

DIVÓRCIO CONSENSUAL E LITIGIOSO (*)

Caio Mario da Silva Pereira

1 — Os provimentos legislativos

A luta pelo divórcio no Brasil, como aliás tem ocorrido em outros países, vem percorrendo rota marcada pela interferência de fatores diversos. De um lado, os seus defensores, entre os quais destaca-se o Senador Nelson Carneiro, que por mais de três décadas apresentou no Congresso projetos divorcistas que mantiveram acesa a polêmica. Em oposição, arregimentavam-se os adversários, dentre os quais destacou-se pela combatividade o Deputado Padre Arruda Câmara, que publicou, em 1952, volumoso livro, sob a epígrafe *A Batalha do Divórcio*, e que é o testemunho de quanto as opiniões se radicalizavam, colocando os contendores em campos inimigos. Exemplo de como se desenhava a porfia é o fato de que o Brasil deixou de ter um Código Civil moderno, afinado com as idéias do tempo, enriquecido pelas inovações que o qualificariam como um valioso monumento representativo da evolução de nosso direito privado, sob o pretexto de que o "Projeto" elaborado pela Comissão composta de Orlando Gomes, Orozimbo Nonato e Caio Mario da Silva Pereira, e encaminhado ao Congresso em 1965, era divorcista, e por isso foi em má hora retirado. A par de argumentos de duvidosa consistência, a questão fora deformada pela penetração de um clima passional, alimentado simultaneamente pela Igreja Católica, pelos que se revelaram devotos da indissolubilidade do matrimônio, e por certo grupo que pretendia, combatendo o Projeto, abrigar-se sob o estandarte da defesa da tradição, da família e da propriedade.

Paralelamente a essas manifestações ocorridas nos ambientes restritos, e em atividades sob comando de organismos que se empenhavam particularmente nos resultados — pesquisas e inquéritos, promovidos em diversos segmentos da sociedade, e em várias regiões do País, — revelavam que este se inclinava pela mutação que viesse consagrar o princípio do rompimento do vínculo matrimonial, tendo em vista que não mais satisfazia à solução paliativa da dissolução da sociedade conjugal pelo desquite.

Neste modesto estudo, não pretendo fazer o histórico do divórcio, nem debater o problema dentro de um ângulo psicossociológico. Já não é mais hora de discutir se deve ou não ser indissolúvel o matrimônio. O que ora exponho e analiso é o instituto do divórcio frente ao direito positivo brasileiro. O objeto deste modesto estudo é enfocar o instituto do divórcio em face dos preceitos legais que o informam e disciplinam. Neste propósito, tenho presente a Emenda

(*) Conferência proferida na OAB-Brasília em maio de 1989.

Constitucional n.º 9, de 29 de junho de 1977; a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977; a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Com base nesses provimentos, que representam as suas fases típicas, desenvolvo o tema em termos sucintos como convém aos limites de uma palestra, submetido ao título que é item especificado deste Curso de Especialização. *Divórcio Consensual e Divórcio Litigioso*.

Não posso deixar sem referência a circunstância de que a aceitação do divórcio a *vinculo* não foi um gesto precipitado de nossa legislação. As discussões, as controvérsias e os esforços por sua implantação em nossa ordem jurídica revelam a exatidão do conceito emitido por *Lehmann*, segundo o qual um sistema jurídico somente aceita a tese da dissolução do casamento, quando está convencido de que este "não possa cumprir a missão que lhe incumbe, como célula da ordem social e estatal" (*Heinrich Lehmann, Derecho de Familia*, p. 236).

2 — *Divórcio-Sanção e Divórcio-Remédio*

Tal como ordenadas na sistemática civil, e desenvolvidas por numerosos autores, duas são as modalidades com que o instituto se apresenta. Numa delas, a norma legal tem em vista punir com a separação aquele dos cônjuges que falte aos seus deveres conjugais, infringindo as normas essenciais da vida em comum. Por esta via, o cônjuge inocente bate às portas da Justiça, articula o seu libelo, e o juiz, acolhendo-o, impõe ao culpado uma penalidade configurada na dissolução do vínculo matrimonial, com suas conseqüências de ordem pessoal ou econômica. Pela sua natureza procedimental, esse divórcio é necessariamente contencioso, pois será no desfecho do litígio que se profere o decreto dissolutório.

Na outra, a ordem jurídica tem em vista aquelas situações em que a vida conjugal já não passa de um arremedo do casamento, procurando os cônjuges, na sua dissolução, o remédio para o desequilíbrio doméstico, marcado de conflitos íntimos e discretos, pontilhado de desentendimentos, desencantado pelas frustrações. Em casos dessa sorte, quando a vida em comum transmudou-se em mágoas e decepções, os cônjuges procuram, no divórcio como remédio, o rompimento do vínculo matrimonial, ensejando a cada um o refazimento de sua vida, quer por um novo casamento, quer simplesmente pela reconquista da liberdade (cf. sobre as duas modalidades — "divórcio-sanção" e "divórcio-remédio", *Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil*, volume II, p. 1.333, e suas seqüências; *Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação*, n.º 15; *Wilson de Andrade Brandão, Divórcio e Separação Judicial*, n.ºs 20 e 21; *Eduardo Espinola, A Família no Direito Civil Brasileiro*, n.º 112, nota 6; *Alípio Silveira, O Divórcio*, p. 109).

88 No conceito, ainda, de divórcio-remédio, é de se colocar a circunstância verdadeiramente dramática, em que enfermidade mental prolongada e sem esperanças aconselha o fim do casamento, posto que penoso, como solução para o enfermo e tranqüilidade para o lar.

89 O Direito Brasileiro abraça as duas soluções, ou os dois fundamentos genéricos, para a dissolução da sociedade conjugal. Já antes da instituição do divórcio, o desquite compreendia-as ambas: como *sanção* para o cônjuge adúltero, ou para o que submetesse o outro a sevícias, ou cometesse injúria grave, ou abandonasse o lar conjugal por dois anos; em tais casos, cabia ao juiz apurar a comprovação da falta, decretando a dissolução da sociedade conjugal como punição, posto subsistisse o vínculo matrimonial. Como *remédio*, reconhecia o Código Civil o desquite por mútuo consentimento, a que recorriam os cônjuges quando se convenciavam da falência da vida em comum, buscando a dissolução da sociedade conjugal, sem revelarem os motivos que os levavam a essa solução, freqüentemente ocultando as feridas profundas causadas pelo desencanto, mas suportadas por uma atitude de natural recato, a fim de que os filhos, parentes e amigos não tomassem conhecimento do drama interior de cada um. Presentes estão, portanto, as duas modalidades, de sanção e remédio, no Código Civil, no Projeto 634-B, de 1975, na Lei n.º 6.515, de 1977.

3 — Divórcio litigioso

Aprovada a Emenda Constitucional n.º 9, de 29 de junho de 1977, que aboliu do nosso Direito o princípio da indissolubilidade do matrimônio, apressou-se o Congresso Nacional em aprovar a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que cogitou simultaneamente da separação judicial e do divórcio. É aí que vai assentar o instituto do divórcio *litigioso*, que se regulamentou paralelamente ao *consensual*, sob modalidade que pelas peculiaridades que assumiu foi cognominado "divórcio à brasileira".

A Lei n.º 6.515/77, no artigo 40, abre as perspectivas ao *divórcio litigioso*, que poderá ser promovido com observância dos pressupostos ou requisitos que passo a examinar.

3.1 — Separação preexistente

O Legislador de 1977 teve em mira, fundamentalmente, a situação dos casais já anteriormente separados regularmente, cogitando da conversão do desquite ou separação judicial em divórcio. Manifestando uma certa timidez, adentrou no processo de divórcio de forma a bem dizer *transaccional*, nem recusando, nem concedendo abertamente.

O primeiro pressuposto da ação de divórcio ocorreria, então, no caso de *separação de fato*, com início anterior à data da Emenda

Constitucional n.º 9, ou seja, anterior a 28 de junho de 1977. A *legitimitas ad causam* não era o fato só da separação de fato anterior. A petição haveria de alegar a existência de separação de fato, por prazo não menor de cinco (5) anos, porém iniciado anteriormente a 28 de junho de 1977. Não havia mister houvesse o quinquênio decorrido todo antes dessa data; bastaria que tivesse início antes, mesmo que se viesse a completar depois.

O primeiro pressuposto da ação ficou explicitamente positivado: o *decorso do prazo*.

Situa-se aí a primeira alteração trazida pela Constituição de 1988. Não abriu ela ensanchas ao pedido aberto e incondicional; vinculou-o também ao requisito do tempo, que desdobrou em duas hipóteses:

a) para os casais judicialmente separados, um ano; nesta hipótese, dar-se-á a prova de ter corrido processo de separação judicial e que esta já conte um ano de homologação;

b) em não havendo separação judicial, é admitido o pedido após *prévia separação de fato por dois anos*.

Aqui reside a grande inovação constitucional. Desprezou o Constituinte de 1988 a circunstância do início do prazo. O que prevalecia, neste ponto, para a Lei n.º 6.515/77, era o termo inicial da separação anterior a 28 de junho de 1977. Para o artigo 226, § 6.º, da Constituição conta-se o prazo do fato em si, seja da separação judicial (um ano), seja da separação de fato (dois anos). Trata-se aí de um elemento básico, sem o qual a ação não pode prosperar, muito embora, na hipótese da separação de fato, seja lícita a produção da prova no curso do processo.

Estabelecido, pois, que o casal já se acha separado pelo tempo previsto, caberá a apuração da *causa petendi*. E esta, na conformidade do disposto no artigo 40 da Lei n.º 6.515/77, há de ser a que, nos termos da mesma Lei, justifica a separação contenciosa, *ut* artigo 5.º.

3.2 — Conduta desonrosa

Diversamente do que ocorria com o desquite litigioso previsto no Código Civil, fundado em adultério, sevícia, injúria grave, abandono do lar por dois anos, a Lei do Divórcio preferiu o enunciado de motivações mais genéricas, tal como ocorreu no Direito Português, que assim procedeu com a Lei de 1977.

A primeira é a *conduta desonrosa*, que não tem paradigma legal determinado. Conceito de certo modo elástico, será objeto de construção pela jurisprudência dos tribunais. Nele entra certa dose de subjetivismo, permitindo, contudo, a apreciação física ou moral de convivência. Aí cabe a prática do adultério, o cometimento de atos

degradantes capazes de carrear menosprezo social, como vícios, lenocínio, homossexualismo, embriaguez constante, uso de tóxicos, delitos sexuais mesmo sem condenação criminal. O que é fundamental será menos a comprovação objetiva do fato do que a apreciação dos motivos em subordinação a dois fatores; a sensibilidade do juiz, repousando no seu *arbitrium boni viri*, e as condições sociais dos litigantes.

No final do preceito, a Lei oferece um elemento orientador ao juiz: o que fundamenta, neste caso, o divórcio, é a conduta desonrosa que, por suas características, *torne insuportável a vida em comum*.

3.3 — Violação dos deveres do casamento

Também aqui o Legislador se manteve no plano dos conceitos genéricos, apontando como *causa dissolutionis* a violação dos deveres do casamento, permitindo reportar-se ao que o Código Civil arrola como “deveres de ambos os cônjuges”: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio do casal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos (Código Civil, art. 231). A infração de qualquer deles implica violação dos deveres do casamento. O direito francês, em preceito análogo, alude à “violação grave e renovada (*violation grave et renouvelée*) dos deveres e obrigações resultantes do casamento” (cf. *Jean Carbonnier, Droit Civil*, vol. 2, n.º 41, p. 119). Pela nossa Lei, não há mister a reiteração. Mas a gravidade é aferida pelo apêndice do artigo: *tornando insuportável a vida em comum*.

Posto que se não refira, especificamente, aos fatos concretos da violação, cabe situá-los em correlação com os motivos fundamentais do desquite, embora o Legislador haja desprezado esta denominação tradicional, dando preferência à estouta mais sofisticada: *separação judicial*.

Pela colocação dos fatos, a mais grave das violações seria o *adultério*, como atentado ao que o Legislador de 1916 colocou no primeiro plano dos deveres comuns.

Assentado que o conceito, em termos de doutrina pacífica, é comum a ambos os cônjuges, a doutrina considera que incide em adultério o cônjuge que pratica comércio sexual com pessoa de outro sexo. Não importa se repetidamente ou só por uma vez (*Cunha Gonçalves, Direitos de Família e Direitos de Sucessão*, p. 94). No conceito de adultério insere-se o ato sexual consumado (*De Page, Traité Élémentaire*, vol. 1, n.º 859; *Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil*, vol. 1, n.º 1.424), a que *Pontes de Miranda* acrescenta, mesmo que por processo artificial ou contra a natureza. É mister, portanto, ocorra o ato sexual, não o constituindo o namoro, as cartas de amor, os encontros furtivos, ou outras manifestações afetivas, que *Carbonnier* qualifica como constituindo *infidelidade moral*, a qual não caracteriza o *adultério*, mas que se qualifica como um *comportamento injurioso* (obra citada, n.º 20, p. 65).

O dever de *mútua assistência* abrange não apenas a *assistência material*, como também o plano *moral*. Viola-o a *injúria* grave, que, se não identifica com a figura criminal do mesmo nome, mas que a doutrina e a jurisprudência nela qualificam as palavras e gestos ultrajantes, a ofensa à respeitabilidade (*Beviláqua, Direito de Família*, § 60), a transmissão de moléstia venérea, a imputação falsa de adultério (*Moura Bittencourt*), as práticas homossexuais (*De Page, ob. cit.*, n.º 869). Genericamente, o dever de *mútua assistência* compreende o comportamento gravoso à honra e boa fama do outro cônjuge, a criação de condições vexatórias e humilhantes no meio social e no ambiente familiar; pode-se ainda inserir como desrespeito ao outro cônjuge a prática da inseminação artificial, na inciência ou contra a vontade do outro cônjuge.

Na mesma linha de violação dos deveres conjugais, insere-se o comportamento anormal em relação aos filhos, negando-lhes o devido sustento, faltando ao dever de guardá-los e protegê-los, recusando as condições de educação compatíveis com a situação econômica e social da família; ou castigando-os imoderadamente.

3.4 — *Ruptura da vida em comum*

Segundo o disposto no artigo 5.º § 1.º da Lei 6.515 '77, cabe separação judicial, e, conseqüentemente ação de *divórcio litigioso*, se um dos cônjuges provar a *ruptura da vida em comum* há mais de cinco anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Logo de plano, convém assinalar que se não trata do "abandono do lar conjugal", que o artigo 315, alínea IV, do Código Civil inseria como fundamento do desquite contencioso. Não se requer, nesta hipótese prevista na Lei do Divórcio, o fato material de abandono. Alude a Lei ao comportamento do cônjuge que representa o rompimento da vida em comum. Trata-se de requisito de dupla apuração: a) *material*, advindo de circunstâncias traduzidas como elemento probatório; b) *imaterial* ou *psíquico*, de aferição subjetiva do juiz. Não é qualquer ruptura da vida em comum, porém aquela que, sendo contínua (cinco anos consecutivos), impossibilite a reconstituição da vida conjugal. Ausências intermitentes, como convivência desrespeitosa, podem abranger a idéia de "ruptura". Não vai tão longe como o Direito Germânico que impõe o divórcio em decorrência da separação. A "ruptura da vida em comum" pode ocorrer mesmo sem a separação física. Não obstante a convivência sob o mesmo teto, o clima psicológico, os maus tratos, as agressões, a desassistência podem importar "rompimento" justificativo do divórcio.

Ao dizer que o elemento *imaterial* ou *psíquico* é de aferição subjetiva do juiz, tenho em vista a apuração de circunstâncias que autorizem concluir que o ambiente conjugal normal (*quod plerumque fit*) deixou de existir. Por alguma causa, somente conhecida dos

cônjuges, ou destes e de terceiros circunscritos ao círculo restrito de parentes e amigos mais chegados, foi destruída a comunidade de vida, sem que o cônjuge inocente pudesse ou quisesse intentar a ação de separação. São situações que a jurisprudência muitas vezes enfrentou no regime do Código Civil, sem que pudesse remediar, recorrendo muita vez à ampliação do conceito de injúria grave, retratada no comportamento do cônjuge, embora inexistisse a ofensa direta, a palavra agressiva.

Cumpra ao julgador encarar tais alegações com cautela. Muitas vezes o afastamento material é devido a circunstâncias justificáveis, como o exercício de atividade profissional ou funcional; ou a procura de melhores condições de vida; o tratamento de saúde. Pode ocorrer que as incompatibilidades domésticas, prolongadas, caracterizem a "ruptura" da vida em comum, não obstante a convivência na mesma casa. No enquadramento deste motivo, pode-se considerar o que a jurisprudência norte-americana denomina "tortura moral"

Para que a "ruptura" se erija em causa de divórcio é necessário se prolongue por todo um quinquênio. Assim estatuinto, o Legislador de 1977 quis evitar a precipitação advinda de desentendimento sem profundidade. E criou outro fator de aferição ainda mais difícil, que será a "impossibilidade de reconstituição da vida em comum", a ser cautelosamente interpretada, para que se não converta em óbice intransponível, ou reversamente em porta aberta ao divórcio por pretextos fúteis.

O que deve nortear o juiz, quer na hipótese de "violação de deveres conjugais", quer nesta outra de "ruptura da vida em comum", é que os fatos alegados, conforme observa *Carbonnier*, tornem intolerável a manutenção do vínculo conjugal. É preciso, acrescenta ele, que "a vida em comum tenha-se tornado indiscutivelmente, irremediavelmente insuportável, mas por outro lado, é bastante que não possa ela ser humanamente, razoavelmente imposta: o direito não impõe o heroísmo — *le droit n'impose pas l'héroïsme*" (*Jean Carbonnier*, vol. cit., n.º 41, p. 125).

3.5 — *Moléstia mental*

Inovação introduzida pela Lei do Divórcio, para a separação judicial, e *ipso facto* para o divórcio litigioso, é o acometimento de *moléstia mental grave*.

Embora seja, quase sempre, característica de *divórcio-remédio*, ocupa lugar de destaque no processo litigioso, porque deverá ser argüida por um dos cônjuges, e provada no curso do processo.

A Lei menciona os requisitos desta *causa separationis*:

a) A primeira é tratar-se de doença mental grave. A gravidade será comprovada por atestação médica, com que o autor instruirá o

pedido. E, dadas as circunstâncias, poderá o juiz determinar exame pericial por especialista de sua confiança, tanto mais conveniente quanto certo que a apreciação de quadros clínicos dessa natureza são muitas vezes polêmicos.

O outro aspecto a considerar é que a Lei fala em doença "mental". Entendo eu que este conceito pode ser entendido em termos mais amplos, compreendendo enfermidade de etiologia diversa, mas que se possa transformar em comprometimento da sanidade mental.

b) O segundo requisito estará no fato de seu *surgimento*. A Lei fala em doença que se manifeste "após o casamento". O que sobreleva é que a sintomatologia seja na pendência do casamento, embora a doença preexistia a ele. Se já antes se detectavam os sintomas, e, conhecendo-os, ainda assim casou-se, o cônjuge sadio tem o dever de suportá-lo. Reversamente, se a moléstia preexistia recessiva, e patenteou-se após o casamento, tem cabida o divórcio.

c) Em terceiro lugar, a doença há de ser de "cura improvável". A Lei não fala em moléstia incurável, pois que se trataria de prognóstico discutível, especialmente em face do constante e controvertido anúncio de cura de moléstias muitas vezes dadas como fatais. Para a aferição deste item, a Lei dá o prazo de cinco anos. Se dentro nele a *probabilidade de cura* se não apresentar, caberá a separação ou o divórcio.

d) Em último lugar, acrescenta a Lei a "impossibilidade de continuação da vida em comum". Não se especifica qual o tipo de impossibilidade e como se caracteriza: pode ser psíquica, pode ser moral, pode ser física, pode mesmo ser econômica. Tudo depende das circunstâncias.

3.6 — *Improcedência do pedido*

Mesmo que os motivos sejam justificáveis e comprovados — poderá, contudo, o juiz, nos casos de "ruptura da vida em comum" e de acometimento de "moléstia grave", denegar a separação ou o divórcio. Neste sentido, a Lei o investe de certo poder discricionário, se a decretação da medida possa vir a agravar as condições pessoais ou a doença do outro cônjuge, ou, mesmo, determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores (Lei n.º 6.515, art. 6.º).

Encontrando provados os fatos essenciais do libelo, o juiz deve julgar procedente a ação — *secundum allegata et probata iudicare debet*. Para que sentencie em contrário, terá de fundamentar devidamente, de tal modo que a conclusão da sentença decorra naturalmente dos motivos que desaconselham a separação ou o divórcio.

4 — *Divórcio consensual*

Na mesma linha da “separação por mútuo consentimento” o sistema legal brasileiro admite o *divórcio consensual*, devendo ser consideradas situações especiais.

4.1 — *Conversão*

A Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, admitia o *divórcio não litigioso*, sob a forma de *conversão* da separação em divórcio (art. 25).

Estabelecia como exigência:

a) ocorrência de separação judicial há mais de três anos, contada da data da decisão homologatória ou da que concedeu a medida cautelar correspondente;

b) o pedido de conversão poderia ser formulado por ambos os cônjuges, ou por qualquer deles (caso em que assumiria cunho contencioso), e apensado aos autos da separação judicial (art. 35 e seu parágrafo) salvo no caso da mulher desquitada ter domicílio diverso daquele em que se julgou o desquite (Lei n.º 6.515, art. 48);

c) prova de terem sido cumpridas as obrigações assumidas no processo de separação (art. 36, n.º II).

4.2 — *Divórcio consensual direto*

Na vigência ainda da Lei n.º 6.515/77 admitia-se o *divórcio direto* independentemente do processo de conversão. Para sua decretação, haver-se-iam de reunir certos requisitos:

a) *separação de fato* com início anterior a 28 de junho de 1977, por tempo de duração não inferior a cinco anos, embora não fosse mister o decurso do quinquênio anterior à Emenda Constitucional n.º 9; bastaria o início, posto que completada ulteriormente;

b) ajuizamento da ação de divórcio, com a comprovação do tempo de separação e a sua causa, após três anos;

c) observância dos trâmites processuais previstos nos artigos 1.520 a 1.524 do Código de Processo Civil.

4.3 — *Reforma Constitucional*

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, introduziu reforma substancial no instituto do divórcio, como já o declarei.

Em dispositivo de cunho genérico, estabeleceu que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação

judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos (art. 226, § 6.º).

Sem fazer distinção entre divórcio litigioso e consensual, entende-se que franqueou aos casais separados judicialmente há mais de um ano, ou de fato há mais de dois, postularem consensualmente a dissolução do casamento.

Não havendo lei especial que o discipline, admite-se (e assim tem ocorrido) que o pedido de divórcio consensual, com a prova dos requisitos acima, obedece ao mesmo rito procedimental adotado para o processo de conversão da Lei n.º 6.515/77.

Apurados que sejam esses requisitos, proferir-se-á sentença dissolvendo o casamento, e decretando o divórcio, com os efeitos a este atribuídos.

5 — *Legitimação*

A *legitimatío ativa* para a ação de divórcio (como de separação) é dos cônjuges. Sendo litigioso, *qualquer* dos cônjuges; sendo amigável, cabe aos *cônjuges* em petição conjunta.

A petição será subscrita também por advogado, e, quando os cônjuges não a assinarem na presença do juiz, terá as firmas reconhecidas (Lei n.º 6.515, art. 34, § 3.º).

Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a seu rogo (art. 34, § 2.º).

O Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) estabelece no artigo 1.586, parágrafo único, a hipótese de incapacidade, caso em que, para propor a ação ou para defender-se, "poderá fazê-lo o ascendente, curador ou irmão".

Evidentemente, esta legitimação excepcional somente tem cabimento no divórcio litigioso.

6 — *Reedição do pedido*

A Lei n.º 6.515 77 dispunha no artigo 38 que "o divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez".

Eu sempre me insurgi contra esta restrição, por duas ordens de razões.

A primeira é que a Emenda Constitucional n.º 9 não continha a exceção, e, desta sorte, estaria a lei ordinária restringindo um direito (de divorciar) onde a Constituição não restringia.

A segunda, porque poderia gerar uma situação esdrúxula: convolvendo um divorciado novas núpcias com pessoa não divorciada, aquele não poderia "formular" o pedido uma segunda vez, enquanto

que o não divorciado teria a faculdade de pleiteá-lo, porque não estaria reeditando o pedido.

Em face da Constituição de 1988, não mais subsiste a regra do artigo 38 da Lei n.º 6.515. Eu sustento que a entrada em vigor de nova Constituição “não revoga” a lei preexistente que lhe seja contrária. O que ocorre é que, sendo a Constituição o suporte da Lei, esta perde a eficácia, em havendo norma constitucional que lhe seja contrária.

Dizendo a Constituição de 1988 que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer qualificativo, é de se entender que a regra se estende a todo casamento, seja este celebrado entre *solutus et soluta*, ou entre um solteiro (ou solteira) e uma divorciada (ou divorciado).

7 — Coisa julgada

A sentença de divórcio (litigioso ou consensual) é dotada dos efeitos de *res iudicata*. Dá origem a um estado civil, e se diz, portanto, constitutiva. Não obstante este caráter, é dotada de execução (*Alcides de Mendonça Lima, Humberto Theodoro Junior*), para entrega, a cada um dos cônjuges, daquilo que em partilha lhe couber (*Pontes de Miranda, Lopes da Costa, Yussef Saïd Cahall*), como no tocante às obrigações contraídas para com os filhos.

Isto não obstante, é lícito a todo tempo ser revista para modificar o que for deliberado ou acordado em relação aos filhos, e bem assim quanto à pensão.

Denegado por um certo fundamento, pode contudo ser renovado o pedido por fundamento diverso, ou se o fato ocorrer novamente, sem que ao demandado caiba a alegação da *exceptio rei iudicatae* (*Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud*, vol. citado, n.º 1.440).

8 — Reconciliação

Ao contrário da sentença proferida em separação judicial, que não impede a reconciliação dos cônjuges, mediante procedimento sumário (ressalvados os direitos de terceiros) tal como dispõe o Código Civil (art. 323) ou a Lei n.º 6.515/77 (art. 46) — o mesmo não ocorre com a sentença de divórcio. Proferida ela, e passada em julgado, se os ex-cônjuges quiserem restabelecer a sociedade conjugal, somente poderão fazê-lo mediante novo casamento (Lei n.º 6.515, art. 33).