

SEPARAÇÃO JUDICIAL - COM QUEM FICO: COM A MINHA MÃE OU COM A MINHA ESPOSA?

088/03
Pesquisa ADV

Essa é uma ação de separação judicial que se pode explicar como decorrente do ressentimento criado pelas intransigências ideológicas entre a sogra e a nora.

O marido decidiu, no auge do conflito entre as mulheres, que não mais possuíam condições de dividir o mesmo

espaço, por desentendimentos físicos e verbais, optou por permanecer na companhia materna, ao invés de acompanhar a esposa.

A 3ª Câmara de Direito privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a firme relatoria do Des. Ênio Santarelli Zuliani, ao julgar a Ap. Cív. 252.503-4/4, em 17-12-2002, por unanimidade, deu provimento ao Recurso da mulher para decretar a separação do casal, como se infere da seguinte ementa do julgado:

"Embora não se possa prescindir da prova da culpa para a separação judicial prevista no artigo 5º, *caput*, da Lei 6.515/77, o enunciado não é apropriado para rejeição de todas as ações desse gênero e que se finalizam marcadas pela revelia e por ausência de prova oral, porque a aplicação indiscriminada do artigo 320, II, do CPC, poderá prejudicar a justiça em situações em que se confirma, por meio de prova documental pré-constituída, que o marido, revel, abandonou a esposa para permanecer ao lado da mãe que não aceita a nora, procedimento inexplicável e potencialmente apto a desestruturar a coabitação."

Fundamentos da decisão:

"O elemento 'culpa', para a separação ou divórcio litigioso, ganhou a mesma importância de se definir o dever de indenizar por ato ilícito (artigo 159, do Código Civil). O que sempre se aprendeu para bem aplicar a ordem jurídica nesse campo, por lições de doutrina e precedentes jurisprudenciais, é que, sem prova efetiva da voluntariedade de desonrar os deveres conjugais, não se poderá responsabilizar o cônjuge pelo fracasso da união.

Leo Rosenberg chega a afirmar que esse dever de sustentar a falha conjugal inclui, igualmente, a motivação, para que não paire dúvida da legitimidade da reação do cônjuge, como legítima defesa em caso de agressão (*La carga de la prueba*, tradução de Ernesto Krotoschin, EJE, 1956, p. 144).

Importante é registrar que esse ramo do Direito está passando por uma transformação a qual começou com a defesa do que se chamou de "desdramatização da separação judicial causal" e que, se aplicada, faria com que o juiz, mesmo sem prova da culpa pelo casamento falido, decretasse a separação que os cônjuges necessitam (Rolf Madaleno, *Direito de família*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, p. 181). O novo Código Civil não alterou o sistema, preservando a duplicidade, ou a separação com culpa e a outra pelo decurso da separação de fato (artigo 1.572, da Lei 10.406/2002).

A jurisprudência avança timidamente. Uma primeira etapa foi transposta com o Acórdão do colendo STJ, emitido para prestigiar sentença proferida em ação na qual o marido imputou conduta indecorosa à esposa, encerrando-se com reconhecimento de culpa dele, Autor, sem que a mulher pleiteasse tal resultado por reconvenção. Considerou o Ministro que a separação consolidada no tempo introduziu um fato real (insuportabilidade da vida conjugal)

que autorizava a sentença inédita, até porque anular o processo seria prejudicial para as partes (REsp. 30.202 PR, DJ-U de 5-11-2001, Min. Castro Filho, in RSTJ 148/261).

A culpa é sempre oportuna para gravar a biografia do cônjuge responsável pela ruptura. Justamente porque a sentença estigmatiza o culpado, estabelecendo uma responsabilidade que afeta a personalidade do sujeito na sociedade, não se descarta a prova da culpa como premissa de julgamento idôneo. Há, ainda, a questão dos alimentos (que se perde ou se obtém em razão da culpa - artigo 19 da Lei 6.515/77) e a do nome de casada, que a mulher perde ao desonrá-lo (artigos 17 e 25, parágrafo único, da Lei 6515/77).

O rigor desse enunciado, admitido como de lógica judiciária, terminou por desviar a atenção dos juízes na interpretação dos efeitos da revelia, pois, para que não fosse contrariado o inquebrantável ônus probatório (artigo 333, I, do CPC), sem muita reflexão ou questionamento filosófico de sua finalidade, passou-se a aplicar, de forma genérica, uma outra variante do princípio central do elemento subjetivo: a de que, em ação de estado, o não contestar, pelo Réu denunciado como culpado, constitui circunstância irrelevante (artigos 319 e 320, II, do CPC). O perigo dessa sentença resulta na rejeição de ações como a da Autora, apenas porque não arrolou testemunhas.

Rompe-se, com isso, a eficácia da prova documental, precisamente a pré-constituída.

O Autor, com ou sem a revelia do Réu, continua obrigado a confirmar os fatos constitutivos de seu direito, o que não implica, necessariamente, dever de confirmar os fatos por testemunhas. Não existe uma gradação entre os meios de prova admitidos no processo (artigo 5º, LV e LVI, da CF), de modo que a procedência poderá basear-se, exclusivamente, na prova documental. Essa é a virtude do sistema das provas legais ou positivas, conforme explicou Moacyr Amaral Santos (*Prova judiciária no cível e comercial*, Max Limonad, São Paulo, 1952, vol. I/328): "cada prova tem um valor inalterável e constante, previsto pela lei, e, por isso, ao juiz não é lícito apreciá-la senão na conformidade da eficácia que a lei lhe atribui".

Afirmou a Autora que o marido escorregou na observância de um dos maiores fundamentos da coabitação, qual seja, a solidariedade que funde espírito e corpo na aliança conjugal, porque, no momento em que foi obrigado a definir-se em face da briga das mulheres de sua vida, preferiu a companhia da mãe ao invés de tentar, com a esposa, salvar a convivência desgastada pela interferência da sogra, nem sempre benfazeja. E o pior dessa escolha, desabafa a mulher, foi que essa exclusão se deu após esvaziamento do fundo econômico individual, aplicado no cumprimento de obrigações pecuniárias assumidas pelo marido, com o aval da mãe.

O momento de decisão chegou devido ao clima insustentável que se criou com a luta corporal da Autora com a sogra e que chegou às vias de fato, conforme relatam os documentos de fls. 74/75 (boletim de ocorrência e relatório médico especificando os ferimentos suportados pela Autora). A reconstrução da família dependia da vontade do varão.

A prova de que o esposo não se importou mais com a preservação do vínculo decorre da propositura, em seguida, pela mulher, da separação de corpos, seguindo-se de outro boletim de ocorrência que se lavrou para documentar a saída da mulher do lar conjugal. A realidade, portanto, é a de que o Réu manteve-se ao lado da mãe, com quem divide a atividade comercial. O casamento ruiu, e a mulher confessou que perdeu a afeição (fl. 6).

Não é o fato de residirem os cônjuges em casas separadas que prova a culpa do marido. A diversidade de endereço e de habitat, no entanto, revela, com absoluta certeza, que a

mulher foi excluída da vida conjugal por ato voluntário e imotivado (para fins matrimoniais) do marido. Quando o homem não pacifica as desavenças naturais que envolvem nora e sogra, permitindo a evolução dos atritos entre elas, até que se impere a discórdia radical, como ocorreu, não há mais espaço para contemporizações: ou o casamento flui com a sogra longe da esposa ou o divórcio reforça a relação afetiva entre mãe e filho.

Não cabe, aqui, censurar o caminho definido pelo Réu, porque é uma decisão difícil e que somente ao interessado cumpre, por razões íntimas, sopesar as circunstâncias que motivam a sua escolha. Contudo, para o instituto do casamento, a decisão de ficar com a mãe, nesse contexto, passa a ser fatal, constituindo infração do dever matrimonial, sabido que os cônjuges se casam para constituição de um núcleo familiar coeso e que ramifica na estrutura marido e mulher. A revelia do Réu não confirma que os fatos afirmados sejam verdadeiros, porque a verdade decorre da documentação existente e da vida paralela que se instalou, incompatibilizando o fim supremo do casamento.

O marido conivente com a agressividade que se comete contra sua esposa, e que não a acompanha quando é, praticamente, expulsa do lar, toma uma atitude infensa à reconciliação e, no instante que se omite quanto ao dever (revelia) de provar conduta indecorosa ou ultrajante da mulher que saiu ferida da residência, passa a ser cônjuge culpado pela ruptura da vida em comum, como se se tratasse de abandono do lar.

A ação de separação, por culpa do marido, deveria ser acolhida, até porque não tiveram filhos nem formaram patrimônio digno de partilha, complexo de direitos que, normalmente, fundamentam resistências ao fim da união. A Autora, conforme declarou, não postula condenação do Réu em alimentos e, para facilitar o término da relação, deseja voltar a assinar o nome de solteira.

(in COAD/ADV, Boletim *Informativo* semanal 27/2003, p. 399)