigidez

(48) CARVALHO SANTOS, J. M. de — "Código Civil Brasileiro Interpretado" — cit., V/249.

(49) Apud BARROETAVERA, Diego Lucio — "El Divorcio en el Derecho Argentino" — cit., pág. 67, n.º 26.

(50) PLANIOL, Marcel — RIPERT, Georges — "Traité Élémentaire de Droit Civil" — Paris — Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence — 1932, I/412, n.º 1.166.

(51) LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Sevícia ou Injúria Grave a mais ampla causa-síntese de desquite" — São Paulo — 1976 — O. Dip. Editores Ltda., pág. 25, n.º 8.2.

da enumeração, a jurisprudência interpreta com tal amplitude a causa de injúrias graves, que na realidade de nosso direito, as causas são indeterminadas."

Em seu sentido amplo, poderiam ser configurados como injúria grave todos os fundamentos de dissolução matrimonial, considerando-se que todos representam atos ou fatos contrários aos deveres nascidos do matrimônio, com respeito ao outro cônjuge. Qualquer violação de um dos deveres recíprocos constantes do elenco legal ou atentado contra a dignidade do cônjuge pode ser caracterizado como injúria grave.

No Direito francês, o abandono do lar conjugal constitui crime previsto na Lei de 23 de julho de 1942, mas não está relacionado entre os motivos justificadores da dissolução da sociedade matrimonial. Por isso, corporifica fato caracterizador da injúria. Mesmo assim, a jurisprudência tem oscilado entre dois critérios: o abandono puro e simples como demonstração de injúria grave e a prova cabal do caráter injurioso do abandono.

Sendo em nosso Direito o abandono voluntário e injusto tratado de modo especial e autônomo, como causa peremptória de dissolução do lar conjugal, a primeira corrente não pode ter oportunidade, pois, o mero evento do abandono não traz insito a injúria grave, caso contrário, tornar-se-ia inútil o enunciado do inciso IV do art. 317 do Código Civil.

A última, merece todo o nosso apoio e incentivo.

Admite-se, excepcionalmente, que o abandono, por circunstâncias peculiares e qualificativas, assuma um caráter especificamente ofensivo ao outro cônjuge. Nesta hipótese, pode ele corporificar a injúria grave e autorizar, por via oblíqua, a decretação da separação conjugal, se os atos ou fatos imputados derem ao abandono do lar um caráter totalmente injurioso e forem cumpridamente caracterizados e comprovados.

Exige-se que as circunstâncias indiquem, de modo inequívoco, que a intenção daquele que deserta da vida em comum tenha sido exclusivamente a de ofender a dignidade do consorte. Nestes casos, não se considera o abandono do lar conjugal, propriamente dito, o fato da deserção em si, mas a aferição da ofensa ou ultraje ao outro cônjuge. Da mesma forma que a simples permanência do casal sob o mesmo teto, sem a necessária assistência e coabitação, não caracteriza o abandono a que se refere o inciso IV, mas injúria grave; o adultério ou o abandono são a mais perfeita caracterização da injúria grave.

O abandono do lar supõe deserção absoluta por um ato de vontade, claro e definido, geralmente em um só instante e para que possa abrigar injúria grave deve pelas inequívocas circunstâncias indicativas comprovar que a intenção daquele que deserta tenha sido exclusivamente a de ofender a dignidade de seu consorte. "O conceito de abandono, a que alude a lei civil, como causa justificativa do desquite litigioso, não se

prende a fórmulas rígidas — explica-nos o Des. MEROLINO CORREIA. (52) Não é necessário o abandono físico ou corporal, representado pela ausência pessoal do cônjuge. Basta o abandono moral, que se expressa pela falta de assistência, de solicitude, dos carinhos que um esposo ao outro deve, e até mesmo pelo inadimplemento do **debitum conjugale**, como pela minguada contribuição alimentar e, ainda, por indefinido número de situações vexatórias que traduzam indiferença ou desprezo, o propósito velado de humilhar o cônjuge perante familiares ou estranhos; tudo isso configura abandono moral e constitui injúria grave”.

Na prática, esta caracterização tem grande importância, por desvincular o efeito do prazo de dois anos. A diferença entre uma e outra hipótese se fundamenta em que, justificado o abandono por mais de dois anos contínuos, corporifica-se uma causa peremptória de dissolução e se o abandono não durou esse lapso, fica liberada sua apreciação aos tribunais como injúria grave, como abandono moral.

Para SILVEIRA (53) “o abandono voluntário do lar conjugal pode, relativamente à injúria grave, se situar em três posições:

- a) estar inextricavelmente ligado à injúria grave, de modo que ambos formam um todo incindível; esta hipótese tem como exemplo o abandono voluntário de cônjuge enfermo ou em situação de transe, dor etc.;
- b) ser imediatamente anterior à injúria grave: depois de abandonar o cônjuge, o desertor o injúria de qualquer forma. São dois fatos autônomos;
- c) ser imediatamente posterior à injúria grave: o que se dá quando, antes de abandonar o cônjuge, o outro o injúria. São dois fatos autônomos, também aqui.

Mas, nas duas últimas hipóteses, embora sejam autônomos o abandono e a injúria, o abandono poderá tornar suficientemente grave como fundamento para o desquite, uma injúria que, sem ele, não o seria.

Quanto à posição referida na alínea a, nossos tribunais a desdobram em duas modalidades: numa delas, o abandono pode ser considerado injúria grave se as circunstâncias indicarem, de modo inequívoco, que a intenção daquele que deserta da vida conjugal tenha sido exclusivamente a de ofender a dignidade do consorte.

Na outra modalidade, bastará o abandono para configurar a injúria, havendo a presunção **juris tantum** de que ele significa falta de cumprimento dos deveres de coabitação e assistência.

Assim, “distingue-se, para o efeito de desquite, o abandono simples do lar, do abandono material da família. Ocorrendo a primeira hipótese, somente depois de dois anos contínuos poderá o cônjuge abandonado

(52) Ap. Civ. n.º 14332 — Julz de Fora — TJMG — Em 26-6-1958 — Rel.: Des. Merolino Correia — In Rev. For. 181/226-8.

(53) SILVEIRA, Alípio — “Desquite e Anulação de Casamento” — cit., pág. 139, n.º 7.

pleitear o desquite. Na segunda hipótese, independentemente do requisito temporal, comete o desertor injúria grave" (J-⁰¹), pois, "se os fatos descritos não configuram os fundamentos do adultério e do abandono do lar, únicos em que se baseia o pedido, mas caracteriza injúria grave, pode o desquite ser decretado". (J-⁰²)

"A injúria grave caracteriza-se, também, quando o marido, sob falsas alegações de vida irregular da esposa, abandona o lar conjugal e subtrai ao convívio materno os filhos do casal, que leva consigo para a casa dos seus pais, onde, com eles, passa a morar" (J-⁰³), ou "circunstância do marido tentar a vida na Capital, deixando a mulher no interior, não constitui por si só motivo legal para o desquite, sobretudo se consentido por ela. Todavia, o gradativo espaçamento das visitas à família, a suspensão de qualquer contribuição para a manutenção do lar, quando já superadas as dificuldades iniciais e, finalmente, o afastamento por completo da esposa demonstrando menosprezo por sua condição de mulher e companheira, não pode traduzir senão o propósito injurioso do marido". (J-⁰⁴)

"O abandono do lar, por um dos cônjuges, para que dê ensejo à ação de desquite, há de ser espontâneo, voluntário. Se a prática é assumida por esposa sob distúrbios psíquicos, oriundos de parto anormal, juridicamente não há que falar em abandono." (J-⁰⁵) "Não ocorre o abandono voluntário do lar quando a mulher sai de casa em decorrência de sevícias infligidas pelo marido." (J-⁰⁶)

Eis alguns fatos, selecionados da Revista dos Tribunais e que também podem ser encontrados em AZEVEDO FRANCESCHINI e ANTÔNIO DE SALLES OLIVEIRA — "Direito de Família" — vol. II, que, pelas circunstâncias indicativas revelam injúria grave, "cabendo ao réu a prova da ocorrência de motivo justo" (J-⁰⁷):

- trocar a fechadura da porta do apartamento; (J-⁰⁸)
- impedir ao outro a volta ao lar, mediante substituição da fechadura; (J-⁰⁹)
- vedar à esposa a entrada no lar; (J-¹⁰)
- desmanchar o lar para voltar a morar com os pais, sem motivo justo e contra a vontade da mulher; (J-¹¹)

(J-01) Ap. n.º 63.614 — TJGB 7.ª C. Civ. — Dec. Un. — Em 2-9-69 — Rel.: Des. Epaminondas Pontes — In RT — 417/385.

(J-02) Ap. n.º 75.242 — TJGB 4.ª C. Civ. — Em 2-12-71 — Rel.: Des. Salvador Pinto Filho. — In RT — 446/252.

(J-03) Ap. n.º 7.163 — TJMT 1.ª C. Civ. — Em 13-3-72 — Rel.: Des. Castelo Branco — In RT — 458/193.

(J-04) Ap. n.º 242.515 — TJSP 2.ª C. Civ. — Em 24-7-75. — Rel.: Des. Moretzsohn de Castro — In RT — 489/77.

(J-05) Ap. n.º 7.894 — TJSC 2.ª C. Civ. — Em 7-6-72 — Rel.: Des. Cerqueira Cintra — In RT — 450/210.

(J-06) Ap. n.º 205.853 — TJSP 3.ª C. Civ. — Em 24-8-72 — Rel.: Des. Costa Manso — In RT — 452/61.

(J-07) Ap. n.º 178.641 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 5-6-70 — Rel.: Des. Goulart Sobrinho — In RT — 422/145.

(J-08) Ap. n.º 48.789 — TJDF 5.ª C. Civ. — Em 26-5-59 — Rel.: Des. Hugo Auler — In RT — 294/566 e RF — 190/169.

(J-09) Ap. n.º 60.198 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 3-10-52 — Rel.: Des. Vicente Sabino Junior — In RT — 206/307.

(J-10) Ap. n.º 68.073 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 14-9-54 — Rel.: Des. David Filho — In RT — 230/124.

(J-11) Ap. n.º 102.472 — TJSP 3.ª C. Civ. — Em 18-8-60 — Rel.: Des. Cardo Rollim — In RT — 304/338.

- a recusa da mulher, sem justo motivo, em acompanhar o marido, na mudança que faz da casa da sogra; (J-12)
- recusa da mulher em seguir o marido para o domicílio conjugal; (J-13)
- passar a residir em companhia de sua mãe e impedir a esposa de acompanhá-lo; (J-14)
- transportar em uma carreta os móveis e utensílios pertencentes à autora e descarregá-los em plena estrada, expondo-os à inclemência do tempo; (J-15)
- sem ter havido qualquer atrito entre os interessados, sem explicações deixar a ré o teto comum, tomando destino incerto e não sabido; (J-16)
- o abandono do lar por não querer cortar relações de amizade com pessoa suspeita ao marido pela sua injustificável intromissão na vida do casal; (J-17)
- o alheamento continuado, insistente do marido em relação à esposa, de modo a despertar a atenção de terceiros e provocar desfavoráveis comentários das pessoas das relações do casal; (J-18)
- o fato de o marido desinteressar-se, por mais de um ano, do sustento da esposa e dos filhos, deixando-os sem recursos em casa de familiares daquela, para onde foram em visita e não puderam regressar ao lar conjugal por falta de meios; (J-19)
- o parasitarismo do réu, o seu horror ao trabalho e a sua condição de perene ociosidade constituem motivo de vergonha para a esposa, além de configurar, tal conduta, descumprimento de dever conjugal; (J-20)
- o abandono moral da esposa; (J-21)
- o abandono moral em que o marido deixa a mulher no curso de grave enfermidade; (J-22)
- o abandono moral e material; (J-23)

(J-12) Ap. n.º 214.119 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 19-12-72 — Rel.: Des. Jonas Vilhena — In RT — 455/72.

(J-13) Emb. n.º 7.349 — TJDF 3.ª e 4.ª C. Civ. — Em 29-8-39 — Rel.: Des. Ribeiro da Costa — In RF — 81/397.

(J-14) Ap. n.º 91.870 — TJSP 2.ª C. Civ. — Em 3-3-59 — Rel.: Des. Jonas Vilhena — In RT — 286/355.

(J-15) Ap. n.º 205 — TJRS 2.ª C. Civ. — Em 23-9-37 — Rel.: Des. Carlos Heitor — In RT — 110/350.

(J-16) Sentença do Dr. José Lulz V. de A. Franceschini — In RT — 208/257 e 186/837 — In "Dir. Fam." 11/1294, n.º 3.116.

(J-17) Ap. 24.784 — TJSP 3.ª C. Civ. — Em 11-4-45 — Rel.: Des. H. da Silva Lima — In RT — 158/733.

(J-18) Ap. n.º 5.601 — TJDF 4.ª C. Civ. — Em 3-4-45 — Rel.: Des. Duque de Estrada — In RF — 106/70.

(J-19) Ap. n.º 13.791 — TJRS 3.ª C. Civ. — Em 31-10-58 — Rel.: Des. Soares Munõz — In RF — 185/252.

(J-20) Ap. n.º 104.423 — TJSP 6.ª C. Civ. — Em 20-4-61 — Rel.: Des. José Frederico Marques — In RT — 313/208.

(J-21) Emb. n.º 14.332 — TJMG 4.ª C. Civ. — Em 3-4-59 — Rel.: Des. Melo Junior — In RF — 189/205.

(J-22) Ap. n.º 59.029 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 4-11-52 — Rel.: Des. Amorim Lima — In RT — 208/187.

(J-23) Ap. n.º 7.884 — TJDF 6.ª C. Civ. — Em 21-1-57 — Rel.: Des. Henrique Flaiho — In RF — 115/120.

- o abandono pessoal do cônjuge e recusa de coabitação; (J-²⁴)
- abandono por desprezo ao marido, insubordinação contra a vida em comum no lar conjugal e recusa de coabitação; (J-²⁵)
- deixar sem assistência a família; (J-²⁶)
- fazer com que a esposa passe privações, até de natureza alimentar, vivendo em situações de penúria e obrigada a recorrer aos sogros e pais para as mais modestas necessidades; (J-²⁷)
- o concubinato na residência do casal; (J-²⁸)
- o envio de minguada importância para sua subsistência; (J-²⁹)
- o não fornecimento de auxílio pecuniário à esposa e aos filhos para a sua manutenção. (J-³⁰)

Convém lembrar que, nestes casos, “não é simplesmente o abandono do lar que determina a ruptura e a dissolução da sociedade conjugal. O abandono da própria pessoa é fator para essa ruptura”. (J-³¹)

Por outro lado, “não há conveniência de manter-se um casamento, já efetivamente desfeito pela separação de fato do casal, por longos anos, o que não teria nenhum alcance social”. (J-³²)

Ocasionalmente há em que a mulher abandonada e completamente desamparada, sem qualquer profissão ou condição que lhe forneça meios de sustentar-se e alimentar os filhos, encontra-se no dilema de sucumbir ou recorrer ao adultério, quer procurando um companheiro, solução não muito fácil, quer mercadejando o próprio corpo. É o duelo entre a vida e os preconceitos, a sobrevivência e um contrato desonrado, caso em que não se pode exigir o supremo heroísmo nem o sacrifício de imolar-se por alguém que se tornou indigno de toda consideração. Em tal emergência, “não se pode levar em conta adultério da mulher que, deixada à míngua pelo marido, houve que abandonar o lar”. (J-³³)

13. O abandono do lar conjugal na jurisprudência nacional

A jurisprudência brasileira, em consonância com a doutrina explanada, já fixou, com precisa freqüência, o conceito e as características

(J-24) Ap. n.º 17.130 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 30-4-31 — Rel.: Des. Mário Mazagão — In RT — 79/90.
 (J-25) Ap. n.º 29.722 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 12-9-46 — Rel.: Des. H. da Silva Lima — In RT — 166/250.

(J-26) Sentença do Dr. Laudo Ferreira de Camargo — In RT — 68/487.

(J-27) Ap. n.º 104.877 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 22-12-60 — Rel.: Des. Cardoso Rolim — In RT — 308/320.

(J-28) Sentença do Dr. O'avo Ribeiro de Souza, In “Dir. Fam.”, II/1.257, n.º 3.019.

(J-29) Ap. n.º 62.817 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 28-5-53 — Rel.: Des. Augusto Nery — In RT — 214/284.

(J-30) Ap. n.º 48.804 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 23-5-50 — Rel.: Des. Vicente Sabino Júnior — In RT — 187/283.

(J-31) Ap. n.º 50.346 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 13-10-50 — Rel.: Des. Fernandes Martins — In RT — 189/764.

(J-32) Ap. n.º 203.718 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 14-12-71 — Rel.: Des. Andrade Junqueira — In RT — 437/115.

(J-33) Ap. n.º 247.634 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 12-2-76 — Rel.: Des. Carvalho Pinto — In RT — 491/65.

do que constitui o abandono do lar conjugal, como fundamento da dissolução da sociedade conjugal. Cabe-nos, agora, pormenorizar o casuismo dos inúmeros acórdãos, (54) apresentando-os como um roteiro seguro para uma melhor interpretação do assunto.

13.1 — Princípios elementares

— pressupostos legais

“Os motivos indilargáveis, que autorizam o desquite litigioso, estão no art. 317 do Código Civil. A admissão de qualquer outro motivo não pode ser levada a efeito por obra da jurisprudência, sem usurpação, como disse Oliveira Castro, da função de legislar” (2.717 — Arq. Jud. 97/110). “Autônomos são os pressupostos para o desquite, por isso mesmo não se podendo considerar o abandono do lar, sem injúrias e sevícias, como injúria grave, porque ou ele existe durante dois anos contínuos, findo os quais nasce o fundamento, e por si só basta à decretação, ou não decorreu, e não basta.” (2.752 — RT 223/282.)

“A intolerância do convívio não é motivo para a separação só admissível pela via contenciosa, nos moldes previstos em lei (Código Civil, art. 317). A propósito, salvo verdadeiro caso de exceção, firma-se a jurisprudência no sentido de repudiá-la, a semelhante pretexto, estranho à legislação vigente.” (2.754 — RT — 103/302.)

“A incompatibilidade de gênios não autoriza o pedido de desquite litigioso.” (2.729 — RF — 120/469.)

“O desquite pode ser julgado procedente por motivo diferente do invocado na inicial, não obstante a regra da inalterabilidade do pedido, desde que os autos evidenciem a intolerabilidade da vida em comum.” (2.738 — RF — 117/512.)

“Se a proibição de mudar, no curso da lide, a **causa petendi**, não pode excluir o direito de uma **causa superveniens**, mister se torna, contudo, que a mesma causa seja afirmada a princípio como existente.” (2.752 — RT — 223/282.)

— Sujeito: “o abandono do lar só não alicerça a decretação do desquite quando provocado pelo cônjuge que se queixa dele, se conseqüente de ato de terceiro, não serve como arguição para dissolver a sociedade conjugal.” (2.724 — RF — 155/301.)

— Época: “ação de desquite com fundamento no abandono do lar pode ser proposta a qualquer tempo, depois de verificado o abandono durante dois anos contínuos.” (2.723 — RF — 172/299.)

— Domicílio conjugal: “ao marido cabe fixar o domicílio da família. Tal direito, entretanto, não é absoluto e cede ante as condições pessoais da esposa, por dever de mútua assistência, que compreende, além dos

(54) As ementas citadas por seu número e revista são encontradas no excelente repertório de José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini e Antônio de Sales Oliveira — “Direito de Família — Doutrina e Jurisprudência” — São Paulo — Editora Revista dos Tribunais Ltda. — 1973 — volume II.

cuidados nas enfermidades, o auxílio e socorro nas vicissitudes da vida." (2.736 — RT — 303/683.) "O lar não se conceitua materialmente, geometricamente, mas, sim, como a atmosfera moral e sentimental que enche a morada conjugal." (2.731 — RF — 106/70).

13.2 — Conceituação

"O abandono de um cônjuge pelo outro constitui, em proveito do primeiro, uma causa de desquite, mas quando qualificado por condições que demonstrem um atentado proferido contra a sociedade conjugal", afirmou Tito Fulgêncio:

a) ausência — "a simples ausência do lar por tempo excedente de dois anos não basta para caracterizar o abandono" (2.764 — RT — 186/240) (2.715 — RT — 182/776), "não há abandono do lar pelo marido, como causa legal de desquite, se é a própria esposa que dele se ausenta, a pretexto de viajar" (2.725 — RF — 155/217), "não caracteriza o abandono o afastamento do cônjuge do lar conjugal, ditado por dificuldades financeiras" (2.758 — RT — 199/290), "a simples ausência, o mero afastamento sem o ânimo de abandono não configura a procedência da ação de desquite ajuizada pelo outro cônjuge" (2.716 — RT — 253/619);

b) abandono — "abandona voluntariamente o lar o marido que de sua mulher definitivamente se separa, revelando completo desinteresse pela sorte dela e dos filhos" (2.739 — RT — 328/293), "caracteriza-se pelo ânimo deliberado do cônjuge de não retornar mais ao lar conjugal" (2.767 — RT — 175/151), "o abandono do lar só é motivo para o desquite quando é espontâneo e sem justa causa; é necessário que o abandono seja causa e não simplesmente efeito" (2.780 — RT — 91/132).

"A vida em comum, do domicílio conjugal é dever de ambos os cônjuges, de modo que somente quando um sai do domicílio contra a vontade do outro é que se pode caracterizar o "abandono", no sentido da lei" (2.753 — RT — 217/210). "É necessário seja comprovada a deserção maliciosa do cônjuge, isto é, o ânimo de não voltar ao domicílio conjugal, e a ausência de justa causa por assim proceder" (2.732 — RF — 100/68), "para justificar desquite, a deserção do lar há de ser maliciosa, ou seja, imotivada e não consentida pelo cônjuge inocente" (2.741 — RT — 323/197).

13.3 — requisitos necessários

a) voluntariedade

O abandono do lar conjugal deve ser voluntário. O cônjuge recalcitrante deve nutrir a absoluta certeza de que por sua deserção viola frontalmente a obrigação da vida em comum, nascida do casamento.

"A expressão "voluntário" significa abandono injusto, malicioso, sem causa, sem explicação plausível, não sendo, pois, causa de desquite o abandono justificado por motivos relevantes" (2.750 — RT — 240/162).

Há necessidade expressa de provar-se que o abandono tenha sido "voluntário, diuturno, espontâneo, sem justa causa" (2.715). "Só justifica

a ação quando é voluntário" (2.718 — RT — 181/938) (2.726 — RF — 152/222) (2.732 — RF — 100/68) (2.742 — RT — 311/283).

"Para que o abandono do lar por mais de dois anos justifique o divórcio é preciso que ele tenha sido voluntário, sem motivo ou por motivo frívolo" (2.782 — RT — 20/221) (2.751 — RT — 182/776) (2.772 — RT — 148/702).

b) prazo

O abandono deve ser prolongado por dois anos contínuos, isto é, não basta apenas a violação consciente do dever da vida comum, torna-se indispensável ainda a perseverança no fato por um lapso de tempo que não deixe dúvida sobre a maldade do propósito.

"O abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos, por parte do marido, sem qualquer motivo justificado, é uma das causas em que a mulher pode fundar a ação de desquite" (2.720) (2.723 — RF — 172/299) (2.726 — RF — 152/222) (2.739 — RT — 328/293) (2.746 — RT — 283/176) (2.759 — RT — 189/692).

"Estando o casal separado há longos anos e não se apurando, com certeza, qual o cônjuge culpado do abandono, a solução não pode ser a perpetuação dessa situação insustentável e, no caso, irreversível, mas a decretação do desquite, por culpa recíproca" (2.721 — RF — 199/171). "Separado o casal há mais de dezoito anos, são de se considerar irremediavelmente rompidos os liames conjugais" (2.754 — RT — 218/168). "Decreta-se o desquite se provado que o cônjuge abandonou o lar há muitos anos quando corria a vida do casal na mais completa harmonia" (2.768 — RT — 170/634).

13.4 — hipóteses que descaracterizam o abandono

a) mútuo acordo

"O abandono do lar acordado entre os cônjuges não pode fundamentar o desquite" (2.727 — RF — 133/453). "A retirada do cônjuge do lar conjugal, com plena anuência do outro, após acordarem ambos na separação de fato, que precederia a de direito, não caracteriza o abandono voluntário do lar para efeito de desquite litigioso" (2.728 — RF — 124/145) (2.729 — RF — 120/469).

"Não há falar em abandono voluntário, por parte da mulher, embora a separação seja um fato, se o marido anuiu, prestando àquela assistência econômica regular" (2.730 — RF — 115/126) (2.775 — RT — 125/587);

b) coação

"Se a mulher é coagida a abandonar o lar em razão de fatos que mostram a intolerabilidade da vida em comum, decorrente da situação de inferioridade em que é colocada, ou de maus tratos que lhe são infligidos pelo marido, é manifesto que o seu gesto não pode ser levado à conta de abandono voluntário" (2.743 — RT — 304/211). "O abandono do lar pela esposa, longe de ser malicioso ou injusto, foi como solução para evitar as ameaças do esposo em manter relação com as próprias filhas e ao seu procedimento escandaloso e agressivo" (RT — 445/92).

"A saída do lar conjugal, motivada por atitude escandalosa e agressiva do outro cônjuge, não constitui abandono" (2.745 — RT — 285/315). "Não abandona voluntariamente o lar a mulher que foi compelida a fazê-lo, em virtude dos maus tratos infligidos pelo marido e parentes destes" (2.760 — RT — 188/718). "Se o marido tratou mal a mulher, não há estranhar que ela o tenha abandonado" (2.773 — RT — 134/499).

"A ré demonstrou com a prova produzida que não deixou o lar voluntariamente, pelo contrário, o fez constrangidamente, não só em virtude do trato grosseiro do autor, como das infundadas suspeitas de sua fidelidade, tornando assim insuportável a sua permanência no lar" (2.766 — RT — 177/269);

c) motivos relevantes

— moléstias: "não estando a esposa em sua integridade mental quando deixou o lar conjugal, não se lhe pode imputar a voluntariedade do fato como justificativa de desquite" (2.744 — RT — 291/340). "Não configura o abandono a que se refere o art. 317, nº III, do Código Civil, o fato da mulher portadora de moléstia da pele, de caráter repugnante, se afastar do lar conjugal — onde reside em companhia da família do marido, expondo-se a uma situação de constrangimento e humilhação — e a ele se recusa a voltar senão depois que estiver inteiramente curada" (2.755 — RT — 214/227); "deixar a casa em que mora, por motivo de saúde de espírito, de sistema nervoso, não é abandonar o lar, na acepção legal" (2.736 — RT — 303/683);

— por causa de parentes e sogros: "Não caracteriza o abandono do lar o fato de a mulher não acompanhar o marido para residir em casa de parente deste" (2.722 — RF — 196/149). "O ato da saída da mulher do lar conjugal não foi acintoso nem mero capricho, o que ela fez foi procurar tranqüilidade, uma vez que a sua vida era intolerável ao lado da sogra" (2.761 — RT — 186/836). "Não constitui abandono do lar, que autorize a decretação do desquite, ter a mulher deixado a companhia do marido, que vivia com os pais, por não poder viver com a família dos sogros" (2.771 — RT — 160/697);

— retorno não aceito: "Não ocorre o abandono voluntário do lar quando o cônjuge após realizá-lo, quer voltar e não é recebido pelo outro" (2.776 — RT — 115/211). "A autora abandonou o lar; mas havendo o réu, meses depois, trazido para casa outra mulher, a mesma não poderia voltar, ocupado como estava o lugar que lhe competia como cônjuge" (2.781 — RT — 83/101). "Assim, desde que antes do decurso desse prazo, manifesta o cônjuge intenção de regressar ao lar, no que é obstado pelo outro, configurada não está a hipótese legal" (2.759 — RT — 189/692).

14. Conclusões

Desconhecemos em nossa bibliografia jurídica qualquer monografia a respeito do abandono do lar conjugal como fundamento para a dissolução matrimonial. Nossos tratadistas o estudam superficialmente, dedicando-lhe pouquíssimos espaços e referências insignificantes.

Segundo os dados do Anuário Estatístico Brasileiro, no período compreendido entre 1963 a 1973 (exceto 1970), foram processados e julgados, no País, 74.924 desquites, sendo 56.188 consensuais e 18.781 litigiosos. Destes, 4.730 foram por adultério, 406 por tentativa de morte, 4.115 por sevícia ou injúria grave e 8.863 por abandono do lar conjugal.

Destaca-se o abandono, nestes dez anos pesquisados, com 47% dos desquites litigiosos, o que lhe confere uma importância muito especial, ainda não detectada pelos estudiosos.

Além de responsável direto pelo maior número de separações legais e de fato, torna-se ainda o maior incentivador da quase totalidade das ações de alimentos e suas constantes revisões por ausência de fixação proporcional aos ganhos do alimentante, que muitos juizes desavisados teimam em proceder.

Sua casuística, não obstante a superioridade sobre as demais causas, é pobre e descolorida de curiosidades fáticas e pitorescas tão comuns ao adultério e à sevícia ou injúria grave, aos quais sobrepuja nas varas de família. Sua ocorrência justificada desobriga o marido de sustentar a consorte. Mas, se a mulher que abandonou o lar depois volta a ocupar um cômodo da casa em que mora o marido e filhos, excluindo o esposo desse cômodo, esse retorno não exige o abandono.

Embora sua caracterização exija voluntariedade, diuturnidade, espontaneidade, ausência de justa causa, sujeitando-a a um prazo que as demais causas desconhecem, o abandono do lar conjugal ainda representa a forma mais simples, mais fácil, mais usada para a dissolução matrimonial, exatamente pela desnecessidade de qualquer explicação plausível.

Pode, em seu seio, em sua motivação íntima, abrigar o adultério, a sevícia ou a injúria grave e até mesmo a tentativa de morte, sem provocar escândalo. Na maioria das vezes é a causa dos que não têm razão, dos que não querem fazer despesas com o processo de separação legal ou dos covardes que não têm coragem de dizer ao outro cônjuge que o amor acabou, que a coabitação é um desprazer e preferem a saída da irresponsabilidade, punindo o cônjuge inocente com a espera de dois anos para uma solução legal, enquanto o outro permanece livre para saciar seus desejos humanos.

O casamento só é válido, o lar conjugal só existe quando existe participação, doação mútua sem obrigações, amor. Amor como serenidade, prazer amadurecido e consentido, realização perene. Amor que percorre genealogicamente o caminho de transformação que vai da serenidade do teórico intelectual à entrega plena daquele que quer, daquele que deseja e necessita e, finalmente, daquele que se realiza na entrega consciente, não a algo próprio, mas àquilo que é.

Somente uma compreensão sólida, uma transigência sem compensações, um diálogo franco e permanente podem salvar um casamento, vencendo a adaptação dos tempos tempestuosos da convivência marital para consolidar-se na amizade inabalável, embasada no encantamento, na ternura e no entendimento que dão estabilidade e indispensabilidade ao matrimônio.