



PARECERES

DESQUITE POR ABANDONO INVOLUNTÁRIO DO LAR

Tribunal de Justiça

Apelação Cível n.º 87.666 ()*

7.ª Câmara Cível

Apelante: H. B. K.

Apelado: M. A. C. K.

PARECER

1. Sustenta a apelante em preliminar:

a) que a inicial é inepta porquanto ela seria imprecisa, nebulosa e confusa e dizendo unicamente que a ré teria abandonado voluntariamente o lar conjugal, fundamentara legalmente o seu pedido nos incisos II e III do art. 317 do Código Civil;

b) que a sentença é nula por infringência ao disposto no art. 289 do C. P. C. então vigente, já que a decisão final teria alterado o despacho saneador que repetiu como fundamento da ação os incisos II e III do art. 317 do Código Civil.

No mérito, a apelante afirma que a prova não autoriza a conclusão de que ela houvesse abandonado o lar, porquanto o marido o deixara primeiro. E, ainda que as conclusões que fora a mulher que saíra primeiro de casa, não se poderia afirmar que o tivesse feito voluntariamente. A fls. 39, já dizia a ora apelante que:

“o aspecto moral do abandono não atinge a suplicante, que se acha asilada no exterior, em decorrência de fatos políticos, como é notório e de pleno conhecimento desse respeitável Juízo”.

Pediu, finalmente, a apelante lhe fosse deferida a guarda da filha e, caso assim não se entendesse, fosse deferida a posse e guarda da menor ao pai da apelante, Dr. L. F. B. C.

2. A meu ver, improcedente a primeira preliminar levantada pela apelante. A má qualificação jurídica dos fatos narrados na

inicial não a tornam inepta, porquanto *ius novit curia*. E os fatos e o pedido foram descritos e formulados com a clareza e precisão necessárias. Disse a inicial:

“Em abril de 1959, a ré abandonou o lar conjugal, passando a se dedicar a atividades que a impedem do exercício das funções habituais de esposa e de mãe. Por outro lado, o abandono do lar, voluntário e injustificado, e mais que comprovado, é patente, atendendo, inclusive, ao prazo estabelecido em lei”.

E pediu o autor a decretação do desquite por culpa da ré, com as cominações legais e a posse e guarda da filha do casal (v. fls. 2 e 3).

3. Também se me afigura improcedente a segunda preliminar. Ao mencionar como fundamento legal constante da inicial os incisos II e III do art. 317 do Código Civil, o saneador nada decidiu sobre o fundamento de fato da causa nem, muito menos, formulou uma decisão final sobre a qualificação jurídica daquele fato. Naquela simples referência, nenhuma *questão* foi decidida, de modo a poder invocar-se o art. 289 do antigo C.P.C.

4. No mérito, inicialmente, parece-me absolutamente certo o que diz a apelante no tocante ao não se ter confissão ficta nos casos de contumácia em ação de desquite. E os fatos articulados pelo autor devem ser por ele provados.

5. Face à prova, quem saiu de casa primeiro? A mulher ou o marido?

A primeira testemunha da ré afirmou: *que o autor é quem tinha saído de casa*; mas pouco depois acrescentou:

“que quando soube da separação já não freqüentava a casa do casal” (fls. 128).

Ela não viu, ela já não freqüentava o casal, ela soube. De quem? Isso não foi dito.

A terceira testemunha da ré repete, a respeito, o que teria ouvido da mesma ré:

“pela comunicação que lhe foi feita pela ré, quem saiu de casa em primeiro lugar do lar conjugal foi o autor” (fls. 128).

A quarta testemunha é o pai da ré (fls. 130).

A segunda testemunha da ré:

“estive na festa de aniversário da filha do casal e o autor não estava lá; que nessa ocasião lhe disseram que o autor não morava mais com a ré e quem lhe disse isso foi a babá da menina”; que o apelido da babá é Duda” (fls. 127).

6. Vindo a juízo como testemunha da ré, já arrolada por esta, muito antes das declarações da sua segunda testemunha (fls. 108), a babá Duda disse que era empregada do casal quando se deu a separação,

“que foi dona Leninha quem saiu de casa; que a ré saiu de casa antes do seqüestro do Embaixador Americano, tendo ido para a casa de dona Vera Simões; que num determinado dia, a ré lhe disse que iriam se mudar para a casa de dona Vera Simões”.

E se mudou, levando a filha e a babá (fls. 135).

7. Uma versão que apenas se apóia nos depoimentos de uma testemunha de ouvida vaga, e de outra de ouvida da própria ré, no depoimento do pai da ré, que apenas afirma sem esclarecer como soube e de quem soube, e de mais uma testemunha que se apóia exclusivamente numa referência a pessoa que não confirma mas, ao contrário, repele a versão que se diz referida; essa versão de que foi o marido quem primeiro deixou o lar não se pode ter como provada.

8. Provada, a meu ver, se tem de considerar a alegação do autor de que a mulher é que desertou do lar, pois essa alegação encontra apoio no depoimento de testemunha de ciência própria, que participou diretamente do ocorrido em razão do seu emprego de babá, e foi trazida a depor pela própria ré.

9. Sustenta a apelante haver contradição entre o depoimento da babá e o depoimento pessoal do autor quanto ao momento em que se verificou a separação do casal, que a babá disse haver ocorrido antes do seqüestro do Embaixador Americano.

O apelado alega, nas suas contra-razões (fls. 168), que no trecho posto em destaque pela apelante nas suas razões (fls. 151), o que ele, apelado, quisera afirmar foi apenas que viviam sob o mesmo teto quando se iniciaram os entendimentos para o não realizado desquite amigável.

E ainda ocorresse a contradição, ter-se-ia de concluir pela sinceridade e segurança do depoimento da babá, porquanto o casal realmente se separou antes do seqüestro do Embaixador Americano. E quem deixa liquidado esse ponto é o pai da apelante, no seu depoimento de fls. 130:

“o casal já estava separado por ocasião do seqüestro do embaixador”.

10. Procura a apelante lançar suspeita sobre a sua própria testemunha, a babá Duda, porque esta disse em seu depoimento que o autor esteve em sua casa na semana anterior para saber se a depoente recebera a intimação para depor (fls. 135). O autor

“esteve em sua casa por momentos, declarando que fora saber se a depoente estava lembrada do dia em que deveria vir aqui depor e logo depois da chegada de Marco Antônio, chegou seu marido e Marco Antônio se despediu, recusando, inclusive, convite para entrar” (fls. 135 e 135 v.).

11. Não me parece deva considerar-se motivo de suspeição o simples fato de uma testemunha ter sido procurada em casa por uma das partes que deseja saber se foi intimada para a audiência, é informado sem entrar na residência, despedindo-se na porta. A lei não impede que a parte fale com a sua testemunha ou com a sua do *ex adverso*, simplesmente a fim de que ela compareça para depor.

12. Certo, portanto, que foi a apelante quem abandonou o lar conjugal e incontestado que isso se prolongou por mais de dois anos contínuos, resta examinar se esse abandono foi ou não *voluntário*, ou — por outras palavras — se para ele há *motivo justo*.

13. O motivo justo seria a necessidade que tivera a mulher de fugir para escapar de um perigo iminente, porque acusada de crime político (razão da apelante a fls. 153). E se ver

“asilada no exterior em decorrência de fatos políticos, como é notório e de pleno conhecimento desse respeitável Juízo (fls. 39).

14. Se um cônjuge voluntariamente se entrega a atividade que necessariamente provoca investigação das autoridades, processo criminal e a final condenação judicial, e por isso foge e deserta do lar, não poderá — a meu ver — esperar que se considere essa deserção como justa ou involuntária.

15. São de repetir-se aqui as palavras do ilustre jurista VICENTE DE AZEVEDO, em parecer da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo:

“Justo qualquer que seja o ponto de vista sob o qual se examine esse conceito, desde a origem etimológica, não pode ser aquilo que é contrário ao direito. Não se admite o justo contra o direito, porque o que é contra o direito é injusto, é injúria, é a ofensa ao direito. Pode, pois, considerar-se justo aquilo que não só é contra direito, como até é crime, previsto e punido no Código Penal? . . . Ora, se se abandona o lar por se haver praticado crime e para fugir à ação da justiça, não se pode, parece-nos em boa lógica jurídica, considerar-se justo o abandono”.

E insiste noutro trecho:

“Como admitir-se sem ofensa ao bom senso, irreparável do direito, que o juiz no processo criminal declare o réu incurso nas penas de crimes graves e, no processo cível considere justo, isto é, de acordo com o direito e a justiça, o abandono do lar, e fuga decorrente daquele processo?”
(*Revista dos Tribunais*, v. 113, págs. 127 a 128).

16. A meu ver, portanto, o abandono foi *voluntário*, foi *sem justa causa*.

17. No tocante à guarda da filha do casal, a meu ver, deve-se manter por enquanto o *statu quo*, mas deve-se esclarecer e decidir sua execução na conformidade do que ali for esclarecido, o que consulta melhor os interesses da menor: ou permanecer com o pai, ou ser entregue à guarda do avô materno, ou outra solução.

Não encontrei no processo elementos que, a respeito desse assunto, me deixassem suficientemente esclarecido.

18. Em face do exposto, sou pelo provimento em parte da apelação, mas apenas para que se deixe para a execução a decisão sobre a guarda da menor filha do casal.

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 1974.

Arnóbio Tenório Wanderley, 9º Procurador da Justiça.

(*) O parecer foi acolhido pela Egrégia Sétima Câmara Cível, conforme acórdão unânime de 3-7-1975, que vai publicado neste número, na Seção de Jurisprudência.