

## **Separação e divórcio**

ARNALDO RIZZARDO

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*

### **Sumário**

**1.** Dissolução da sociedade conjugal e dissolução do vínculo conjugal. **2.** Separação judicial. **2.1.** Dissolução da sociedade conjugal. **2.2.** Caráter pessoal da separação. **2.3.** Separação, divórcio e a família atual. **2.4.** Aspectos históricos e configuração atual da separação judicial. **2.5.** A conciliação na separação. **2.6.** Participação do advogado na conciliação. **2.7.** Causas da separação. **2.8.** Tendência em se abolir do sistema jurídico a separação judicial para fins de divórcio. **3.** Separação consensual. **3.1.** Caracterização. **3.2.** Abstração da causa. **3.3.** Pressupostos ou requisitos. **3.4.** Procedimento judicial na separação consensual. **3.5.** Audiência de conciliação, ratificação e homologação. **3.6.** A petição inicial. **3.7.** Descrição e partilha dos bens. **3.8.** Promessa de doação na separação consensual. **3.9.** Natureza da sentença homologatória. **3.10.** Irretratabilidade do acordo. **3.11.** Recusa da homologação pelo juiz. **3.12.** Falecimento do cônjuge antes da homologação. **3.13.** Separação de cônjuges estrangeiros domiciliados no Brasil. **3.14.** Guarda dos filhos menores. **3.15.** O direito de visitas. **3.16.** Direito de visita em favor dos avós. **3.17.** Alimentos em favor do cônjuge. **3.18.** Alimentos aos filhos. **3.19.** O nome da mulher separada. **4.** Separação litigiosa. **4.1.** Caracterização. **4.2.** Separação baseada na culpa. **4.2.1.** Causas. **4.2.2.** Deveres cuja infração enseja a separação judicial. **4.2.3.** Insuportabilidade da vida em comum. **4.2.4.** Separação por culpa recíproca. **4.3.** Separação por causas objetivas. **4.3.1.** Separação fundada na ruptura da vida em comum. **4.3.2.** Separação fundada em grave doença mental. **4.3.3.** Perda das vantagens patrimoniais oriundas do casamento na separação por causas objetivas. **4.3.4.** Dever de assistência na separação baseada em causas objetivas. **4.3.5.** Recusa à concessão da separação por agravar as condições pessoais do cônjuge, ou prejudicar os filhos menores. **4.4.** Separação requerida por cônjuge incapaz. **4.5.** A revelia nas ações de separação. **4.6.** Pedido fundado na pluralidade de causas. **4.7.** Foro competente para a ação. **4.8.** Cumulação de pedidos. **4.9.** Reconvenção. **4.10.** Procedimento judicial na separação litigiosa. **4.11.** Eficácia da sentença e restabelecimento da sociedade conjugal. **4.12.** Efeitos da separação. **4.12.1.** Relativamente aos cônjuges. **4.12.2.** Relativamente aos bens. **4.12.3.** Relativamente aos filhos. **4.12.4.** Relativamente ao nome da mulher. **4.13.** Separação de corpos. **4.14.** Guarda provisória e busca e apreensão dos filhos. **4.15.** Alimentos provisionais na separação judicial. **4.16.** Arrolamento e seqüestro de bens, e outras medidas cautelares. **5.** Divórcio. **5.1.** Visão histórica. **5.2.** Formas de divórcio. **5.2.1.** Divórcio indireto. **5.2.2.** Divórcio direto. **5.3.** Competência para

promover a ação de divórcio. **5.4.** Efeitos do divórcio. **5.4.1.** Relativamente ao patrimônio. **5.4.2.** Relativamente a alterações de cláusulas da separação. **5.4.3.** Relativamente a novo casamento. **5.4.4.** Relativamente aos filhos. **5.4.5.** Relativamente ao nome da mulher divorciada. **5.5.** Reconstituição da vida conjugal pelos divorciados. **5.6.** Obrigações dos divorciados e novo casamento. **5.7.** Concessão do divórcio por mais de uma vez. **5.8.** Cessação dos efeitos civis no casamento religioso. **6.** Notas.

## **1. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL**

Em face da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, veio a ser instituído o divórcio no Brasil, regulamentado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Com a vigência desta lei, uma nova ordem no Direito de Família ficou implantada no País, pois que anteriormente o vínculo matrimonial era indissolúvel durante a vida dos cônjuges, excetuadas as hipóteses de nulidade ou anulação.

Cabe, primeiramente, precisar o significado de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

A Lei nº 6.515, através de seu art. 2º, deu nova redação ao art. 315 do Código Civil.

Aliás, toda a disciplina da "dissolução da sociedade conjugal" - matéria assim epigrafada no Título IV da Parte Especial do Código Civil - foi substituída pela Lei nº 6.515, como consta em seu art. 14.

Reza o art. 2º:

"A sociedade conjugal termina;

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio."

E o parágrafo único: "O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio".

Da redação acima das normas depreende-se que há a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal. Na primeira, aparecem quatro causas; na segunda, apenas duas.

A sociedade conjugal pode deixar de existir, isto é, o casamento como manifestação real ou concretização da união entre marido e mulher pode terminar, permanecendo, todavia, o vínculo. E, na ordem do art. 2º, fica dissolvida a união ou sociedade conjugal por um daqueles quatro fatores - morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio. Já em face do parágrafo único, dissolve-se o vínculo, deixando de existir o casamento,

com a morte ou o divórcio. Apenas estas duas formas dissolvem o vínculo, autorizando o novo casamento, o que não se dá com a separação judicial, e tendo em conta que a nulidade ou a anulação, segundo será visto, não constituem fatores de dissolução. Correta a explicação de Maria Helena Diniz:

"A separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo, impedindo os cônjuges de convolar novas núpcias, pois o vínculo matrimonial, se válido, só termina com a morte de um deles ou com o divórcio. O divórcio, em razão de fatos supervenientes ao casamento válido, dissolve tanto a sociedade conjugal como o vínculo matrimonial, autorizando os consortes a se casarem novamente.

Percebe-se que pode haver dissolução da sociedade conjugal, sem a dissolução do vínculo matrimonial, mas toda a dissolução do vínculo acarreta, obrigatoriamente, a da sociedade conjugal."<sup>1</sup>

No tocante à anulação ou nulidade, não constitui propriamente causa de dissolução. Trata-se, isto sim, do reconhecimento da existência de um vício originário na formação do vínculo. Com a sentença, firma-se a existência de um vício originário no ato de constituição do matrimônio. Não se dissolve, pois, na verdade, não se formou o ato matrimonial. Aparentemente existia o vínculo, mas a sentença desvendou o impedimento ou vício que lhe tira a validade, portanto efeito retroativo, ou indo até o momento da formação. Apenas no casamento putativo ressalvam-se os efeitos, de acordo com a presença da boa-fé de um ou de ambos os cônjuges. Mas, é uma forma de desconstituição daquilo que se constituiu indevidamente, ou que não podia se constituir. Já na dissolução por morte, separação ou divórcio, dissolve-se ou resolve-se a partir de um momento determinado, sendo o fator acarretante superveniente.

A lei arrolou a nulidade e a anulação como causas de dissolução porque são invocáveis no curso do casamento. Em realidade, em determinado momento põe-se fim à sociedade conjugal e ao respectivo vínculo, embora a preexistência da razão motivadora. É o ensinamento *de Orlando Gomes*:

"Nem por ser defeituoso, deixa o casamento de estabelecer a sociedade conjugal. Necessário, portanto, que se lhe ponha termo pelo reconhecimento judicial da existência da causa determinante de sua invalidade. Termina, pois, uma sociedade constituída ilegalmente. Corta-se o próprio vínculo invalidamente constituído [...] Anulado o casamento, poderá cada cônjuge contrair novas núpcias, como permitido ao viúvo. Se há filhos comuns, terá a mãe direito a conservá-los em sua companhia, mas o juiz pode regular-lhes a situação de maneira diferente, assim como ocorre em caso de desquite."<sup>2</sup>

## **2. SEPARAÇÃO JUDICIAL**

### **2.1 Dissolução da sociedade conjugal**

O art. 2º da Lei nº 6.515 contempla a separação judicial como causa de dissolução da sociedade conjugal. Não há, na hipótese, dissolução do vínculo conjugal, como se dá com a morte e o divórcio.

Clara é a lição de *Antunes Varela*:

"A separação judicial extingue a sociedade conjugal, nos termos do inciso III do art. 2º da Lei nº 6.515; mas não dissolve o casamento, porque não destrói o vínculo matrimonial, como se depreende do parágrafo único do art. 3º.

Pondo termo à sociedade conjugal, a separação elimina os deveres, quer recíprocos, quer específicos, derivados do casamento."<sup>3</sup> Vale afirmar que o homem e a mulher não desfazem o vínculo.

Perdura o casamento. Unicamente a sociedade conjugal termina, e, com ela os deveres de coabitação e fidelidade, e mais o regime de bens instituído.

Com efeito, preceitua o art. 3º da Lei nº 6.515: "A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido".

Os resultados práticos são equivalentes ao divórcio - com exceção da possibilidade de contrair novo casamento. Mas ressaltam as diferenças. O divórcio põe termo ao casamento válido, com a permissão de se contrair novo casamento. Rompe-se o vínculo, enquanto na separação cessam os deveres e direitos impostos no casamento, que poderá se reconstituir a qualquer tempo, segundo deflui do art. 46 da Lei nº 6.515:

"Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que for constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação."

Das considerações acima depreende-se que a separação judicial consiste na dissolução da sociedade conjugal em vida dos cônjuges, decretada e homologada pelo juiz, sem extinção do vínculo matrimonial.

No Direito francês existe a separação de corpos, concedida nas mesmas situações do divórcio, como ilustra *Jean-Claude Groslière*: "*L'article 296 se borne à reprendre la règle classique encor que non formulée expressément, selon laquelle la séparation de corps est ouverte dans les mêmes cas et soumises aux mêmes conditions que le divorce.*"<sup>4</sup>

Duas as formas de separação. De um lado, está aquela realizada por mútuo consentimento, em que ambos os cônjuges, mediante acordo, a requerem conjunta e simultaneamente; de outra parte, está a litigiosa, que normalmente é cognominada com o nome que se dá à separação em geral, isto é, separação judicial, onde apenas um dos cônjuges a postula, atribuindo uma conduta ou um fato pelo menos culposos ao outro cônjuge.

Praticamente no mesmo pé de igualdade quanto aos efeitos está a separação de fato. Os cônjuges simplesmente rompem a união conjugal sem a legalização ou a chancela judicial, cessam os deveres, como o de fidelidade, que não mais se justifica, enquanto a falta de coabitação pode emprestar fundamento para o ingresso judicial da separação.

Anteriormente à Lei nº 6.515, a denominação era *desquite*. O atual nome está mais de acordo com os nominativos usados nas legislações de outros países, especialmente os de idioma inglês. Leciona, sobre a matéria, *Pedro Sampaio*:

"De logo, deve ser dito que 'separação judicial' é sinônimo perfeito de 'desquite'. Preferiu o legislador atual abandonar o designativo 'desquite' e adotar o de 'separação judicial'. De fato, o termo 'desquite' é, no que parece, usado entre nós desde a apresentação do Projeto de 02/12/1901, que foi convertido no nosso atual Código Civil. Antes disto, o 'desquite', em nosso Direito, era denominado 'divórcio', como se vê no Decreto nº 181, de 1890 (arts. 80, 82 e seguintes). O Direito Canônico, consoante a versão nacional, trata, também, o 'desquite' como 'divórcio', que é 'temporário' ou 'perpétuo'."<sup>5</sup>

Embora não se encontrem razões fortes para justificar substituição do termo primitivo, que se afeiçoara à nossa tradição, certo é que a atual nomenclatura vai se inserindo no uso, tendo já se tornando comum.

Mas é indubitável que deixou uma lacuna, ou incide em um duplo significado. A expressão *separação judicial* envolve o sentido amplo de dissolução da sociedade conjugal, que se efetivará ou por mútuo consentimento, ou através da forma litigiosa. Mas é usada para expressar isoladamente a forma litigiosa, o que pode causar embaraços para pessoas leigas na matéria. Aspecto este que chamou a atenção de *Sílvio Rodrigues*, ao lembrar que a expressão *separação consensual* foi criada para distinguir da *separação judicial*, "aquela para designar o desquite por mútuo consentimento, esta para referir ao desquite litigioso. Ora, o desquite por mútuo consentimento, ou seja, a 'separação consensual' é 'separação judicial' para efeito de pleitear o divórcio. Portanto, ora as expressões têm igual conotação, o que ocorre, por exemplo, nos arts. 2º, 3º e 25, ora têm conotação diversa, conforme se denota no art. 34,.. Usasse a palavra 'desquite' como gênero, teria as duas espécies, amigável e judicial, e a confusão inexistiria."<sup>6</sup> Ademais, a palavra *separação* é empregada para expressar instituto de características diferentes, ou seja, a separação de corpos e a separação de fato.

O emprego da palavra *desquite* apreenderia melhor o real significado, na explicação de *Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"Se isto não bastasse, 'desquite' tem significado etimológico bastante rico e auto-suficiente. Revela a idéia de quitação ao inverso, isto é, a atividade de desfazer o que era comum,

consensual, desquitar. Não obstante clareza terminológica, mais importante ainda era que ela se havia disseminado socialmente. Desquitados eram aqueles que tinham se separado 'judicialmente'. Separados são todos aqueles que não mais convivem."<sup>7</sup>

## **2.2 Caráter pessoal da separação**

Apenas os cônjuges estão habilitados a postular a separação, A ninguém é permitido formular o pedido de separação de pessoas estranhas. O caráter pessoal da formalização da dissolução da sociedade está contido na regra do art. 3º, § 1º, primeira parte, da Lei nº 6.515: "O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges". Norma esta que reflete um consenso em todas as legislações, Diversamente ocorre na anulação ou nas ações de nulidade, quando é autorizada sua promoção por certos parentes ou interessados.

Identicamente, não é tolerado o comparecimento de terceiro no processo, contestando as afirmações do pretendente. Não interessa a revelia do cônjuge, ou a preocupação, v.g., dos pais em razão de afirmações descabidas, ofensivas e falsas, ostentadas pela inicial. Isto nem quando um dos cônjuges falece no curso da ação. Nem prosseguirá o feito, eis que opera-se a dissolução do vínculo conjugal, que é um efeito mais amplo ou maior que a separação. Mesmo aos herdeiros descabe qualquer tentativa de intervenção, pois aqui não se dá a transmissão dos direitos de defesa ou de autor da ação. Claro é, nesta linha, *Yussef Said Cahali*:

"Tendo a ação de separação perdido o seu objeto, não tem sentido permitir-se a habilitação de herdeiros para o seu prosseguimento; a causa extintiva da ação verifica-se não só pelo falecimento do cônjuge que, como titular da ação, a teria proposto, como também pelo falecimento do cônjuge demandado como responsável pela separação, e sempre pelo mesmo argumento: para além do caráter pessoal da ação, ação esta que objetivaria o rompimento de uma união impossível de ser mantida, morte de qualquer dos cônjuges terá produzido os mesmos resultados, evitando-se os escândalos do processo."<sup>8</sup>

Não opera a separação o proferimento da sentença antes da morte, se não houve o trânsito em julgado. É a argumentação dos pretórios, como se observa deste antigo exemplo:

"Desquite litigioso. O recurso da sentença foi recebido com efeito suspensivo. Em tal caso, falecendo um dos cônjuges, o recurso fica prejudicado. A morte extingue a sociedade conjugal, antes que o fizesse a sentença recorrida, recebido o recurso com efeito suspensivo."<sup>9</sup>

De outro lado, a segunda parte do art. 3º, § 1º, relaciona os representantes para a hipótese de serem incapazes os cônjuges, com a finalidade de promover a separação: "No caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão".

Há, aqui, uma ordem de representantes naturais, eleitos pelo Código Civil. O cônjuge incapaz é representado por uma daquelas pessoas que outorgará procuração ao advogado.

Já ensinava *Clóvis* que, na incapacidade do cônjuge a ação poderia ser proposta por qualquer ascendente ou irmão;

"A incapacidade, neste caso, resulta da alienação mental superveniente. Se, sobrevindo essa infelicidade ao cônjuge, o outro pratica algum dos atos que motivam o divórcio, a vítima, naturalmente, não pode usar dos meios de defesa jurídica, fornecidos pelo Código. Representa-o, em tal contingência, o ascendente, e, na falta deste, o irmão."<sup>10</sup>

*Sílvia Rodrigues* vê a impossibilidade desta representação na separação consensual:

"... no desquite por mútuo consentimento, não se admite a representação, uma vez que a lei exige o comparecimento dos cônjuges. Com efeito, estes devem manifestar pessoalmente sua vontade perante o juiz. Assim sendo, se se trata de pessoa incapaz; sua vontade se encontra grandemente afetada e por certo não poderá desquitar-se por mútuo consentimento."<sup>11</sup>

Não parece esta a melhor exegese. De um lado, em vista de nenhuma discriminação aparecer na lei; por outro, a representação é em virtude da lei. As pessoas indicadas representam o separando, podendo decidir e expressar sua vontade. *Yussef Said Cahali* ressalta que aquele entendimento não se coaduna com o texto da lei:

"Ademais, a conveniência em reconhecer-se a legitimação do curador, para substituir o incapaz no ajuizamento da ação, de separação, mostra-se em certos casos evidente: '*Il suffit par exemple, ou cas d'un homme très gravement atteint; interné dans un hôpital psychiatrique, dont l'épouse mettrait au monde des enfants adultérins couverts par la présomption de paternité*' (MASSIP. La Réforme du Divorce, n<sup>o</sup> 80, nota 122, p. 108). Por outro lado, segundo a inovação da Lei do Divórcio (art. 3<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>), a 'representação' do incapaz será feita pelo seu curador; só não havendo, será 'representado' sucessivamente pelo ascendente ou pelo irmão."<sup>12</sup> Quanto à ordem de representação, em primeiro lugar está o curador, segundo analisa *Pedro Sampaio*:

"A nosso ver, a disciplina atual estabeleceu, além da alternância, uma ordem de preferência para a representação, de vez que, tendo o incapaz curador, este deve afastar a possibilidade de a representação caber ao ascendente e ao irmão, pois entendimento contrário importaria em afastar o direito do curador de representar sempre o seu curatelado nos atos da vida civil, o que também implicaria em fazer cessar os efeitos da sentença que outorgou ao curador o direito de representação do curatelado. Ora, os efeitos desta sentença somente poderão ser suspensos, ou cessados em definitivo, através de outra sentença que

expressamente o declare, ressalvadas as situações de incompatibilidade de interesses do curador com seu curatelado."<sup>13</sup>

### **2.3 Separação, divórcio e a família atual**

Percebe-se claramente que a instabilidade da família é medida pelo aumento de separações e divórcios, segundo pensamento bastante unânime dos que tratam da matéria. Mas a crise do casamento e os problemas na família estão ligados a uma série de fatores que vão desde a estruturação da sociedade até a constante modificação de concepções e mentalidades. Ressalta-se sobre as causas ou fatores da desestruturação a complexidade da vida atual, com as inúmeras imposições que são exigidas das pessoas e a agitação cada vez maior que se faz sentir em todos os recantos da Terra. A pressão das necessidades materiais e espirituais que pesa sobre o ser humano torna difícil o convívio e desencadeia constantes atritos, mostrando-se os cônjuges incapazes de suportar um prolongamento maior da união.

Sente-se, ademais, uma notória mutação de conceitos básicos de valores, sendo abandonados antigos princípios que impingiam maior seriedade à família. O próprio relaxamento dos costumes, as liberalidades permitidas, a distensão das regras morais e de conduta, a pouca convivência do grupo familiar em razão da atividade laboral, não raramente de todos seus membros, entre incontáveis outros fatores, importam no aumento acentuado das dissoluções da sociedade conjugal.

De tudo se percebe que os problemas de família, e que provocam a separação, são menos de ordem jurídica, e mais de relacionamento, de convivência e de novas concepções sobre valores existenciais, o que não é peculiar apenas à nossa realidade, como ressalta *Eduardo A. Zannoni*:

*"Hace ya tiempo que hemos aprendido que los conflictos familiares llegan a los tribunales pero que, en mínima parte, tienen contenido jurídico. El deber de amar es incoercible. El contenido de las relaciones jurídicas que determina el matrimonio es, en cuanto relaciones personales basadas en la interacción de conductas, metajurídico. No existe potestad humana que, en razón del imperium, pueda encanjarlas si los propios implicados no están dispuestos a hacerlo. El dano que puede causarle los esposos en trance de divórcio, no sólo a si mismos, sino a lo hijos, no puede ser evitado por los jueces."*<sup>14</sup>

Muitos ficam perplexos ante a postura a ser adotada para a solução dos reais problemas de família, como o magistrado paulista *Caetano Lagrasta Neto*;

"Se houvesse um aumento das Varas de Família, se dotássemos os juízes de uma equipe multidisciplinar de psiquiatras, psicólogos e outros técnicos, mesmo assim o funcionamento e as soluções alcançadas seriam meros paliativos à manutenção do casamento. Para isso, necessário seria o acompanhamento caso a caso de todos os casais e de seus filhos. Porém, a



procura das raízes da questão social e das raízes da pobreza continuaria relegada a um enfoque meramente sociológico distante de qualquer solução. Como atender aos favelados se sequer conseguimos executar ordens judiciais - que dependem da intimação da parte no próprio morro ou gueto, e se estas partes geralmente trabalham o dia inteiro e seus filhos ficam em estado de completo abandono? Seria possível resolver os problemas de família sem que pudéssemos resolver a crise de habitação, capaz de evitar a promiscuidade, a crise de saúde, de alimentação e de educação, que leva os pais ao desespero, os filhos à desnutrição e à morte ou, como atualmente, ao tóxico e à violência."<sup>15</sup>

De outro lado, não resta a menor dúvida quanto aos efeitos nefastos que traz a separação dos pais perante os filhos. Por mais que se procure inculir neles uma idéia de aceitação, e mesmo que não convivam com os atritos dos pais, não se pode evitar a série de mutilações emocionais, psíquicas e mesmo físicas que possam sofrer.

Seja como for, e não convém um aprofundamento maior sobre a matéria, por dizer respeito sobretudo à sociologia e outras ciências humanas, há um fenômeno que vai se generalizando, mormente em centros maiores, que é a decadência do casamento como instituto. As pessoas se unem sem maiores compromissos, ou sem constituir uma família. O homem e a mulher conservam sua individualidade e a residência própria, não se aprofundando o relacionamento. A convivência restringe-se a momentos ou alguns dias, ou a encontros, com o que são evitados atritos e dissabores normais do casamento, porquanto não há um envolvimento maior das personalidades e dos caracteres do ser humano.

Quando as relações matrimoniais se frustram, as decepções sobrevêm de modo continuado ou os desencantos tornam-se uma constante, os desentendimentos afligem a sociedade conjugal, a desarmonia e as ofensas pessoais prejudicam todo o ambiente familiar, além de outras situações mórbidas e inclusive de violência, não há mais lugar para manter o casamento. Como já reconhecia *Heinrich Lehmann*, o matrimônio perde seu valor como fundamento da família, e

"la comunidad de *vida de los cónyuges ha quedado insubsanablemente perturbada, Será entonces una cédula enferma del organismo social que perturba a da comunidad o, al menos, carece para ella de valor.*"<sup>16</sup>

A manutenção do casamento, em tal conjuntura, é mais nefasta que a separação.

#### **2.4 Aspectos históricos e configuração atual da separação judicial**

Já em épocas bastante remotas existiam formas que, pelo menos, se aproximavam ora da separação judicial, ora do divórcio. Entre os povos babilônicos, gregos e mesmo os hebreus, admitia-se o repúdio da mulher se fosse

estéril, ou se surpreendida em adultério, ou se constatado o defloramento, ou se portadora de enfermidade contagiante.

No Direito romano, numa primeira fase, era permitido indiscriminadamente o divórcio, até que *Diocleciano* introduziu algumas hipóteses de cabimento.

De acordo com *José Carlos Moreira Alves*, existia apenas o divórcio no Direito romano, e não no Direito de outros povos. Segundo seu entendimento, as causas foram especificadas ao tempo de *Justiniano*. Dentre outras situações, o marido podia repudiar a mulher

se ela praticasse atos indignos (*divorcium justa causa*). Ainda, foi implantado o *divortium communi consensu*, realizado de comum acordo pelos cônjuges.<sup>17</sup>

Todas as informações históricas que aparecem tratam mais do divórcio. A separação judicial não mereceu estudos profundos. Observa-se, assim mesmo, que sempre foi admitida, já que a restrição da Igreja e do Código Canônico não a afastou, pois não afeta o vínculo do casamento. Tanto que o chamado *Codex Juris Canonici* mantém a separação conjugal perpétua por adultério.

No Direito brasileiro, pode-se dizer que a regulamentação do matrimônio ficou sempre ligada à Igreja Católica, tanto que uma lei de 1927 ordenava a obediência às normas emanadas do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia.

Pela segunda metade do século passado, algumas regulamentações foram surgindo, primeiramente tratando do casamento de pessoas pertencentes a religiões diferentes da Católica, e depois secularizando o casamento, com possibilidades de separação, o que foi se firmando através dos Decretos nº 119-A e 181.

É de salientar que o termo *divórcio*, que aparece em diplomas antigos e no Direito Canônico (*divortium quoad thorum et mensam*, ou *divortium quoad thorum et cohabitationem* - divórcio de cama e mesa), não tinha o sentido de dissolver o vínculo e permitir novas núpcias. O significado equivalia ao de separação, ou mais precisamente a separação de corpos. Algumas obrigações conjugais desapareciam, como a de coabitação (daí as palavras *thorum* e *mensam*). Liberavam-se os cônjuges de dormirem no mesmo leito, ou de fazerem as refeições na mesma mesa.

No Código Civil de 1916 veio disciplinada amplamente a separação. A dissolução do casamento restringia-se à hipótese da morte, já que a nulidade ou a anulação do casamento não acarreta a dissolução, mas o declara inexistente.

A separação constante no Código, com a denominação de desquite, permite unicamente a cessação da sociedade conjugal, sendo que era

concedida nas seguintes previsões: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono do lar conjugal durante dois anos contínuos (art. 317 do Código Civil).

Com o advento da Lei nº 6.515, de 1977, em vigor por força da Emenda Constitucional nº 9, que possibilitou a dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio, alterou-se substancialmente o sistema legal da separação. Restaram revogados os dispositivos da lei civil que tratava da matéria. Promoveu a mesma lei alterações profundas nas regras do Direito de Família e mesmo das sucessões. Além de disciplinar o divórcio e a separação judicial, trouxe inovações sobre o novo regime legal de bens do casamento, a qualificação do filho nascido de casamento nulo, sem o pressuposto da putatividade, o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e de seu direito à herança e à prestação de alimentos, além de outras matérias.

Muitos países admitem a separação e o divórcio, observando José *Lamartine Corrêa de Oliveira* e Francisco José *Ferreira Muniz*:

"Nos países de formação católica, tal instituto aparece freqüentemente como modalidade alternativa. Assim, em França e Portugal, as causas da separação são as mesmas do divórcio, podendo as partes, livremente, optar por qualquer dos dois institutos, ressalvando ainda as respectivas legislações a possibilidade de conversão de separação em divórcio."<sup>18</sup>

Foi, aliás, o modelo francês que inspirou o sistema brasileiro, trazendo uma pluralidade de casos para ensejar a ruptura da sociedade conjugal, alguns fundados na culpa, e outros na simples ruptura da vida conjugal. Daí ser correto entender-se que vigem três modalidades de separação, como explicam acertadamente os já referidos José *Lamartine Corrêa de Oliveira* e Francisco José *Ferreira Muniz*, que preferem utilizar o termo *desquite ao invés de separação*:

"O desquite por mútuo consentimento, também chamado 'separação consensual' (art. 4º) e as duas modalidades de desquite litigioso - o dominado pelo princípio da culpa (art. 5º, caput) e o dominado pelo princípio da ruptura. Este último está subdividido pela lei em duas subespécies: a primeira, em que, como se verá, o pressuposto do desquite é a separação de fato por um ano (hipótese do art. 5º, § 1º, com a redação da Lei nº 8.408, de 131211992, e a segunda, prevista para o caso de grave doença mental de um dos cônjuges (art. 5º, § 2º). Uma parte da doutrina denomina a hipótese do § 1º 'separação-consumação' ou 'separação-falência' e a hipótese do § 2º 'separação-remédio'."<sup>19</sup>

## 2.5 A conciliação na separação

De acordo com o art. 3º, § 2º, "o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário."

Transparece, na regra, aplicável tanto na separação litigiosa como na amigável, a tendência histórica para a conservação da sociedade conjugal, numa típica função imposta ao Estado de proteger o casamento. Função esta que já vinha inserida no ordenamento do Código de Processo Civil de 1939, quando se ordenava ao juiz ouvir os desquitandos sobre as causas do pedido, marcando prazo para que os mesmos refletissem sobre o propósito de se desquitarem.

Já observava *Tito Fulgêncio*, em época longeva, a função deste encontro do juiz com os cônjuges, que era não para

"inquirir os motivos de desquite que as partes querem deixar ocultar para evitar escândalo de pleitos sobre causa determinada, mas sim precisamente para falar aos cônjuges a linguagem da paz doméstica, fazer-lhes as advertências precisas para chegar-se à reconciliação."<sup>20</sup>

A necessidade de reconciliação é imposta sob pena de invalidar-se o processo. Seu objetivo é contestar se os cônjuges deliberaram de forma séria, livre, firme e consciente. Se ainda persiste alguma dúvida de qualquer um deles, não se concederá a separação consensual.

Sobre a conciliação na separação consensual, encerra o art. 1.122 do Código de Processo Civil:

"Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos 2 (dois) artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade."

Se convencer-se da seriedade e da vontade livre de separarem-se, manda o § 1º

"reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo para que voltem, a fim de ratificar o pedido de separação consensual."

Importa reconhecer nos textos legais o firme propósito do legislador de manter o casamento, o que se apresenta mais provável na separação consensual.

Mas tal intento dirige-se igualmente à separação litigiosa, como ocorria antes da Lei nº 6,515, quando a providência era imposta pela Lei nº 968, de 10/12/1949, cujo art. 1º ordenava:

"Nas causas de desquite litigioso [...], o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada, promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação." No art. 2º, explicitava-se o modo de se tentar a conciliação: "Para os fins do artigo anterior, o juiz, pessoalmente, ouvirá os

litigantes, separada ou conjuntamente, e poderá ainda determinar as diligências que julgar necessárias".

Presentemente, pois, é generalizada a tentativa de reconciliação pelo mesmo dispositivo legal (art. 3º, § 2º, da Lei nº 6.515). O juiz terá como incumbência, quanto à separação consensual, de ouvir os cônjuges sobre os motivos da separação, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação da vontade, com o que se convencerá de que ambos, livremente, e sem hesitação, desejam a separação (art 1.122, § 1º, do CPC). Além disso, cabe-lhe promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam em audiência de conciliação designada.

Por outras palavras, na separação consensual as exigências são maiores: ouvir os motivos, explicar as conseqüências e tentar a reconciliação ou a transação. Na separação litigiosa, sua missão limita-se a buscar a reconciliação ou a transação.

Nas duas hipóteses, ouvirá pessoalmente os separandos, um de cada vez. E, se afigurar-se viável a combinação quanto a algumas divergências, reuni-los-á em sua presença.

Na separação consensual, ainda, é permitido conceder prazo para uma reflexão maior - o que não se afasta na litigiosa se o prudente arbítrio do juiz visualizar alguma possibilidade de acordo ou de transação,

Nota-se não se exigir a ouvida em separado e em conjunto concomitantemente. Apenas na eventualidade de divisar alguma esperança de reconciliação ou transigência do casal aconselha-se a ouvida em separado e em conjunto. Há de se manter a discricão, no sentido de evitar a audiência em conjunto quando degeneradas as relações. Nem se deve forçar situações constrangedoras.

Nada impede que, na forma consensual, se apresentem os cônjuges em momentos distintos. Não impõe a lei (quer o art. 1.122 do CPC, quer o art. 3º, § 2º, da Lei nº 6.515) que devam os cônjuges ir no mesmo dia à sua presença. Unicamente se perceber o juiz alguma possibilidade de transigência, ou reconciliação, é que solicitará a presença de ambos conjuntamente.

Se um dos cônjuges simplesmente não comparecer, autuar-se-á o pedido e se arquivará o mesmo, a menos que seja solicitada nova data, ou nova oportunidade.

A presença de advogado não suprirá a ausência da parte.

De modo geral, o não-comparecimento nada mais é que a desistência. Não se pode conceber a omissão como recusa ao entendimento, exceto na separação litigiosa.

Nesta modalidade, o juiz poderá buscar o entendimento ou acordo na própria audiência de instrução. Em geral, ordena-se a citação, com a

designação de data para uma possível reconciliação ou transação, muito embora preferível é que preceda esta tentativa da contestação.

Úteis as seguintes, comendações trazidas por *Pedro Sampaio*:

"A reconciliação da com a concordância dos litigantes em desistir da ação e restaurar a vida de casados. Não tendo havido ainda a citação, mas somente a intimação das partes para a audiência de conciliação, ou acordo, o pedido de desistência, a ser feito pelo autor, é suficiente para a extinção do processo. É, no entanto, de necessidade a lavratura de termo específico de reconciliação, atestando o cumprimento da exigência legal. Resultando malograda a tentativa de reconciliação, o julgador deverá intentar um acordo, no sentido de conseguir mudar o processo litigioso de separação em procedimento amigável.

De bom alvitre será que o juiz proponha, sem inicialmente entrar nos detalhes específicos da composição, a conversão do processo litigioso em consensual para, em seguida, conseguir que este chegue a bom termo, fazendo com que os separandos transijam, inclusive, sugerindo a feitura da partilha dos bens para ulterior deliberação, se essa for motivo da dissensão entre os cônjuges."<sup>21</sup>

Sempre que na separação consensual for designada nova data, e não comparecer qualquer dos cônjuges, autuar-se-á a petição e documentos e arquivar-se-á o feito (art. 1.122, § 2º, do CPC).

Comprova-se a realização da audiência, ou o não-comparecimento de um dos separandos, através da lavratura do competente termo, onde se consignarão todas as circunstâncias ocorridas e os termos da reconciliação ou transação. Obviamente, se tratar-se de separação consensual e eventual conciliação não se estabelecerá mediante condições ou transferências. Simplesmente os cônjuges declaram que se reconciliaram e arquivam-se os autos, ou devolvem-se as peças se não tiver havido autuação.

## **2.6 Participação do advogado na conciliação**

Outra importante norma é a do § 3º do art. 3º: "Após a fase prevista no parágrafo anterior, se os cônjuges pedirem, os advogados deverão ser chamados a assistir aos entendimentos e deles participar".

Nada mais coerente e oportuno, porquanto todo o encaminhamento da separação e a condução para o acerto dos cônjuges estiveram a cargo dos advogados, os quais conhecem, portanto, os meandros das discórdias ou divergências, podendo ser definitivos ou modificáveis, o que depende, às vezes, do conhecimento da situação.

Segundo se observa da redação acima, o juiz ouve os cônjuges. A pedido dos cônjuges, ou de qualquer um deles, ou mesmo entendendo conveniente o juiz, serão convocados os procuradores para participarem da

audiência, esclarecerem aspectos dúbios e opinarem ou aconselharem sobre as concessões a exigências apresentadas sobre as transações.

É de questionar sobre a nulidade ou não do processo se um dos cônjuges solicitar a presença, e o indeferir o juiz. Embora a norma reserve a convocação à discricionariedade do juiz, sérias razões apresentam-se para invalidar as transações duvidosas e favoráveis a apenas um dos cônjuges, se levadas a termo na audiência sem o comparecimento do procurador, malgrado interesse manifesto da parte.

A presença do advogado normalmente ocorre nas separações litigiosas. Nas consensuais, conquanto os cônjuges apresentem todos os seus interesses decididos, dada a importância do momento e as profundas mudanças que irão ocorrer, também assiste, a faculdade de se fazerem acompanhar.

A participação refere-se aos mesmos advogados que atuaram na preparação do processo, Não tem muito sentido que outros acompanhem os separandos, talvez não conhecendo a situação que os levou à separação. É o que pondera *Orlando Gomes*:

"A convocação dos advogados das partes, após a fase de conciliação, supõe a participação anterior destes no processo de separação consensual. Visto que se inicia com a tentativa de conciliação, a intervenção do advogado só poderia ser no próprio ato de seu requerimento. A fim de cortar qualquer dúvida prescreveu o legislador, inovando, a exigência de ser a petição assinada também pelos advogados dos requerentes, ou por um só se de comum acordo o constituíram para esse fim. A intervenção do advogado é necessária (art. 34, § 1º). Trata-se de exigência singular. Que a lei consentisse tal assistência aberta desde a primeira hora, compreende-se, mas que a fizesse obrigatória, dificultando ou onerando, sem razão, as separações consensuais, não se explica."<sup>22</sup>

Embora, no entanto, a intenção da lei de tudo fazer para salvar o casamento, na prática tais providências têm trazido poucos resultados. E isto por vários motivos. Em primeiro lugar, é pouco provável que uma simples audiência, por mais preparado que seja o juiz e por maior disposição que apresente, consiga resolver incontáveis desajustes que foram se acumulando durante o casamento. Tanto isto que as audiências passaram a se realizar mecanicamente, dentro de uma atmosfera formal, mais consistindo em simples assinatura de termos já impressos. Em segundo lugar, pela ingenuidade dos próprios pontos oferecidos para o juiz indagar aos cônjuges. Parece perda de tempo a preocupação quanto à consciência dos mesmos sobre o ato então realizando, ou se a decisão se encontra suficientemente amadurecida. Afigura-se óbvio que a procura de advogado e o encaminhamento do processo nada mais representam que a derrocada incontornável do casamento.

Têm, entretanto, servido tais audiências para acertos definitivos de cláusulas um pouco duvidosas, ou de aspectos não bem claros, ou para modificar algumas condições um tanto desvantajosas para uma das partes. Especialmente ressalta a importância nas separações litigiosas, em inúmeros casos transformadas em amigáveis.

## 2.7 Causas da separação

Consideram-se causas da separação os fatos que servem de fundamento para a sua postulação, ou que determinam o pedido de separação. Correspondem, ainda, aos fatores que possibilitam a dissolução da sociedade conjugal. *Fernando Brandão Ferreira Pinto* bem coloca o significado, ao salientar que sua função é indicar contra quem ou a favor de quem a separação deve ser decretada, tendo por base a imputação de certos fatos que permitem a sua formalização.<sup>23</sup>

No pertinente à separação consensual ou por mútuo consentimento, não há que falar em causa da separação. A menção de algum motivo ou a atribuição da causa a um dos separandos, já, descaracteriza a consensualidade.

Pelo Código Civil, as causas vinham discriminadas no art. 317: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, e abandono voluntário do lar conjugal por mais de dois anos.

De acordo com a Lei nº 6.515, ocorreu uma alteração profunda, modificando o sistema fechado e limitativo do regime anterior, pois só aquelas tipicidades de condutas imputáveis a um dos cônjuges serviam de fundamento ao então desquite.

Pela Lei nº 6.515, pode-se afirmar que apareceram três tipos de separação, cada um baseado em determinadas situações, e abstraindo a possibilidade de separação exclusivamente assentada na culpa, o que incoorria anteriormente.

A primeira causa está em determinados fatos ilícitos imputáveis a um dos cônjuges, e contemplados *no caput do art. 5º*, que nos traz esta redação:

"A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum."

Baseia-se a separação na culpa de um dos cônjuges.

O corpo do art. 5º considera como fundamento suficiente da separação toda a conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento, tornando, numa ou noutra hipótese, insuportável a vida a dois.

A segunda causa está no § 1º do mesmo art. 5º, isto é, a ruptura da vida em comum dos cônjuges. Expressa o dispositivo:



"A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de reconstrução."

A redação do dispositivo veio introduzida pela Lei nº 8.408, de 13/02/1992, em seu art. 1º, sendo que, anteriormente, exigia-se o prazo de separação de fato de cinco anos.

Em terceiro lugar, aparece a causa fundada na doença mental de um dos cônjuges, caracterizando a separação-remédio, e lembrada no § 2º do art. 5º:

"O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável,"

Em resumo, temos a conduta desonrosa, ou o ato que constitua violação grave dos deveres do casamento; a ruptura da vida em comum e a grave doença mental de um dos cônjuges.

Há uma classificação comumente usada, que divide as causas em concretas e abstratas. As primeiras correspondem aos fatos da vida real indicados como motivos do pedido, Narra-se na inicial um acontecimento ensejador da separação, circunstanciando-o com detalhes. Exemplificativamente, a mulher atribui ao marido o adultério, referindo a parceira, o dia, o local e outros dados. Da mesma forma quanto à agressão, descrita com todos os elementos que a situam como um fato localizado.

Abstratas consideram-se as causas quando envolvem uma determinada categoria que possibilita a separação. É claro a respeito J. M. *Antunes Varela*:

"A causa abstrata é a categoria legal (antigamente o adultério, as sevícias, a injúria grave, o abandono ou o atentado contra a vida do outro cônjuge; hoje em dia, a conduta desonrosa, a violação grave deste ou daquele dever conjugal, a demência ou a ruptura da vida em comum) a que correspondem os fatos reais invocados pelo autor da reparação,"<sup>24</sup>

A classificação objetiva direcionar o efeito da coisa julgada. A causa abstrata, uma vez alegada, não transita em julgado. A afirmação de adultério, ou de maus-tratos, mesmo que transitada em julgado a sentença que não reconheceu tais anormalidades, não impede novo ajuizamento de ação com idêntico fundamento, sustentando, porém, que o adultério aconteceu em data posterior ao que determinou o ajuizamento da primeira ação.

Conhecem-se, outrossim, as causas peremptórias e as causas relativas ou condicionadas.

As primeiras, uma vez verificadas, determinam necessária ou peremptoriamente a separação. Ao juiz não cabe proferir uma decisão valorativa

de sua importância, ou dizer se, no caso concreto, a prática de certa infração aos deveres conjugais torna a vida matrimonial insuportável ou não. Estando o juiz diante de um fato determinado, e uma vez provada a sua verificação, ao órgão julgante não cabe aplicar a lei e conceder a separação, porquanto a causa possui visos de obrigatoriedade na concessão da separação. Assim acontecia com o adultério, expressamente nominado no art. 317 do Código Civil, a menos que presente uma das excludentes do art. 319.

Não seriam peremptórias as sevícias, a injúria grave, os maus-tratos, e mesmo o abandono do lar, dentro de certo poder de apreciação em vista da repercussão na vida matrimonial. Somente se tornasse insuportável a convivência, o juiz consideraria a separação. Daí vê-se que estas causas não se apresentam como obrigatórias, ou peremptórias, mas como facultativas ou relativas, ou, ainda, condicionadas.

Presentemente, em razão da Lei nº 6.515, parece que não mais há causas peremptórias.

Todos os motivos contemplados no art. 5º e seus parágrafos, e que permitem a separação, condicionam-se a uma profunda análise no sentido de redundarem ou não na satisfação dos requisitos da insuportabilidade da vida em comum; da impossibilidade da reconstituição da vida em comum; ou da impossibilidade da continuação da vida em comum,

Ao juiz se concede larga margem para constatar o alcance da , violação dos deveres conjugais naqueles requisitos. Não se concede a separação se o fato não abala consideravelmente a vida em comum.

Os motivos dos §§ 1º e 2º do art. 5º mais revelam a relatividade das causas, pois expressa o art. 6º:

"Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores."

Quanto ao art. 5º, permite-se concluir que a conduta desonrosa ou o ato violador dos deveres conjugais torna-se causa peremptória unicamente se redundar na insuportabilidade da vida em comum. A mera infração à obrigação legal não determina peremptoriamente a separação.

A obrigatoriedade advém se aliada a infração à condição da insuportabilidade.

Tudo isto porque, disserta *Carlos Celso Orcesi da Costa*,

"a ciência do direito somente admite a peremptoriedade na forma dos atos jurídicos, mas sempre pressupõe valoração e interpretação, no que toca à cognição do contido na norma. Interpretar, antes de tudo, é conhecer o sistema e a norma jurídica, Não existem, para o direito, completamente, causas de

dissolução matrimonial taxativas. Qualquer que seja a matéria em discussão, haverá sempre um poder discricionário da parte do juiz.<sup>125</sup>

Sobressai, ainda, outra classificação de causas: objetivas e subjetivas, As primeiras ocorrem independentemente de culpa dos cônjuges; as segundas advêm da culpa.

A separação, às vezes, torna-se uma imposição, embora a ausência de infração aos deveres matrimoniais. Há situações em que os cônjuges se desinteressam completamente um do outro. A vida conjugal é apenas aparente, E mesmo ocorrendo a separação de fato, não há um fato que impute a responsabilidade a um ou outro cônjuge. É a situação do § 1º do art. 5º: "Dá-se a separação pela simples ruptura da vida em comum por um período de um ano". Igualmente, na ocorrência do § 2º do citado dispositivo: "A grave doença mental que acomete a vida em comum".

Como se percebe, as causas são objetivas.

Já diferente é o caso quando a separação decorre da culpa. A conduta humana envolve a prática de um ato voluntário, injurídico e violador dos deveres conjugais, tornando insuportável a vida a dois. A causa, então, é subjetiva, encontrando fulcro no caput do art. 5º. Os atos infratores consistem na prática do adultério, na injúria, no comportamento aviltante, nos costumes desregrados, nos maus-tratos, na omissão de prestar assistência material e moral, ou econômica e espiritual.

A tendência, no entanto, das legislações é dar realce ou proeminência às causas objetivas, no que ainda mostrou-se tímida a lei brasileira. Até época recente, fatalmente era imposta a manutenção de uma

sociedade conjugal puramente artificial, caso não concordasse o outro cônjuge com a separação, ou não provasse o interessado uma das hipóteses do art. 317.

Com a Lei nº 6.515, apareceu a separação-ruptura (art. 5º, §§ 1º e 2º), prescindindo do fator culpabilidade, e baseada numa separação de fato relativamente longa, ou na separação por enfermidade de um dos cônjuges.

Mas estas possibilidades independentes da culpa ainda não se mostram suficientes. Há de se ir mais além. Inúmeras relações conjugais persistem unicamente porque um dos cônjuges não aceita a separação consensual, ou em razão da inexistência das causas inseridas no art. 5º e em seus parágrafos.

A separação deve ser facilitada, com o que se conseguirá maior autenticidade nos casamentos. Em vista da simples inconveniência da união matrimonial, por não atender a mesma os objetivos do casamento, que perde todo o sentido que o instituiu, autoriza-se a separação, que se formalizará mediante o pedido de um dos cônjuges. Servirá como fulcro do pedido o simples interesse da parte, ou a mera pretensão de separar-se, se um dos cônjuges discorda do encaminhamento em conjunto, ou não aceita a separação amigável, nem emerge

alguma das causas do art. 5º ou de seus parágrafos. A rigor, faleceria qualquer amparo legal. Mas nada restou do casamento, Marido e mulher mantêm uma união puramente externa.

Então, haveria de abrir-se a lei positiva para autorizar a separação pela simples vontade de um dos envolvidos, perdurando as demais hipóteses como atualmente vêm previstas.

Pretender a comprovação de alguma culpa de parte do outro cônjuge é questão complexa, e que, com freqüência, redundaria em uma causa artificial. É que, lembra J. *Saulo Ramos*, torna-se difícil encontrar as causas dentro das hipóteses do art. 5º e seus parágrafos. Não raras vezes, os motivos mais comuns de rompimento do matrimônio estão "nos conflitos psicológicos, nos desajustes de conduta, nos desníveis culturais, na incompatibilidade sentimental ou matrimonial, ou sexual, ou, em muitos casos, no simples desamor, que nada tem de desonroso para nenhum dos cônjuges."<sup>26</sup>

No que é reforçado por *Carlos Celso Orcesi da Costa*, que se vale de *Lucio Grassi*:

"Quem, como nós, está convencido que a separação não pode ser entendida como sanção, que muitas vezes a culpa de um cônjuge é apenas leviandade, habilmente aproveitada pelo outro cônjuge; que freqüentemente o cônjuge culpado não é o mais perverso, mas tão-somente o mais desguarnecido dos dois; que quase sempre a razão e o tortuoso não são divisíveis [...], não pode senão considerar como decisivamente positivas as conseqüências."<sup>27</sup>

A rigor, em cada relação prolongada de pessoas há contratempos, desgostos, dissabores, divergências, que se acentuam em proporção direta com o crescer das interferências de uma pessoa na outra e nos compromissos ou encargos que fatalmente pesam sobre os cônjuges de forma progressiva. A deterioração das uniões é, às vezes, um fato natural, inerente às limitações do ser humano, não convindo se transformem as separações judiciais em longas batalhas judiciais, com retaliações morais de toda ordem, levando, ao final, um dos esposos o estigma ou o peso de culpado por grave violação dos deveres do casamento.

## **2.8 Tendência em se abolir do sistema jurídico a separação judicial para fins de divórcio**

À semelhança do que ocorre em muitos países, a tendência é afastar a separação do sistema jurídico brasileiro, eis que atingem-se as mesmas finalidades, e em extensão bem maior, com o divórcio. Assim como acontece nos países onde existe a separação (como na França, na Itália e em Portugal), nota-se um grande esvaziamento do instituto, dando as partes proeminência ao divórcio, alcançável praticamente mediante custos e pressupostos ou requisitos iguais aos exigidos na separação.

Efetivamente, há de se afastar tudo o que burocratiza ineficazmente as pretensões. Presentemente, a separação tem como única vantagem a possibilidade de autorizar o divórcio após um ano a contar da sua concessão. Mesmo assim, nem sempre se faz necessária a separação judicial, porquanto basta a separação de corpos (art. 25 da Lei do Divórcio).

Normalmente, a prévia exigência da separação judicial leva os interessados a aguardar mais tempo para buscar a desconstituição já do vínculo conjugal, o que facilita o desiderato último, que é a desconstituição do casamento. E para tanto, às vezes engendrando uma situação de fato não real, que é a alegação da separação prática dos cônjuges por dois ou mais anos.

Assim, mostra-se salutar a discussão em torno do assunto, com objetivos de inserir na ordem constitucional a possibilidade de simplesmente buscarem os cônjuges o divórcio, sem o pressuposto da anterior separação judicial.

### **3. SEPARAÇÃO CONSENSUAL**

#### **3.1 Caracterização**

Cuida-se da separação em que se prescinde da menção de qualquer fundamento para o ajuizamento do pedido.

Ambos os cônjuges exprimem, de comum acordo, a vontade de se separarem, não invocando nenhuma causa legal para embasar o pedido. Diferentemente da separação judicial, em que não raramente há a devassa da vida íntima e conjugal dos esposos, não se alega a menor particularidade que determinou o propósito da dissolução da sociedade matrimonial.

Daí afirmar, com acerto, José Abreu:

"Esta forma consensual de separação apresenta vantagens evidentes, sobretudo se atentarmos para a circunstância de não deixar as marcas que sempre derivam de uma separação judicial, sempre detrimosas pela sua projeção no seio da própria família e mais particularmente no que tange aos filhos do casal, se existentes. É que na separação consensual, a causa é irrelevante, uma vez que dela não se indaga, o que gera a consequência da desnecessidade de produção de provas, muitas vezes inconvenientes, envolvendo, com freqüência, pessoas que depõem com constrangimento, mas que são obrigadas a fazê-lo porque privam da intimidade do casal e conhecem fatos úteis ao desfecho da causa."<sup>28</sup>

Constitui esta forma de separação, sem dúvida, um negócio jurídico bilateral, com a declaração livre e consciente das vontades, em que as partes estabelecem cláusulas e assumem obrigações, considerando-se válidas desde que sigam os requisitos fundamentais que regem os atos jurídicos, ou não ofendam as normas de ordem pública, a moral e os bons costumes.

Nota, quanto ao conceito, *Teresa Ancona Lopez*:

"A separação consensual é essencialmente um acordo entre duas partes (cônjuges) que têm por objetivo dar fim à sua sociedade conjugal. E, portanto, negócio jurídico bilateral, pois, para que esse acordo exista e seja válido é necessária a declaração livre e consciente da vontade dessas partes.

Todavia, para que *o mutuus dissensus* tenha executoriedade ou gera os efeitos queridos pelas partes, necessita de um ato de autoridade, qual seja a sua homologação através de sentença judicial."<sup>29</sup>

O art. 4º da Lei nº 6.515 traz a previsão da separação consensual, praticamente reproduzindo a redação do art. 318 do Código Civil: "Dar-se-á a separação por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado".

Nota-se a abstração da causa, representando a forma mais pura de dissolução da sociedade conjugal.

Desde épocas longevas é conhecido o então chamado *desquite ou divórcio*, mas o conteúdo de separação de corpos, sem dissolução do casamento. A consolidação das Leis Civis de Teixeira *de Freitas* colocava sob a jurisdição eclesiástica todas as questões concernentes ao casamento, e mesmo à separação de corpos, ou divórcio sem rompimento do vínculo, obtendo-se a concessão se ocorresse uma das seguintes causas: adultério, sevícias ou o abandono. Não se conhecia, ainda, a forma amigável.

Com o Decreto nº 181, de 241111890, apareceu o denominado *divórcio sem dissolução do casamento por mútuo consentimento*, que veio a ser acolhido no Projeto de Clóvis, do Código Civil, e acabando a palavra *desquite* por ser introduzida na Câmara dos Deputados, pela Comissão que analisou o projeto do Código Civil.<sup>30</sup>

Com a Lei nº 6.515, a expressão *desquite* foi substituída por *separação*.

A separação amigável representa um modo mais racional e objetivo de dissolução da sociedade conjugal, por determinar o silêncio sobre as causas e motivos determinantes.

Largamente aplicado, revela a preferência do próprio legislador ao prever caminhos para a sua aplicação, quando os separandos ingressam em juízo com o pedido litigioso. O § 2º do art. 3º da Lei nº 6.515 ordena ao juiz que promova todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, com a seguinte redação:

"O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário."

### **3.2 Abstração da causa**

À primeira vista, transparece que na separação amigável não há profundas mágoas ou chagas no passado, e sim uma forte ausência de afeição ou comunhão de vidas entre os cônjuges. Desaparecendo os sentimentos de união, de companheirismo e amor, buscariam eles o único caminho de dignidade pessoal, ou seja, a separação, cujo conteúdo se aproxima do distrato.

É de convir, no entanto, que as razões da decisão com freqüência são tanto ou mais graves do que as determinantes da separação litigiosa.

A diferença com esta forma está em que não mencionam os interessados, na petição, os motivos que os levaram ao término da sociedade conjugal.

Isto, fundamentalmente, porque a referência à causa significa rememorar as dissonâncias, ou reavivar todas as lembranças que poderão embaraçar a solução amigável do casamento, além de incutir a culpa pela separação a um dos cônjuges.

De outra parte, não se vislumbra a menor necessidade para revelar as causas desencadeantes, justamente porque não se exige motivo e por se tratar de separação-remédio. Daí afirmar *Pedro Sampaio* que "esta separação é um meio silencioso da dissolução da sociedade conjugal."<sup>31</sup>

Apesar do silêncio quanto aos motivos, encerra o art. 1.122 do Código de Processo Civil que o juiz, na tentativa da conciliação, "ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação". Motivos que serão expostos verbalmente, isto com a finalidade de poder o juiz melhor avaliar a decisão dos cônjuges, e concluir quanto à possibilidade de conciliação. De acordo com as razões que são apresentadas, já perceberá o juiz até onde poderá desenvolver o diálogo e medir o sucesso ou insucesso na conciliação.

Ante a referência a uma causa, deverá o juiz ordenar que as partes a suprimam ou emendem a inicial. Evidentemente, a referência a causas comuns, não ensejadoras de responsabilidade a um dos separandos, não impede o andamento do processo. Não mais se pode manter o rigorismo de outrora, quando se ordenava o refazimento da inicial se algum motivo vinha alegado na mesma.

### **3.3 Pressupostos ou requisitos**

Embora dita modalidade não traga maiores complexidades para o processamento, despontam vários requisitos a serem observados pelas partes, assim discriminadas:

a) Que emane o pedido da vontade plenamente livre dos cônjuges - tarefa esta que incumbe ao juiz perscrutar ou perceber quando da audiência, o que recomenda a ouvida de cada cônjuge em separado. É claro *Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"Pode-se argumentar que dificilmente ocorrem constrangimentos, no sentido de impor a um dos cônjuges a separação. A premissa é discutível, sabido que a separação envolve pesada carga de emoções e instabilidades. Lembre-se, ademais, que a própria exigência da lei, no sentido de obrigar o comparecimento pessoal perante o juiz, representaria fator de eficácia para que isso ocorresse. Em não sendo processualmente necessária a conciliação pessoal, lícito imaginar que tais imposições de alcova poderiam aumentar. Não restaria, destarte, mais nenhum sentido em que a separação se fizesse por viajudicial,"<sup>32</sup>

b) Que os requerentes se encontrem casados há mais de dois anos. Desde o Decreto nº 181, de 1890, é mantido este requisito temporal, tendo *Clóvis* justificado a sua necessidade, ao ser introduzido no art. 318 do Código Civil:

"O casamento é, ao mesmo tempo, um instituto jurídico e social, em que predomina o elemento ético, e ainda, porque é forçoso nele obter a difícil conciliação da liberdade individual, com a tutela dos direitos, e o respeito à dignidade do casamento, não permitiu o Código, aos cônjuges, o desquite por mútuo consentimento, senão depois de dois anos de vida conjugal. Se se fosse atender, somente, à liberdade individual, teriam razão aqueles que entendem que esse motivo de divórcio poderia ser invocado, desde o dia seguinte ao casamento. Pessoas irrefletidas casariam sem atender à gravidade e à santidade do ato, e, no outro dia, estariam em combinação para desatar, sorrindo, o laço que deram por simples desfastio."<sup>33</sup>

Em verdade, dadas as alterações introduzidas pela Constituição Federal, e pela Lei nº 7.841, autorizando-se a conversão em divórcio após o decurso de um ano da separação, não seria desarrazoada a redução do prazo para um ano.

O objetivo da lei, ao exigir que permaneçam os cônjuges casados pelo menos dois anos, é oportunizar uma experiência mais prolongada do convívio e um amadurecimento maior, pois em inúmeras vezes os casais decidem pela separação em situações de crises momentâneas, continuando, após, a conviverem normalmente.

c) Que se expresse o consentimento perante o juiz. Procura a lei, ao assim impor, envidar todas as possibilidades de reconciliação, e salvar o casamento. De outra parte, a ouvida pelo juiz visa assegurar a total liberdade na decisão e no assentimento às cláusulas estabelecidas.

A falta de termo atestando a busca de conciliação acarreta a anulação do processo. Em vista da relevância do casamento no sistema jurídico brasileiro, é indispensável o acompanhamento do Estado nos momentos mais decisivos que afetam sua existência.

Mesmo porque, em dadas situações, e por razões que não aparecem nos autos, não é incogitável que um dos cônjuges tenha aquiescido em



condições absurdas e prejudiciais. Importa se ofereça, no mínimo, uma oportunidade para o cônjuge externar ao juiz a verdadeira realidade que ocasionou a quebra do casamento.

d) Que a separação não prejudique os interesses dos filhos e dos próprios cônjuges. Esta condição emerge do art. 6º da Lei nº 6.515: "Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores."

A regra autoriza a negativa do pedido em duas hipóteses: na separação de fato há mais de um ano (atualmente, em face da Lei nº 8.408) e no pedido fundado em grave doença mental do outro cônjuge; e desde que a decretação resulte uma das seguintes conseqüências: agrava as condições pessoais ou a doença do outro cônjuge, ou traz prejuízos de excepcional gravidade aos filhos menores.

Tal quadro permite ao juiz simplesmente negar a separação. Primeiramente, salienta-se a restrição dos casos de negativa. Não se estenderia à separação amigável, eis que o art. 6º dirige-se apenas aos

§§ 1º e 2º do art. 5º. Mas é forçoso dizer que não encontra a menor justificação impedir a incidência na separação consensual, o que se torna admissível relativamente aos filhos. Na verdade, sempre a separação traz efeitos negativos para os filhos. Mas, não se cogita aqui das conseqüências normais, e sim dos prejuízos fora do comum, como se os pais adotam resoluções que afetam o sustento, a educação e a criação natural dos filhos. Neste quadro, incorreria no indeferimento da separação quando se reduz extraordinariamente a pensão alimentícia, não oferecendo o cônjuge que fica com a guarda as condições mínimas para suprir a deficiente pensão. Nesta mesma vedação, se nas cláusulas é inserida disposição proibindo um dos separandos visitar os filhos, ou tê-los consigo. A pretexto de se homologar ou conceder uma separação, não se pode firmar pactos ilícitos ou vulneradores de certos valores naturais.

A regra, embora se deva concebê-la com tal alcance, parece que foi redigida para evitar a separação se traz agravamento das condições pessoais dos cônjuges. Eis a explicação *de Pedro Sampaio*;

"Ao ser proposta a ação, o separando, ou o divorciando, poderá, pois, argüir, em sua defesa, como impediante, o agravamento das suas condições pessoais, tais como a agravação de determinada moléstia, inclusive a mental, mesmo não tendo teor de gravidade; a idade avançada do cônjuge conjuntamente com a sua debilidade física natural, ou provocada por doença, ou outro fato que, correlacionado com o deferimento da separação judicial, ou do divórcio, possa ser tido como agravante da condição pessoal em que se encontra o demandado."<sup>34</sup>

Embora amigável a separação, é de se examinar se advêm tais decorrências.

De igual modo, se agravar-se a doença mental. E quanto aos filhos, em face do prejuízo que resulta, mormente em razão de cláusulas que não garantem seu futuro nas condições existentes antes da separação.

Seja como for, o art. 34, § 2º, da Lei nº 6.515, dirime quaisquer dúvidas: "O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges".

### **3.4 Procedimento judicial na separação consensual**

É bastante simples o processo judicial para formalizar a separação consensual. Não envolve complexidades processuais, nem se faz necessária uma petição inicial com explicações ou justificações. Assemelha-se a um simples formulário, onde se colocam alguns dados particulares dos cônjuges e se descrevem as decisões relativamente a alimentos, guarda dos filhos, direito de visita aos mesmos e forma de partilha dos bens.

Já no art. 34 é indicado o procedimento a seguir-se:

"A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário."

Os apontados dispositivos já disciplinavam o chamado desquite *amigável*.

O art. 1.120 da lei instrumental preceitua: "A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges". Regra que foi adotada pelo § 1º do art. 34 da Lei nº 6.515, mas que exige também a assinatura dos advogados das partes, ou pelo advogado

, comum: "A petição será também assinada pelos advogados das partes

ou pelo advogado escolhido de comum acordo".

Antes do Código de Processo Civil de 1973 não se reclamava a assinatura do advogado, embora alguns entendessem a obrigatoriedade de sua participação. A explícita referência à assinatura do advogado resultou de campanha da Ordem dos Advogados do Brasil. E, com efeito, sendo uma peça que requer conhecimentos técnicos, torna-se imperiosa a dita participação. Mesmo porque a ninguém se permite postular em juízo se não tiver habilitação profissional. Aliás, a indispensabilidade do advogado ressalta do art. 3º, § 3º, da lei em análise. Podendo ele ser chamado a participar da conciliação, obviamente é decorrência normal a necessidade de sua assinatura.

Observa, finalmente, José Abreu;

"Esta exigência, contida no texto do § 1º do art. 34, é mais uma precaução do legislador, que deseja que as partes sejam assistidas por advogado."35

O § 3º do art. 34 autoriza a assinatura a rogo: "Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles". No art. 1.120, § 1º, da lei processual, é repetida a norma.

A solução, segundo se percebe, é simples. Não determina a lei que os cônjuges, em tal situação, devessem outorgar procuração a um advogado para representá-los também na assinatura a rogo, na presença do juiz. Se não assinada a petição desta forma, impõe-se o reconhecimento das assinaturas pelo tabelião, segundo a regra do mesmo art. 34, § 4º: "As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião". Regra idêntica é encontrada no art. 1.120, § 2º, do Código de Processo Civil.

O reconhecimento das assinaturas é dos cônjuges e não do advogado. As assinaturas dos separandos constarão, também, no pedido de partilha dos bens, sem o que sujeita-se à anulação, como depreende-se do seguinte aresto: "A declaração de nulidade do aditivo à inicial não assinado pelo casal, mas apenas pelo advogado, deve ser perseguida em ação ordinária (art. 486 do CPC)."36

Com estas providências, objetiva a lei que os cônjuges estejam bem cientes de sua ação, O reconhecimento das assinaturas poderia ser dispensado. Esta formalidade procura afastar quaisquer dúvidas de identidade - o que é de discutível segurança. Apresentando-se pessoalmente os cônjuges ao juiz, ele aferirá *in actu oculi* a identificação. Ouvindo-os o juiz, constatará a autenticidade das declarações e examinará se as mesmas refletem a real intenção de cada separando.

Sendo indispensável a audiência com o juiz, e alcançando-se com a sua realização a finalidade do reconhecimento das assinaturas, a ausência deste ato não invalida a homologação.

Após a audiência com o juiz, cujo ato será certificado, onde constará que não houve conciliação e que a vontade foi expressa de modo livre e consciente, ouve-se o Ministério Público. Depois, será homologado o pedido.

Com o Código de Processo Civil de 1973, deu-se uma sensível facilitação no processamento. Afastaram-se formalismos inúteis, dentre os quais a audiência de ratificação, que passou a ser facultativa, ou

submetida ao desiderato do juiz, que a exigirá se constatar que um dos cônjuges ou ambos hesitaram na separação, ou não estão convictos, ou mostram desgosto quanto a uma ou mais cláusulas.

Não mais persiste o recurso à instância superior, com o fito de examinar o cumprimento das formalidades legais.

### **3.5 Audiência de conciliação, ratificação e homologação ]**

Embora já desenvolvidos o assunto e os aspectos processuais da audiência de conciliação e ratificação, salienta-se que a simples vontade dos cônjuges não é suficiente para a obtenção da homologação. Não basta encaminhar o pedido, Impõe a lei a verificação das vontades pelo juiz. Ou seja, há uma interferência do Estado no próprio encaminhamento do pedido. É necessário que seja atestado sobre a capacidade e espontaneidade do consentimento. O juiz identificará os cônjuges, terá contato com eles, e verificará se algum deles se encontra coagido ou não.

Não tentará saber das causas, como impunha o Código de Processo Civil de 1939, as quais, em geral, são remotas e reavivariam, apenas, antigos ressentimentos. Indagará dos motivos, o que é diferente, pois os separandos exporão somente as razões que tornam inviável ou impossível a sociedade conjugal, sem entrar na causa primeira, ou nos fatores desencadeantes,

Como se infere do art. 3º, § 1º, da Lei nº 6,515, o curador representará o incapaz, enquanto o relativamente incapaz será assistido. Mas, especialmente nesta hipótese, é indispensável a presença do cônjuge. Na incapacidade total, torna-se inútil, em geral, a presença.

Afora este caso, impõe-se sempre a presença.

A menos que haja total impossibilidade. Residindo o cônjuge no exterior, e sendo impraticável a sua vinda, ou por se encontrar preso, ou por estar exilado, além de outras situações, como carência de recursos econômicos e doença, admite-se a representação, desde que documentada a manifestação da vontade. Nesta linha, decidiu a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara, na Apelação Cível nº 70.228, de 28/12/1970:

"A circunstância de se achar exilado no exterior um dos desquitandos, porque responde, sob decreto de prisão preventiva, a processo-crime perante a Justiça Militar, configura impossibilidade absoluta de sua livre vinda ao País. Hipótese é essa que, refugindo ao normal ou ordinário, em que se impõe o comparecimento pessoal dos desquitandos às audiências de desquite por mútuo consentimento, empresta, ao invés, operância a procuração que o desquitando ausente outorga, com poderes especialíssimos, a mandatário para representá-lo em todos os termos do procedimento do referido desquite, quando este se instaura por petição inicial assinada diretamente por ambos os cônjuges."<sup>37</sup>

Em outro julgamento:

"Separação consensual. Ratificação. Cabimento. Ausência de um dos cônjuges, por residir no exterior. Evidência da impossibilidade fática e temporal de sua presença. Interpretação do § 4º do art. 34 da Lei Federal nº 6.515, de 1977. Suspensão do processo afastada."

E, na fundamentação do aresto:

"Já admitiu o Poder Judiciário exegese diversa daquela esposada pelo juízo *a quo*, se efetivamente impossibilitada uma das partes do

comparecimento a juízo (RJTJE do ESP, Lex, v. 94/97). Da leitura atenta do art. 34 da Lei nº 6.515, de 1977, vê-se que pode ser possível essa dispensa de comparecimento, porquanto o § 4º admite que 'as assinaturas serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião, quando não lançadas na presença do juiz', o que dá a entender que, em casos excepcionais, ao exame criterioso do Judiciário, poderia se admitir a ratificação em juízo, pela procuradoria da parte ausente, desde que as firmas das partes na convenção estejam assinadas pelas mesmas e reconhecidas por tabelião, como, também, a assinatura do agente consular constante no manuscrito do agravante.

Evidente a impossibilidade fática e temporal da presença da separanda ao ato judicial da ratificação. Sua situação precária de refugiada econômica em outra nação impediria o seu oneroso deslocamento. Embora se trate o dissenso conjugal de ato da mais pura relevância jurídica na sua vida, caracterizado o justo impedimento da co-recorrente, cabe o provimento para, afastada a suspensão, após reconhecida a firma, ou do agente consular, ou da própria subscritora do manuscrito autorizador da separação, passe-se a termo de ratificação perante o juízo, após o que decidirá este como de direito."<sup>38</sup>

Há situações que refogem totalmente do normal. Tem-se em mira a finalidade da audiência pessoal, que é buscar a conciliação. Se das circunstâncias exsurge indubitável que jamais será alcançado tal escopo, e tendo em conta a impossibilidade física da presença, mostra-se viável um caminho alternativo, ou que contorne essa inviabilidade.

Não basta endereçar a ação ao foro. Os cônjuges comparecerão espontaneamente, sendo vedada a intimação ou notificação para que compareçam, tanto para a primeira audiência, como para a segunda, se designada. Expediente desta ordem revela, às evidências, constrangimento ou cerceamento à liberdade.

Após a audiência, ouve-se o Ministério Público, que poderá requerer diligências, e mesmo impugnar o pedido.

No final, proferirá o juiz decisão meramente homologatória, sem nada referir sobre causas ou motivos. Observará unicamente a obediência aos ditames legais.

Tem-se admitido a sentença na própria audiência de conciliação, embora ausente o Ministério Público, se preenchidos todos os requisitos legais:

"Nada impede que o juiz, na própria audiência de conciliação, homologue o pedido de separação consensual, se o MP, devidamente intimado, a ela não compareceu e o processo estava regular. Prevalência do princípio da finalidade e da ausência de prejuízo."<sup>39</sup>

### **3.6 A petição inicial**

O art. 1.121 do Código de Processo Civil discrimina o conteúdo que a petição inicial deve trazer: "A petição inicial, instruída com' certidão de casamento e o contrato antenupcial, se houver, conterà:

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores;

III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter."

Naturalmente, acompanhará a certidão de casamento, não tanto para comprovar o casamento, mas o período de sua celebração, posto que a separação consensual pressupõe o lapso temporal de dois anos como condição para ser concedida.

Se realizado no exterior o casamento, a certidão deverá vir legalizada pela autoridade consular brasileira do lugar da emissão, com o reconhecimento de sua assinatura no Ministério das Relações Exteriores, ou em qualquer repartição pública, inclusive tabelionato. Não basta a simples juntada da certidão, mas é imprescindível que venha também certidão de sua inscrição no registro civil.

A fim de comprovar o domicílio, e se realmente residem no Brasil, juntarão os cônjuges estrangeiros prova da residência ou do domicílio.

A certidão do pacto antenupcial também virá aos autos, uma vez celebrado, visto ser necessário examinar o estatuído pelos então nubentes, e aferir se as cláusulas da separação não ofendem disposições, v.g., sobre o dote, os bens parafernais, a incomunicabilidade estabelecida sobre os bens, etc.

A certidão do nascimento dos filhos é imprescindível, embora não referendada a exigência pela lei, para dar um cunho de certeza absoluta sobre a sua existência, definir idades e estabelecer a responsabilidade no pensionamento de alimentos.

### **3.7 Descrição e partilha dos bens**

Na petição, como se vê do art. 1.127 do Código de Processo Civil, constarão a descrição dos bens e a forma de partilha. Por outro lado, ressalva o parágrafo único a possibilidade de postergar a partilha para momento posterior: "Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX". Ou seja, segue-se a forma de partilha prevista no arrolamento e inventário por morte.

Em grande parte das vezes, dados os problemas emocionais e os transtornos que traz a separação, preferem os cônjuges deixar para o futuro a partilha. Todavia, embora não obrigatoriamente, é importante seja descrito todo o patrimônio, com o que se evitarão possíveis discussões a respeito da existência ou

não de alguns bens, mormente os imóveis. Pelo menos uma identificação indubitosa se faz necessária, com referência à quantidade, ao estado de conservação e ao valor.

Não é raro a renúncia por um dos cônjuges de todo o seu patrimônio. Segundo o art. 1.175 do Código Civil, não é dado a uma pessoa doar todos os bens, sem reservar de parte, ou renda suficiente, para a sua subsistência. Especialmente quando um dos cônjuges não dispõe de meios de subsistência, não exerce profissão e dependia economicamente do outro durante a vida matrimonial, não é de se admitir a renúncia pura de pensão alimentícia e da meação dos bens. Na hipótese, vige a regra do art. 34, § 2º, da Lei nº 6.515. Não se homologa a separação desde que não preservados os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Desimporta, como alguns querem defender, o fato de ser a separação por mútuo consentimento um acordo de vontades, feito por pessoas capazes, e envolvendo a liberdade de decidir. Deve o magistrado interferir, fiscalizando os interesses das partes.

Se inexistirem bens, há de se consignar na petição, a fim de que, posteriormente, não se venha a alegar omissão a respeito de aspecto importante e se pretenda resolver matéria passada. Mas, se omissa a petição, e lograr-se a homologação, mesmo assim é permitida, no futuro, a via ordinária da partilha.

Outrossim, importante a seguinte observação *de Teresa Ancona Lopez*, sobre os bens adquiridos durante o período entre a ratificação do pedido e a partilha:

"Os bens adquiridos nesse período, isto é, depois da ratificação do pedido e antes da partilha, não se comunicam, pois depois do acordo ratificado e a separação homologada, ficando somente postergada a partilha, a sociedade conjugal não mais existe, não podendo, portanto, os bens adquiridos por um ex-cônjuge se comunicarem com o patrimônio do outro. A ratificação do acordo em desquite consensual é irretratável e faz com que os bens adquiridos posteriormente, mesmo antes da homologação, não se comuniquem (TJRS, ADCOAS, nº 70.060)."<sup>40</sup>

Da sentença homologatória da partilha, se se verificar posteriormente algum vício de nulidade ou sonegação de bens, a parte prejudicada dispõe da ação anulatória, e não rescisória, na linha traçada pela jurisprudência:

"Ora, se o objetivo é a complementação da partilha, a fim de que sejam incluídos bens outros adquiridos na constância do casamento, possivelmente ocultos pelo ex-cônjuge, o caso não é de rescisão da partilha julgada por sentença (Código de Processo Civil, arts. 1.029 e 1.030), e sim de sobrepartilha de bens sonegados (Código de Processo Civil, arts. 994 e 1.040, inciso I). Aliás, a ação anulatória de partilha só se refere à partilha, de modo que

nada tem com os bens sonegados (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XIV/304, e tomo XVI/20).

No Direito brasileiro, o erro, dolo e coação são vícios de vontade, e, conseqüentemente, autorizam a anulação de partilha convencional e rescisão da judicial. No caso, porém, de sonegados, não se valoriza o dolo e se permite a realização de sobrepartilha, tanto vale dizer que outra é realizada, não se anulando a anterior (SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XI, tomo I/414, nº 470).

Homologando o acordo quanto à partilha dos bens, as cláusulas que nele se contêm podem ser anuladas por vício de consentimento; a ação adequada, no caso segundo entendimento assente, é a ordinária de anulação ainda que envolvendo pedido de sonegados, e não a rescisória de julgado (CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 135).<sup>41</sup>

Mas, é claro, se a sentença resolveu questão litigiosa suscitada pelas partes, a rescisória será o caminho para a desconstituição.

### **3.8 Promessa de doação na separação consensual**

Questão das mais complexas, e que tem suscitado inúmeras controvérsias, diz com a promessa de doação formalizada na separação judicial, em especial na consensual. Amiúde, os pais assentam cláusula comprometendo-se a proceder a doação de bens a terceiros, em geral aos filhos, o que evita longas discussões sobre a partilha, e é do consenso de ambos.

Mas se, futuramente, não instrumentalizada a promessa, admite-se a execução pelo beneficiário?

Se admissível a promessa de doar, evidencia-se possível a posterior execução.

Entre os expositores contrários a esta promessa, desponta Caio Mário da Silva Pereira, que assevera;

"É da própria essência da promessa de contratar a criação de compromisso dotado de exigibilidade. O promitente obriga-se. O promissário adquire a faculdade de reclamar-lhe a execução "

ou seja, se o promitente-doador recusasse a prestação, o promitente-donatário teria ação para exigí-la, com o que o ato se converteria em uma doação coativa, "doação por determinação da Justiça liberalidade por imposição do juiz e ao arrepio da vontade do doador"<sup>42</sup>

Na impossibilidade de cumprimento da doação, converte-se a mesma em indenização por perdas e danos, fenômeno que não combina com a essência de sua natureza.

O tratadista Cunha *Gonçalves* revela a mesma inteligência:



"Não é possível, ou não tem valor algum, portanto, uma promessa de doar. A doação, ou existe, ou não existe. Sendo um favor, ela não pode ser exigida, sob pena de indenização de perdas e danos [...] Um benefício não se impõe. Faltaria à doação o seu caráter de espontaneidade, *nullo jure cogente*. O doador, não fazendo a doação prometida, poderá causar decepção ao pretendo donatário; mas não comete ato ilícito."<sup>43</sup>

E a jurisprudência:

"Promessa de doação. Discussão. Predominante na doutrina brasileira é a inexistência da promessa de doação, acolhida na jurisprudência da Corte. Precedentes."<sup>44</sup>

Mas, fortes razões surgem a favor da admissibilidade da promessa de doação.

O argumento de que a doação perderia a natureza de liberalidade, transformando-se numa doação coativa, se obrigado o promitente-doador a dar cumprimento ao contrato preliminar, não prevalece, eis que a liberalidade, como elemento essencial da doação, se consuma justamente quando o proprietário promete doar livremente. Este é o momento em que se forma o consenso quanto ao ânimo de liberalidade, ou o ânimo de doar pelo promitente-doador, e de aceitar, pelo promitente-donatário.

A indenização é corolário natural do negócio. *É Pontes de Miranda* quem demonstra, em face do caráter obrigacional da relação criada que se desenvolveu:

"Se o outorgante não cumpre, por ter ocorrido impossibilitação culposa, tem o outorgado a ação de indenização por inadimplemento. Se bem que o contrato prometido fosse contrato real, não há a ação para a entrega do bem, pois o que prometeu foi o contrato, e não a ação para a entrega do bem. Por isso mesmo, se, ao concluir a promessa de contrato de doação (dita, por elipse, promessa de doação), o outorgante não é dono do bem que seria doado, não tem, à diferença do que promete o bem, o dever de adquiri-lo, ou de obter de terceiro que satisfaça a dívida assumida. Cabe, somente, a ação de indenização por inadimplemento. O promitente vincula-se a fazer o contrato de doação, não a prestar o bem."

Em outro momento, já salientara:

"Se há promessa de doar, há pré-contrato. Tal a solução do Direito brasileiro, que não afasta a doação consensual, mas promessa de doação no Direito brasileiro, é promessa de contrato de doação."<sup>45</sup>

A manifestação inicial da liberalidade já se cristaliza no instante da promessa de doar. Emerge o consenso quanto à intenção da liberalidade, ou o ânimo de doar pelo promitente-doador, e de aceitar, pelo promitente-donatário.

*Karl Larenz* aponta o vínculo obrigacional na promessa de doação: "*Semejante contrato, por crear una obligación de cumplir una prestación,*

es un contrato obligacional, unilateralmente vinculante. La donación está en esta hipótesis ya en el origen del crédito, como atribución de un derecho; esta atribución tiene lugar a cargo del patrimonio del promitente, en cuanto crea una obligación que ha de cumplirse con este patrimonio, La prestación del objeto prometido no es una donación renovada, sino el cumplimiento de una obligación; es, no obstante, una 'atribución gratuita', porque la relación de causa jurídica sobre la que se basa su validez jurídica (en el sentido de Las normas sobre ed enriquecimiento injusto) es una donación."<sup>46</sup>

Não há dúvida, assim, quanto ao direito, pelo menos, à indenização. O vínculo obrigacional é firmado na oportunidade da formalização da promessa.

Esta é a linha adotada pelo Direito alemão, como expõe Hedemann:

"Pero, no cabía desconocer que también la promesa de donación, hecha con anticipación y seriamente emitida, exige cierta configuración jurídica. Los destinatarios de tad promessa obran de conformidad con ella, realizan adquisiciones, establecen un plan económico, etc. Por conseguinte no se les puede dejar desprovistos de protección, entregados al capricho del promitente. Por ello, la ley reconoce también como relación obligatoria la (simple) 'promesa de donación', y, de esta forma la ha hecho exigible; si bien, ciertamente, cón una importante restricción en su eficacia práctica; a saber: que para ser vinculante (para ser válida conforme el derecho) ha de estar judicial e notarialmente documentada."<sup>47</sup>

Vai mais além Natal Nader:

"Se o objeto de todo contrato preliminar é a celebração de um contrato futuro e definitivo, nada impede que se faça *um pactum de contrahendo*, visando à consecução de uma futura doação, eis que isso não ofende qualquer princípio de ordem pública e nem existe qualquer preceito legal proibitivo de tal procedimento. E, de conformidade com a regra geral dos pré-contratos, terá o promitente-doador assumido uma obrigação de fazer, ficando O promitente-donatário com o direito de exigir o seu cumprimento, em caso de inadimplemento. Quanto à característica da espontaneidade, indispensável à doação, não se poderá dizer ter ela aí deixado de configurar-se, mas sim que a sua manifestação já se havia operado, quando o promitente-doador, livremente, se obrigou através da promessa feita."<sup>48</sup>

De modo que se apresenta perfeitamente normal a promessa de doação de um bem, formando-se um vínculo unilateral do promitente relativamente ao compromissário. Ao assumir a avença, cria-se o liame da responsabilidade, o que permite ao donatário impor o cumprimento, ou, pelo menos, a indenização.

Trata-se, realmente, de uma indenização, que demanda o atendimento pelo promitente, Hipótese freqüente verifica-se no compromisso

assumido por uma pessoa de entregar um imóvel a um amigo, ou de fornecer, periodicamente, determinada espécie de gêneros alimentícios.

Outro exemplo dá *Natal Nader*:

"Figure-se um caso de separação consensual, em que a partilha dos bens esteja constituindo-se em óbice, apenas superado, por exemplo, pela promessa de doação de alguns desses bens, feita por um dos cônjuges, em benefício dos filhos do casal. E, só por isso, o outro cônjuge dá a sua anuência àquela partilha. Ora, se fosse esta inadmissível, ou, posteriormente, considerada não obrigatória, não só estaria comprometido o equilíbrio sociojurídico, como lesado seria o cônjuge que, em razão dela, houvesse consentido. Em suma, obstar-se-ia um desfecho que em nada ofenderia o direito e viria atender ao interesse das partes, em benefício daquele equilíbrio."<sup>49</sup>

O desfazimento é naturalmente possível, desde que ambos os cônjuges o formalizem, segundo já demonstrou o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 109.097, de 09/09/1986, da 1ª Turma:

"Promessa de doação aos filhos do casal inserida em acordo de separação judicial, já ratificado, não podendo ser unilateralmente retratada por um dos cônjuges."<sup>50</sup>

Entende-se, porém, desde que não registrada no ofício imobiliário a doação.

Como se possibilita o registro?

Não basta, obviamente, levar ao registro o instrumento da promessa, no caso a petição dos cônjuges. É indispensável se lavre o instrumento de doação, que poderá ser através da própria partilha nos autos da separação, segundo já decidido,<sup>51</sup> expedindo-se uma carta de adjudicação. É o que demonstra a já citada *Teresa Ancona Lopez*, ao salientar que a homologação judicial de atos jurídicos (na jurisdição voluntária há, da mesma forma que na contenciosa, a imperatividade estatal) é requisito suficiente para levarem-se a registro tais atos, como acontece com o formal de partilha ou carta de adjudicação. A doação que consta de carta de sentença de separação consensual pode, dessa forma, ser registrada sem a necessidade de escritura pública.<sup>52</sup>

### 3.9 Natureza da sentença homologatória

Tratando-se de mera homologação de acordo, não há dúvida que a decisão classifica-se como simples ato judicial, sujeita à anulação por vícios comuns dos atos jurídicos.

A especialidade da sentença homologatória está na concordância dos cônjuges em todas as deliberações. Se alguma irregularidade encontrar o juiz, afastará a mesma do acordo, mas em despacho. Se insubordinar-se um dos separandos, já carece um elemento essencial para a separação

consensual, impedindo a homologação. Isto, porém, se a inconformidade relacionar-se à decisão que afasta ou manda modificar alguma cláusula.

Daí que, no final, o juiz simplesmente homologa. É a separação um ato de jurisdição voluntária. E todos os atos deste teor, uma vez passados em julgado, desconstituem-se sempre que presente algum vício de consentimento, ou defeito de forma, ou causa de nulidade dos atos jurídicos em geral.<sup>53</sup>

Não há, portanto, que falar em ação rescisória, como alguns insistem em impor, exceto nos casos em que o juiz introduziu alguma modificação nas cláusulas, ou decidiu sobre aspecto litigioso.

O Superior Tribunal de Justiça erigiu o seguinte entendimento: "Processual civil. Ação rescisória. Inadmissibilidade. Sentença homologatória de separação consensual.

Não cabe ação rescisória de sentença homologatória de separação consensual, em face da inexistência de lide.

A declaração de nulidade de aditivo à inicial não assinado pelo casal, mas apenas pelo advogado, deve ser perseguida em ação própria."

Nos votos, colhe-se a seguinte fundamentação:

"Está explícito, todavia, na lei de regência que só a sentença de mérito, isto é, aquele ato pertinente à *res in judicium deducta*, ou que soluciona a lide, é possível de ser atacada pela ação rescisória. A propósito, consulte-se *José Carlos Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 133)*, e, ainda, *Sérgio Rizzi (Ação rescisória, São Paulo: RT, 1979, p. 8)*, *Pinto Ferreira (Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 264)*, *Sálvio de Figueiredo (Ação rescisória - Apontamentos, Boletim ADCOAS - Legislativo 25, de 1019/88)*, e *Thereza Alvim (Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória, Re Pro 3917)*.

No caso, a sentença proferida que se pretende rescindir é homologatória, proferida em procedimento especial de jurisdição voluntária, ou seja, em separação consensual, e, portanto, não é sentença de mérito. Está na lei que só a sentença de mérito pode ser rescindida. E sentença de mérito é aquela que pertine com a *res in judicium deducta* ou que soluciona a lide. Daí não ser possível reputar de mérito as sentenças homologatórias proferidas em procedimentos especiais de jurisdição voluntária, como a separação consensual."<sup>54</sup>

Nesta linha, após a análise de várias interpretações, conclui *Teresa Ancona Lopez*:

"Em suma, é a sentença homologatória do acordo de separação consensual ato estatal imperativo e constitutivo de situações jurídicas novas. Todavia, sendo meramente homologatória, não faz coisa julgada material e, portanto, não depende de ação rescisória para a sua desconstituição. Mesmo a cláusula sobre a partilha que se constitui definitivamente nesse passo, fazendo

coisa julgada, só pode ser alterada por ação ordinária de anulação e fundamentada em algum vício do consentimento, na sonegação de bens ou na falta de requisitos legais, porquanto tal partilha foi decidida pelos cônjuges no acordo e apenas homologada pelo juiz. Por outro lado, mesmo as cláusulas que nunca fazem coisa julgada, como as que se referem a alimentos e à guarda de filhos, só podem ser alteradas se as situações se modificarem, portanto os fatos novos aparecem (*rebus sic stantibus*) e as ações para revisão dessas cláusulas não são julgadas por dependência."<sup>55</sup>

As modificações das cláusulas ajustadas dependem, assim, do surgimento de novas situações. Neste sentido entende *Fernando H. Gentile*:

"Será sempre possível, portanto, a revisão das cláusulas respeitantes à guarda dos filhos, sua educação e criação, visitas, etc. O mesmo a dizer-se quanto à pensão fixada em prol da mulher, seja para a sua elevação (o que, a rigor, será uma simples atualização de autêntica dívida de valor - Revista dos Tribunais, 398/389), seja para a redução ou até a extinção, em face de fundamentais mudanças na situação financeira do alimentante ou da alimentária. Tudo isso, de resto, inclusive quanto às determinações contidas nas próprias sentenças proferidas em separações contenciosas, é sempre possível, com fundamento no art. 471, I, do Código de Processo Civil."<sup>56</sup>

No mais, impossível a modificação, mormente quanto às cláusulas sobre a partilha dos bens e as obrigações:

"Na separação consensual, as obrigações e cláusulas referentes à partilha dos bens e as que assegurem ao ex-cônjuge direitos previdenciários não são passíveis de revisão ou modificação, eis que contraídas de comum acordo quando da separação e devidamente homologadas. A inicial fundamentada em tal pretensão é inepta, por impossibilidade lógica e jurídica do pedido."

Isto porque, sustenta o voto,

"obrigações desta natureza, contraídas de comum acordo quando da separação do casal e devidamente homologadas, não podem ser objeto de ação revisional. As partes podem até restaurar a sociedade conjugal, aspecto este mais amplo das ações de separação e, com menor amplitude, rever o valor da pensão alimentar e estabelecer novos critérios para as visitas dos pais aos filhos do casal. Mas à evidência, não são passíveis de revisão ou modificação, nesta via, as cláusulas referentes à partilha dos bens e que asseguram ao ex-cônjuge direitos previdenciários."<sup>57</sup>. Finalmente, se, na decisão, o juiz introduziu modificações, alterando ou modificando cláusulas, cabível o recurso de apelação. De conformidade com o preenchimento dos requisitos legais, torna-se suscetível de ataque via ação rescisória tal sentença.

### **3.10 Irretratibilidade do acordo**

Se depois da audiência um dos cônjuges comparece em Juízo e desiste da ação, ou, afirmando que foi prejudicado, pede a alteração de cláusulas, como fará o juiz?

De modo geral, tem força a antiga Súmula nº 305, do Supremo Tribunal Federal: "Acordo de desquite ratificado por ambos os cônjuges não é retratável unilateralmente".

Ou seja, o acordo torna o ato perfeito e válido entre as partes, produzindo todos os efeitos a partir do momento da ratificação. Impossível, pois, a retratação, inclusive quanto à partilha: "Partilha. Acordo. Retratação unilateral após a ratificação. Inadmissibilidade. Súmula nº 305 do Supremo Tribunal Federal". Pois a partilha "vale para todos os efeitos", servindo de título para, em execução de sentença,

"compelir judicialmente a apelada à celebração do ato notarial que diz estar se negando a ex-mulher a cumprir [...] A respeito, ensina *Yussef Said Cahali*: 'Ratificado o pedido e subscrito o respectivo termo, exaurem-se as oportunidades de manifestação da vontade individual, iniciando-se a fase de mera fiscalização e homologação; a partir da ratificação, o acordo torna-se irretratável por iniciativa isolada de um só dos cônjuges, somente sendo possível por acordo de ambos' (*Divórcio e separação*, p. 164)."<sup>58</sup>

É que a separação se consuma com a ratificação do pedido. Mas isto se, posteriormente, der-se a homologação, como enfatiza *Francesco Scardulla*: "*Il consenso alla separazione, come sappiamo, non ha effetto se non è omologato dal Tribunale.*"<sup>59</sup>

Embora não caiba a retratação, não concedendo o juiz a homologação, ficará sem efeito o acordo.

### 3.11 Recusa da homologação pelo juiz

Unicamente na eventualidade de se apresentar prejuízo aos filhos ou a um dos cônjuges, autoriza-se a recusa à homologação, como ordena o art. 34, § 2º, da Lei do Divórcio:

"O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges."

Portanto, se um dos cônjuges se arrepender depois da audiência de ratificação, deverá conseguir demonstrar a prova de que será prejudicado. Ao juiz é permitido recusar a homologação - poder este reservado para poder ser exercido por sua própria iniciativa, ou a pedido de uma das partes.

Mas importa averiguar se não age com má-fé o cônjuge. É possível que advenha uma herança após a ratificação. Com vistas a este fato novo, não está fora de cogitação que se use de má-fé e se inventem pretextos inverídicos para impedir a homologação.

*Pedro Sampaio* arrola situações esclarecedoras, que viabilizam a recusa em homologar:

"Na separação por mútuo consentimento, a petição em que os separandos convencionam a dissolução da sociedade conjugal pode conter disposição atentatória do interesse dos filhos ou do direito destes. A cláusula de alimentos, por exemplo, pode ser estabelecida em quantia insuficiente. Sabendo-se que a atual legislação impôs a ambos os separandos, e não somente ao cônjuge-marido, o cumprimento do dever de alimentar os filhos comuns (art. 20), na proporção dos recursos auferidos por aqueles, os menores poderão, em tese, ser melhor alimentados. Outra cláusula que deve merecer a atenção do julgador, é a que delibera colocar os filhos menores em colégio interno. A depender das circunstâncias específicas de cada um dos casos, esta resolução pode encobrir a recusa dos pais em manter os filhos em sua companhia, privando-os da orientação, do carinho e da afeição, indispensável à formação da personalidade dos infantes. A disposição que separa os irmãos de uma convivência conjunta também deve ser vista com cautela, sobretudo se evidenciar a satisfação de um desejo egoístico dos pais e não o exclusivo interesse dos filhos, inclusive o de serem criados juntos, a fim de que entre eles se estabeleça um sólido sentimento de fraternidade [...] Poderá acontecer que um dos separandos tenha sido induzido, ou influenciado, ou mesmo coagido, a aceitar alguma disposição, em seu favor. Dir-se-ia que o cônjuge prejudicado poderia, após a homologação da separação, pleitear, por ação ordinária, a anulação da cláusula, se obtida a sua concordância por um dos meios que invalidam os atos jurídicos, em geral. Mas, além de objetivar a preservação da igualdade dos direitos dos cônjuges, a norma jurídica, na medida de quanto possa, deve também evitar a lesão do direito de um dos consortes, posto que, na sua aparência, os direitos dos casados se igualem.

É possível que a partilha dos bens do casal separando contenha artifício de avaliação, perceptível pelo magistrado, ou pelo representante do órgão do Ministério Público, prejudicial a um dos consortes. Poderá, também, ser reservada uma quota alimentar insuficiente, tendo em vista os rendimentos do outro cônjuge e as necessidades do alimentário."<sup>60</sup>

Princípios esses aceitos pela Jurisprudência:

"Separação consensual. Homologação. Lei nº 6.515/77, art. 34, § 2º. Súmula nº 305 do STF.

O juiz, dando pela manifesta e grave inconveniência da convenção aos interesses de um dos cônjuges, pode deixar de homologar a separação, sem afrontar lei federal nem destoar da jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Antes, garante a incidência do art. 34, § 2º, da Lei nº 6.515/77. Retratação unilateral. Súmula nº 305 do STF. A retratação é manifestação unilateral da vontade do cônjuge, sem necessidade de motivação. A faculdade do art. 34, § 2º, da Lei do Divórcio é ato fundamentado do magistrado no exercício de

seu múnus, adotado com ou sem manifestação do interessado, com o objetivo de resguardar o interesse de filho ou de um dos cônjuges, Retratação unilateral e negativa de homologação são realidades jurídicas diversas e inconfundíveis. Recurso Especial não conhecido,"<sup>61</sup>

Sendo, pois, as cláusulas prejudiciais ou contendo uma disposição contrária à lei, como a renúncia a alimentos, é motivo para negar-se a homologação:

"Homologação de separação judicial por mútuo consentimento. Deve ser recusada, nos termos do art, 34, § 2º, da Lei do Divórcio, quando os elementos constantes dos autos demonstram que a mulher renunciou aos alimentos, embora deles necessitasse."<sup>62</sup>

### **3.12 Falecimento do cônjuge antes da homologação**

E se um dos cônjuges falece no interregno entre a audiência de ratificação e a sentença homologatória?

Aqui a solução é diferente daquela decorrente da desistência após a audiência de conciliação ou ratificação,

Sabe-se que um dos casos de dissolução do vínculo conjugal é justamente a morte, Com a dissolução, dá-se apenas a dissolução da sociedade conjugal. Portanto, a primeira hipótese é mais ampla e profunda que a última.

A morte, pois, determina o desfazimento automático do casamento, ficando prejudicada a separação, cujo processo será extinto por desaparecimento da finalidade do pedido. Nem há o que se discutir, Como pretender o ato homologatório da separação se o vínculo já se encontra desfeito?

Mesmo que interesses patrimoniais fiquem prejudicados, torna-se ineficaz o acordo da partilha, podendo, inclusive, conforme o caso, habilitar-se na qualidade de herdeiro o cônjuge sobrevivente,

Extingue-se, também, a ação rescisória de sentença que concedeu a separação, dado o caráter personalíssimo desta, assim como acontece com a ação de separação e de divórcio. Neste sentido a jurisprudência:

"Ação rescisória interposta contra decisão proferida em separação judicial não pode prosseguir havendo morte de um dos cônjuges, vez que a separação tem caráter personalíssimo e essa tipicidade contamina a rescisória, tornando-a processualmente impossível, a teor do art. 267, VI e IX do CPC."

É acrescentado no voto:

"A ação é de manifesta inanidade jurídica e não pode prosperar. Com o falecimento [...], está terminada a sociedade conjugal e dissolvido o casamento com a autora. Já por aí a rescisória não tem objeto, pois cassada que fosse a sentença rescindenda, impossível juridicamente novo julgamento da querela primeira (separação judicial), porque o casamento já dissolvido; e se a



ação matriz, como se enfatiza, é personalíssima, é intuitivo que essa tipicidade contamina a ação rescisória, o que a torna inadmissível processualmente."<sup>63</sup>

### **3.13 Separação de cônjuges estrangeiros domiciliados no Brasil**

Nada impede a separação de cônjuges estrangeiros, casados no exterior, e no Brasil domiciliados, como, de resto, não se impede o divórcio. Evidentemente, há de se provar o casamento. Destaca *Yussef Said Cahali*:

"É de entendimento assente que o fato de o casal ter contraído núpcias no estrangeiro não impede o mesmo de promover o desquite nos termos da lei brasileira. Casal estrangeiro, domiciliado no Brasil, muito embora a lei de seu país desconheça o desquite por mútuo consentimento, mas, unicamente, o litigioso, aqui poderá desquitar-se amigavelmente (Turma Cível do TJMT, 2117161, RT 326/630).

Tenha-se em conta, porém, que, tratando-se de cidadãos estrangeiros, com casamento celebrado fora do país, é necessária a prova do domicílio do casal no Brasil; ou de pelo menos um deles, uma vez que, segundo reconhecemos, a separação por mútuo consentimento poderá ser pedida pelos cônjuges ao juiz do domicílio de qualquer um deles."

Entendimento este apoiado na jurisprudência, como o próprio autor exemplifica:

"Desquite. Cidadãos portugueses, cujo casamento foi celebrado em Portugal. Necessidade, para efeito de competência, de ser provado o domicílio do casal no Brasil. A competência da justiça brasileira para a celebração do desquite será reconhecida desde que os desquitandos comprovem que são aqui domiciliados, não sendo bastante que aqui estejam residindo transitoriamente.

### **3.14 Guarda dos filhos menores**

É este um dos aspectos mais delicados da separação, cujos efeitos destilam sérios prejuízos na criação e formação dos filhos.

Os filhos não mais ficam concomitantemente na tutela do pai e da mãe, mas de apenas um deles. Juridicamente, não perde o pai ou a mãe o pátrio poder, que perdura, embora não acompanhado do exercício da guarda. Na realidade, porém, quem exerce efetivamente o pátrio poder é o cônjuge que tem a guarda.

Com a separação amigável, os pais decidem com quem permanecerão os filhos. Decidem quanto à sua vida, não raramente sem enfrentar as preferências e as necessidades. Por acordo entre eles, deslocam-se os filhos de uma convivência para outra, Inspiram a decisão não propriamente os interesses destes últimos, e sim dos cônjuges. Ajeitam-se interesses e conveniências pessoais, para levar a bom termo a separação, sem pensar na pessoa dos filhos.

Efetivamente, é categórico o art. 9º da Lei n, 6.515: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos".

Ao juiz nem é dado o poder para decidir contrariamente, a menos que salte às claras as inconveniências da guarda por um cônjuge desprovido de condições e qualidades. Pensamento este de Yussef Said Cahali:

"É certo que, se houver motivos graves, poderá o juiz, a bem dos filhos, regular de modo diferente da convencionada a situação destes para com os pais (art. 13 da Lei do Divórcio, correspondente ao art. 327 do CC).

Mas, como já advertia *Clóvis Beviláqua*, neste caso, o juiz deve proceder com o maior critério; tanto mais discricionária é a sua autoridade, quanto mais extensa há de ser a sua responsabilidade."<sup>65</sup>. Nada consignando a petição sobre a guarda, entende-se que deve ser indeferido o pedido de separação, embora alguns autores queiram aplicar o art. 10, § 1º, da Lei do Divórcio: sendo ambos os cônjuges responsáveis, os filhos menores ficarão com a mãe, a menos que se verifique prejuízo de ordem moral para eles.

Tendo em vista outras formas de separação sem culpa, *Sidnel Agostinho Beneti* delinea as seguintes soluções:

"Nas formas de separação sem culpa (art. 5º, §§ 1º e 2º) têm-se também, hipóteses diversas: 1. na primeira figura, ou seja, a de ruptura da vida conjugal, ou seja, a de ruptura da vida conjugal por mais de cinco anos consecutivos (§ 1º do art. 5º), os filhos menores permanecem com o cônjuge em cuja companhia já estavam quando da ruptura (art. 11 ); 2. na segunda figura, a separação devida a grave doença mental de um dos cônjuges (§ 2º do art. 5º), os filhos incapazes permanecem com quem tiver condições de deles cuidar (art. 12)."<sup>66</sup>

Em Direito de Família, porém, nada mais relativo e unilateral que regras rígidas sobre a guarda de filhos. Assim, o melhor caminho será estabelecer um disciplinamento o menos estanque possível, a ponto de possibilitar uma convivência com ambos os pais, embora espaçada e não cotidiana.

A maior dificuldade é evitar problemas emocionais e criar um ânimo de maturidade e altruísmo nos pais, evitando, sobretudo, as reações de sentimentos rancorosos na pessoa dos filhos.

Estas situações emocionais, psíquicas e sociais estão afetas mais ao psicólogo, ou psicanalista e outros profissionais afins, não podendo o juiz dimensionar o alcance de suas conseqüências, e apresentar soluções em campos que não se enquadram na sua qualificação.

Sabe-se que a guarda deve ter em mira o interesse dos filhos, o que vem repetido diuturnamente pelos pretórios. Mudando-se determinada situação, torna-se viável a modificação de determinado quadro. Daí o axioma jurídico de que as disposições sobre a guarda não transitam em julgado.

Alterando-se as circunstâncias vigentes quando da outorga da guarda, propicia-se a mudança das cláusulas sobre a guarda.

Entendem os autores a inconveniência de serem separados os filhos, alguns ficando com a mãe e outros com o pai. Diz, com muita propriedade, *Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"Na realidade, salvo raríssimas exceções, não é moral, podendo não ser jurídica a separação dos irmãos. Para dizer o mínimo, não é recomendável. A separação dos irmãos, a princípio, configura inaceitável arbitrariedade dos pais, visto como, salvo se de idade adolescente, por exemplo, em localidades distintas. Vale dizer, já separados de fato, a medida representa completo malefício à formação familiar, à convivência e camaradagem que normalmente reina entre irmãos. É cumular o nefasto efeito da cisão da família, com outra desconcertante dosagem de abalo psicológico: impor a separação dos irmãos que, entre si, poderiam encontrar apoio, consolo, mitigando em silenciosa solidariedade a perturbação comum."<sup>67</sup>

Também o revezamento de permanência em períodos ora na casa da mãe, ora na casa do pai, sofre a crítica dos autores, eis que necessidade básica de qualquer cidadão é ter um lar ou moradia fixa. Do contrário, a instabilidade e a insegurança tendem a aumentar, além de possíveis conflitos na orientação e formação, dados os critérios e conceitos educacionais diferentes dos pais. Isto, porém, não afasta certa maleabilidade nos contatos, que devem ser constantes.

Embora firmada amigavelmente a guarda, é possível alterar seu regime, se circunstâncias diferentes sobrevêm e assim o impuserem. *Sílvia Rodrigues* é claro:

"Entretanto, este ajuste não prevalece contra o interesse dos menores. Daí a razão por que, se sobrevierem circunstâncias que aconselham outra solução, pode o juiz alterar o regime de guarda, deferindo-a ao outro progenitor ou a terceiro. Assim, por exemplo, se aquele dos pais, que ficou com os filhos menores, se entrega a uma vida dissoluta, de deboche e orgia, deve o juiz acolher o pedido formulado pelo outro e ordenar que a guarda lhe seja transferida, ou transferida para outra pessoa, que pode ser um avô paterno, ou materno, ou outro parente, ou mesmo pessoa estranha, conforme melhor convenha às crianças."<sup>68</sup>

### **3.15 O direito de visitas**

A guarda dos filhos com um dos pais importa no direito de visita do outro, que não poderá ser negado por razões de ordem natural.

O art. 15 da Lei nº 6.515 assegura tal direito:

"Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação."

De regra, fazem-se livremente as visitas, cuja necessidade é ditada pelos sentimentos afetivos dos pais e filhos. Não deve haver um rigor na pontualidade dos horários e das esquematizações estabelecidas, embora seja conveniente definir os dias e os períodos com vistas à própria disciplina e organização da vida dos filhos.

As visitas não expressam o sentido de o pai ou a mãe irem visitar o filho, mas o momento em que um outro terá os filhos consigo, que poderá ocorrer nos finais de semana e em ocasiões especiais. Com as visitas, o ex-cônjuge que não exerce a guarda terá oportunidade de acompanhar o evoluir e a educação que recebe o filho junto ao detentor da guarda.

O critério para estabelecer as visitas é o próprio interesse dos filhos, Assim, importa que não se verifiquem em horários inoportunos, como a noite, ou nos momentos de ocupações escolares, sem subtrair-se ao filho a liberdade de estar com cada um dos pais segundo sua vontade, desde que disciplinadamente.

Salienta-se, porém, que o pai ou a mãe sem a guarda deve ir buscar o filho, e levá-lo consigo para a casa onde reside ou exerce a profissão, ou mesmo na casa dos avós e familiares, desde que o ambiente seja normal e não ofereça prejuízo à criação e formação.

O direito é inalienável e impostergável, não podendo ser negado mesmo ao pai condenado criminalmente<sup>69</sup>. É, outrossim, irrenunciável, segundo mostra *Guillermo A. Borda*:

*"El derecho de visitas es irrenunciable, Será nulo todo convenio hecho con ese objeto, convenio que las más de las veces será arrancado al pariente bajo da presión de las circunstancias, etc."*<sup>70</sup>.

Contudo, suspende-se o exercício (e não o direito) se motivos graves advêm, como se o filho, enquanto se encontra com o cônjuge que não exerce a guarda, convive com pessoas viciadas e desprovidas de sensatez, ou se ele descuida da alimentação e outras necessidades do filho.

Convém se explicitar detalhadamente o direito de visitas, definindo não só os dias normais de visita, mas inclusive as datas mais importantes, como as de aniversários e das festas principais que sucedem durante o ano, especialmente o Natal, o dia do Ano-novo, o Dia dos Pais, das Mães e os períodos das férias escolares, a fim de que não aconteçam divergências e atritos nas respectivas oportunidades.

E se aquele que não tiver a guarda recusar-se a receber ou visitar o filho? A situação não é incomum. Existem pais que simplesmente se afastam dos filhos, de modo gradativo e persistente. Não se encontra um meio

jurídico para obrigar o pai ou a mãe que não tem a guarda a buscar o filho, ou a visitá-lo. É que a visita aos filhos constitui um direito e não um dever, dentro do âmbito jurídico. Trata-se de uma faculdade, não se encontrando no Direito Positivo amparo para obrigar o progenitor omissivo a ter os filhos consigo, De modo que quem exerce a guarda não se reveste de amparo legal para obrigar a visita, mas tão-somente para pleitear alimentos ou assistência econômica. Apenas a falta de atendimento desta aspiração natural importa em destituição do pátrio poder.

### 3.16 Direito de visita em favor dos avós

Outro aspecto delicado e controvertido relaciona-se ao direito de visita aos avós.

Embora o sistema jurídico brasileiro se mostre falho a respeito, nada disciplinando ou prevendo, a questão deve ser analisada cuidadosamente.

O liame de união entre os filhos e a mãe ou o pai, às vezes, não se apresenta tão forte. Por terem os avós dedicado especial atenção aos netos, cuidando-os e mesmo criando-os, formou-se um elo afetivo de aproximação e convívio que não pode ser abruptamente interrompido, sob pena de influir negativamente na personalidade dos mesmos. A evidente influência negativa que traz a separação pode ser amenizada pelo contato com os avós.

Daí o próprio interesse dos filhos, cuja personalidade está em formação, recomendar o seu não-afastamento dos avós. Aliás, a convivência decorre de um direito natural. Está ínsito na natureza humana o sentimento de apego ou inclinação espontânea dos netos aos avós, que, às vezes, representam a segurança e o amparo ante a inaptidão e o desinteresse dos pais.

A advogada *Marilza Fernandes Barretto*, em preâmbulo de oportuno trabalho sobre a matéria, traz a seguinte mensagem de *Edgard de Moura Bittencourt*:

"A afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice. A jurisprudência que assegura essa afeição sanciona na frase de *Gaston Lagard* 'os direitos morais dos avós'."

E, mais adiante, fundamentando o direito de visita;

"A solidariedade familiar, o vínculo da filiação, o elo de amor e carinho que aproximam as gerações são as causas verdadeiras que levam muitas vezes os avós aos tribunais para lutar pelo direito de ver e visitar seus netos, pela oportunidade de preservar a unidade e manter viva a convivência familiar, base moral da sociedade.

E esse direito tem sido reconhecido pelos julgadores, mesmo no caso de oposição dos pais dos menores ao exercício desse direito: 'Direito de visita. Avô. Impugnação da genitora. Mandado de segurança. O avô tem direito de visitar o neto, inexistindo ilegalidade no ato que defere o seu pedido, e contra o

qual se insurgir a genitora viúva' (Mandado de Segurança nº 164.770, SP, 1ª CC, em 31 de outubro de 1967, *Revista Forense*, v. 226, p. 179). Alain Sayag (*Les Grands-parents dans le Droit de da Famille*) chega mesmo a admitir *um liame de filiação direta* unindo os avós e os netos (*Revista Forense*, v. 273, p. 106).<sup>71</sup>

Mesmo os tribunais têm afirmado esse direito:

"Visita. Regulamentação do direito de visita da avó. Direito natural dos avós que haverá de ser regulamentado pelo magistrado. Os princípios que não de circunscrever a espécie encontram fundamentos nos mesmos lindes que orientam a guarda de menor. Essencial o superior interesse da personalidade e do psiquismo do menor."<sup>72</sup>

Em outra ocasião:

"Menor. Visitas. Direito concedido aos avós paternos, em face do falecimento do pai. Direito natural de visitas à descendência que deve ser respeitado [...] Deve ser respeitado o direito dos autores, de visitarem sua descendência, com regularidade, direito natural este que é reforçado pelo fato de que, em eventual chamamento para exercerem a tutela, a mesma lhes seria confiada, pela ordem do Código Civil, na ausência da mãe do menor."<sup>73</sup>

Apenas em circunstâncias especiais deve ser negado o pedido dirigido a alcançar o direito de visita, como nos graves conflitos entre a educação e formação dirigida pelos pais, e aquela pretendida incutir pelos avós, ou se advém influência negativa do contato com os avós, ou, ainda, se, com estes, ficam sujeitos a perigos os netos.

Não se justificam, para impedir o direito, as questões pessoais ou as divergências que, mais freqüentemente, nutre a mãe relativamente à avó paterna de seus filhos, e muito menos a alegação de métodos antiquados pelos avós no trato e na educação dos netos.

A questão da visita aos avós toca num aspecto natural da pessoa, que é a tendência de aproximação entre parentes ou pessoas que formavam uma comunidade familiar com o menor, envolvendo, inclusive, padrasto ou madrasta, o que não é estranho em outras legislações, como a da Argentina:

"De acuerdo con el artículo 376 'bis', Código Civil, tienen derecho de visitas los parientes que se deben recíprocamente alimentos. Ello significa que el padrastrolmadrasta en caso de disolución del vínculo conyugal por muerte o divorcio puede reclamar este derecho de trato y comunicación con los hijos menores o mayores incapaces de quien fuera su cónyuge, facultad que sólo le podrá ser negada si la oposición se fundase en posibles perjuicios a la salud moral y física de los interesados."<sup>74</sup>

### 3.17 Alimentos em favor do cônjuge

Em redação que não se amolda à imperante igualdade jurídica dos cônjuges, o inciso IV do art. 1.121 do Código de Processo Civil manda que a

petição inicial estipulará sobre "a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter". É óbvio que esta obrigação se impõe tanto ao marido como à mulher, segundo O art. 19 da Lei nº 6.515, embora mais difíceis as hipóteses de incidência na pessoa desta última.

Sempre se disse que não é válida cláusula isentando definitivamente da obrigação o marido. A doutrina e a jurisprudência faziam, e ainda persistem, a distinção entre renúncia e desistência. Ultimamente, encontra-se respaldo para a diferenciação na Lei nº 5.478, de 25/11/1968, cujo art. 23, parte final, assentava que "o direito a alimentos, que, embora irrenunciável, pode ser provisoriamente dispensado". Ou seja, a renúncia é definitiva, enquanto a dispensa considera-se provisória. Daí não aceitar-se o termo *renúncia* para evitar dúvidas<sup>75</sup> e possível isenção do obrigado em face do significado do vocábulo. Ainda vige a Súmula nº 379, do Supremo Tribunal Federal, que encerra: "No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais". Nada mais significa este cânone que a síntese de uma corrente consolidada predominante, afastando qualquer validade tal disposição. Em época já distante, assentava o Supremo Tribunal Federal:

"O direito a alimentos por natureza, é irrenunciável. O art. 404 do Código Civil, embora situado no Título V, do Livro I da Parte Especial, não se estende, exclusivamente, às relações de parentesco, mas consagra princípio geral."<sup>76</sup>

Mas não será, de outro lado, por utilizarem os separandos a palavra *dispensa* que asseguram os alimentos. Nos tempos que hoje correm, em face das mudanças sociais, da descontração quanto a hábitos e costumes de alguns anos atrás, e do princípio de solidariedade que deve imperar, parece retrógrado, arcaico e utópico insistir na possibilidade ou não da renúncia, seguindo uma linha de autores considerados avançados como *Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Yussef Said Cahali, Álvaro Villaça de Azevedo e Sílvio Rodrigues*, aduzindo estas duas razões justificativas da validade da renúncia:

"Em primeiro lugar, há que se ter em vista que o acordo havido em processo de desquite por mútuo consentimento é negócio jurídico bilateral, que se aperfeiçoa pela conjunção da vontade livre e consciente de duas pessoas maiores. Se as partes são maiores, se foi obedecida a forma prescrita em lei e não foi demonstrada a existência de um vício de vontade, aquele negócio deve gerar todos os efeitos almejados pelas partes, valendo, assim, a renúncia aos alimentos por parte da mulher. Ademais, o acordo no desquite se apresenta como um todo, em que cada cônjuge dá sua concordância, tendo em vista as cláusulas básicas que o compõem. É possível que se o marido soubesse que havia de ser compelido a sustentar sua ex-esposa, não concordaria em subscrever a petição do desquite; afinal, o desquite é um distrato que tira sua seiva da vontade das partes. Em segundo lugar porque, homologado o acordo de desquite, desaparece o dever de

mútua assistência entre os cônjuges, não havendo mais razão para impor-se ao homem o dever de sustentar sua ex-mulher."<sup>77</sup>

Vários julgados colocaram em dúvida a Súmula nº 379, principalmente porque a obrigação de prestar alimentos atinge apenas parente na esteira do art. 396 do Código Civil, enquanto a separação põe termo ao parentesco afim existente entre o marido e a mulher.

Há julgados que, uma vez dispensados os alimentos, só excepcionalmente permitem a concessão:

"Alimentos. Separação judicial. Dispensa. Pedido posterior. A cláusula que em separação consensual dispensa alimentos só pode ser objeto de alteração em casos excepcionais, desde que decorrentes de fatos graves, cabalmente comprovados. Abdica de um possível direito a mulher que, por ser comerciante e ter renda própria, dispensa alimentos quando da separação consensual, sem fazer reserva de pleiteá-los no futuro, se deles necessitar."<sup>78</sup>

Pensa-se que o deslinde das interpretações deve partir das situações práticas. Bem clara é *Teresa Ancona Lopez*:

"...Há camadas de mulheres que necessitam viver da pensão do ex-marido. Explicando melhor, em certos casamentos, a mulher não se pode profissionalizar, pois além do marido não permitir, as circunstâncias domésticas também não permitiram. Dessa forma, aquela mulher que ficou em casa cuidando do marido e dos filhos, trabalho esse exaustivo e desgastante, apesar de compensador, não pode e não consegue, agora, mais velha, arranjar um emprego para começar a se sustentar. Isso é desumano e praticamente impossível [...] Por tudo isso, não se vê como desobrigar, nessas circunstâncias, um ex-marido de pensionar a então mulher."<sup>79</sup>

Não é de realce o termo renúncia ou dispensa, que não passa de um artifício de palavras. Em casos especiais, afigura-se impossível não pensionar a mulher, da mesma forma como é insuscetível de ocorrer com o ex-marido, se impossibilitado de subsistir por si.

A necessidade do cônjuge, os fatores que precederam a separação e as limitações que o cercam é que ditarão a obrigatoriedade ou não de fornecer alimentos. Em caso de omitida qualquer disposição sobre alimentos, subentende-se a dispensa, ou a não-necessidade. Homologa-se a separação, com o que não se proclama a impossibilidade do exercício da pretensão posteriormente.

### 3.18 Alimentos aos filhos

O inciso III do art. 1.121 impõe que a petição inicial contenha o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Cuida-se de um dever que incumbe a ambos os pais, obedecendo-se, é evidente, a proporção dos recursos de cada um. A lei tem em



alta conta esta obrigação, tanto que no Direito Penal está prevista a figura do abandono material, com a aplicação, inclusive, de pena carcerária (art. 244 do Código Penal), enquanto leis civis (Código de Processo Civil, art. 733, § 1º, e Lei nº 5.478, de 25/07/1968, art. 19) cominam a pena de prisão civil, no que dá amparo a Constituição Federal (art. 5º, inciso LXVII).

Trata-se de uma obrigação primária do ser humano, intuitiva e natural, a que ninguém pode se escusar, sendo ampliada aos parentes mais próximos entre si. Com efeito, preceitua o art. 397 do Código Civil que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

De modo que a homologação da separação depende obrigatoriamente da estipulação dos alimentos que os pais se comprometem a satisfazer para a criação e educação dos filhos, o que já se impunha em épocas mais afastadas,<sup>80</sup> e, presentemente, decorre, também, além dos fundamentos acima, do art. 20 da Lei nº 6.515: "Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos".

Não importa tanto quem fornecerá a pensão - se o pai ou a mãe. Normalmente, relaciona-se o encargo ao pai. E assim era praxe, assinalando-se unicamente a ele o montante que contribuiria. De sorte que, uma vez ficando na sua guarda os filhos, não se mencionava qualquer quantia. Mas, possuindo a mulher recursos, parece coerente a fixação da soma com que ela participará.

Em certos casos, quando o pai não oferecia renda suficiente para arcar com o encargo alimentício, de modo fictício inseria-se algum valor insignificante. Se omissa a inicial na participação, não se homologava a separação. Presentemente, não há de prosperar tal cláusula fictícia, importa uma previsão de garantia material e econômica aos filhos.

Jamais se admitirá a renúncia pelos filhos, ou a inserção de cláusula isentando um dos progenitores da obrigação:

"Ação de alimentos. Pensão do menor, Impossibilidade de renúncia. Ministério Público, Atuação obrigatória.

A atuação do Ministério Público como fiscal do exato cumprimento da lei, na ação de alimentos, a defender interesse de menor e incapaz, é ato imprescindível, a teor do disposto nos arts. 9º e 11 da Lei nº 5.478/68 e art. 86 do CPC.

A pensão do menor é irrenunciável e deve constar do *decisum* ou acordo das partes, sob pena de cassação da sentença."<sup>81</sup>

A fixação do montante deverá corresponder ao necessário para a criação e educação, o que envolve o montante para atender as despesas pelo menos básicas de alimentação, vestimenta, moradia, medicamentos e assistência médica, higiene, lazer, esportes, escola e formação profissional - tudo de acordo

com as possibilidades dos pais e as necessidades do alimentando, como bem expõe *Adahyl Lourenço Dias*.<sup>82</sup>

Dever que não é afastado se os filhos são entregues a terceiros, como avós ou demais parentes próximos, e nem se eles desenvolvem atividades remuneradas. Incumbe a complementação das despesas com a pensão, de modo a possibilitar um nível de vida equivalente ao que usufruíam quando casados os pais. Desimporta, outrossim, que se encontrem sob o pátrio poder de outrem. Não se livram os pais do encargo, pois não possuem o pátrio poder normalmente em vista de atos indignos por eles praticados. Em conseqüência, se beneficiariam de sua própria torpeza.

Não há, hoje, um marco para cessar a obrigação. Atingindo os filhos a maioridade, não termina necessariamente o encargo. É evidente que situações especiais impõem o prolongamento da pensão, como no caso de se dedicarem aos estudos, ou não conseguirem uma colocação que traga rendimentos mínimos para o sustento e necessidades comuns. E assim relativamente aos filhos doentes e inválidos, quando O pensionamento perdurará por toda a vida.

Não é recomendável o englobamento da pensão devida à mulher com aquela dos filhos, fixando-se apenas um montante, sem especificar um determinado percentual. Graves dissensões poderão advir no futuro.

Mas, na falta de uma discriminação, e quando da maioridade dos filhos, ou do desempenho de trabalho remunerado, mais conveniente será arbitrar-se metade da pensão aos filhos, e a outra metade cabendo ao ex-cônjuge. A menos que vários os filhos, todos dependentes e sem desempenharem atividades rendosas, quando, evidentemente, não se poderá seguir tal critério. Os filhos deverão ter um montante superior ao da mãe.

### **3.19 O nome da mulher separada**

Muitas questões judiciais têm aflorado nos pretórios sobre o nome da mulher separada, e especialmente divorciada.

No tocante à separação litigiosa, não despontam maiores problemas, em face dos termos do art. 17 da Lei nº 6.515: "Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*), voltará a mulher a usar o nome de solteira". E, no art. 18: "Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do marido".

Na separação consensual, faculta-se à mulher conservar ou abdicar do nome do ex-marido.

É o que se extrai do § 2º do art. 17: "Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada". Ou seja, desde que não seja ela culpada na separação. Daí na separação consensual permitir-se a opção de acordo com suas conveniências. E o que normalmente acontece. No pedido,

assinala-se o nome que a mulher passa a usar. Se ela, com o casamento, escolheu o apelido do marido, o que é uma faculdade e se depreende do art. 240 do Código Civil, na versão da Lei nº 6,515, poderá continuar com o mesmo nome, embora uma série de ocorrências é suscetível de ocorrer.

Inclusive no divórcio permite a lei a permanência do nome, pois nenhuma regra dispõe em sentido contrário.

Todavia, tanto na separação como no divórcio, somente perdurará o nome do marido enquanto este não se opuser.

É que ocorre, indubitavelmente, a quebra dos liames da afinidade. Não importa a inexistência de conduta da mulher capaz de comprometer o nome do ex-marido.

De notar, ainda, o conteúdo do art. 24 da Lei do Divórcio, estipulando que o divórcio põe termo ao casamento. Não se encontra qualquer justificativa para continuar a mulher a usar o nome do então marido. Contrapondo-se esta *ratio* ao art. 17, § 2º, conclui-se que a mulher tem o direito de escolher e conservar o nome desde que seja conveniente ao ex-marido.

Vários argumentos costumam ser desfilados em sentido contrário. É lembrado que o nome se insere como um dos atributos mais importantes da pessoa natural, colocado ao lado da capacidade e do estado civil, que a torna conhecida e lhe imprime a sua individualidade peculiar. Identifica a própria personalidade e constitui o elemento que caracteriza e faz lembrar a pessoa no meio social. Através do nome, chega-se ao conceito e ao conhecimento dos seres humanos. Em suma, o nome se incorpora e passa a formar um atributo ou um valor de qualquer pessoa.

Por isso, defende *Yussef Said Cahali*, falando mais sobre o divórcio, a liberdade reconhecida à mulher de optar pela conservação ou não do nome, no que é seguido por outros autores;

"Pelo sistema da Lei do Divórcio, a questão do nome da mulher já se encontra resolvida no juízo da separação, quando se busca a conversão desta em divórcio. Se a faculdade deferida à mulher, no juízo precedente, não foi renunciada, deverá ser mantida, caso lhe aprouver. Se lhe foi reconhecida, na separação judicial, a faculdade de manter aos seus apelidos do marido esta faculdade não será por ela perdida, ainda que tenha sido sua a iniciativa do pedido de conversão.

Assim também, se no desquite amigável (separação consensual), não fora previsto que a mulher deixaria de usar o sobrenome de casada, a faculdade de usá-lo deve ser-lhe preservada se o varão pediu a conversão em divórcio e não sendo mais permitido à ré o uso de seu sobrenome, e a ré concordou com o divórcio, menos na questão relativa ao sobrenome, pois continuam prevalecendo as condições estabelecidas no processo anterior (3ª C, do TJSP, 20/05/1980, maioria, Rel. *Rodrigues Porto*, Ap. nº 288.695, São Paulo).

Na conversão consensual do desquite (ou separação judicial) em divórcio, deveriam assim os ex-cônjuges estabelecer a manutenção ou dispensa dos apelidos do marido, se ela os tiver assumido com o casamento, e os tiver conservado mesmo após aquela separação."<sup>83</sup>

Atualmente, a sentença de conversão deverá determinar o uso do nome que a mulher usava antes de casar, exceto em alguns casos, o que será analisado mais detalhadamente na conversão da separação em divórcio, de acordo com a redação do art. 25 da Lei nº 6,515, introduzida pela Lei nº 8.408, de 13/02/1992.

Várias as razões que aconselham a modificação do nome. Mesmo que seja na separação, com possibilidade de restaurar a sociedade conjugal, há uma ruptura de laços entre os cônjuges, e isto quer de ordem patrimonial, quer de ordem afetiva. Não há mais laços afetivos, nem comunhão de vida, de pensamentos e emoções, de modo que, por mero comodismo, ou por não precisar alterar documentos, não se justifica levar no futuro resíduos indelévels do casamento, ainda que futuramente possam ser modificados. Exceto em casos especiais, como de já ser idosa a mulher, e em vista das inconveniências práticas que resultarem.

O marido pode opor-se ao uso na própria separação consensual, ou posteriormente, pois, mais do que outros fatores, não encontra uma motivação suficiente o entendimento contrário, mas alça-se num protecionismo que precisa ser abolido, Se os cônjuges são equiparados na sociedade conjugal, pretender que a mulher leve no futuro o apelido da família do marido é colocá-la num grau de inferioridade.

Não convence, ademais, o argumento de que se tornou conhecida por aquele nome, o qual identifica sua personalidade e sua presença no meio social. A rigor, o simples fato do conhecimento da separação conduz à conclusão inerente da mudança do nome.

Nos meios culturais e científicos, no entanto, a mudança de nome poderá efetivamente repercutir negativamente. O nome pelo qual uma autora ficou conhecida está intimamente ligado à obra. Qualquer mudança torna viável a confusão com outra pessoa, além de acarretar, v.g., o aparecimento de livros da mesma autora com nomes seus diferentes.

Mas, aí, trata-se mais de direito autoral sobre o nome que se tornou conhecido com a publicação.

Podem acontecer situações curiosas com a manutenção do nome. Perante o comércio e o meio social a mulher terá condições de fazer crer que continua casada. Mais grave, no entanto, é se ela tiver filhos após a separação, apesar de não divorciada, ou remaritada, e transmitir a eles o nome que trouxe do ex-marido, mesmo ausente qualquer vínculo de parentesco.

Casando novamente o ex-marido, duas mulheres terão o mesmo nome, o que permite gerar complicações e inconveniências.

#### 4. SEPARAÇÃO LITIGIOSA

##### 4.1 Caracterização

Evidentemente, a denominação *separação litigiosa* se aplica melhor que a expressão *separação judicial*, que tem um sentido bem mais amplo, envolvendo, em certos casos, a separação consensual.

Baseia-se fundamentalmente na culpa, ou na ruptura da vida conjugal, ou na doença mental de um dos cônjuges.

Anteriormente à Lei do Divórcio, o então chamado *desquite litigioso* era possível com fulcro numa das causas enumeradas no art. 317 do Código Civil: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono do lar conjugal durante dois ou mais anos consecutivos. A enumeração era taxativa. Não se permitia a invocação de outras causas. Dada a deficiência de conteúdos invocáveis e autorizadores do desquite, a doutrina e a jurisprudência procuravam estender o significado dos referidos conceitos, com o objetivo de não deixar de fora outras inúmeras situações justificadoras do desquite. Era a busca de suprir a omissão da lei, ou a falta de previsão de outras condutas atentatórias aos deveres conjugais. Neste sentido, a injúria grave englobava genericamente toda a gama de violações de deveres matrimoniais, que não comportavam mais a manutenção do casamento.

Considerava-se um sistema pobre e ultrapassado.

Com a Lei nº 6.515, que adotou o modelo francês, introduziu-se um novo direito de separação. Restou afastada a fundamentação em casos especificados. Adotou-se uma tendência objetivista, predominando a simples separação de fato. Não interesse tanto em indagar o *porquê*, ou a conduta violadora de valores, mas o fato de não mais dar certo a sociedade conjugal.

E isto para fugir do artificialismo que representava o sistema antigo, Nada mais difícil que indicar o verdadeiro responsável por uma separação, A vida das pessoas é um todo. No matrimônio, o descalabro de valores e a decadência da vida de comunhão são decorrências de fatores múltiplos, imiscuídos nas condutas e que emergem da própria relação prolongada das pessoas.

Mesmo porque o próprio conceito de família vai se alterando, tendo preponderância as formações de grupos unidos por motivações afetivas e de parentesco.

A concepção objetivista na separação assomou de tal forma a preponderância que foram escasseando, tornando-se raras, as separações estaqueadas na culpa.

Segundo a lei vigente, derogados os dispositivos da lei civil que tratavam da matéria, vigoram duas formas de separação litigiosa: a fundada no princípio da culpa e a dominada pelo princípio da ruptura. Esta se subdivide em duas subespécies: a primeira, baseada na separação de fato por um ano (art. 5º, § 1º); e a segunda prevista para caso de grave doença mental de um dos cônjuges (art. 5º, § 2º). Aquela modalidade é denominada por alguns como *separação-consumação*, ou *separação-falência*; e a segunda costuma ser chamada *separação-remédio*.

A iniciativa da separação é sempre de um dos cônjuges, que alega e propõe-se a provar a ocorrência de fatos enquadrados no art. 5º ou em seus §§ 1º e 2º.

## 4.2 Separação baseada na culpa

### 4.2.1 Causas

Está tal separação contemplada *no caput do art. 5º*. Em suma, o cônjuge que ingressa com a ação alega conduta desonrosa do outro cônjuge, ou grave violação dos deveres do casamento.

Com efeito, dispõe o art. 5º:

"A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação aos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum."

Cuida-se da separação decorrente di *una condotta contraria agli obblighi imposti dal* matrimônio,<sup>84</sup> como está no Direito italiano. Nota-se que estão especificadas a conduta desonrosa e a violação aos deveres conjugais, ou todo o comportamento que violar as obrigações próprias do casamento.

Portanto, duas as causas genéricas, de considerável abrangência, e que passam a ser desenvolvidas.

#### a) Conduta desonrosa

Nesta, de certa forma, estão abrangidas as violações dos deveres matrimoniais. Mas o legislador preferiu especificá-la. E, no dizer de *Sílvio Rodrigues*, cabem no conceito

"o alcoolismo, a prática de crime, a recusa em pagar os débitos da família, o uso de tóxicos, o namoro do cônjuge com estranhos, enfim, muitas daquelas hipóteses que antes eram compreendidas na rubrica de injúria grave pela jurisprudência brasileira."<sup>85</sup>

Nada mais representa tal conduta que os atos atentatórios à boa fama, à honra, à dignidade ou bom nome não só do outro cônjuge, como da própria família.

O fato criminoso, para enquadrar-se no conceito, não precisa que desencadeie processo criminal e condenação imposta que venha comprovado. De outra parte, nem toda condenação criminal tem o condão de estampar-se como

desonra. Assim, na condenação em acidente de trânsito, ou em lesões corporais leves, ou em certas tipicidades penais de pouca relevância, sem reincidência, não reveladoras de um caráter delinqüente.

Outrossim, deve ser levada em consideração a condição pessoal do cônjuge desonrado. Certas condutas apresentam-se normais para determinadas camadas sociais, de nível cultural e costumes não muito apurados, enquanto não se adaptam para níveis mais elevados. Não se aceita como alegação de desonra por um cônjuge acostumado a desavenças e atritos com vizinhos a simples troca de ofensas ou as vias de fato do outro cônjuge com terceira pessoa. Se, todavia, a mulher é acostumada a ser tratada educadamente, mercê de sua formação e origem, não é admissível que aceite manter um casamento com um marido que descamba para os vícios e a brutalidade,

Válidas as ponderações *de Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"Há de preexistir, em síntese, uma razoável conjunção de critérios a partir da sensibilidade subjetiva do cônjuge ofendido, sem inobservar as naturais limitações dos critérios objetivos (padrões médios de valoração) latentes quando se pensa na própria função da norma jurídica, como seja, uma espécie de regramento que procura estipular padrões de comportamento a partir de uma média geral de aceitação social, a partir do que considera normal, comum, na própria sociedade de que colhe a generalidade, bem como a excepcionalidade que procura sancionar."<sup>86</sup>

Uma casuística de condutas desonrosas mostra-se perigosa, porquanto cada ser humano tem um critério de valoração dos fatos. O enquadramento das atitudes nesta causa de separação depende do modo de apreciação dos fatos e das circunstâncias que cercam os seres humanos. De outro lado, leva-se em conta a persistência exagerada de certos hábitos, que podem se tornar vícios. O simples jogo de cartas, embora assistemático mas não absorvente, ou que não traz prejuízo à família, não se constitui em desonra.

Devem corresponder à conduta desonrosa as constantes brigas de um cônjuge, com ofensas e mau exemplo aos filhos, de tal modo que toda a vizinhança fica ao par dos atritos conjugais. Igualmente o desrespeito aos filhos, com humilhações e tratamento ofensivo, de sorte a causar admiração e comentários de reprovação geral.

*Manoel Messias Veiga* desenvolve algumas exemplificações de conduta desonrosa:

"Para os detalhes do que se deve entender por conduta desonrosa, na formulação do pedido, alinham-se como causas efetivadoras as seguintes: a) a ofensa da honra dos parentes de um dos cônjuges pelo outro; b) aversão manifesta e menosprezível do marido pela mulher e vice-versa de notoriedade pública; c) expressões humilhantes ditas por escrito, faladas, gestos, dirigidas por um dos cônjuges ao outro, com o conhecimento de terceiros; d)

ridicularização do cônjuge em público; e) o ultraje ao pudor do conúbio; f) a ofensa aos brios do parceiro; g) a deslustração da dignidade do outro cônjuge; h) a imputação de atos de desonestidade, feita por um deles; i) mudança de sexo de um dos nubentes; j) atos constrangedores e de ridicularização da família; l) a condenação por crimes que afetam a continuação do casamento ou a dignidade do outro cônjuge ou dos filhos; m) a vadiagem, etc."<sup>87</sup>

b) Violação dos deveres do casamento

O *caput do art. 5º* não manteve a casuística de fatos que anteriormente autorizava o então desquite, e contemplada no art. 317 do Código Civil. Firmou uma regra geral: grave violação dos deveres conjugais, ou seja, colocou como fator de separação a infração dos deveres conjugais. Não discriminou causas específicas, ou peremptórias, mas facultativas, que são aquelas que permitem um poder de apreciação pelo juiz, ou decidir se, em determinado caso concreto, a falta se reveste de gravidade tal que torna intolerável ou insuportável a continuação da união conubial.

Foi seguido o sistema da reforma do Direito francês de 1975, segundo se verifica da lição *de Jean-Claude Groslière*:

"L'innovation la plus importante consiste dans une double suppression:

- *suppression de la liste de fautes qu'énumèreraient , laborieusement du reste, les articles 229 a 322 anciens; désormais deux textes, les articles 242 et 243, suffisent à déterminer les fautes qui constituent des causes de divorce;*

- *suppression du caractère péremptoire de certaines causes de divorce; ainsi le juge reçoit un plus large pouvoir d'appréciation. L'article 242 envisage toutes les fautes dont un époux peut se rendre coupable dans une formule globale; il dispose que `le divorce peut être demandé pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune'."*<sup>88</sup>

Aquelas causas previstas no sistema do Código Civil, desde que verificadas, importavam a necessidade de se decretar a separação, Presentemente, analisa-se a repercussão que trazem à união conjugal.

Mas, há fatos que, embora o Direito hoje vigente, pela sua simples verificação, conduzem à separação, como a tentativa de homicídio e as sevícias. Tanto que anotam *José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz*:

"As espécies de faltas previstas na enumeração do antigo art. 317 do Código Civil não perderam sua relevância vistas agora como manifestações específicas da noção ampla de violação de deveres matrimoniais, ao lado, porém, de outras hipóteses abrangidas por tal noção [...] Com efeito, o adultério é a mais



grave das violações ao dever matrimonial de fidelidade; o abandono (agora, sem a exigência, contida na lei revogada, de uma duração mínima determinada) viola o dever de vida em comum e, por conseguinte, o dever de coabitação e o dever de assistência; a tentativa de homicídio contra o cônjuge, bem como quaisquer outras formas de agressão ao cônjuge, aí incluídas as sevícias e as injúrias graves, violam direitos de personalidade (vida, integridade física, honra), contrariando, portanto, a essência do casamento e envolvendo, por via de consequência, o conjunto de deveres matrimoniais, globalmente considerados."<sup>89</sup>

Em suma, o adultério, a tentativa de homicídio, as sevícias ou a injúria grave e o abandono do lar - catalogação do art. 317 - ingressam na generalização do art. 5º, *caput*, da Lei nº 6.515, pois constituem infração aos deveres do casamento em grau máximo.

Há uma extensa gama de deveres de tal ordem, como os inseridos no art. 231, que são a fidelidade recíproca, o dever de coabitação e a mútua assistência; o de sustento, guarda e educação dos filhos; os contemplados nos arts. 233, 234 e 240, mais especificamente relativos a manutenção da família e ao governo da economia doméstica. Acrescenta *Antunes Varela* que constituem

"ainda causas de separação os maus-tratos infligidos aos filhos, como violação do dever de educação imposto aos pais, a gestão infiel ou perdulária do marido como administrador dos bens do casal, a sua recusa sistemática e injustificada em prover o sustento da família, bem como a grave desídia, no governo da casa, por parte da mulher."<sup>90</sup>

As causas de anulação do casamento não aproveitadas no prazo decadencial podem vir a ser utilizadas para fins da separação, como na hipótese da impotência *coeundi*, já que o relacionamento sexual e mesmo a procriação constituem os fulcros básicos do casamento. Sem esta função, perde a finalidade o casamento, Expõe, sobre o assunto, *Ulderico Pires dos Santos*:

"Se o defeito físico impeditivo da consumação do casamento é irreparável, não há dúvida que constitui causa para a separação judicial porque não há de exigir-se que o cônjuge malgrado vá procurar união afetiva e satisfação sexual com outrem, expondo-se ao perigo de um flagrante de adultério. Se a impotência *coeundi* constitui causa para a anulação do casamento, obviamente não pode deixar de erigir-se em motivo que justifique a separação judicial como medida preparatória da obtenção do divórcio *oportuno tempore*,"<sup>91</sup>

As infrações devem ser graves, segundo exige a lei, a ponto de tornarem-se injuriosas ao outro cônjuge. O fato da convivência diária e constante faz surgir uma interminável série de pequenas faltas e erros, mas decorrência esta da própria contingência do ser humano. Não cogitou a lei das imperfeições comuns e dos transtornos ligados à própria falibilidade da pessoa. O passar da vida, ou o correr dos dias, traz incrustada no espírito humano uma quantidade sempre renovada de decepções, dificuldades, desgastes, desesperanças e reincidências

em pequenas faltas, o que exige dos cônjuges certa dose de tolerância e compreensão. Do contrário, não é suportável a presença recíproca de um e de outro.

Daí lembrar o já citado *Antunes Varela* que a falta deve ser grave, e não "qualquer falta (leve ou ligeira) de desrespeito ou cooperação, por exemplo, para justificar o divórcio. É preciso, atendendo de modo especial à mútua compreensão que deve existir nas relações entre os cônjuges, que se trata de uma falta grave - grave não só objetivamente (em face dos padrões médios de valoração da conduta dos cônjuges em geral), mas também subjetivamente (em face da sensibilidade moral do cônjuge ofendido e da atuação deste no processo causal da violação)."<sup>92</sup>

Dentro desta linha, a diversidade de convicção religiosa não pode ensejar motivo grave, e muito menos falta, para a separação:

"A diversidade de convicção religiosa entre os cônjuges não pode ser equiparada a violação dos deveres conjugais e ensejar separação judicial principalmente se não demonstrado que tal fato levou à insuportabilidade da vida em comum. Não bastasse esse aspecto, a Constituição Federal veda todo atentado à liberdade religiosa e do culto. Daí não poder invocar um dos cônjuges, como causa da dissolução do vínculo matrimonial, a falta de simetria entre as suas confirmações religiosas e a do culto."

Ressalta, em conteúdo, a seguinte passagem do voto que levou à ementa acima:

"A diversidade de convicção religiosa entre os cônjuges não pode ser equiparada à violação dos deveres conjugais, Quando se fala em ecumenismo e as mais variadas confissões religiosas buscam uma identidade substancial, através do diálogo disposto à convivência, não há como se admitir que marido e mulher se separem porque, na busca do mesmo Cristo, caminham por atalhos diversos, negando sua própria doutrina, já Ele não veio para separar, senão para unir os homens. Não bastasse esse aspecto, a Constituição da República veda todo atentado à liberdade religiosa e de culto. Daí não poder invocar um dos cônjuges, como causa da separação, a falta de simetria entre as confissões religiosas dos cônjuges."<sup>93</sup>

Para aferir a gravidade, impõe-se, pois, a consideração objetiva dos atos praticados, mensurando a importância para o casamento. Não se admite a concepção dentro do subjetivismo das partes, porquanto variam os conceitos sobre a dimensão dos fatos segundo o grau de cultura e a formação espiritual das pessoas. Para um indivíduo mais simples, acostumado a uma vida de atribulações e amputações materiais de toda ordem, talvez seja tolerável suportar um tratamento pouco afetivo e mais rude. Já não sucede o mesmo com pessoa de atilada sensibilidade e elevado grau de cultura e sociabilidade. De modo que existem certos patamares a serem observados, na apreciação das faltas, como a

sensibilidade, a educação, a formação, a origem, a classe social, as ocupações, o trabalho profissional, o temperamento, o meio onde vive e o desenvolvimento cultural do cônjuge.

A lei, no entanto, é objetivamente clara. Estabelece a infração a deveres conjugais, cuja relação básica se encontra arrolada em dispositivos específicos. Mas não é absorvida a quantidade, nem o tipo de infrações, existindo outras classes que a vida prática faz surgir a cada dia.

#### 4.2.2 Deveres cuja infração enseja a separação judicial

Salientam-se alguns dos deveres conjugais mais importantes, que, infringidos, permitem a separação.

##### 1. *Fidelidade recíproca*

Esta imposição é uma das mais importantes, pelo menos nos sistemas tradicionais do casamento. Ninguém admite uma vida conjugal dupla, ou de infidelidade.

Relaciona-se à própria honra da pessoa e, dentre todas as vulnerações dos deveres matrimoniais, é a que mais traz suscetibilidades. Corresponde ao mútuo comprometimento pessoal, íntimo e externo, de um cônjuge para com o outro. É a comunhão física e espiritual de dois seres humanos. No sentido jurídico, compreende mais o relacionamento sexual exclusivo com a pessoa do outro cônjuge. Ou, como diz *Fernando Brandão Ferreira Pinto*:

"O dever de ser fiel no relacionamento amoroso-libidinoso, estando ambos, conseqüentemente, não só obrigados a um *facere* - débito conjugal -, mas também a um *omittere* - não ter relações sexuais com estranhos."<sup>94</sup>

Mas, no tocante ao conceito amplo que lhe é inerente, alastra-se o conteúdo: é a lealdade recíproca dos cônjuges, a mútua confiança, a proibidade, a sinceridade, o poder de contar com o outro em todas as situações da vida, a autêntica entrega e identidade de esforços, de interesses, o compartilhamento de problemas e crises, de modo a um cônjuge ter sempre junto de si o outro, por mais graves que sejam os problemas a enfrentar.

Tem-se como fator mais saliente de vulneração deste dever o adultério, que, no sentido etimológico, significa ir à *cama com outro*, cujo conteúdo comum é concebido por todos, dada a liberalização dos costumes e a generalização de sua prática.

Importa na traição conjugal, ou no relacionamento sexual com pessoa diversa do cônjuge. Para se configurar, exige-se que o agente

tenha agido deliberada e conscientemente, salientando *Maria Helena Diniz*:

"Assim, não configuram adultério, por faltar o elemento subjetivo, ou seja, por haver inexistência do impulso sexual, as relações sexuais oriundas do estupro, da coação, da abulia ou falta de comando da consciência,

como hipnose, sonambulismo, embriaguez involuntária. Não se caracterizam como tal, pela ausência do elemento objetivo da consumação da conjunção carnal: correspondência epistolar, cópula frustrada, coito vestibular, aberrações sexuais, inseminação artificial [...], que podem dar origem à infidelidade moral, equivalente à injúria grave ao outro cônjuge."<sup>95</sup>

Deixa o adultério de ser motivo para a separação, como entende *Edgard de Moura Bittencourt*,

"se o cônjuge inocente perdoar o culpado. Presume-se perdoado O adultério se o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado. O conceito de perdão não se submete a nenhuma condição de formou, nem de fundo. Basta que não haja nele nada de ambíguo, e seja isento de todos os vícios de vontade, como já se proclamou comjusteza."<sup>96</sup>

Isto é, mesmo que surpreendido um dos cônjuges na prática do adultério, a posterior convivência leva a concluir que houve perdão. Por conseguinte, não mais preponderará tal fato como causa da separação. Nesta linha as decisões:

"Separação litigiosa. Adultério conhecido. Coabitação ulterior. Injúria grave. Descaracterização. Por sua irrecusável conotação de envolvimento afetivo, momentâneo ou não, a coabitação sexual após o conhecimento do fato subtrai ao adultério, salvo em circunstâncias excepcionais, o caráter injurioso pressuposto, pela lei, como causa de separação."<sup>97</sup>

O conceito de infidelidade conjugal ampliou-se, constituindo O adultério apenas uma de suas espécies, sendo a comprovação quase impossível, por razões óbvias.

E, realmente, embora a maior gravidade do adultério, outras condutas também transgridem o dever de fidelidade, como a prática de atos libidinosos diversos do ato sexual, a falta de recato, a leviandade no comportamento, a companhia constante com pessoa de sexo diferente, além de atitudes de natureza diferente, como as que refletem a total ausência de solidariedade em momentos difíceis, ou de colaboração, ou de participação na solução de situações graves, pois retratam total ausência de empenho para com o cônjuge. Se num problema ou caso complexo não há apoio ao cônjuge, mas, pelo contrário, a terceira pessoa, em detrimento daquele, configura-se uma flagrante infidelidade.

Situações complexas ocorrem, como as infrações praticadas por ambos os cônjuges. O marido não fornece assistência, ou afasta-se durante certo lapso de tempo da moradia da família, mas justamente em vista do gênio irascível da mulher, ou de suas constantes reclamações por questões de somenos importância.

Numa sociedade conjugal já em declínio, onde ambos os cônjuges cometem infrações, não se pode atribuir a responsabilidade pela

separação a um deles apenas. Dando um cônjuge azo à falta de respeito no casamento, por sua conduta liberal e imprópria de pessoa casada, não se mostra coerente acusar o outro de mau esposo, ou verberar suas atitudes e atribuir-lhe o peso da culpa pela separação.

Comum é a infração de deveres por ambos os cônjuges. Se o marido simplesmente não permanece em casa, afastando-se por longos espaços de tempo, não é coerente que venha a pedir a separação em virtude do adultério da mulher. A respeito, há um julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que exprime tal sentido:

"Ficou provado nos autos o adultério praticado pelo réu. Ele confessa no depoimento pessoal. Ficou provado ainda o adultério praticado pela autora [...] No caso e dos autos, é de se concluir que este insólito casal, após assacar um ao outro graves faltas, depois de enfrentar uma instrução retaliativa, merece-se um ao outro; o marido, liberto das peias do casamento, quer fazer da mulher apenas sua amante, uma espécie de objeto lúdico e libidinoso."<sup>98</sup>

Diante do procedimento errôneo de um dos Cônjuges, não é coerente esperar compostura e fidelidade do outro.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, assentou:

"Se a esposa se esquece de sua qualidade de companheira, abandonando o lar, privando-se de suas relações normais, não pode exigir do esposo dever de fidelidade, pois essa pressupõe a vida em comum. A exigência de fidelidade em tais hipóteses de abandono do lar atenta contra a inteligência, contra o consenso geral do nosso povo, contra as leis biológicas."<sup>99</sup>

É evidente que, por princípios éticos e morais, se um dos cônjuges infringe os deveres matrimoniais, não importa em abrir ao outro a possibilidade para idêntica ou diversa violação. Mas, há situações especiais e propiciadoras, como no afastamento do lar, nele permanecendo a mulher. Se esta se encontrava abandonada, embora esporadicamente, não se reconhece como adultério eventual relacionamento sexual com um amante. A menos que se una concubinariamente a outra pessoa. Nesse sentido, mais ou menos o seguinte exemplo dado pela jurisprudência:

"Não se caracteriza o adultério quando a mulher saiu de casa e se ligou a outro homem, depois da separação do casal, decorrente de culpa do marido, que forçou a situação mediante a prática de sevícias. Embora considerada cônjuge inocente, a mulher não tem direito a pensão desde que, forçada pelas circunstâncias, passou a viver com outro homem, após a separação do casal. Seria imoral que o ex-marido fosse obrigado a contribuir para a economia do concubinato."<sup>100</sup>

A oposição de uma falta na ação movida não exclui o outro cônjuge da culpa, ou da responsabilidade. É permitido, todavia, na ação fundada em infração dos deveres conjugais, o contra-ataque através da reconvenção. A

sentença, porém, não poderá admitir a separação com graus de culpabilidade, ou a compensação de culpas. É neste sentido O ensinamento ditado por Yussef *Said Cahali*:

"Admitindo-se eventualmente uma graduação entre as várias causas de desquite, os tribunais estarão autorizados, de qualquer forma, a tomar em consideração a reciprocidade de faltas, embora não para admitir que uma causa mais grave, imputada a um dos cônjuges, possa ter eficácia extintiva em relação a uma causa menos grave imputada ao outro cônjuge, ou possa impedir assim a pronúncia da separação por culpa recíproca; mas para regular certas questões relativas à guarda dos filhos, para estatuir o respeito da pensão alimentar; aos que a admitem, para regular a indenização por perdas e danos."<sup>101</sup>

A reciprocidade de faltas será reconhecida, em tese, sempre através de reconvenção. Não que se admita, volta-se a reprimir, a falta porque o outro infringiu uma disposição de lei. Mas, a separação poderá ser imputada a ambos os cônjuges. Se bem que, na falta de reconvenção, é possível desconsiderar a infração cometida, em face do tipo de vida e dos desvios de conduta de ambos os cônjuges. Então, mesmo assim, diante da impossibilidade de manter-se uma sociedade conjugal já desfeita na prática, não se encontra outro caminho a não ser decretar-se a separação por culpa recíproca, embora ausente a reconvenção, o que, aliás, é admitido por certa jurisprudência não muito recente:

"Se de ambas as partes houve violação, não é possível a manutenção do casamento, estando a solução no direito que se concede aos dois cônjuges de pedir o desquite."<sup>102</sup>

Há condutas que não se enquadram na significação de adultério, mas que dele se aproximam e caracterizam a infidelidade conjugal. Nesta ordem incluem-se os atos tendentes à prática do adultério, ou ao relacionamento amoroso com outra pessoa, os deslizes, as atitudes

reprováveis, os contatos exageradamente íntimos, as amizades exclusivas e significativas de propósitos sexuais, a freqüência a determinados locais mais apropriados a pessoas não casadas, os constantes telefonemas a alguém do sexo oposto, as saídas freqüentes e demoradas com amigos não-casados, os passeios longos e estadias fora do lar. Enfim, toda série de posturas que revela falta de união, de participação, de comunhão de vivências, e que retrata excesso de individualismo e forma de vida diferente das pessoas casadas.

Em todas as hipóteses ressaltadas, é indispensável a contemporaneidade ao casamento. Não têm a menor repercussão na separação os fatos ou relacionamentos amorosos, e mesmo os reflexos da personalidade, anteriores à união conjugal.

Exceto se tais fatos perdurarem e forem dissimulados, de modo a nada ter percebido o cônjuge. Em princípio, podem servir para a anulação do casamento, por erro essencial sobre a pessoa. Mas há casos que não se adaptam

perfeitamente para referida finalidade e tornam insuportável a vida conjugal. Suponha-se a descoberta, pelo marido, que a mulher fora, antes do casamento, prostituta, ou que o marido tivera um passado ligado ao homossexualismo. Se tais revelações, em determinadas circunstâncias, permitem a anulação por erro essencial, não podem impedir a separação, figura jurídica de menor significado que a anulação.

## 2. *Dever de coabitação*

Importa este dever em terem os cônjuges uma vida em comum, sob o mesmo teto, e em manterem o relacionamento sexual.

Parte-se do princípio de que o casamento supõe a comunidade de moradia e leito, como sempre se concebeu, acrescentando *Fernando Brandão Ferreira Pinto*:

"Sabido que o casamento visa a constituição da família mediante uma plena comunhão de vida, o dever de coabitação recíproco dos cônjuges traduz-se no dever que ambos têm de habitar juntos e, mais do que isso, de viverem tão intimamente que sejam duos *in carne una*, o que implica não só compartilharem o mesmo teto, mas a demanda conjunta dos mesmos objetivos, de uma vivência irmanada que dê satisfação aos seus ideais de vida e aos seus instintos, entre os quais assume maior relevo o sexual, uma vez que a propagação da espécie está no centro das preocupações humanas."<sup>103</sup>

A coabitação tem o fulcro básico na necessidade das relações sexuais, que o Direito Canônico, dada a concepção reprimida sobre o sexo, a concebia como *remedium concupiscentiae*. Realiza também outras importantes funções, como possibilitar o relacionamento afetivo, a criação e educação dos filhos, a convivência privada, a formação de uma personalidade e individualidade própria da família e a intimidade da convivência.

Mas, sobressai de todas essas finalidades a realização sexual. Anota *Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos*:

"O dever de coabitação deflui de uma necessidade natural, podendo ser exigido pelo esposo, que sentir a sua falta, que se sentir frustrado pela ausência de sua prestação, concluindo-se que a falta de relacionamento sexual entre os consortes, pela recusa de um deles, pode acarretar a separação judicial pela culpa deste último quando se tornar impossível a continuidade da vida em comum."

Todavia, acrescenta:

"Em nosso modo de ver, o direito de um dos cônjuges sobre o corpo do outro, relativamente à prática de relações sexuais, decorrente do direito-dever de coabitação oriundo do casamento, não deve transgredir o direito do outro cônjuge ao respeito de sua liberdade sexual e de sua própria dignidade, não cabendo a um dos consortes exigir do outro a prática de aberrações sexuais e nem mesmo de atividades normais contra a sua vontade, o que não se pode confundir

com a recusa sistemática de um dos cônjuges à solução do débito conjugal, esta, sim, causa de dissolução do casamento pela infração do dever de coabitação."<sup>104</sup>

Deve ser superada aquela antiga idéia de obrigatoriedade das relações sexuais, a que está um cônjuge obrigado em relação ao outro. Importa que haja o ajustamento sexual, a perfeita combinação e união em satisfazer tal necessidade.

Então, verificado o desentrosamento tão comum na intimidade sexual, não se está diante de uma causa fundada em culpa de um dos cônjuges, mas diante de uma causa simplesmente evidenciadora da impossibilidade da união conjugal. Está aí uma amostra de insuficiência de previsão da lei para a desconstituição da sociedade conjugal, se inaceita a separação consensual por ambos os cônjuges.

A solução é a concessão pela simples inviabilidade da vida conjugal. A coabitação ou vida em comum no domicílio conjugal tem, assim, realces especiais e contornos vários. Não se resume na vida em comum na moradia escolhida, ou a vida que se desenvolve na mesma casa. Nem se esgota no relacionamento sexual, o que pode se efetivar em locais fora do lar. Dentro de um sentido mais profundo, conclama-se a realização de uma comunhão de vida, expressão esta muito do gosto dos atuais tratadistas da matéria.

Daí que, indo além das simples palavras, não se há, de sã consciência, de encarar a coabitação como simples moradia ou convivência, onde imperam a indiferença, a constante desconsideração, as atitudes de desprezo, de aflição, de contrariedades, etc., cuja situação *Manoel Messias Veiga* denomina de abandono moral, que pode existir ao lado do abandono material:

"O abandono moral ou material difere do abandono do lar, pois aquele pode ocorrer sem o abandono do lar, a saber, o cônjuge dentro do lar em convivência debaixo do mesmo teto com o parceiro, sem o abandono do lar, pratica o abandono moral ou material. Comete abandono moral o consorte que se alheia, despreza, se torna indiferente, não socorre, desestimula e cria situações constrangedoras ao outro cônjuge, de deixar sozinho, sem participação mútua. Dá-se o abandono material, pela falta de sustento, ausência de suprimentos, não-fornecimento de condições econômicas para justificadas necessidades. Não se caracteriza, entretanto, o abandono material, a injustificada exigência de gastos supérfluos, não se permitindo, por isso, a mesquinhez ou avareza em não outorgar condições à família, compatíveis com seus próprios padrões sociais e econômicos."<sup>105</sup>

No mínimo, a coabitação imposta na presença de um certo bem-estar, de felicidade, de entendimento entre os cônjuges, embora não se cobre que se faça necessário o amor, seja qual for o significado que se lhe der.

Dentro desta simulação, não tem maior relevância o abandono anunciado no art. 317 do Código Civil, a que tanto os autores se preocupavam.



Segundo as dissertações mais tradicionais, o abandono voluntário do lar por dois ou mais anos deve ser malicioso, verificado quando um dos cônjuges, de modo espontâneo e voluntário, deixar o lar conjugal com propósito definitivo ou de não mais manter a união conjugal. Mas, embora a finalidade não seja tal, casos aparecem que ensejam o abandono, como no seguinte exemplo:

"Ainda que se admita a ocorrência de forçada concordância do marido, diante da insistência do cônjuge feminino, no início de seus estudos, no exterior, é indúvidoso concluir que, após certo tempo, o apelante foi incisivo, manifestando a vontade de que não mais toleraria a ausência da mulher do lar conjugal, fato que se prolonga por mais de três anos [...] A partir do momento em que o marido manifestou dissentimento quanto à permanência da ré, no exterior, e o cônjuge irresignado teimou em lá permanecer, ficou patenteada a grave violação do dever da vida em comum, no domicílio conjugal, antes fixado."<sup>106</sup>

Em princípio, todavia, não se configurará a causa de separação se o afastamento ocorre em razão de problemas alheios à vontade, ou se aparecer uma necessidade forte, como o tratamento da saúde, o exercício de profissão, a realização de estudos, a convocação militar, a procura de emprego, etc.

Se há concordância mútua, não se configuraria a causa de separação, bem como no afastamento forçado pela conduta de um dos consortes, que expulsa do lar o outro, proibindo o retorno, ou indiretamente obriga a saída em face dos maus-tratos, de sevícias e injúrias.

Mesmo a conduta arbitrária, indecorosa, repleta de erros, e em constante envolvimento com delinqüentes; o vício da embriaguez e do jogo; a desocupação e a evidência de costumes grosseiros; a provocação e atritos constituem razões justificativas do abandono do lar conjugal.

Mas, salienta-se que o abandono deve ser visto sob a ótica do art. 231, como violação do dever de coabitação. De modo que não é necessário se aguardar o prazo mínimo de dois anos, previsto no art. 317 para ajuizar a ação. Desde que esteja ausente o cônjuge, sem uma justificativa plausível, ou se as ausências tornam-se freqüentes, embora curtas, é evidente que o dever de coabitação foi desrespeitado.

### 3. *Dever de assistência*

Temos aí um dos principais deveres do casamento, que, se vulnerado, enseja a separação. É o dever de ajuda recíproca de um cônjuge para com o outro, *ou o mutuum adjutorium*, que mais se faz necessário não apenas em momentos de carência e dificuldades, mas no cotidiano da vida. O art. 20 da Lei nº 6.515, com efeito, fixa a ambos os cônjuges a obrigação de concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família.

Observa *Fernando Brandão Ferreira Pinto* que

"numa fórmula também muito ampla e vaga, podemos dizer que nos encargos caberão todas as despesas ou gastos inerentes à vida doméstica que, dentro do padrão de vida possibilitado pelos meios econômicos de que os cônjuges dispõem, está nos hábitos da generalidade dos casais em iguais ou idênticas condições econômicas e sociais. Estarão neste caso os gastos com os alimentos dos filhos, em que se incluem para além do sustento, habitação e vestuário, ainda a instrução e educação; as despesas com o pessoal doméstico; com a manutenção do próprio lar, etc..."<sup>107</sup>

O dever de assistência é uma decorrência da comunhão de vida, em que o marido e a mulher, dentro das funções que lhes são próprias e de acordo com a profissão exercida, não devem tratar dos interesses econômicos individualmente, mas segundo os interesses do grupo familiar.

A mútua assistência extrapola o mero âmbito econômico ou moral. Abrange aspectos morais, afetivos e psicológicos. Nos momentos de enfermidade impõe-se o acompanhamento constante, tanto em hospitais como no tratamento domiciliar, De igual modo, nos momentos difíceis da vida, da perda de parentes, de infortúnios, de desânimo e contratempos.

A insensibilidade, ou a insensata frieza diante de situações graves e angústias; configura a violação do dever de assistência.

#### 4. *Dever de respeito*

O respeito é um sentimento moral que se inspira na dignidade da pessoa, constituindo um valor merecedor da proteção legal. Prossegue *Fernando Brandão Ferreira Pinto*:

"A dignidade da pessoa humana não é um simples valor moral, mas um valor jurídico, tutelado pelo direito, quando a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Todo o indivíduo tem, assim, o direito de exigir de qualquer pessoa que se abstenha de ilicitamente o lesar física ou moralmente, de exigir dos outros um comportamento que respeite os seus diversos modos de ser, físicos ou morais."<sup>108</sup>

Neste item, vários os deveres que aparecem, inclusive o de não injuriar ou maltratar o cônjuge, prescrito no art. 317 do Código Civil. Em princípio, o respeito à honra e à dignidade da pessoa impede se atribuam fatos e qualificações ofensivas e humilhantes.

Fatos e qualificações ocorrem, amiúde, nos processos que envolvem separações, alimentos, divórcios e cautelares de separação de corpos. As acusações infundadas de adultério, de homossexualismo, de prática de crimes, sumamente injuriosas, sem o menor sustentáculo na prova e no contexto dos fatos, podem reverter a posição de acusador para acusado, propiciando o ajuizamento de ação fundada naqueles atributos inverídicos e levianos. Todavia, em princípio, há de se afirmar que o simples fato de defesa através do ataque, não se comprovando a alegação, não é suficiente para caracterizar a injúria ou ofensa,

pois admissível que falhe a prova. A defesa fundada em incriminações que nem sempre são comprováveis, não firma, de per se, a injúria.

Há de se ponderar que para tudo deve existir limite. As acusações descabidas e levianas, sem o menor suporte na instrução, podem reverter contra o acusador. Neste sentido, certas investidas permitem mudar o rumo da culpabilidade da separação, como nas seguintes explicações, retratadas por *Yussef Said Cahali*:

"a) A acusação produzida nos autos, seja contida na inicial, seja na própria contestação, e, portanto, mesmo no curso da lide, considerada leviana e com a intenção de injuriar,

b) O lançamento de ofensa leviana, e a total falta de interesse na produção de prova tendente à demonstração do fato injurioso imputado ao outro cônjuge.

c) Os ultrajes à honorabilidade do cônjuge, mesmo que proferidos em depoimento pessoal."<sup>109</sup>

Há a injúria grave imputada pela inicial ou uma leviana acusação, determinando a localização de causa para a separação. Trata-se de um abuso de direito.

Mas, nesta matéria, têm suma relevância a injúria grave e os maus-tratos ou as sevícias, e mesmo a tentativa de morte, que se sobrepõe em gravidade, determinantes diretos da separação.

#### 4.1 Injúria grave

É evidente que a ofensa ou a injúria grave de um cônjuge ao outro revela ofensa aos deveres conjugais.

Era, ao tempo da vigência do art. 317, uma das mais amplas causas do então desquite. Tanto que *Aramy Dornelles da Luz* lembra:

"Tudo fica reduzido à injúria que, além do mais, como disse *Josserand*, funciona como uma verdadeira causa indeterminada, assegura o império do arbítrio judicial e se presta para todos os abusos."<sup>110</sup>

Consiste esta causa na ofensa dirigida a um dos cônjuges pelo outro. São atingidas a honra, a dignidade, a boa fama, a honestidade e a própria personalidade do cônjuge. Acrescenta *Antunes Varela*:

"A injúria, como causa da dissolução da sociedade conjugal, tanto compreende a imputação de qualquer fato preciso, desonroso ou indigno (a calúnia) v.g., a afirmação de que a mulher é amante de alguém, ou que o marido furtou dinheiro do patrão, como a atribuição vaga, genérica ou imprecisa de defeitos que afetam a honra, o bom nome ou a dignidade da pessoa (v.g., o chamamento de gatuno ou homossexual ao marido), a injúria em sentido restrito."<sup>111</sup>

Tanto foi se ampliando o conceito, que os autores defendem enquadrar-se nesta causa de separação a ofensa irrogada em juízo ou nos autos.

Geralmente, na contenda judicial os cônjuges se ofendem uns aos outros, ou atribuem-se fatos injuriosos, não conseguindo provar a veracidade do que afirmam, como já foi observado acima.

Com efeito, devem existir limites na imputação de fatos desonrosos, sob pena de se tornarem ofensas. Mas, parece evidente, não basta que não tenham ficado provados. Cumpre fique claro não terem acontecido, ou que foram simplesmente arrolados numa petição, ou em depoimento judicial, sem qualquer prova de sua realidade. Não é justo se permita a invocação de articulações levianas, e fiquem no terreno das alegações. Do contrário, a parte lesada estaria obrigada a sofrer grave injustiça e a suportar as mais escabrosas acusações ou referências, sem direito a buscar uma satisfação à sua honra atacada.

Mas, não é toda afirmação de um fato inexistente sobre o passado do outro cônjuge que tipifica a injúria grave. Assim, a imputação de casamento anterior, ou bigamia, não se mostra a caracterizar a ofensa, segundo já decidido:

"Alegou-se que o outro cônjuge era pessoa casada. Sustentou-se ignorância anterior ao casamento. Como ressaltado pela douta Procuradora, não se caracterizou a mencionada injúria grave. Nenhuma alegação ofensiva à pessoa do réu. Nada de algum comportamento indigno do demandado. Diante da mencionada ignorância e da falta de homologação da sentença chilena, que decretou a anulação do casamento, pediu-se a anulação do segundo casamento. Apenas isso. O pedido de separação não poderia ser atendido apenas com os fatos afirmados pela autora."<sup>112</sup>

De observar, ainda, a irrelevância de ser irrogada ou não em público a injúria, na lição de *Manoel Messias Veiga*:

"Para eficácia da injúria grave, não é necessário que seja somente cometida por um cônjuge contra o outro em público, mas também entre eles, sem conhecimento de terceiros. Vale a transcrição do ensinamento: 'Nas relações entre os cônjuges, a injúria não necessita ser pública. Ainda, na intimidade, ela significa, da parte de quem a pratica, uma violação dos deveres de afeição e respeito devidos ao consorte, e da parte de quem a sofre, será uma dor moral insuportável' (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil - Comentado*, v. II, p. 276)."<sup>113</sup>

#### 4.2 *Sevícias e tentativa de morte*

Constituem as sevícias outra modalidade de desrespeito à pessoa do cônjuge, enquanto a tentativa de morte vai além, por atentar contra a vida. Violam o direito de personalidade, a vida e a integridade física.

Pode-se afirmar que a violência física é uma das mais graves violações dos deveres conjugais.

Falava-se, anteriormente à Lei nº 6.515, na indispensabilidade da gravidade das ofensas físicas ou das sevícias.

O que se tem de levar em conta é a significação de tais atentados. De tal ordem que um tapa, a bofetada, o ponta-pé, e outras modalidades de agressões, mais ofendem pelo que representam: a humilhação, o vexame, o escândalo, o ridículo.

Uma única agressão é suficiente para o pedido, embora o termo *sevícias* importe em quantidade ou mais de uma ofensa física. *Antunes Varela* dá a correta extensão do termo, que envolve não apenas as agressões físicas, mas também o tipo de tratamento dado ao cônjuge:

"Mas não é necessariamente desse modo que os fatos se passam. Pode haver sevícias sem injúria. Se o marido agride a mulher às ocultas; se, por mera perversidade, a obriga a trabalhos impróprios da sua condição social; se a priva de alimentos ou dos meios de tratamento indispensáveis; se por vício ou doença, a força a manifestos excessos sexuais, haverá sevícias, mas pode não haver injúria. Não haverá injúria se os maus-tratos não envolverem o *animus injuriandi*, ou seja, a intenção de ofender a honra ou a dignidade do cônjuge maltratado."<sup>114</sup>

No conceito de sevícias incluem-se as agressões físicas, ataques ao corpo da pessoa, as privações econômicas, ou tudo quanto o cônjuge sofre por atos desvairados do outro. O desrespeito aparece desde o momento em que é ofendida a integridade física. Salienta-se, no entanto, que esta violação pode ser abrangida pela de falta de mútua assistência.

Há casos de sevícias que revelam transtornos da personalidade, e podem motivar, inclusive, a anulação do casamento. Assim, expõe *Alípio Silveira*:

"Vejam, afinal, como o fato da sevícia poderá, eventualmente, configurar outro fato que seja motivo para anulação do casamento.

De modo geral, as sevícias, para propiciarem a anulação, podem ser incluídas nas seguintes categorias:

I - Sevícias que revelam a existência de sadismo, sadomasoquismo e deformações da personalidade, evidentemente anteriores ao casamento.

II - Por outro lado, as sevícias podem ser manifestações da personalidade psicopática do outro cônjuge, ainda que não se configure um sadismo especificamente sexual...

III - Sevícias que são manifestações de psicose ou debilidade mental..."<sup>115</sup>

Parece natural que a sevícia deverá ter ocorrido em momento próximo ao pedido de separação. Se intermediar razoável espaço de tempo, a presunção é de que houve perdão, embora se notem decisões que não põem qualquer limite de tempo entre a ofensa e a ação:

"Não importa que os ataques físicos e verbais houvessem ocorrido em época passada. 'Ainda que entre os fatos desonrosos e o ajuizamento da ação de separação judicial tenha ocorrido certo espaço de tempo, em que juntos permaneceram os cônjuges, há de se entender o intervalo como *spatium deliberandi* ou como tentativa de recuperação do culpado' (MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito de família*. 25. ed., p. 202).

'O simples fato de continuarem os cônjuges convivendo não representa indulgência do lesado, pois é de se admitir que a vítima suporte a amargura escudada em valores mais importantes que sua liberação conjugal, como o interesse dos filhos, o respeito à família ou até mesmo a expectativa do melhor ensejo para a ação separatória' (ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*, v. II/18).

'Se o cônjuge injuriado suporta por um momento a moléstia sofrida em razão de uma anterior conduta reprovável do cônjuge infrator, buscando absorver-lhe os efeitos, superando-os para tentar a manutenção da sociedade conjugal, nem por isso se há de deduzir, da passividade dessa renúncia heróica, a concessão de uma indenidade em favor do outro cônjuge, para que este possa, de futuro, prosseguir impunemente na prática de novas infrações ou na conduta desonrosa' (CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5. ed., p. 256)."<sup>116</sup>

Já a tentativa de morte envolve agressão mais grave, posto que dirigida contra a própria vida da pessoa. Não há dúvida que importa em uma grave infração não só dos deveres do casamento, mas da própria vida humana. É que a todos os indivíduos incumbe respeitar a vida de outrem. No casamento, pela sua significação de comunhão entre os cônjuges, tal agressão revela maior gravidade, justificando plenamente o pedido de separação. O cônjuge há de proceder com dolo para verificar-se esta causa, segundo os ditames legais.

Não se exige o julgamento, ou a condenação criminal para a configuração da tentativa de morte. Basta a comprovação de uma atitude que representa o atentado à vida nos próprios autos da separação.

Proveitosa a explicação de Carvalho Santos, neste aspecto:

"Não é preciso que haja tentativa no sentido penal da palavra; ou, por outros termos, que o ato incida nos dispositivos do Código Penal, não se fazendo necessário que a tentativa seja pronunciada por sentença criminal. Mesmo que não tenha havido processo criminal, pode o desquite ser pedido com fundamento na tentativa de morte. Não é bastante somente a intenção. Exige-se mais: que a intenção tenha sido traduzida em atos e tenha tido um começo de execução, que pode ser, como ensina *Tito Fulgêncio*, apenas um ato preparatório ou uma tentativa *latu sensu* por meios inoperantes."<sup>117</sup>

De outro lado, por omissão ou abstenção de tomar atitudes de cuidado e proteção em certas circunstâncias da vida, também é ensejado o pedido de separação. Nas doenças e nos perigos contra a saúde e a vida, se o cônjuge

mantém-se inerte, deixando de chamar o médico, ou de acorrer para salvar e afastar o perigo, ou para dar condições de atendimento hospitalar, pode-se invocar o mesmo fundamento. Assoma aí uma conduta com fundamento também na falta de assistência, com repercussão tão grave que colocou em perigo a vida.

#### 5. *Dever de assistência aos filhos*

Não apenas a infringência de obrigações relacionadas às pessoas dos cônjuges, mas também a outras pessoas, e mormente aos filhos, pode dar ênfase ao pedido de separação.

Quanto aos filhos, é categórico o art. 231, inciso IV, do Código Civil quanto ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

A cada um dos cônjuges compete esta obrigação natural, instintiva e inderrogável. É recíproca, incumbindo a cada um dos cônjuges fiscalizar para que o outro a cumpra. Não se resume no mero sustento material, ou simples fornecimento de roupas, alimentos e meios para os estudos. Compreende a constante presença dos pais no processo de formação e desenvolvimento físico e mental. Abarca vários setores da pessoa, como educação, guarda, sustento, formação profissional, carinho, diálogo, convivência, etc. Em verdade, o simples fornecimento de alimentos constitui apenas uma das facetas da obrigação.

A falta de assistência acarreta múltiplas conseqüências na formação dos filhos, como o descambar para a vadiagem, a mendicidade, a libertinagem e inúmeras outras formas de degradação.

O descumprimento do dever dá margem à perda do pátrio poder, a que também conduzem os maus-tratos, os castigos imoderados, a prática de atos imorais e criminosos, o abandono, ou a excessiva liberdade, a tolerância com atos de delinqüência, a indiferença com a conduta e o desinteresse pelas necessidades e pela conduta do filho.

#### 6. *Dever de relacionamento sexual*

Constitui uma das finalidades principais do casamento a legitimação do relacionamento sexual entre o homem e a mulher. Até recentemente, tinha-se como obrigação dos cônjuges adimplir o chamado *débito conjugal*, como se o ato sexual fosse um dever. Dada a concepção pecaminosa do sexo, que até anos passados dominava as consciências, procurava-se inculcar uma imagem formalista e pouco sincera sobre o assunto.

Não se pode incluir no rol dos deveres conjugais a prática do sexo, A negativa de relacionamento nesta ordem nada mais é que mero efeito de causas mais profundas de variadas ordens. Mas aí a separação decorre de motivação objetiva. Simplesmente porque no casamento não mais se realiza uma de suas funções supremas, concede-se a separação.

Necessário, ainda, distinguir se há recusa à consumação do casamento, isto é, a iniciar as relações sexuais com o casamento, ou a recusa a

continuar o relacionamento no casamento, pois a primeira hipótese poderá acarretar a anulação, enquanto a segunda levará à separação, de acordo com a lição de *Alípio Silveira*:

"É preciso distinguir cuidadosamente estas duas hipóteses: a) recusa à consumação do casamento; b) posterior recusa sistemática ao débito conjugal, após a primeira ou primeiras relações sexuais.

A recusa à consumação do casamento traduz sempre um erro sobre a pessoa (identidade psicossocial, psicose, debilidade mental, impotência), permissivo da anulação, e não apenas da separação judicial.

Porém, caso for consumado o casamento, a posterior recusa sistemática ou injustificada ao débito geralmente caracteriza a grave violação dos deveres conjugais..."<sup>118</sup>

#### 7. *Infrações de outros deveres conjugais*

É sempre perigoso estabelecer uma sistematização de infrações de deveres conjugais.

Mas, de modo mais real, a separação não encontra uma causa fulcrada em determinado ato. Há um conjunto de situações, ou a própria realidade da vida conjugal, que não comporta mais o casamento.

Refletem a vida desajustada as constantes discussões, as ofensas grosseiras, as relações íntimas com terceiros, as humilhações que os cônjuges se infligem, a negligência com o cuidado do lar, os gastos imoderados, a procura de práticas sexuais contrárias à natureza; os desvios de condutas, a irresponsabilidade com as obrigações domésticas, o constante atribuir de defeitos ao outro cônjuge, o desinteresse em procurar o relacionamento sexual, e incontáveis atitudes e posturas impróprias ao casamento.

Apresentam-se casamentos simplesmente inviáveis, embora sem culpa dos cônjuges. Inviáveis em face da incompatibilidade de gênios, a decomposição do grupo familiar, a intolerância de pensamentos e idéias, o fracasso no diálogo, a total ausência de *affectio maritalis*, a frustração de ambições, a insuportabilidade da presença mútua - enfim, uma série de situações conflitantes que não decorram propriamente da conduta ilícita ou da culpa, mas que tornam a vida conjugal conturbada e inviável. Há o que *Carlos Celso Orcesi da Costa* chama de *situações objetivas conflituais*,<sup>119</sup> não se podendo localizar onde está a culpa, mas que tornam penosa a convivência, e obriga os filhos a viverem sob a tutela de pais desajustados. Desde que falido o casamento, e constatada uma separação de fato, apesar de mantida a união externa, é de se conceder a separação legal, mesmo que os cônjuges atribuam a responsabilidade dos desacertos um ao outro.

#### 4.2.3 Insuportabilidade da vida em comum



Tanto a conduta desonrosa como a grave infração dos deveres conjugais devem tornar insuportável a vida em comum.

Segundo redação do art. 5º da Lei nº 6.515, a gravidade da infração se refere apenas aos deveres conjugais. Quanto à conduta desonrosa, o próprio conceito importa em gravidade do ato. Realmente, se não for grave, deixa a mesma de se caracterizar. Está ínsita no conceito ou na sua concretização a gravidade.

De modo que, nos termos da lei, a insuportabilidade é requisito para a separação com base na conduta desonrosa e na infração dos deveres conjugais.

A insuportabilidade está, pois, relacionada a uma dessas causas. Não se pode requerer a separação simplesmente porque os cônjuges não mais se toleram ou suportam a vida conjugal, Mas funda-se no fato, que é tão ilícito ou vulnerador das obrigações que não mais podem os cônjuges permanecer juntos.

Já no Direito italiano, art. 151 do Código Civil, em sua redação vigente, concede-se a separação pela simples insuportabilidade, como demonstra *Francesco Scardulla*:

*"L'art. 151 vigente al primo comma, omissis ogni riferimento alle cause di separazione giudiziale può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole (... ) Il legislatore, con la nuova formulazione dell'art. 151, ha sostanzialmente accolto tale esigenza, consentendo la separazione giudiziale (ove i coniugi non vogliano giungere ad una separazione consensuale) in presenza di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della prole, facendo conseguire la pronuncia di separazione giudiziale a tale accertamento, anche se il comportamento che ha dato causa ai fatti è stato involontario o frutto di colpa e non di dolo e comunque non è addebitabile al coniuge che ne è stato autore."*<sup>120</sup>

Assunto também ressaltado por *Francesco Meloni*:

*"La nuova legge, viceversa, stabilisce, in primo luogo, che la separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole; ed, in secondo luogo, che il giudice, quando ne ricorrano, le circostanze, dichiara, sempre che ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio (art. 151, CC)."*<sup>121</sup>

Dada a concepção atual do casamento, preferível se afiguraria se a lei simplesmente tivesse colocado a insuportabilidade como mais uma causa de separação, considerando como elementos de aferição o temperamento dos

cônjuges, a instrução, os hábitos, a linguagem, as características do meio social de cada um, a personalidade, os costumes e outros inúmeros fatores. Há situações extremamente delicadas, o que ocorre nas uniões de pessoas totalmente diferentes na cultura, no meio social, no trabalho, nos antecedentes, fatores que repercutem na vivência diária. E se não houver infração, por um dos cônjuges, ou acordo, simplesmente ficará inviável a separação.

Nenhum princípio ético ou moral, e mesmo legal, pode impor que se mantenha uma união onde desapareceram o respeito, a compreensão, a amizade, o companheirismo. Seria forçar uma união puramente externa, estando separados os cônjuges nos sentimentos, no amor, nos ideais e na afeição.

A instabilidade real da vida em comum recomenda a separação. Por isso, há jurisprudência que concede a separação com base na simples insuportabilidade:

"Separação judicial. Alegação pela recorrente de conduta desonrosa e violação dos deveres do casamento que não resta plenamente demonstrada, nos termos do art. 5º da Lei nº 6.515/77. Sentença que julga improcedente a ação. Decisão que, inobstante comportar acerto, por determinado prisma de observação técnica da lei, não resiste à análise do caso concreto, contemporâneo, onde o nível de insuportabilidade da vida em comum (art. 5º da Lei nº 6.515/77) deve ser medido de modo a possibilitar a melhor distribuição da justiça entre as partes."

Colhem-se, no acórdão, estas argumentações:

"Por outro lado, não deverá o juiz negar a dissolução se descobrir, pelo exame cuidadoso das provas, haver terminado a ligação afetiva, mesmo se considerar não desonrosa a conduta imputada. O cônjuge que não mais tolera o outro por falta de amor, ao verificar que a Justiça lhe nega a separação por não entender grave o motivo por ele apontado, acabará ele próprio cometendo as graves violações indesejáveis, até que o outro cônjuge consinta na solução amigável ou tome a providência de requerer a separação litigiosa.

Com o casamento, desencadeia-se uma série de obrigações de agere, *de non agere* (assistência, fidelidade, *jus in corpus*, convivência, respeito, tolerância, compreensão, colaboração, etc.), estreitamente pessoais, infungíveis e recíprocas e cuja observância se faz necessária como condição de subsistência da própria sociedade conjugal, e para que esta possa realizar os seus fins essenciais [...] Outro fato de relevante valor é que da análise da questão exsurge inquestionavelmente que não há culpa exclusiva de qualquer dos cônjuges a determinar, contundentemente, os motivos da separação. Não há transigência de nenhum dos pólos e não pode interessar à Justiça manter forçadamente uma relação de casamento fictício.

Assim sendo, a melhor distribuição de justiça entre as partes autoriza a concessão da separação judicial, mera confirmação legal da situação

fática preexistente e para a qual não se vislumbra, por todos os argumentos já expendidos, outra solução com ? maior margem de acerto.

Não cabe imputar a um dos cônjuges, isoladamente, a culpa pela ,separação. Ambos são partícipes e contribuíram para que a vida em comum se tornasse insuportável."<sup>122</sup>

Segundo a lei, de nada adiantam a infração dos deveres do casamento e a conduta desonrosa se não acarretam a insuportabilidade da união.

Na prática, porém, examina-se apenas a causa da separação, Não se perquire quanto à insuportabilidade da presença do outro cônjuge no lar, E com razão, pois se o cônjuge ingressa com a ação, é porque a união é insuportável.

Daí, com razão, a crítica de *Sílvia Rodrigues*:

"Ora, essa exigência é má, não só porque impõe ao autor da demanda o ônus de provar a subsequente insuportabilidade da vida em comum, como também porque abre para o réu a possibilidade de contestar o feito com a alegação de que seu adultério, ou a injúria irrogada contra o seu consorte ou a sevícia de que ele foi vítima, não tornaram a vida em comum insuportável."<sup>123</sup>

Ao que se depreende da lei, os fatos que autorizam a separação devem ser de tal monta que tornam inviável a continuação da vida conjugal, em face do acirramento dos ânimos, da incompatibilidade que se estabelece, da possibilidade de agressões, ou seja, do processo de degeneração da sociedade conjugal.

De outro lado, a insuportabilidade ou intolerabilidade não depende de prova. Decorre de presunção. Mas basta analisar certos fatos para inferir que não pode o cônjuge-vítima suportar a vida conjugal, o que se dá, à toda evidência, diante de situações tais como o adultério, a tentativa de morte, a prática de atos obscenos, as constantes sevícias, a negativa em contribuir para o sustento do lar, além de outras condutas.

Igualmente a embriaguez constante, embora não escandalosa. A respeito, foi decidido:

"O vício da embriaguez, ou uso abusivo de bebidas alcoólicas, representa conduta expressivamente desonrosa para o outro cônjuge e causa de dissolução da sociedade conjugal, ainda que não dê lugar a violências e escândalos, por criar situação vexatória para o outro, configurando grave violação dos deveres do casamento e tornando insuportável a vida em comum."<sup>124</sup>

#### **4.2.4 Separação por culpa recíproca**

Em grande parte dos casos, as separações litigiosas terminam procedentes, mas por culpa recíproca.

É que, no curso da ação, surge uma realidade bem diversa daquela estampada na inicial. Apura-se que a falência do casamento

é proveniente da conduta de ambos os cônjuges. Eis um exemplo desta situação:

"Separação litigiosa. Culpa recíproca. Tanto concorre para o insucesso matrimonial o marido intolerante e agressivo, que chega ao limite da violência física no trato com a esposa, quanto esta mesma, ao revelar inadaptação e resistência aos deveres e restrições inerentes à condição da mulher casada. Se nenhum dos cônjuges faz qualquer esforço para preservar o casamento em crise, nenhum deles pode arrogar-se absoluta inocência."<sup>125</sup>

Mesmo que ausente a reconvenção, atribuindo culpa ao cônjuge autor, tem-se atribuído a responsabilidade da separação aos dois, o que, aliás, permite o art. 1.787, § 2º, do Código Civil português, quando prescreve que a culpa de ambos os cônjuges é aplicável mesmo que não tenha sido deduzida em reconvenção. Não se cuida de julgamento *extra petita*, mas de procedência parcial, que consiste justamente na atribuição em parte da culpa na pessoa do cônjuge-réu, e em parte ao cônjuge-autor. A solução é ditada pelo pragmatismo que se deve imprimir na aplicação da justiça, pois seria contrariar o próprio direito negar, na decisão, a evidência da culpa do marido e da mulher.

Com mais ênfase reclama-se esta solução quando consta demonstrado que a permanência da vida matrimonial é simplesmente insuportável, e as provas elaboradas não autorizam a conclusão sobre a responsabilidade exclusiva de um único cônjuge. Neste sentido, foi decidido na Apelação Cível nº 286.938, da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 20/11/1979:

"As provas dos autos, na verdade, são por demais frágeis para que se possa afirmar de maneira segura qual dos consortes é o verdadeiro responsável pela ruptura da vida em comum [...] Destarte, a solução mais adequada, à vista do deficiente panorama probatório dos autos, seria efetivamente a improcedência tanto da ação como da reconvenção. Todavia, dúvida não resta de que o equilíbrio familiar encontra-se definitivamente destruído e a vida em comum rompida, sem a mínima possibilidade de sua reconstituição. Destarte, e conquanto não se apresente no caso o lapso temporal mínimo de cinco anos, a que alude o § 1º do art. 5º da Lei do Divórcio, inquestionável que os laços de união deste casal encontram-se definitivamente desfeitos,"<sup>126</sup>

Embora a atribuição de responsabilidade a ambos os cônjuges, em realidade a solução busca coadunar a falta de previsão da lei para situações especiais, onde não se vislumbram fatos considerados pela lei como determinantes da separação.

Igualmente admite-se a procedência parcial, ou a culpa recíproca, quando a injúria, ou a atribuição de fatos ofensivos, é irrogada em juízo, nos autos do processo, não logrando a parte qualquer comprovação do que afirmou. Foi decidido, acolhendo esta forma:

"A declaração de um dos cônjuges, em ação de desquite, pode constituir injúria, conforme as circunstâncias. Assim, segundo *Almachio* Diniz, constitui injúria imputar o marido, em reconvenção, à mulher a prática de adultério sem trazer as respectivas provas [...] Assim procedendo, sem usar do direito de reconvenção e sem aduzir nenhuma prova a respeito de tal acusação, poderá essa argüição ser considerada injuriosa (KELLY, Otávio. Interp. do CC no STF, v. I, nº 729) - (STF, 2ª turma, julgamento em 08/11/1949, RF 134/114)"<sup>127</sup>

### 4.3 Separação por causas objetivas

Cuida-se da separação judicial e litigiosa baseada em causas objetivas, ou sem culpa, existindo duas modalidades: 1. a separação fundada na ruptura da vida comum; 2. a separação decorrente de doença mental.

Ambas as espécies se apóiam numa causa objetiva, ou seja, não encontram por fundamento do pedido a culpa de um dos cônjuges, nem a infração aos deveres conjugais.

O casamento está fracassado. Não mais convivem os cônjuges maritalmente, e nem importa saber quem desencadeou a ruptura da união. O suporte da separação, em verdade, é a conduta culposa do marido ou da mulher, ou de ambos. Todavia, não há qualquer necessidade de alegá-la. Pelo simples motivo da separação de fato ou da doença mental, concede-se a dissolução da sociedade conjugal.

Aí está um passo um tanto avançado de nosso Direito, que desconsidera a culpa para deferir-se a separação. Reflete o caminho de um processo liberatório do direito matrimonial, embora incipiente que busca legalizar situações de fato consolidadas.

Como observa *Sílvio Rodrigues*,

"trata-se de dar juridicidade a uma situação de fato que se consolidou no tempo. Com efeito, se o casal está separado de fato há mais de cinco anos, tal situação indica, de maneira veemente, a falência do matrimônio, demonstrando, objetivamente, a ruptura do liame conjugal."<sup>128</sup>

Avançou o Direito alienígena mais que o nosso, nesse sentido. A maioria dos países europeus já previra idênticas causas objetivas para legalizar as separações de fato irreversíveis. No Direito alemão, há uma lei de 1946 que introduziu modificações no Código Civil e estabelecia, se a ruptura da comunidade doméstica perdurasse por mais de três anos, sem qualquer possibilidade de restabelecimento, a faculdade de qualquer dos cônjuges pedir o divórcio. Na França, a lei que permite o mesmo divórcio é de 1975, impondo uma separação de fato de seis anos (art. 237 do Código Civil), o que também se estende se a doença mental perdura por igual lapso de tempo, sem esperança de recuperação. Já em Portugal, por meio de modificações implantadas no Código Civil em 1974, autoriza-se pedir a separação judicial depois de seis anos de separação de fato, ou de

comprovada doença mental que não mais torna viável a união. E no Direito italiano, lembra *Francesco Scardulla*, a primeira exigência para se conceder a separação judicial

*"nasceva della considerazione che spesso le situazione tra i coniugi traevano origine non de una condotta attribuibile a colpa di uno od entrambi i coniugi, ma dell'impossibilità della convivenza determinata da un'incompatibilità di carattere."*<sup>129</sup>

#### 4.3.1 Separação fundada na ruptura da vida em comum

A redação do § 1º do art. 5º da Lei do Divórcio, com a redação da Lei nº 8.408, de 13/12/1992, é clara:

"A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição." Dir-se-ia que a redação seguiu o regime francês e português.

Em primeiro lugar, por ruptura da vida conjugal entende-se um tipo de separação de fato. Requisito primordial é a separação efetiva, ou que os cônjuges não vivam mais juntos durante o referido período, ou sob o mesmo teto, ou no mesmo lugar que era considerado o ambiente eleito para a vida em comum. Mas, convém salientar, não basta que os cônjuges não vivam na mesma casa, ou que nunca mais tenham se relacionado sexualmente. Importa a falta de convivência e de relacionamento amoroso habitual.

A análise comporta situações às vezes complexas, dada a diversidade de formas de separação, Especialmente quando os cônjuges permanecem no mesmo lar, surgem dificuldades. Não afasta da contagem do prazo o período de separação no mesmo conjunto habitacional quando os cônjuges mantêm apenas contatos pessoais estritamente necessários, conservando, cada um, o seu estilo de vida, os seus interesses e a própria individualidade. Há de se perquirir a existência ou não da comunhão de vidas ou da união de almas. Observa-se que o art. 5º, § 1º, fala em *ruptura da vida em comum*, mas cuja interpretação equivale a *interrupção da vida conjugal* normal. Embora alguns doutrinadores exijam o elemento objetivo e material da separação de fato, ou da separação de residências,<sup>130</sup> nada impede a desconsideração da ruptura da vida em comum, embora continuem os cônjuges na mesma residência, ou sob o mesmo teto.

Confirmam a vida conjugal a coabitação sob o mesmo teto, a vida sexual, a conjugação de esforços e ideais, a participação nas despesas e encargos conjugais, dentre outros pressupostos, Se individualizarem-se as vidas dos cônjuges e a convivência é como amigos, ou de pessoas que ainda sabem se suportar, sem qualquer relação de pessoas casadas, está certa a desconsideração

de ente matrimonial. Correto, pois, *Saulo Ramos*, quando sustenta a intenção do legislador ao colocar a expressão *ruptura da vida em comum* em querer expressar

"ruptura da vida íntima, sem que necessariamente um tenha abandonado ou saído do lar conjugal, ou sido considerado ausente. É o que se infere da análise da lei, quando o legislador aplica a expressão *separação de fato* para definir a situação dos cônjuges que não vivem sob o mesmo teto, Se o inciso quisesse estabelecer, como causa suficiente para a separação o abandono do lar, teria conservado a expressão do Código Civil."<sup>131</sup>

Não especifica o art. 5º, § 1º, os elementos que possibilitam a separação-ruptura ou sem culpa. No entanto, existem requisitos, que precisam estar satisfeitos, e que *Yussef Said Cahali* desta forma os discrimina:

"Para a dissolução da sociedade conjugal fundada na separação de fato entre os cônjuges, exige-se a reunião dos seguintes requisitos: 1. a presença de um elemento material, representado pela ausência da vida em comum, o que implica, via de regra, na separação de residências; 2. a presença de um elemento intencional, voluntário, que é a intenção de vidas em separado, e que deve existir pelo menos da parte de um dos cônjuges; 3. a continuidade desta separação de fato por um período não inferior a cinco anos."<sup>132</sup>

Presentemente, quanto ao prazo, retifica-se que é de um ano, devendo, ainda, ficar evidenciada a impossibilidade da reconstituição da vida em comum.

Mas o mais importante é a inexistência de vida em comum, ou em comunhão, entre os cônjuges.

O requisito do período temporal da separação merece algumas observações.

Assim como a Lei nº 7,841, de 1989, reduziu o prazo para o divórcio direto, de idêntica maneira se afigurava possível reduzir o lapso temporal para um ano. Se fosse mantido o período de cinco anos, a lei praticamente ficaria vazia de conteúdo. Seria mais fácil postular, desde logo, o divórcio direto, quando não se precisaria aguardar tantos anos.

A separação deverá ser contínua. *Antunes Varela* é claro:

"Além de ter a duração mínima de cinco anos e um dia, a separação característica da ruptura da vida em comum necessita ser contínua. Se os cônjuges interromperam, de fato, há mais de cinco anos, a sua convivência conjugal, mas por uma ou mais vezes, ainda que por períodos curtos, voltaram a conviver sob o mesmo teto, falha um requisito essencial da lei, devendo a separação requerida em tais circunstâncias ser julgada improcedente,"<sup>133</sup>

Não, porém, quando não se apresenta uma vida normal de união, ou quando a convivência foi de simples aparência, sem uma efetiva comunhão dos cônjuges.

Importa, outrossim, que se verifique a impossibilidade da reconstituição da vida em comum, conforme a parte final do § 1º do art. 5º. Em verdade, se durante um ano mantiveram-se separados os cônjuges, parece evidente a inexistência de perspectivas de ser refeita a união conjugal. Pretende a lei, com tal condição, deixar bem clara a inviabilidade completa da reconstituição da vida conjugal. E tal acontece quando os cônjuges refizeram uma sociedade conjugal de fato com outras pessoas, ou se estabeleceram num modo de vida sem a menor ligação com o passado, ou nunca mais se visitaram, e nem preservaram um mínimo de amizade.

A duração do prazo de separação é demonstrável de inúmeras maneiras, como os endereços de um e outro cônjuge que aparecem nas contas de água e luz; o endereço que consta no guia telefônico; os recibos de pagamentos de dívidas; os avisos bancários e extratos de contas correntes, etc.

#### **4.3.2 Separação fundada em grave doença mental**

É esta a segunda causa de separação não consensual sem culpa, cuja regra aparece no § 2º do art. 5º da Lei n, 6.515:

"O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando O outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável."

Não há a menor dúvida quanto à mínima incidência prática da regra. Sobressaem os seguintes requisitos, para a configuração da causa de separação:

- a) A existência de doença mental, ficando excluída a de ordem física.
- b) A sua perduração pelo prazo mínimo de cinco anos.
- c) A manifestação da doença após o casamento.
- d) A certeza da improbabilidade de cura.
- e) A decorrência da impossibilidade da vida em comum,

Com toda a certeza, a regra significa, aparentemente, uma violência moral ao princípio do dever ético de assistência e socorro ao cônjuge doente. No entanto, a separação, aqui mais do que em outras hipóteses, não afasta o dever de assistência. Embora a separação, nenhuma influência negativa decorrerá ao dever de assistência.

Em verdade, é justo que se mantenha o dever de assistência, mas não se pode submeter o cônjuge sadio à convivência com o cônjuge portador de grave enfermidade mental, o que constituiria um sofrimento físico e moral incomensurável para aquele, Não se afasta, outrossim, o sério risco à vida a que estaria exposta a pessoa.



Quanto ao prazo, a lei fixou-o em cinco anos, não ficando reduzido como ocorreu no caso de simples separação de fato. Há legislações em que é maior, o que se verifica em Portugal, onde o art. 1.781 do Código Civil fixa-o em seis anos.

Todavia, parece que a finalidade é mais representativa da justa espera que se deve impor ao cônjuge, ou da completa certeza de que a doença não apresenta regressão, e muito menos possibilidade de cura.

Há de ser uma doença grave. Adverte, a respeito, *Fernando Brandão Ferreira Pinto*:

"Não basta, porém, uma qualquer alteração das faculdades mentais, sendo ainda necessário que ela seja, em si mesma, tão grave que comprometa a possibilidade de vida em comum, que seja a causa deste estado. Significa isto que, tal como sucede nas causas subjetivas do divórcio entre o fato ilícito e o comprometimento da possibilidade da vida em comum, também agora se exige que haja um nexo de causalidade entre a alteração das faculdades mentais e o dito comprometimento, o qual, do mesmo modo, só surge quando, no caso concreto, há uma modificação tão grave das faculdades mentais que é *conditio sine qua non* daquele e, em abstrato, é tida como uma causa adequada, porque é uma conseqüência habitual, normal, provável, típica e própria."<sup>134</sup>

Considera-se, em geral, incurável a doença prolongada. Por isso, a lei estabelece um interregno mínimo de sua duração. Se, no entanto, a perícia apurar a irreversibilidade, não se justifica a razão de se aguardar um período de tempo tão longo,

De outra parte, evitou a lei a invocação da doença mental para fundamentar a separação se conhecida a existente antes do casamento. No caso de existente antes e não conhecida, serviria para propor-se a anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa.

Entre os vários tipos de doenças mentais, sobressaem a epilepsia, a esquizofrenia, a psicose maníaco-depressiva e outros quadros, a senilidade patológica, as paranóias, a neurose obsessiva ou compulsiva, a oligofrenia e certos casos de personalidades psicopáticas.

Não há de se incluir na relação o vício em estupefacientes ou alucinógenos. Mesmo que o vício se apresente irreversível e tenha transtornado completamente a personalidade, parece que a razão de pedir a separação se enquadra melhor na infração aos deveres do casamento, por atingir a honra do outro cônjuge e ferir o respeito mútuo que há de imperar. De igual modo quanto ao vício da embriaguez, por mais adiantado que se encontre.

No entanto, não se pode esquecer situações especiais, Consoante *Pedro Sampaio*:

"Se o viciado encontra-se de tal modo submetido à droga, sem condições de recuperação, com visíveis sinais de dependência e com alterações

psíquicas, a depender do caso concreto, poderá ser assimilado ao doente mental em estado grave."<sup>135</sup>

A situação restringe-se às doenças mentais. Não abrange aquelas físicas. À primeira vista, não se justifica o tratamento diferenciado. No entanto, teve-se em conta que estas últimas doenças apresentam possibilidade de cura mais prováveis que nas mentais. De outro lado, o doente mental tem perdido, ou pelo menos diminuído, a percepção e a consciência, o que não o fará sofrer e sentir-se abandonado - situação que não se poderá evitar em se tratando de moléstias físicas.

Mesmo, porém, a doença física autoriza a separação, se, durante cinco ou mais anos, ficar interrompida a vida conjugal. Embora sob o mesmo teto, não há a convivência própria de marido e mulher. Então, a base do pedido seria o § 1º do art. 5º. É o ensinamento de *Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"Todavia, de certo modo, parece despicinda a discussão, porquanto a doença mental é espécie do gênero *ruptura da vida em comum*. Noutras palavras, as doenças físicas enquadram-se no gênero do § 1º do art. 5º, quando as conseqüências da enfermidade forem tais que tornem impossível a vida conjugal. Se muitas vezes ocorre a separação de fato, sem que haja um motivo justo, se não se indaga, nesse tipo de separação, da culpa ou da situação pregressa da vida do casal, com maiores razões se poderá decretar a separação, quando a incidência de outras moléstias impossibilitar a convivência,"<sup>136</sup>

A impossibilidade da continuação da vida em comum deve se referir à coabitação, à comunhão espiritual entre os cônjuges e sobretudo à união sexual. E a doença mental já é suficiente para tornar inviável um relacionamento próprio de esposos. Não haverá uma sintonização de consciências, nem o mútuo companheirismo. Daí que a doença mental em si já importa na inviabilidade da união matrimonial. Não há de se buscar uma série de provas e perícias para constatar que é impossível continuarem juntos os cônjuges, ou sob o mesmo teto, como os primeiros comentários da Lei nº 6.515 defendiam,

#### **4.3.3 Perda das vantagens patrimoniais oriundas do casamento na separação por causas objetivas**

Traz o § 3º do art. 5º da Lei nº 6.515 uma disposição que relega a separação com base na ruptura da vida conjugal por um ou mais anos e na doença mental para uma posição de penalização relativamente ao cônjuge autor do pedido.

Com efeito, preceitua o mencionado § 3º:

"Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou ao casamento, e, se o regime de bens adotado O permitir, também a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal."

Estão aí inseridas cominações civis contra o cônjuge que houver formulado o pedido.

Nota-se que a regra incide tanto nos casos de separação por ruptura da vida em comum por um ou mais anos, como nos que se originarem de grave doença mental.

Em verdade, pelo menos quanto ao § 1º do art. 5º, há uma incongruência com a prática e outros dispositivos. Em virtude da Lei nº 8.408, art. 1º, basta presentemente o decurso de um ano de ruptura da vida em comum para ensejar o pedido de separação, Por conseguinte, as conseqüências do § 3º, acima transcrito, teriam o condão de trazer graves prejuízos ao requerente da ação, o que não acontece com aquele que não busca o divórcio direto. A simples separação não pode desconstituir o patrimônio adquirido em função do casamento. Se bem que, na prática, visto que será mais vantajoso ao cônjuge aguardar mais um ano, e. ingressar com o divórcio direto, pouca utilidade representa a regra.

Expõe o dispositivo antes citado que os bens remanescentes serão atribuídos ao cônjuge que os houver levado para o casamento, e que não pediu a separação. Não importa o regime de bens. Todo o patrimônio que houver sobrado tornará para tal cônjuge.

De outro lado, pela parte quase final do § 3º apontado, inclusive a meação dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal transfere-se para o cônjuge que não houver ajuizado a separação, se o regime de bens adotado o permitia.

Resumindo sinteticamente, no casamento com o regime de comunhão universal, o cônjuge que não requereu a separação receberá de volta os bens ainda pendentes; mais a metade daqueles pertencentes a ambos, e adquiridos na constância da sociedade conjugal; os que são excluídos da comunhão por lei, como as pensões, as doações, o dote, os comunicáveis e os reservados.

No casamento com regime de comunhão parcial, cabem ao mesmo cônjuge o patrimônio reservado que levou para o casamento; ainda, a metade dos bens adquiridos na vigência do casamento por ambos os cônjuges; os excluídos da comunhão por lei (art. 263 do Código Civil); os próprios comunicáveis; e os reservados ou adquiridos com o produto do trabalho de cada cônjuge.

Se tiver sido celebrado o casamento pelo regime de separação de bens, o que não postular a separação poderá levar aqueles bens que lhes são próprios.

De observar que os bens reservados, na ordem do art. 246 do Código Civil, perderam, em face da Constituição de 1988, qualquer significado, a menos que se firme idênticos direitos a eles em favor do marido.

Com estas disposições, de reservar ao cônjuge contra o qual foi requerida a separação maior soma de bens, procurou a lei assegurar uma proteção, segundo anota *Pedro Sampaio*:

"Em verdade, visa o objetivo ora comentado proteger o cônjuge requerido, provendo-o de maior acervo de bens, desde que ocorra a situação em lei prevista, ao tempo em que, em contrapartida, evita que o cônjuge autor venha a ser beneficiado com os bens que para ele seriam destinados se a norma positiva não dispusesse em contrário."<sup>137</sup>

Yussef Said Cahali cita um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que bem retrata a finalidade da regra:

"Nos casos de separação sem culpa, ou na qual não assume relevância jurídica a ocorrência ou não de culpa - art. 5º, §§ 1º e 2º da Lei do Divórcio -, o legislador houve por bem impor uma sanção, uma penalidade ao cônjuge que toma a iniciativa da separação, consistindo essa pena na perda da meação sobre os bens que o outro cônjuge houver trazido quando do casamento e que ainda estiverem integrando o patrimônio do casal. É, como explica *Yussef Cahali*, uma derrogação retroativa da comunicabilidade dos bens, *ope juris*. Essa derrogação retroativa, esta alteração do próprio regime de bens, impõe-se à partilha, ainda que o cônjuge-réu, desavisadamente, por inexperiência profissional ou por esquecimento de seu procurador, não tenha trazido ao palco processual o dispositivo da lei. O legislador visou, à evidência, proteger o nubente, inclusive desestimulando os casamentos com o possível intuito dissimulado de apropriação do patrimônio do outro cônjuge e, outrossim, também desestimulando as separações quando o outro cônjuge estiver gravemente enfermo. Assim, buscando fidelidade aos objetivos sociais da lei, a sanção de direito material somente não incidirá sobre a partilha se o cônjuge, por ela beneficiado, renunciar expressa e inequivocamente ao benefício, isto é, se declarar que dele desiste para que se mantenha o regime de comunhão, com a conseqüente partilha dos bens por esse mesmo cônjuge trazidos para o matrimônio. Incide a regra legal, independentemente de invocação da parte a que a regra tutela. A partilha dos bens do casal far-se-á, destarte, nos termos da lei, embora em seu recurso não haja a mulher pedido expressamente a aplicação da sanção. No caso, dar-se-á a devolução integral à mulher dos bens que esta trouxe para o fracassado matrimônio (1ª Câm. do TJRS, Ap. Cív. nº 585021033, Rel, *Athos Gusmão Carneiro*, 20/05/1986)."<sup>138</sup>

Nota-se, finalmente, que a norma do art, 5º, § 3º, conduz a uma exceção à regra da imutabilidade do regime de bens no casamento, especialmente no que pertine ao retorno do patrimônio levado ao casamento, no regime de comunhão universal, ao cônjuge contra o qual se demanda a separação.

Não se aplica a norma do art. 5º, § 3º, ao divórcio, como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

"Recurso Extraordinário, Ação de divórcio, Não se aplica o disposto no § 3º do art. 5º da Lei nº 6.515/77 à hipótese de divórcio direto ou extraordinário, disciplinado no art. 40 do mesmo diploma legal, Precedentes do STF nos REs nº 100.845 e 93.904."

No voto do Min. *Néri da Silveira* que transcreve parte do parecer do Procurador-Geral da República, colhe-se:

"Ao divórcio extraordinário aplicam-se as causas de separação, judicial estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 6.515/77 aplicam-se porque assim determina expressamente o art. 40, ao regular aquela modalidade excepcional de divórcio. Determinação idêntica, no entanto, não contém a lei no sentido de que se aplique, também, ao divórcio extraordinário a penalidade prevista no § 3º do precitado art. 5º, segundo a qual reverterão ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial os remanescentes dos bens que levou para o casamento [...] Correto está, portanto, o acórdão recorrido quando assinala que a disposição do § 3º do art. 5º da Lei do Divórcio, sobretudo pelo seu caráter punitivo, é de aplicação restrita, não se estendendo da separação judicial, para a qual foi instituída, ao divórcio (RTJ, 111/767).

A ementa com que resumido aquele v. Acórdão está vazada nos seguintes termos: 'Divórcio direto. Aplicação do art. 40 da Lei nº 6.515/77, se aplica ao divórcio direto ou extraordinário, disciplinado no art. 40 da Lei nº 6.515/77, a penalidade prevista no § 3º do art. 5º da mesma lei para a separação judicial. Recurso Extraordinário não conhecido (RTJ, 111/765)'."<sup>139</sup>

#### **4.3.4 Dever de assistência na separação baseada em causas objetivas**

Está ordenado o dever de assistência pelo cônjuge que pedir a separação em favor do outro, no caso do art. 5º, §§ 1º e 2º, no art. 26 da Lei nº 6.515, que reza:

"No caso do divórcio resultante da separação prevista nos §§ 1º e 2º do art. 5º, o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência ao outro (Código Civil, art. 231, III)." Em primeiro lugar, de anotar que o art. 231, inciso III, diz respeito ao dever de mútua assistência.

A regra acima transcrita é de meridiana clareza e de conteúdo impróprio. Trata-se de uma impropriedade porquanto o dever de assistência é regulado pelo Código Civil e em outros dispositivos da Lei nº 6.515. Não havia necessidade de sua inserção naquele artigo. Aliás, se observado menos atentamente o dispositivo, parece que ao cônjuge que teve a iniciativa da separação não assiste o direito de pedir alimentos, o que seria uma incongruência. O direito à pensão alimentícia não pode ser prejudicado pela iniciativa de pedir a separação. Encontrando-se por longo lapso de tempo separados os cônjuges,

aquele que necessitar de assistência alimentar não fica tolhido em seu direito de pedir a separação. Não se pode inferir alguma culpa no fato de pedir a separação com fulcro num dos parágrafos do art. 5º. Nem se vislumbra qualquer comiseração da lei em permitir o pedido num daqueles fundamentos.

De modo que a pensão alimentícia ou assistência, se devida, encontra por suporte outras regras.

Mas, entendendo-se o termo *assistência* no corpo do art. 26 num sentido mais amplo, e restrito apenas para a hipótese do § 2º do art. 5º, depreende-se que a regra é realmente oportuna. De seu conteúdo deduz-se que, embora a separação, permanece o dever de assistência, isto é, de alimentos, socorro nas necessidades, amparo, cuidados pessoais e médicos, etc.

Incumbe ao cônjuge toda esta gama de obrigações, e não apenas a pensão alimentícia, salienta *Ulderico Pires dos Santos*:

"A mútua assistência de que cuida o inciso III do art. 231 do Código Civil não está restrita à pensão alimentar. Ela é muito mais ampla, por impor a seu consorte a obrigação de consagrar-se ao outro, de aplicar-se em prol de seu bem-estar, de zelar pela sua saúde, de assistir-lhe na enfermidade, de dar-lhe o alívio moral, consolação nos momentos de aflição e até mesmo nos seus momentos de bem-estar."<sup>140</sup>

De notar, no entanto, nos termos da lei, a pouca aplicabilidade do art. 26, porquanto restrito ao pedido de divórcio fundado em separação requerida e concedida com amparo numa das alternativas dos §§ 1º e 2º do art. 5º. Mas a redação não impede a obrigação de assistência pelo só fato da separação. É que, observa *Carlos Celso Orcesi da Costa*,

"a parte tônica do art. 26 não relaciona o dever de alimentar ao ato de solicitação do divórcio-conversão, mas relaciona ao ato de haver promovido a separação objetiva, tanto que seu comando principal fala que o cônjuge continuará com o dever de socorro ao outro, dever este, evidentemente, assumido (ou determinado por sentença) numa ocasião precedente: no processo de separação."<sup>141</sup>

Nota-se, outrossim, que a regra não se restringe à separação ou ao divórcio com base em causa objetiva. Estende-se, sem a menor dúvida, ao divórcio direto com base na separação de fato. Somente que, no caso, o lapso temporal restringe-se a dois anos; por força do art. 40 da Lei nº 6.515, na redação da Lei nº 7.841/89.

Mais considerações tornam-se necessárias. Apesar dos termos do art. 26, a assistência fica condicionada aos requisitos do art. 400 do Código Civil: a possibilidade do cônjuge alimentante e a necessidade daquele contra o qual é pretendida a separação. Não é admissível a obrigatoriedade da assistência pela simples razão de se buscar o fundamento num dos parágrafos do art. 5º da Lei nº 6.515. Por outras palavras, não é automática a pensão. Não é suficiente o

mero pedido da separação. Muito menos se pense que o sentenciador a deva conceder de ofício. Ainda não se pode dar um alcance muito amplo ao art. 26. O conteúdo dimensiona-se à necessidade material ou econômica, isto é, restringe-se a obrigação à pensão alimentar, que abrange múltiplas extensões, como assistência médica, previdenciária e habitacional.

Mas, não alcança o acompanhamento, a convivência, o auxílio nas necessidades, a presença constante nas vicissitudes da vida, etc. A menos, parece correto, na hipótese de doença mental, em que é imprescindível uma atenção maior.

#### **4.3.5 Recusa à concessão da separação por agravar as condições pessoais do cônjuge, ou prejudicar os filhos menores**

Há, no art. 6º da Lei nº 6.515, uma importante exceção em se conceder a separação, outorgando-se poderes ao juiz para tanto;

"Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores."

Não há dúvida que a regra contém uma forte restrição à separação, fundada em causa objetiva.

Assim pode acontecer quando a separação resulta um agravamento da moléstia mental; se o cônjuge ficar relegado ao completo abandono; ou se a mera expectativa da ruptura da sociedade conjugal conduz ao desânimo total, à anemia, e a profundos desvios de conduta, inclusive com previsão de suicídio.

Relativamente aos filhos, se é certo que eles ficarão em total abandono material; se nenhum dos cônjuges aceita ficar com a guarda dos mesmos; se eles não tiverem capacidade de superarem o trauma da separação dos pais; se forem doentes e carecerem da presença de ambos os progenitores; ou se apresentam desvios de conduta social, que se agravarão com a derrocada da família; se o cônjuge que aceitar a guarda não reúne condições de controlá-los, além de incontáveis outras situações.

Mesmo no divórcio tem aplicação tal possibilidade de concessão, como já foi decidido:

"Divórcio. Agravamento das condições pessoais do cônjuge. Art. 6º. Estando demonstrado nos autos que a mulher, já octogenária, sofreu forte abalo com a notícia do pedido de divórcio, sendo possível o agravamento de suas precárias condições de saúde (hipertensão arterial) com a efetivação da medida, não é de ser deferida a conversão do desquite em divórcio (art. 6º da Lei do Divórcio). Apelo provido para julgar improcedente a ação."<sup>142</sup>

A viabilidade de recusa da separação é comum nas legislações de outros países, como vem exemplificado na França, segundo *Jean-Claude Groslière*:

"Inspiré de certaines législations étrangères, l'article 240 donne au juge le pouvoir de rejeter la demande si l'époux vicrime démontre que le divorce aurait pour Lui *ou pour ses enfants des conséquences morales ou matérielles d'une exceptionnelle dureté.*"<sup>143</sup>

Toda separação redundando em marcas indeléveis nos próprios cônjuges e nos filhos. Apresenta-se sempre traumática, especialmente a estes últimos. Causa um choque psicológico intenso, capaz de levar à desestruturação da personalidade. Não raramente, diminuem as atenções e o acompanhamento dos pais. Mormente se menores os filhos, podem apresentar uma insegurança pessoal acentuada. A falta de orientação, viável de verificar-se, pode levar a descaminhos e companhias prejudiciais.

Estas conseqüências fazem parte do contexto da vida. Não são consideradas de gravidade tal a ponto de impedir a separação. Apenas em circunstâncias excepcionalmente graves e anormais cogitar-se-á em negar a separação. Assim é no Direito francês (art. 240 do Código Civil), onde se exige que as conseqüências materiais ou morais sejam de uma dureza excepcional - expressão esta que deu origem à denominação *cláusula de dureza*, para identificar a recusa, com certa freqüência adotada pela doutrina.

Mas o indeferimento do pedido, por força do art. 6º, pode acarretar danos maiores, se o ambiente familiar é desajustado e cenário de constantes desavenças entre os cônjuges.

O que surpreende é a previsão da recusa tão-somente para as hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 5º. Não se compreende a razão de não se impedir a separação consensual ou por culpa, se graves conseqüências advierem.

#### **4.4 Separação requerida por cônjuge incapaz**

Diversamente do pedido formulado por cônjuge em razão de doença incurável do outro, aqui o pedido é endereçado pelo cônjuge incapaz por enfermidade mental, e representado através de curador.

O caso não se enquadra no art. 5º, § 2º, da Lei do Divórcio. Por isso, não advêm as conseqüências do § 3º do mesmo art. 5º.

Nada impede a separação por cônjuge incapaz, segundo se vê desta decisão:

"... O incapaz será representado na forma da lei para a separação, consoante a Lei do Divórcio.

É evidente a proibição para determinados atos personalíssimos, como o próprio casamento. Não se pode casar em nome do incapaz, mas, já



realizado o casamento, antes da incapacidade, a extinção desse casamento, observada a causa legal, se permite.

Da mesma razão, assim, pode ser transformada essa separação em consensual, desde que, evidente, observados os direitos do incapaz. Não vejo por que não possa ser realizada por curador, também não havendo por que distinguir.

Sem inteligência e vontade, não importa o nome da ciência de hoje, o incapaz não pode é ser comprometido em atos que o prejudiquem, e criem compromissos sobre os quais não pode dispor. Acredito, todavia, que outros direitos personalíssimos possam ser praticados em benefício do interdito, do incapaz, pelo seu curador, desde que defenda esses direitos à vida, à integridade física, à imagem, etc. Não está o incapaz impossibilitado de ser representado na defesa de todos seus direitos e para defendê-los."<sup>144</sup>

A separação postulada por cônjuge incapaz se encontra autorizada no art. 3º, § 1º, da Lei nº 6.515, onde consta que a representação se fará através de curador, ascendente ou irmão.

#### **4.5 A revelia nas ações de separação**

Em princípio, domina o postulado de que a revelia não surte os efeitos do art. 319 do Código de Processo Civil, por se tratar a separação judicial de ação de estado. Por conseguinte, seria impróprio O julgamento antecipado, cabendo ao juiz programar audiência para o colhimento de provas.<sup>145</sup>

No entanto, não se encontra alguma justificativa para dar suporte real a esta *ratio*.

Se aos cônjuges se permite e recomenda que a separação se proceda de forma consensual, admitindo-se a plena liberdade para estabelecerem as condições de separação, não se justifica negar os efeitos da revelia, inaplicando-os. Clara, porém, é a relatividade do princípio se a inicial não vem acompanhada de elementos de convicção e de alguma prova sobre o fato alegado pelo cônjuge para justificar a separação. Os fatos devem apresentar-se como verossímeis, coerentes e reais.

Admitindo-se a revelia, foi decidido:

"Admite-se a aplicação dos efeitos da revelia nas causas atinentes à sociedade conjugal, visto não ser a mesma indisponível, tanto assim que permitida a separação consensual, tanto mais constatável aquela quando há indícios confirmatórios do alegado na inicial "<sup>146</sup>

#### **4.6 Pedido fundado na pluralidade de causas**

Bastante comum é indicar mais de uma causa para justificar a separação. Será esta concedida, no entanto, desde que comprovada uma das invocadas. Assim, se demandada a lide com base em abandono, maus-tratos, injúria e adultério, é suficiente a comprovação de uma dessas causas para se

conceder a separação. Não valoradas as demais, ou simplesmente ignoradas, e se improcedente a ação, é possível novo pedido com fulcro naquelas não consideradas, a fim de obter outro pronunciamento judicial. Não, porém, se todos os fundamentos invocados restarem examinados.

E se o juiz examina apenas um dos vários motivos alegados, e conceder a separação com base nele, tendo os outros por prejudicados? Na via recursal, é possível que o Tribunal reforme a sentença, não reconhecendo aquela causa como determinante da separação. O processo será anulado, a fim de que o juiz aprecie as demais causas. Mesmo que relegadas ao esquecimento, em nova ação permite-se a suscitação, já que não constitui a sentença coisa julgada.

#### 4.7 Foro competente para a ação

O foro da residência da mulher é o competente para todas as ações que envolvem a mulher. Estipula o art. 100, inciso I, da lei instrumental civil: "É competente o foro: I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação do casamento".

É evidente que, por analogia, o divórcio direto tem o mesmo regramento.

Atualmente, quando a igualdade de direitos entre o marido e a mulher é incontestável, não se faz mais necessária tal regra protetiva.

A solução mais coerente seria definir a competência pela regra comum, que é a da residência do réu.

Tendo em vista o preceito processual civil, deverá o marido ajuizar a ação na residência da mulher. Deste modo, se esta saiu de casa e procurou abrigo na residência dos pais, é no foro respectivo que ingressará a ação correspondente, mesmo que ela, a mulher, se tenha transferido para outro Estado. E o mesmo favorecimento se aplica no caso da mulher promover a demanda.

Ratio esta trilhada pelos pretórios:

"Na ação de separação judicial, a competência é determinada de acordo com o art. 100, inciso I, do CPC, que estabelece o foro especial da mulher. Esta regra não afronta o art. 5º, I, da CF, pois visa a atenuar possíveis desigualdades entre os cônjuges, já que a mulher é considerada parte mais fraca, tendo em vista situações domésticas que poderiam dificultar seu deslocamento."<sup>147</sup>

E se a mulher, no curso da ação, transfere de residência, ou se constantemente se muda de uma cidade para outra?

O verbo *morar* exige uma interpretação ajustável a uma permanência prolongada em determinado lugar, já lembrava *Pontes de Miranda*:

"Quem mora, demora. Mais demora quem reside, porque residir envolve sede, assento permanente, morada duradoura. A morada com permanência é residência."<sup>148</sup>

De modo que a transferência de moradia no curso da ação altera a competência. E, na hipótese de constantes mudanças de residência, deve-se conceber a situação como se a mulher estivesse em lugar incerto e não sabido, O foro do marido será então o competente para propor-se a demanda. Funda-se a competência pela residência pelo princípio de não se dificultar o ingresso em juízo. Mas, não é absoluta esta inteligência, mormente se conhecido o município para onde se transferiu o cônjuge.

Há, também, os que entendem correta propositura da lide no foro da última residência conhecida, como decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Competência. Ação de desquite. Endereço ignorado da mulher. Foro do último domicílio da mulher. Código de Processo Civil, art. 100, inciso I. A fixação da competência pela última residência conhecida, para a propositura, pelo marido, da ação de separação, melhor atende a norma que a protege, contida no art. 100, inciso I, do CPC, mesmo que se dê por ignorado o seu paradeiro."<sup>149</sup>

Não discrepa das normas jurídicas o ajuizamento da ação no foro do domicílio do casal ao tempo da convivência conjugal.

Não há dúvida, de outra parte, que as regras são de competência relativa, porquanto firmadas em razão da pessoa - *ratione personae* - o que faz incidir o disposto no art. 114 do Código de Processo Civil: "Prorroga-se a competência, se o réu não opuser a exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais". Não proposta a exceção declinatória do foro, considera-se sanado o vício, e nem ao juiz se faculta proclamar *ex of ficio* a incompetência.

Parece certa a legitimidade do Ministério Público e do Curador para argüir a exceção, máxime se possível auscultar prejuízo para as pessoas citadas por edital. Desde que tenham conhecimento, por indícios ou quaisquer elementos que se encontrem nos autos, da residência em cidade diversa daquela onde ingressou a ação, é plenamente justificável a suscitação da exceção de incompetência, por lhes incumbir a estrita exigibilidade do cumprimento da lei.

Mas, tratando-se de casal estrangeiro, não se aplicam tais normas, por não coadunáveis e impróprias em esfera tão vasta. Aí prevalece mais a determinação do foro da residência do réu. Sendo um cônjuge brasileiro, e o outro estrangeiro, diante da regra da preponderância do foro do domicílio ou da residência do réu, a competência será determinada justamente por este fator.

A regra, porém, mais coerente com nossa tradição, é que se promova a ação no último domicílio no Brasil. Mesmo que a mulher tenha se transferido para outro país, não atrai ela a competência para a localidade onde está residindo, eis que, então, ficaria profundamente cerceado o direito do marido em promover a ação. É como se decidiu:

"Quando o réu não tiver domicílio ou residência no Brasil e, por outras disposições constantes deste Título, não se puder determinar a competência, a ação será proposta no foro do domicílio ou residência do autor. Se

também o autor for domiciliado e residente em território estrangeiro, a ação poderá ser proposta perante qualquer juízo."<sup>150</sup>

Entendimento este que se coaduna com a regra do art. 94, § 3º, do Código de Processo Civil:

"Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro." De certo modo, no entanto, pode-se afirmar, diante da igualdade entre o marido e a mulher instituída pela Constituição Federal, que os princípios comuns e gerais que tratam da competência são aqui aplicáveis. Nesta linha, incidem as regras do art. 94, §§ 1º, 2º e 3º, da lei processual civil. Por outras palavras, a ação será proposta no foro do domicílio do réu; ou, tendo ele mais de um domicílio, no foro de qualquer deles; ou, sendo incerto e ou desconhecido o domicílio, no foro onde for encontrado ou naquele do autor; ou, finalmente, residindo o réu no exterior, no foro do domicílio do autor, e se ambos os cônjuges se encontram no exterior, promove-se a ação em qualquer foro.

#### **4.8 Cumulação de pedidos**

Embora pareça difícil de ocorrer na prática, há doutrinadores que admitem a cumulação de pedidos, como anulação com separação, ou divórcio com separação, mas em ordem sucessiva e não conjunta.

O art. 292, § 1º, do Código de Processo Civil discrimina alguns requisitos para a admissibilidade, ainda que entre os pedidos não haja conexão, desde que: **I** - os pedidos sejam compatíveis entre si; **II** - seja competente para conhecer deles o mesmo juiz; **III** - seja adequado, para todos os pedidos, o mesmo tipo de procedimento,

De acordo com o § 2º, se os pedidos comportarem procedimentos diversos, a cumulação dependerá de adoção do procedimento ordinário. Entre as duas ações deve existir alguma relação, podendo uma ser substituída pela outra. É necessário que sejam compatíveis, cabendo ao mesmo juiz o processamento e a decisão.

Como se referiu, os pedidos serão sucessivos, dentro do previsto no art. 289 do apontado estatuto: "É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em podendo acolher o anterior".

Obviamente, a pretensão da peça vestibular inclinar-se-á, primeiramente, para a anulação do casamento; e se não conseguir esta primeira opção, demandará a separação.

Antes de tudo, procurará o juiz a conciliação, necessária para a separação, e nomeará um curador ao vínculo, para o caso da anulação. A questão

foi muito bem desenvolvida por Alípio *Silveira*, que analisou a jurisprudência e a doutrina sobre a matéria. Vale transcrever esta passagem:

"Em matéria de conciliação prévia, o juiz deverá tentar realizá-la em primeiro lugar. Se tiver êxito, fica sem objeto a ação de anulação. Se não obtiver a conciliação, passará a decidir sobre a anulação. Poderá, aliás, adotar outra seqüência: decidir primeiro sobre a anulação; se esta for decretada, fica sem objeto a ação de separação. Se, ao invés, for denegada a anulação, o magistrado cuidará da conciliação prévia na separação.

Também sob o aspecto do interesse do autor, essa solução jurídica, que confere à ação de nulidade preferência no julgamento, é a melhor, pelo menos quando se trata de ações baseadas em fundamentos promíscuos de separação litigiosa e anulação: se a ação de anulação for julgada improcedente pela inexistência ou falta de prova de erro essencial, poderá, não obstante, ficar provado o fato que seria destinado a revelar o erro essencial, e, assim, a separação será decretada.

Exemplificando, suponhamos uma cumulação de separação litigiosa e anulação, sendo fundamento promíscuo o adultério precoce, que, no caso, seria também revelador de erro essencial sobre a pessoa da mulher. O julgador, se filiado a uma jurisprudência ultrapassada, não admitirá que o adultério precoce possa configurar um caso de erro essencial, e, assim, negará a anulação. Mas poderá dar como provado o adultério, e, se se convencer da insuportabilidade por parte do marido, decretará a separação judicial. Em conclusão, como não é possível prever com certeza se o juiz ou o Tribunal permitirão ou não a cumulação, e como caso a admitam, não se possa predizer se eles adotarão o procedimento aqui preconizado - proceder primeiro a reconciliação e caso esta se malogre, julgar primeiro a anulação - parece-nos preferível que o interessado promova, primeiro, isoladamente, a ação de anulação, a qual, com exceção do nº IV do art. 219 (prazo de dez dias), tem um prazo de decadência de dois anos, ao passo que a ação de separação litigiosa é imprescritível."<sup>151</sup>

Mas não haverá cumulação, e sim pedido fundado em mais de um fundamento, no caso de estribar-se a ação na culpa do outro cônjuge (art. 5º, *caput*, da Lei nº 6.515) e na prolongada separação de fato (art. 5º, § 1º, da mesma lei), ou na doença mental (art. 5º, § 2º). Cuida-se melhor de pedido com mais de uma alternativa, pois objetivando a dissolução da sociedade conjugal, muda apenas a fundamentação.

Como resolver a lide? Qual o fundamento a ser considerado primeiramente? A resposta está em *Carlos CeLso Orcesi da Costa*: "Neste último caso, a demanda com fundamento na culpa do outro e também com fundamento objetivo não configura propriamente pedido cumulado, importando que, desde que a separação baseada na culpa do outro cônjuge é mais favorável ao autor que a separação sem o pressuposto da culpa (Lei do Divórcio, arts. 5º, § 3º; 6º; 17, § 1º

3º; 6º; 17, § 1º; e 26), mostra-se razoável apreciar-se o pedido primeiro sob aquele fundamento, ainda que colocado em segunda alternativa na inicial."<sup>152</sup>

#### 4.9 Reconvenção

Proibida a reconvenção, no âmbito da Lei nº 6.515, unicamente na conversão da separação em divórcio.

Através dela, o cônjuge demandado, no mesmo processo, formula também uma providência jurisdicional da mesma natureza que a do autor, ou ligada em alguma relação. Há uma nova ação dentro do mesmo processo. Ao defrontar-se com o processo, o demandado contra-ataca, podendo trazer pedidos alternativos, como a anulação do casamento em face da insanidade do outro cônjuge, e a separação por sevícias ou injúria grave. Útil transcrever lição de *Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"Do mesmo modo, já que se admite cumulação do pedido de anulação com separação, o pedido reconvenicional pode visar a dissolução da sociedade pela anulação do casamento, quando O pedido inicial tenha pleiteado o desquite, ou até o divórcio direto, ou vice-versa. Numa ordem lógica, mesmo quando deduzida na reconvenção, a anulação do casamento deve preceder à apreciação da simples separação: aquela declara nulo o casamento, permitindo desde logo novo casamento, enquanto esta apenas o dissolve sem possibilitar, antes do divórcio, novas núpcias. A anulação tem abrangência maior: há interesse público."<sup>153</sup>

Às vezes, o autor e o reconvinte revelam razão. Procedentes ambos os pedidos, o resultado nada mais será que a separação por culpa recíproca, que poderá ser admitida, inclusive, na ausência de reconvenção. Encaminhada a prova de modo a evidenciar a culpa de ambos os cônjuges, como ofensas recíprocas ou infrações aos deveres conjugais diversos, deve ser declarada a culpa de ambos, embora a ausência de reconvenção, como alhures foi ressaltado.

#### 4.10 Procedimento judicial na separação litigiosa

A Lei nº 6,515, no art. 34, prescreve que a separação litigiosa seguirá o procedimento ordinário, Por tratar-se de natureza especialíssima, apenas aos cônjuges assiste o jus *agendi*. No caso de incapacidade de um dos cônjuges, assiste a representação por um ascendente, ou um irmão, ou um curador.

Ao cônjuge que se julgar ofendido e prejudicado pela vulneração aos deveres conjugais, por outro lado, é que assiste o direito de promover a ação. Não se concebe que o próprio cônjuge infrator tenha a iniciativa de ingressar em juízo, com base na própria conduta culposa. Seria propiciar ao próprio causador uma vantagem com sua torpeza.

Diversa a situação na separação objetiva, quando a qualquer dos cônjuges é facultada a iniciativa da ação, Inclusive na separação por doença

mental, o doente encontra-se autorizado a buscar a separação judicial, pois não se funda a mesma em culpa do outro cônjuge. Assevera, sobre o assunto, *Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"A causa de pedir não é, como normalmente acontece, a busca de uma reparação ou sanção, apenas presente em relação a alguns efeitos da separação objetiva (partilha de bens, alimentos, etc.), mas uma simples pronúncia da separação."<sup>154</sup>

Ele ingressará em juízo por seu representante legal, em face de seu estado de doente.

Na inicial, colocam-se os fatos que configuram a conduta desonrosa, ou a infração grave dos deveres conjugais que levam a vislumbrar-se a impossibilidade da vida em comum. Ou discrimina-se a causa objetiva, isto é, a separação de fato por tempo superior a um ano, ou a doença mental.

Importa, sob pena de ferir-se de inepta a inicial, que venha descrita uma conduta capaz ou suficiente para determinar a separação.

Isto também para possibilitar ao cônjuge demandado a manifestação de sua defesa.

Mas não há de se impor rigor em tal formulação.

No mais, prepondera o cri de se tipificar determinada infração delineada na lei civil. Mesmo que vagos e até imprecisos os fatos, desde que retratem uma convivência insustentável, repleta de incompatibilidades e desacertos, decreta-se a separação. A simples inaptidão para a convivência, ou o contraste de personalidades e costumes, recomenda a procedência do pedido, então não já por culpa de um dos cônjuges, mas de ambos, porquanto a lei é omissa em conceder a separação exclusivamente porque não mais se pretende a sociedade conjugal. Parece que as concepções da realidade atual não mais comportam rigorismos como no seguinte exemplo:

"Na petição inicial, o autor deve indicar, circunstanciadamente, os fatos que autorizam o desquite, de molde a propiciar ao outro cônjuge a apresentação de sua defesa."<sup>155</sup>

Mas, exige-se a especificação de uma causa, sob pena de se impedir a defesa, ou cercear-se o direito de afastar a responsabilidade pela dissolução do casamento.

Nem é possível alterar, no curso da lide, a causa, ou atribuir novas infrações. Assim pondera *Yussef Said Cahali*:

"Pelo que, se fatos novos são verificados ou apurados no curso do processo, embora impertinentes à controvérsia, continua sendo inadmissível em face de nosso Direito sejam eles considerados na própria ação para o efeito de decretar-se à base deles a separação judicial; inalterada, pois, sob este aspecto, a sistemática anterior."<sup>156</sup>

Apenas em nova demanda os fatos novos poderão servir de causa. Na ausência de contestação, que deverá ser apresentada em 15 dias, a contar do acostamento aos autos do mandado de citação, normalmente são inadmissíveis os efeitos da revelia. Não se aplicaria, na separação, a confissão do réu, por envolver o processo questão relativa ao estado das pessoas.<sup>157</sup>. Merece destaque, nesta linha, os seguintes assentos de um julgamento.

"Separação litigiosa. Pena de confissão. Não cabimento. Ação de estado. Direitos indisponíveis não alcançados pela presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Art. 351 do Código de Processo Civil. Julgamento antecipado da lide injustificado".

E, no desenvolver dos fundamentos do acórdão:

"Em ação de estado, exigindo-se a prova convincente da matéria litigiosa, que não pode ser caracterizada por meras presunções, ou de inferências geradas pela revelia processual, pois está em jogo a relação matrimonial, de caráter institucional, onde a confissão, especialmente a ficta, não é admissível como prova bastante, diante do tema de ordem pública que está em jogo (*RJTJESP*, v. 108/360 e 93/107) [...]"

É necessário discernir, no objeto da ação de separação, entre as questões concernentes a direitos indisponíveis, como é o caso da guarda, educação e alimentos dos filhos, e o pedido primário de dissolução causal da sociedade, em cuja província reina absoluta disponibilidade jurídica dos cônjuges, que, senhores das próprias conveniências, podem reconhecer ou deixar de contestar os fatos configuradores da causa legal de dissolução forçada (RT, v. 612/58).<sup>158</sup>

*Yussef Said Cahali*, no entanto, professa uma inteligência francamente favorável ao reconhecimento da eficácia plena da revelia, admitindo, inclusive, o julgamento antecipado:

"Na consideração de que a lide versaria sobre direitos disponíveis e no pressuposto de que, podendo o demandado dispor do seu direito de dissolução da sociedade conjugal em sede de separação consensual, tal disponibilidade seria extensível à separação litigiosa em que lhe é imputada a prática de infração grave dos deveres conjugais ou conduta desonrosa: se a lei admite a separação judicial amigável, se os cônjuges podem transigir a respeito da dissolução da sociedade conjugal, se ao réu é lícito concordar com o pedido do autor, assumindo as conseqüências que daí decorrem, não há razão para que não se admita a concessão (real ficta) ou a presunção de veracidade da inicial, na hipótese de não haver contestação."

A seguir, realça seu ponto de vista em função da Constituição de 1988:

"A par disso, a Constituição vigente (de 1988) alterou substancialmente o Direito de Família, tirando o casamento do centro do mesmo;



assim, da evolução jurisprudencial, como da legislativa, se tem que é perfeitamente admissível a confissão em matéria de separação, pela relatividade da disponibilidade do direito. Embora reconhecendo que é verdade que se requer um mínimo de verossimilhança e de prova (1ª Câ. do TJSP, Ap. nº 114.179-1, de 03/10/1989).<sup>159</sup>

Há, em verdade, certos direitos indisponíveis, como todos aqueles relativos aos filhos, ou que dizem respeito à guarda, à educação, aos alimentos, que não são atingíveis pela revelia. Não se deferirá, v.g., a guarda a um dos cônjuges simplesmente porque o outro não contestou a ação. De outro lado, fatos absurdos ou de notória inveracidade e irracionais não serão admitidos pela simples revelia. Há de se observar a possibilidade de ocorrência de situações narradas ou levantadas contra o revel, devendo encontrar-se alguma coerência na prova que é feita. A ausência de um mínimo de elementos palpáveis não pode levar ao reconhecimento da responsabilidade pela separação em face da simples revelia.

Apenas quanto aos fatos é possível não conceber o afastamento dos efeitos da revelia. Unicamente no tocante ao direito não se irradiam tais efeitos. Sempre, porém, nas ações de estado impõe-se redobrado cuidado na análise da presença dos requisitos legais.

A citação por edital, com ausência de contestação, também importa em revelia. O curador que será nomeado não afasta o efeito do art. 319 do Código de Processo Civil. É que a lei não distinguiu efeitos da citação em razão de sua forma.

Seria incongruente inaceitar as conseqüências do silêncio do cônjuge-réu que não contesta e, às vezes, sequer comparecendo na audiência de conciliação e nas outras que se efetuarem. Se é admissível a confissão, e comum a separação consensual, quando se dá crédito às afirmações das partes, da mesma forma há de se reputar serem verdadeiros os fatos constantes na inicial. Isto se a inicial é compatível com os demais elementos carreados no processo.

O prazo contestacional inicia, em geral, após a data designada para a conciliação. Cita-se o cônjuge da ação e intima-se para a audiência de conciliação, com a advertência do início do prazo da defesa a partir da data designada.

Ou simplesmente é marcada uma data com a finalidade de conciliação ou conversão da separação litigiosa para a consensual. Comparecendo os cônjuges, não logrado aquele intento, abre-se o prazo contestacional.

Não há nulidade do processo se a conciliação é tentada posteriormente à contestação, ou em audiência de instrução, como há bastante tempo vêm decidindo os pretórios:

"A inobservância da Lei nº 968, de 1949, não anula o processo quando, na audiência de instrução e julgamento, a conciliação foi tentada entre os

desquitandos<sup>160</sup> 'A formalidade ainda poderia ter sido suprida por ocasião da audiência de instrução e julgamento, como entendem alguns e determina o novo CPC (parágrafo único do art. 447)'.<sup>161</sup>

Comum é a tentativa de acordo na audiência de instrução e julgamento.

Segundo foi observado, a necessidade de conciliação decorre do art. 3º, § 2º, da Lei nº 6.515, e do art. 1º da Lei nº 968, de 10/12/1949.

Na aferição da prova testemunhal, em se tratando de Direito de Família, alteram-se os princípios que dirigem o processo.

É que, em ações envolvendo o estado das pessoas, não ficam impedidos de depor os parentes próximos, segundo norma do art. 405, § 2º, do estatuto processual civil:

"Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas

[...] § 2º - São impedidos:

I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito." Vê-se, pois, que podem ser ouvidos até mesmo os ascendentes e os descendentes das partes, e inclusive os colaterais até o terceiro grau. Isto por uma forte razão: são os familiares diretos, os mais entrosados com o casal que busca a separação. Os problemas, os desacertos e a própria história da vida conjugal é, em geral, do conhecimento dos pais, filhos e outros parentes. Os estranhos ou terceiros raramente procuram se envolver mais diretamente com o casal.

Nem sempre, porém, o bom senso aconselha a inquirição de filhos menores. Constitui um verdadeiro constrangimento e uma violência à personalidade e formação do filho a indagação sobre problemas dos pais. Além de não terem a mentalidade formada, são eles colocados na posição de censores, numa tentativa de cada cônjuge provar os desmandos do outro. O mais conveniente é simplesmente ouvir a ouvida, pois revelam os pais imaturidade ao envolverem a prole em seus problemas conjugais. Não há o menor apoio da psicologia em se permitirem tais depoimentos, por comprometerem a estabilidade emocional.

Quanto ao adultério, causa comumente alegada nas separações, por ser fácil levantar suspeitas, mesmo que difícil a comprovação, a demonstração é preponderantemente através de testemunhas. No entanto, a conduta comprometedor do cônjuge, ou as atitudes reveladoras de pouco recato, afiguram-se suficientes para enquadrar o tipo no comportamento desonroso, sem necessidade de longas perquirições para descobrir casos específicos de

infidelidade. Não mais se faz indispensável a prova de que o cônjuge seja visto com outra pessoa de sexo diferente *solus cum sola in eodem lecto*, mas basta que se encontre *solus cum sola in solitudine*.

A sentença de separação é de natureza constitutiva, por produzir efeitos de extinção, da sociedade conjugal, com uma série de outros efeitos, relacionados, v.g., aos alimentos, à guarda dos filhos e à partilha dos bens. Revela igualmente conteúdo declaratório, por definir em qual dos cônjuges recaiu a culpa ou responsabilidade pela separação. Ao ser proferida, põe-se termo à sociedade conjugal, que, a rigor, apenas se encerra com o esgotamento de todos os recursos admitidos por lei.

#### 4.11 Eficácia da sentença e restabelecimento da sociedade conjugal

Com o trânsito em julgado da sentença, inscreve-se a mesma no Registro Civil, em atendimento à norma do art. 12, inciso I, do Código Civil, com a redação trazida pelo art. 50 da Lei do Divórcio.

Opera-se a dissolução da sociedade conjugal, cujos efeitos, em princípio, ocorrem com o trânsito em julgado da decisão, ou a contar do despacho que tiver concedido a separação cautelar (art. 8º da Lei nº 6.515).

Isto especialmente no tocante a terceiros, o que é salientado por *Fernando H. Gentile*;

"Em relação a terceiros, a força constitutiva da sentença homologatória do desquite consensual far-se-á sentir a partir de quando averbada no Registro Civil, o que também acontece com os julgados proferidos nos processos de separação litigiosa. Quanto a estes últimos, aplicável, outrossim, o art. 472 do Código de Processo Civil, quando prescreve que nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros."<sup>162</sup>

A denegação do pedido não impede a renovação de outra lide, desde que invocado fundamento diferente.

De observar, porém, que a sentença não produz coisa julgada absoluta, no sentido de impedir o retorno à situação anterior. A todo o tempo os cônjuges podem restabelecer a sociedade conjugal, o que é incentivado pelo art. 46 do Estatuto do Divórcio;

"Seja qual for a causa da separação judicial, e ó modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação."

Percebe-se que a lei trata da reconciliação expressa e formalizada como meio hábil para tornar a se efetivar o casamento, e a desaparecerem os efeitos da sentença de separação. Daí ser necessário pedido

assinado por ambos os cônjuges, o qual deverá ser reduzido a termo, no mesmo juízo onde se processou a separação, acolhendo-se as assinaturas respectivas. Torna a convalidar o casamento nos estritos termos que antes vigiam, com o mesmo regime de bens e o mesmo nome que a mulher usava, não se admitindo qualquer condicionamento à observância de cláusulas ou condições. Sem as assinaturas e a redução a termo, não advêm efeitos. Morrendo um dos cônjuges antes da homologação, mas realizados os demais atos, é reconhecida a validade da reconciliação. Isto porque os efeitos, de modo geral, vigoram desde o momento em que as partes expressam determinada opção.

De notar, outrossim, a salvaguarda dos direitos de terceiros, segundo preceitua o art. 46, parágrafo único: "A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens". Não se invalidam atos efetuados pelos ex-cônjuges, e nem se impedirá a produção de efeitos mesmo durante a reconciliação.

#### 4.12 Efeitos da separação

É evidente que muitos dos efeitos a serem descritos abrangem também a separação consensual.

Em primeiro lugar, desponta como efeito fundamental a dissolução da sociedade conjugal, que se conta a partir da data do trânsito em julgado da sentença, segundo regra do art. 8º do Diploma do Divórcio: "A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que tiver concedido separação cautelar".

De observar que, em vista da parte final do preceito, tendo havido prévia separação cautelar de corpos, os efeitos retroagirão à data da concessão de tal providência preliminar. Explica, sobre o assunto, o advogado gaúcho *Fernando Malheiros*:

"No direito anterior, as relações patrimoniais entre os cônjuges nesse período intermediário, situado no lapso de tempo que medeia a autorização judicial para a separação de corpos e o trânsito em julgado da sentença de separação judicial, não encontravam previsão legal. Atualmente, o problema, ao que parece, está solucionado da melhor forma. Desfeita a coabitação, desaparece a *affectio societatis* indispensável para justificar a comunhão de bens no casamento. Tal é o ineditismo da inovação que a grande maioria dos comentadores da Lei do Divórcio se limita a tangenciá-la. É tarefa árdua e inglória procurar encontrar na doutrina pertinente à matéria alguma proposta de estudo, com a devida profundidade, dos reais efeitos e conseqüências jurídicas do disposto no art. 8º, *in fine*."<sup>163</sup>

E em decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal: "Família. Separação de corpos e efeitos. Estabelecendo o art. 8º da Lei nº 6.515/77 a retração dos efeitos da sentença que extingue a sociedade conjugal à

data da decisão que concedeu a separação de corpos, nessa data se desfazem tanto os deveres de ordem pessoal dos cônjuges como o regime matrimonial de bens. Desde então não se comunicam os bens e direitos adquiridos por qualquer dos cônjuges. Recurso provido."<sup>164</sup>

Tanto na separação judicial como na de corpos, as obrigações contraídas ao tempo do casamento perduram, sendo da responsabilidade de ambos os cônjuges. Nesta linha as decisões:

"Despesas de condomínio. Cobrança contra casal proprietário da mesma unidade. A cobrança das despesas de condomínio reconhecidas por ambos os cônjuges co-proprietários de unidade habitacional é procedente contra os dois réus, não importando o curso ou o resultado do litígio que ambos travam na Vara de Família com relação à sociedade conjugal."<sup>165</sup>

Cessam, de outro lado, alguns direitos e deveres que vinham impostos durante o casamento, permanecendo outros. Diz apropriadamente *Francesco Scardulla*:

*"La separazione determina una modificazione dello stato coniugale, mettendo in particolare risalto e distinguendo i due elementi costitutivi del dovere di assistenza: l'elemento spirituale e l'elemento materiale ed economáco. Infatti la costituzione dello stato di separazione - quale ne sia la fonte - non fa cessare neppure limitatamente alla sua durata, l'obbligo dell'assistenza che è L'unico obbligo que permane a carico di entrambi i coniugi (seppure con gli opportuni emperamentá) e la cui violazione trova adeguate sanzioni civili e penali."*<sup>166</sup>

Várias as categorias de efeitos, como se analisará.

#### **4.12.1 Relativamente aos cônjuges**

Nas transações especialmente de imóveis e em certas obrigações, não mais necessitam os cônjuges da outorga uxória, que mutuamente se impunha, segundo está previsto nos arts. 235 e 242 do Código Civil. Todos os negócios que forem realizados dependem da vontade apenas do ex-cônjuge que dispuser dos bens.

Cessam os deveres discriminados no art. 231 da lei civil, pelo menos em parte, e os contidos no art. 3º da Lei nº 6.515, em sua totalidade.

Nesta ordem, não mais se pode falar em dever de coabitação, pela óbvia razão de importar na separação de corpos. Daí não se colocar qualquer óbice à fixação de residência e domicílio, segundo decidir o ex-cônjuge, exceto, o que é natural, em situações determinadas e em razão dos filhos.

A fidelidade recíproca igualmente não subsiste. Nenhum ex-cônjuge poderá reclamar das atitudes do outro, a menos que repercutam na formação ou personalidade dos filhos.

Sintetizando, resume *Yussef Said Cahali*:

"Finalmente, a separação judicial, dissolvendo a sociedade conjugal, põe termo ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (art. 3º da Lei do Divórcio); o desquite, fazendo cessar o dever de coabitação, separa os cônjuges, restituindo-lhes a liberdade; permite-lhes dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro, no que quer que seja; podendo governar, livremente, a sua pessoa, e, livremente, gerir os seus bens, apenas não pode qualquer dos cônjuges casar-se, enquanto viver o outro (ou não for o vínculo matrimonial dissolvido pelo divórcio); desfeita a sociedade conjugal, cada cônjuge retira os seus bens, ainda que subsistente o vínculo matrimonial,"<sup>167</sup>

O dever de assistência e de alimentos há de ser observado com certa precaução. Na forma litigiosa, a obrigação de prestar alimentos subordina-se às condições do art. 19 da Lei nº 6.515: "O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar". Naturalmente, na separação consensual valerá o disposto pelas partes.

A obrigação reduz-se ao mero pensionamento; não perdura a extensão da assistência, que é própria do casamento. Permanece um simples encargo material.

Mesmo assim, desde que o cônjuge seja responsável pela separação, e necessitando o outro.

E responsável é o cônjuge cujo procedimento deu causa à separação. Contra ele é movida a ação, a qual vem a ser julgada precedente. Ou, embora proposta a ação, em reconvenção a ele é imputado um fato que vem a ser provado, desencadeando a separação. Diz, a respeito, *Fernando H. Gentile*:

"Responsável será, evidentemente, o que ficou vencido, quando a ação fundamentar-se no *caput do art. 5º* (conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento), mas também assim deverá ser considerado aquele que tomou a iniciativa da ação, nos casos do § 1º (ruptura da vida em comum...) e do § 2º (doença mental do outro cônjuge). Tanto que continuará adstrito ao dever de assistência ao outro contraente, mesmo quando o desquite assim fundamentado converter-se em divórcio (art, 26)."<sup>168</sup>

Além da hipótese *do caput do art. 5º* da Lei do Divórcio, autorizam a fixação de alimentos as hipóteses de seus §§ 1º e 2º, ou seja, se fundar-se o pedido na separação por um ou mais anos e na doença mental.

E se o cônjuge recebe pensão estabelecida em ação de alimentos, quando separados de fato os cônjuges, e vier, na separação judicial, a ser considerado culpado?

Por esta razão - responsabilidade pela separação -, perde a pensão. É o que decidiu a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 284,169, de 18/12/1979:

"Verificada a separação de fato do casal, a mulher intentou ação de alimentos com sucesso. Posteriormente, entretanto, acabou vencida em ação de desquite, sem que da sentença constasse expressa declaração da perda do direito a alimentos. Daí a presente ação de exoneração proposta pelo marido. O direito da mulher a alimentos decorre da obrigação do marido em prover à manutenção da família. Dissolvida a sociedade conjugal, pelo antigo desquite ou a atual separação judicial, cessa o dever, salvo se for a mulher inocente e pobre [...] Verificada na ação de desquite em que se reconheceu sua culpa na dissolução da sociedade conjugal, só por este fato perdeu a apelante o direito a alimentos,"<sup>169</sup>

A necessidade é o principal requisito para impor a obrigação alimentícia, no que encontra apoio no art. 400 do Código Civil, ao preceituar que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Antunes *Varela* explica o sentido de necessidade:

"Ele (o cônjuge) tem direito não apenas à sua manutenção, ao que for estritamente indispensável ao seu sustento - ao chamado mínimo vital - mas à prestação que garanta o seu *status* social e jurídico de cônjuge. Tem direito, numa palavra, a manter o mesmo padrão de vida que o outro cônjuge. Considera-se assim necessitado o cônjuge que não pode garantir o padrão de vida correspondente ao seu estado social, com os rendimentos dos seus bens, ou com os produtos da atividade que esteja em condições de exercer."<sup>170</sup>

A questão dos alimentos será desenvolvida oportunamente, em capítulo à parte, sendo de acrescentar, tão-somente, que embora a concessão de alimentos, certas condutas posteriores não obstam a cassação do benefício. Isto especialmente se o cônjuge favorecido passar a demonstrar e a viver uma conduta desonrosa, entregando-se à prostituição, ou ao concubinato. Isto porque o cônjuge retrata a possibilidade que dispõe para subsistir por si, procurando, às vezes, atividades ou funções do corpo ilícitas.

#### **4.12.2 Relativamente aos bens**

Sendo amigável a separação, a partilha será feita conjuntamente com o pedido de separação. Dispõem os cônjuges segundo suas vontades no pertinente à divisão dos bens. É comum, igualmente, que se postergue para momento posterior a disposição sobre o patrimônio, embora esta prática possa acarretar problemas no tocante à propriedade de bens adquiridos por um dos separados depois da homologação, a menos que se proceda o inventário ou o arrolamento dos existentes até a separação.

Se inexistir acordo sobre a partilha, proceder-se-á a mesma de forma judicial, com a intervenção do juiz.

Observar-se-á sempre a igualdade dos valores de cada uma das duas partes que compõem o monte partilhável, em consonância com o regime de bens instituído no casamento.

Procedem-se todas as medidas necessárias a fim de apurar a realidade dos bens, inclusive com o exame dos livros comerciais, se um dos cônjuges for comerciante, medida que não ofende o sigilo da atividade mercantil, pois domina o dever de colaborar com o Poder Judiciário na investigação da verdade, a que estão sujeitas as partes e terceiros, a teor dos arts. 339 e 341 do Código de Processo Civil. Nesta linha, pontificou:

"O sigilo comercial não impede o exame de livros de sociedade requerido por esposa de acionista, em processo de arrolamento de bens do casal, para segurança de ulterior partilha."<sup>171</sup>

Inclusive a avaliação se afigura indispensável, com vistas a quantificar em igualdade absoluta o monte e o quinhão de cada cônjuge: "Separação litigiosa. Partilha. Dispensa da avaliação dos bens. Inadmissibilidade. Desentendimento entre os ex-cônjuges que desaconselha permaneçam os bens em comunhão até eventual sobrepartilha. Avaliação do acervo determinada."<sup>172</sup>

Embora amigável a partilha, não se pense que o juiz intervirá para simplesmente homologar. Cumpre-lhe observar a obediência dos requisitos legais - especialmente a norma do art. 34, § 2º, da Lei nº 6.515, pela qual poderá ser recusado o acordo, se for constatado que a convenção não preserva suficientemente os interesses de um dos cônjuges.

Em certos casos, admite-se a doação de todos os bens, se não repercute o ato no sustento do doador:

"Um cônjuge pode ceder a sua meação, no único bem do casal desquitando, ao outro, sem que isso implique violação aos arts.

1.175 e 1.176 do Código Civil, desde que ele não proporcione renda e seja de pequeno valor."<sup>173</sup>

Impõe-se, de outro lado, a ouvida da Fazenda Pública, como prescreve o art. 1.108 do Código de Processo Civil. Se constatar-se desigualdade nos valores partilhados, é exigível a cobrança do imposto sobre o excedente. Daí a razão do nome deste tributo como *imposto de reposição*.

Se a partilha for estabelecida por sentença, que aprecia as controvérsias suscitadas pelas partes, a sua modificação, depois do trânsito em julgado, dependerá de ação rescisória. Caso, no entanto, o juiz simplesmente homologar uma disposição das partes, a desconstituição sujeita-se à ação ordinária, onde se pretende a invalidade por defeito dos atos jurídicos comuns. É o entendimento dos pretórios:

"Separação judicial. Partilha. Homologação. Invalidade pretendida. Vício de consentimento. Pedido juridicamente possível. Inteligência dos arts. 1.029 do CPC e 147 do CC.

É perfeitamente possível a ação de invalidação de partilha de bens homologada em separação judicial quando ocorrer vício de consentimento, conforme os arts. 1.029 do CPC e 147 do CC." No voto:



"Com efeito, segundo dispõe o art. 1.029 do CPC, a partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz."<sup>174</sup>

O prazo prescricional da ação é de quatro anos, segundo já decidido: "O prazo prescricional da ação de anulação de partilha convencionalizada em separação judicial é de quatro anos, prescrito no § 9º, V, do art. 178 do CC, pois o § 6º, V, do mesmo, dispositivo refere-se às partilhas resultantes de sucessão."

Justifica-se no acórdão:

"O prazo prescricional do art. 178, § 6º, V, do CC, só diz respeito às partilhas judiciais de acervos hereditários, e não às partilhas convencionalizadas em separações de casais. Observa-se, a propósito, que este dispositivo legal faz remissão ao art. 1.805 do mesmo estatuto, que, por sua vez, foi encaixado no título relativo a 'Inventário e Partilha', no livro *Direito das sucessões*.

Neste sentido, aliás, é a jurisprudência deste Tribunal (RJTJSP, 91/199). E assim também ensinam Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. VII3SI, § 707, nº 4, 1955) e Washington de Barros Monteiro (*Curso de Direito Civil - Parte geral*, 13. ed., p. 312).

Assim, o prazo prescricional é de quatro anos, previsto no art. 178, § 9º, V, do CC."<sup>175</sup>

Uma vez transitada em julgado a decisão homologatória, ou definidora da partilha, extraem-se os formais competentes, para serem registrados no ofício imobiliário. Mas não se comunicam ao outro cônjuge os bens adquiridos por um dos cônjuges no interregno que vai desde a sentença até o respectivo registro imobiliário.

Desde o acordo celebrado pelos separandos, no entanto, surgem os efeitos. A sentença de homologação produz efeitos *ex tunc*, isto é, a começar da partilha amigável. Permanece inalterável a partilha, mesmo se dívidas surgirem após, contraídas unilateralmente por um dos cônjuges, e exclusivamente a seu favor.

Já o mesmo não acontece com a partilha determinada por decisão judicial. No caso, aplica-se o art. 8º da Lei nº 6.515: "A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à data da decisão que tiver concedido a separação cautelar",

Nesta hipótese, os efeitos são *ex nunc*. Unicamente se houver existido separação cautelar de corpos são atribuídos efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da decisão que concedeu a separação cautelar. Neste

caso, não se comunicam os direitos e as obrigações que individualmente contraírem os cônjuges, já separados cautelarmente.

Outras considerações fazem-se necessárias.

Se o regime era de separação de bens, a cada cônjuge pertencerá o que trouxe consigo e o patrimônio adquirido durante a vida conjugal, Tendo sido adotado o regime de comunhão parcial, todos os aqüestos serão partilhados. Se escolhido o regime de comunhão universal, tudo divide-se em partes iguais, excluídos os bens que não se comunicam.

Mas, no regime de separação absoluta, cumpre se observe o conteúdo da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal: "No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Nas doações ou sucessões com cláusulas restritivas, não entram na partilha os bens recebidos. Assim acontece com o usufruto e a cláusula de inalienabilidade. É que, na forma da Súmula nº 49, do Supremo Tribunal Federal, "a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens".

Se um dos cônjuges restou com mais bens, por ter ocultado parte deles, não lhe assiste a ação de sonogados, eis que este remédio restringe-se unicamente à sucessão hereditária. Mas compete ao prejudicado reclamar tais bens em ação cujo lapso prescricional se opera em quatro anos. Neste sentido entende *Yussef Said Cahali*, respaldado em outros doutrinadores:

"Conforme doutrina e jurisprudência, a ação de sonogados é inadmissível no inventário decorrente da separação judicial, porquanto se destina a imposição de pena cabível unicamente na sucessão hereditária (GOMES, Orlando. Sucessões, nº 244, p. 319; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito das sucessões*, p. 304)."<sup>176</sup>

Uma situação comum é a partilha dos bens, mas permanecendo um ou vários deles em condomínio, e a um dos cônjuges se assegurando a ocupação. Parece tipificar-se a figura da habitação, estatuída no art. 746 do Código Civil, o que não impede a extinção do condomínio, com a venda judicial se indivisível o bem.

Ao cônjuge favorecido, desde que efetue o registro no ofício imobiliário do direito, não se acarretará prejuízo, continuando ele a residir no imóvel. Esta a linha adotada pela jurisprudência:

"Mas isto não impede a extinção do condomínio, pois a todo o tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, como diz o art. 629 do Código Civil. De outra parte, mesmo em caso de alienação, o direito de habitação será respeitado, inclusive por terceiro, desde que registrado no Cartório de Imóveis."<sup>177</sup>

É importante observar, outrossim, que a separação, na forma litigiosa ou consensual, acarreta a perda de qualquer direito hereditário por morte do cônjuge. Não interessa a causa determinante, ou quem tenha dado iniciativa à ação.

#### 4.12.3 Relativamente aos filhos

É, este, seguramente, um dos aspectos mais importantes.

De lembrar, inicialmente, que a matéria que trata da guarda e proteção à pessoa dos filhos é regulada pela Lei do Divórcio, segundo demonstra *Sálvio Rodrigues*:

"Esta matéria vinha regulada nos arts. 325 a 329 do Código Civil, no Capítulo II, do Título IV, que cuidava da proteção à pessoa dos filhos na dissolução da sociedade conjugal. O Estatuto da Mulher Casada, modificando o texto de alguns dos dispositivos, não mexeu, entretanto, na estrutura do capítulo [...]"

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515) revogou aqueles artigos do Código Civil e editou regras sobre a proteção à pessoa dos filhos (arts. 9º a 16)."<sup>178</sup>

Se consensual a separação, prevalecem as disposições firmadas pelos cônjuges. É a regra do art. 9º da Lei nº 6.515:

"No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos."

É que prevalece a regra de que ninguém tem maior interesse na proteção dos filhos do que os próprios pais. Mas a norma comporta exceções. Não raramente, os filhos são utilizados como armas nas desavenças entre os pais.

Por isso, se concede largo arbítrio ao juiz para decidir de acordo com o interesse da prole, e mesmo para alterar disposições assumidas de mútuo acordo.

No caso de litigiosa a separação, surgem modificações, sempre em razão do interesse dos filhos.

É de se salientar, no entanto, que não é alterado o pátrio poder dos pais. Mantém-se, embora a separação, como poder de ambos os genitores. Mesmo porque nem seria possível um acordo sobre esta matéria, dada a irrenunciabilidade do pátrio poder.

Pode-se, isto sim, alterar o exercício do pátrio poder. Expõem, com acerto, *José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz*:

"Em princípio, é atribuída a um dos cônjuges a guarda dos filhos menores; o outro genitor, porém, continua como co-titular do pátrio poder, e é preservado seu direito a contato pessoal com os filhos. É isto o que desejou enfatizar o Código Civil, ao afirmar no art. 381" 'O desquite não altera as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que dos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (arts. 326 e 327)'. "<sup>179</sup>

O exercício do pátrio poder pelo progenitor que não tem a guarda é um tanto mais reduzido relativamente ao outro cônjuge, no que ressalta Yusef Said Cahali:

"Neste quadro, deferida a guarda do filho menor a um dos cônjuges, verifica-se um certo enfraquecimento quanto ao exercício do pátrio poder pelo genitor que foi privado dessa guarda, ainda que remanesça incólume a titularidade do pátrio poder, nem sempre viável de exercício conjunto."

Por isso, prossegue o autor,

"quanto à residência do menor, fixa-la-á o genitor que tiver a sua guarda, não podendo porém agir abusivamente, de modo a impedir ou dificultar as visitas do outro genitor."<sup>180</sup>

#### 1. *Quanto à guarda*

É justamente na guarda que a matéria envolve maior discussão. Em geral, vige a regra da fixação da guarda na pessoa do cônjuge inocente. Neste sentido o art. 10 da Lei nº 6.515: "Na separação judicial fundada *no caput do art. 5º*, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa". Este princípio é criticado, posto que não é correto confundir as qualidades de cônjuge com as do progenitor. Mas o que a lei teve em conta foi mais a conduta do cônjuge, que pode prejudicar, inclusive, os filhos.

Há os que vêem na regra uma sanção. *José Abreu* situa-se nesta linha:

"A norma do *caput do art. 10*, portanto, funciona como uma sanção ao cônjuge culpado, que deu causa à separação. Não se lhe deferirá, em regra, a guarda dos filhos."<sup>181</sup>

No caso de fundar-se a sentença por culpa recíproca, já prepondera a guarda em favor da mãe, a teor do § 1º do art. 10:

"Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral a eles."

Como se observa, prevalece sempre o princípio da relatividade das regras. Não há uma normatização estanque ou rígida.

É normal que a guarda recaia na mãe, como quase sempre acontece, por razões de ordem natural.

Reforça *José Abreu*:

"Esta preferência da lei pela outorga da guarda dos filhos à mulher justifica-se plenamente, porque, em verdade, oferece, via de regra, a mãe melhores condições para a educação e cuidados que os filhos menores exigem."<sup>182</sup>

Apenas se motivo deveras grave, como a conduta censurável, falta da necessária maturidade para ter os filhos em sua companhia, é que se orientará o juiz para uma solução diferente.

Tendo a mãe uma conduta anormal, e que ensejou a separação; ou não revelando condições sociais e morais para orientar, educar e encaminhar os filhos, não se lhe concede que fiquem estes em sua companhia.

Mas desde que reste devidamente comprovada a inconveniência, segundo aconselha a prática jurisprudencial:

"Guarda de menor. Acordado na separação que cabia à mãe, que desde então a vem exercendo continuamente, só a prova cabal do mau desempenho desse dever justificaria a alteração do *statu quo*, sobretudo em relação às crianças de tenra idade, sempre mais necessitadas da assistência materna. A essa prova não bastam depoimentos de incerta isenção ou a constatação médica de doença que não se pode saber exatamente onde e em que circunstância foi contraída, máxime quando a tais elementos de convicção outros se contrapõem a gerar intransponível perplexidade."<sup>183</sup>

De modo que a ordem estatuída na vigente Lei do Divórcio não alterou as regras básicas do Código Civil - arts. 325 a 328, reservando sempre o poder conferido ao juiz para afastar-se dos padrões legais, dadas as situações fáticas especiais que amiúde se apresentam. Nesta visão, decidiu-se:

"Os dois cônjuges foram considerados culpados do desquite. Se é verdade que a mulher cometeu adultério, a mais grave ofensa que um cônjuge pode cometer ao outro, não é menos real que não há prova de que ela seja dissoluta".<sup>184</sup> 'Desquite litigioso. Posse dos filhos menores, em caso de culpa de ambos os cônjuges. Direito da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução pode advir prejuízo de ordem moral para os filhos'.<sup>185</sup>

No entanto, porque a mãe revela uma conduta desregrada, não significa necessariamente que inculcará no filho a mesma forma de agir. Há julgados nesta linha:

"Embora tenha a mãe cometido adultério, é de se lhe deferir a guarda do filho menor se ela não leva vida dissoluta. Nada se lhe imputou ao seu desvio para com os filhos, dependentes do carinho materno, e se está em companhia dos seus pais, em lar bem constituído."<sup>186</sup>

É que todo o ser humano tem em seu substrato ôntico o germe da conservação e da perpetuação da espécie - mas numa dimensão sadia e de proteção. Por mais dissoluta que se revele a mulher, sempre revela-se nela o instinto materno de conservação dimensionada na procriação, instinto este que existe no homem, mas que é bem menos acentuado. A própria gênese da evolução do ser humano revela tal realidade: em geral, nas milhares de dissoluções de uniões conjugais, as mães ficam com os filhos, que pouca atenção recebem dos pais. Assim, se do mesmo grau os desmandos dos pais, é conveniente que os filhos fiquem na guarda da mãe, embora a solução ostentada pelo § 2º do art, 10 da Lei nº 6.515: "Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges". Solução esta difícil de ser adotada, especialmente em face do abandono da infância e da adolescência, e da inexistência de parentes e outros interessados que aceitem os filhos, As

previsões legais estão coadunadas a dar a melhor solução para as situações conflitantes, mas revelam-se ineficazes diante da realidade vigente.

Mas, surgindo oportunidades, a guarda é transferida a terceiros, o que observam os pretórios:

"É sempre dos progenitores a guarda dos filhos, podendo o juiz, por razões sérias e motivos graves, regular, em qualquer caso, a situação dos filhos em relação aos pais. Hipótese em que a guarda de menor deve ser confiada a uma tia e não ao pai: este já constituíra outra família, tem mais quatro filhos e como se deduz, não apresenta condições nem materiais e nem morais para encarregar-se da guarda dos filhos. No interesse exclusivo destes, porque no Direito de Família moderno o interesse ou conveniência dos filhos menores sobrepuja o dos pais, é que devem permanecer sob a guarda da tia."<sup>187</sup>

Aconselhável ouvir os filhos, mormente a partir da puberdade, quando já se encontra mais desenvolvido o raciocínio. No Direito francês está em vigor tal prática, especialmente a partir da Lei de 22 de julho de 1987, enquanto aos maiores de treze anos de idade lembra *Danièle Huét-Weillèr*:

*"l.n cour de cassation méconnaît délibérément la loi du 22 juillet 1987, Alors que l'ancien article 290-3° du Code Civil (rédaction de la loi de 1975) in vitait le juge à tenir compte des sentiments exprimés par les enfants mineurs 'lorsque leur audition a paru nécessaire et qu'elle ne comporte pas d'inconvénients pour eux' cette dernière formule n'a été conservée en 1987 que pour les enfants de moins de treize ans, A partir de cet âge, le nouveau texte que leur audition ne peut être écartée que par décision spécialement motivée. On ne pouvait dire plus clairement que l'audition des enfants de plus de treize ans est devenue une obligation dont le juge ne saurait se dispenser que dans des circonstances exceptionnelles, sans pouvoir abriter son refus, comme certains le craignent derrière une motivation stéréotypée."*<sup>188</sup>

O art. 13 da lei em exame reserva ampla liberdade ao juiz: "Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais".

De qualquer forma, é intuitivo que os filhos se sentirão melhor com os pais, É da lei da natureza que não se separem pais e filhos. Como, aliás, é observado pelos tribunais:

"Na disputa pela guarda de menor, deve preponderar, em princípio, o direito dos pais, mormente se os autos não convencem que a permanência com terceiros é mais conveniente ao incapaz."<sup>189</sup>

Para romper esta ordem, graves motivos devem pesar. Importa se atenuem as conseqüências do rompimento, o que se conseguirá, entregando, v.g., os filhos para os avós, ou para outros parentes próximos. Não pode existir

uma escala de preferências, ou graduação de direitos, mas unicamente o interesse dos filhos.

Vale transcrever a seguinte síntese, dada por *Sidnei Agostinho Beneti*:

"Na separação por culpa, as regras são as seguintes: 1. havendo culpa exclusiva de um dos cônjuges, os filhos menores permanecem com o cônjuge inocente (art. 5º, caput, e art. 10, *caput*); 2. havendo culpa recíproca, os filhos ficam com a mãe, salvo se esta trouxer prejuízos de ordem moral a eles (art. 10, § 1º); 3. se ambos os genitores são culpados pela separação e ambos são nocivos aos menores, ficam estes com qualquer parente idôneo de algum dos genitores, estabelecido pelo juiz (art. 10, § 2º)."<sup>190</sup>

Para as separações decorrentes dos §§ 1º e 2º do art. 5º, também traça formas de soluções a Lei nº 6.515, assim prevendo o art. 11, para a separação decorrente da ruptura da união por um ou mais anos: "Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum".

Como diz *Pedro Sampaio*, a lei não defere a guarda nem a um e nem a outro cônjuge

"pela circunstância de que neste tipo de separação judicial não existe a declaração de haver ou não o cônjuge dado causa à separação, tanto assim que a condenação de um dos consortes ao pagamento dos honorários e das custas processuais é proferida em razão da natureza litigiosa do feito e da sucumbência de uma das partes."<sup>191</sup>

Aliás, nada melhor que preservar o *statu quo* que prevalecia antes, e no qual revelava-se regular a vida dos filhos. Apenas se for natural a mudança, e com vantagens na criação e formação, deve ser permitida.

E como diz *José Abreu*;

"Não seria justo nem interessante para os próprios menores uma mudança na situação preexistente, se motivos outros não haja, capazes de respaldar uma deliberação diferente do juiz. Como destacamos ao analisar o assunto, não há, em princípio, norma inarredável, nem a decisão sobre o assunto se profira é imutável, não se podendo falar, portanto, em '*res judicata*'. "<sup>192</sup>

Em qualquer hipótese, aliás, seja qual for o parente ou a pessoa que exerça a guarda, não é aconselhável mudar a guarda se adaptado encontra-se o menor:

"Se o menor desde tenra idade se encontra em companhia de casal que anteriormente obtivera sua guarda e ali vive bem, em condições regulares e ambiente sadio, o fato de haver outros irmãos menores em companhia de tios que requerem para si o encargo não se constitui em motivo determinante para se desarticular a situação criada. O que deve prevalecer sempre é o bem-

estar do menor, respeitados, ainda, os sentimentos das partes envolvidas por força da convivência."<sup>193</sup>

Em outro julgamento:

"Se o menor portador de doença mental se encontra há muito em companhia do pai e com ele vive bem, recebendo o carinho de que necessita e encontrando-se em perfeitas condições evolutivas de recuperação, inexistem motivos para se desarticular a situação já criada, deferindo a guarda para a mãe. O que deve prevalecer é o interesse do menor. São os interesses morais e materiais dos filhos que decidem, em qualquer caso, a disciplina da guarda, com aplicação particularizada do princípio geral."<sup>194</sup>

Fulcrando-se a separação na doença mental de um dos cônjuges, segue-se também o interesse da prole, deferindo-se a guarda àquele que oferecer melhores condições. É a regra do art. 12:

"Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação," É necessário que assim seja. Para tanto, cumpre se identifique quem oferece melhores condições. Dependendo da gravidade da doença mental, parece óbvio que não resta outra alternativa. senão entregar a prole para o cônjuge sadio.

Mas sobra ao juiz a faculdade de ordenar uma solução diferente, segundo as circunstâncias do caso, e vem permitido no art. 13, muito embora seja desaconselhável a permanência com o cônjuge afetado por doença mental unicamente se não apresenta níveis acentuados, ou se manifesta por simples distúrbios esporádicos, faculta-se ao juiz atuar dentro do âmbito do art. 13. Do contrário, ou revelando-se acentuada a doença, é impossível a convivência com a prole, assim como se mostra com a mulher. Conclusão esta reconhecida também por *Áurea Pimentel Pereira*:

"... é evidente que, se a doença mental do cônjuge demandado, por ser de ordem tal, tornou insuportável a vida em comum para o cônjuge demandante, a convivência com aquele (cônjuge doente) também se tornou impossível para os filhos pelos riscos que - da gravidade da enfermidade mental, de que o cônjuge é portador - possam decorrer para a integridade física e psicológica daqueles, pois não se pode esquecer que as doenças mentais se exteriorizam, muitas vezes, através de surtos de grande agressividade."<sup>195</sup>

Outrossim, não há definitividade na decisão sobre a guarda dos filhos. Predomina a sua mutabilidade, que se torna possível sempre quando situações especiais aparecem e o exigirem o interesse dos filhos. Não, porém, se qualquer dos cônjuges se remaridar, ou manter uma união concubinária, ou mesmo um amante - desde que não se verifique a degradação dos costumes, ou o relacionamento não envolva pessoa nociva aos filhos.<sup>196</sup>



Ao cônjuge que fica com a guarda dos filhos, especialmente na hipótese de não exercer uma função remunerada, é justo permitir-lhe a permanência no imóvel residencial. A forma hoje vigente - partilha em partes iguais do patrimônio comum - em geral traz graves resultados negativos, mormente quando o casal tem apenas tal imóvel. Como há impossibilidade física na divisão, a única solução estaria na venda, com a partilha do produto apurado.

Em conseqüência, graves problemas de moradia podem surgir, prejudicando sobretudo a prole.

O sistema jurídico argentino praticamente acolheu a idéia de permitir o uso do imóvel pelo cônjuge inocente, mesmo que tenha filhos e se estava residindo no mesmo, segundo explica *Guillermo A. Borda*:

*"Dictada la sentencia de separación personal o de divorcio vincular, el cónyuge a quien se atribuyó la tenencia de la vivienda durante el juicio o que continuó ocupando el inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, si ello le causa a la separación personal o si ésta se declara en los casos del art. 203 (alteraciones mentales graves, alcoholismo o drogación) y el inmueble estuviera ocupado por el cónyuge enfermo (art. 211).*

*Si el inmueble fuera propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando él plazo de duración de la locación. Este derecho cesará en caso de que el cónyuge ocupante viviere en concubinato o incurra en injurias graves contra el otro cónyuge (art. 211)."*<sup>197</sup>

## 2. Quanto ao direito de visita

Ao progenitor que não mantém a guarda reserva-se o direito de visita - o que está garantido no art. 15: "Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação".

Por outras palavras, ao cônjuge privado da guarda se concede o direito de visita. Não importa a falta da guarda em não ver os filhos, ou não tê-los consigo, ou não fiscalizar o exercício do pátrio poder.

Lembra *Sílvio Rodrigues*, quanto à regulamentação:

"O Código Civil não se referia ao direito de visitar. Foi o Decreto-Lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946 que, cuidando da guarda dos filhos menores no desquite litigioso, assegurou expressamente aos progenitores o direito de visita, no caso daquela ser conferida a terceiro.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27/08/1962), ao alterar o art. 326 do Código Civil, também fez referência ao direito de visita naquela hipótese."<sup>198</sup>

Mesmo que se reconheça a falta de idoneidade de um dos pais, nunca é subtraído o direito de permanência com a prole durante algum tempo. E o direito de visita é conceituado como a faculdade ou o direito garantido ao cônjuge, não contemplado com a guarda, de ver ou ter os filhos em determinados momentos.

Se amigável a separação, virá regulamentada no acordo o exercício do direito de visita. Não significa a perda do direito se nada estiver previsto no termo assinado pelos cônjuges. De igual forma, é irrenunciável esse direito, não importando qualquer validade a disposição de renúncia, por constituir emanção da própria natureza humana. Escreve, a respeito, *Manoel Messias Veiga*:

"Inexiste a cláusula de renúncia ao direito de visita feita pelo cônjuge privado da guarda na separação ou divórcio amigáveis. Tal cláusula é tida como não escrita, inexistente e sem valia. Embora determinados julgados tenham admitido que não é motivo para a não-homologação da separação ou do divórcio consensuais a ausência de regulamentação de visita, contudo, é de se entender que a falta de regulamentação de visitas, no pedido, desautoriza a homologação, por ser o sistema de visita um requisito indispensável ao pedido mútuo. Igualmente, havendo cláusula de renúncia ao direito de visita, não poderá ser homologada a separação."<sup>199</sup>

O contato com os filhos decorre de um instinto inato na pessoa, que se manifesta na necessidade de afeição, ou carinho, que unicamente por razão de extrema gravidade pode ser subtraído, como em casos de oferecer o contato perigo quanto à vida e saúde do filho, ou apresentar-se evidente o rapto do filho, ou se o cônjuge revelar uma conduta extremamente anti-social e criminosa. Em hipóteses tais, fica inerte o exercício, mas o direito não é afetado.

Aliás, foi o que se decidiu:

"Pode o juiz, na sentença de ação de desquite, proibir à esposa culpada a visita aos filhos do casal, em razão das circunstâncias no caso, mas tal situação não tem caráter definitivo e a todo O tempo é possível de modificação se provada a cessação dos motivos que a determinaram."<sup>200</sup>

De outro lado, a regulamentação terá em conta não primeiramente a satisfação do interesse dos progenitores, mas dos filhos. Assim, mostra-se inviável estabelecer horários impróprios, como à noite, ou de madrugada, ou justamente durante o período escolar.

Se os pais não cedem em suas pretensões de horário, local e período de duração das visitas, ao juiz cabe estatuir a respeito, fixando todas as condições e deveres de cumprimento obrigatório.

O conteúdo da regulamentação observará vários aspectos, no dizer de *Manoel Messias Veiga*:

"A regulamentação da visita em condições a serem estatuídas sempre na defesa dos interesses dos filhos, compreendendo: a determinação dos dias e horas para recebimento e entrega, local do recebimento e entrega; a pessoa ou pessoas diversas do pai, visitante ou familiares deste que será o condutor do recebimento e entrega; divisão do período de férias escolares; o número de visitas semanais ou mensais; compatibilidade das férias do visitante pai com permuta dos períodos estipulados; a manutenção dos filhos ao pernoitar com o visitante e aspectos de viagens com os filhos, pelo visitante [...] Todas essas situações deverão ser observadas e constituídas no conteúdo da visita e sua regulamentação."<sup>201</sup>

O direito de visita compreende o de companhia, isto é, o direito de ter, durante algum tempo, o filho junto ao progenitor. É a lição de *Pedro Sampaio*:

"O progenitor que não tem a guarda do filho poderá ter, além das visitas, a sua companhia. Isto não quer dizer que a visita não proporcione a companhia do menor, ao seu genitor. Entretanto, o que a lei pretende é dar ao separado em período de tempo mais extenso do que o ordinariamente despendido nas visitas, de tal modo que seja possível levar o infante às compras, a passeios, a uma viagem de recreio, a passar férias com o separado, sem que isto importe na perda do direito à guarda, por parte do outro consorte."<sup>202</sup>

No poder descricionário do juiz de regulamentar as visitas, se os progenitores não chegarem a um consenso comum, preponderará a facilitação do exercício, sem impor condições e restrições que somente obstaculizam as manifestações espontâneas dos filhos. Não há de imperar locais de permanência e horários rígidos na entrega. Nem se discriminarão pessoas ou parentes proibidos de terem contatos com os menores. A menos, é evidente, se problemas graves se afigurarem, como a probabilidade de encontros com pessoas doentes ou de má conduta, ou de freqüência a ambientes nocivos à formação.

Se o pai é psicopata, alcoólatra inveterado, viciado em tóxicos, é possível determinar-se local específico para a visita, sob a fiscalização de terceira pessoa, como na sede do juízo, ou de uma repartição pública onde há vigilância.

E se os filhos se recusarem a acompanhar o progenitor?

Não raramente, situações delicadas podem inviabilizar o direito. Mas, dever dos pais é contornar tais obstáculos, incutindo na mente do filho a necessidade de sua convivência com o progenitor. Se bem que a repulsa em aceitar a visita provém, em geral, da manifesta oposição do progenitor que exerce a guarda, influenciando negativamente a mentalidade do filho, ou conduzindo-o paulatinamente a criar certa aversão ao outro progenitor.

Por isso, foi decidido:

"Direito de visita. O do pai, relativamente ao filho sob guarda de terceiros, deve ser assegurado, salvo razões graves e excepcionalíssimas que o

desaconselham. A oposição do menor, provavelmente induzido pelos guardiões em grave atrito com o pai, não deve ser obstáculo às visitas realizadas sob orientação e vigilância do serviço social."<sup>203</sup>

Sabe-se que é estabelecida a convivência em função dos filhos, e não dos pais. Daí que o tempo de duração das visitas será fixado não para atender caprichos ou ressentimentos destes, e sim de modo a possibilitar um mínimo de convivência daqueles com o progenitor desprovido da guarda, o que é condição para uma estruturação normal do ser humano em formação.

Embora se possa conceber as visitas como um direito, mais é acentuada a índole de dever, dadas as necessidades naturais ou até biológicas dos filhos na criação e formação junto com o pai e a mãe.

Dever que realmente se apresenta impostergável porque envolve a vigilância, que se exige, sobretudo, se a um dos progenitores estão mais afetas a criação e educação.

Há casos em que o progenitor muda de residência, impedindo O direito de visita. Mesmo assim, não se perde a guarda, pois o que se tem em vista é o bem da prole e não o direito de visitas do progenitor:

"Guarda de filho. Casal separado, Filho na companhia da mãe. Direito de visitas do pai, Mudança de domicílio da mãe para o exterior. Irrelevância. Embora para o exterior, a mudança de domicílio da mulher separada, ou divorciada, que tenha a guarda do filho, não constitui impedimento juridicamente considerável ao exercício do direito (*rectius*, dever) paterno de visitas, e, por conseguinte, a menos que importe reflexos nocivos à guarda, não é razão para modificá-la."

Procura-se, na fundamentação do acórdão, colocar em primazia o interesse do filho:

"Natural embaraço, isso decorre apenas de contingências históricas que, sobretudo ligadas à distância relativa entre os domicílios e à condição pessoal do titular do dever, dificultam a realização das visitas. Cuida-se, porém, de óbvia circunstância de fato, cuja advertência não pode nunca obstar ao genitor que, tendo a guarda da prole, não se oriente nisto só por motivações mesquinhas, suscetíveis de, com reflexos nocivos à guarda, qualificar hipótese objetiva do chamado abuso do direito, o uso incondicional e legítimo da liberdade de escolher seu domicílio, a qual não é senão uma das expressões jurídicas da autonomia da concreta pessoa moral e do seu respeito absoluto, enquanto o primeiro e fundamental princípio de validade, e mesmo da justificação, do direito (NEVES, Castanheira. *Questão de fato - Questão de direito*. Lisboa: Almedina, 1967, p, 573)."<sup>204</sup>

Não se pode, neste assunto, deixar de fazer algumas referências ao direito de visita dos avós, matéria já bastante discutida e analisada quando do estudo do direito de visita na separação consensual. Prepondera a

tendência em admitir o direito, não importando a vigência ou não da sociedade conjugal:

"Embora não consignado na sistemática de nossas leis que regulam as relações de família, evidente o direito dos avós de se avistarem com os netos. A doutrina e a jurisprudência confirmam ou aplaudem esse ponto de vista, que se funda na solidariedade familiar e nas relações resultantes do parentesco.

Tanto mais se, com a morte do pai do menor e a recusa da mãe em levar o neto à sua presença, estes só podem obter o direito por via judicial. E, se podem até requerer a guarda, por maior razão podem alcançar o direito de apenas visitar o menor."

No voto que inspirou a ementa acima, destaca-se esta parte: "Embora a legislação nada diga quanto a terem os avós esses direitos, os mesmos não lhes podem ser negados. Confirma-se, a propósito, a lição de *Washington de Barros Monteiro*, nos seguintes termos: 'Por último, embora não consignado na sistemática de nossas leis que regulam as relações de família, evidente o direito dos avós de avistarem-se com os netos em visita. A doutrina e a jurisprudência confirmam ou aplaudem esse ponto de vista, que se funda na solidariedade familiar e nas obrigações resultantes do parentesco' (*Curso de direito civil*. 7. ed., v. 2, p. 237). Acresça-se que, no caso, com a morte do pai do menor e a recusa da mãe em levar o neto à presença da avó, esta só poderá vê-lo por via judicial.

E se a avó pode até requerer a guarda do neto, por maior razão poderá alcançar o direito de apenas visitá-lo.

De resto, a regulamentação ao direito pretendido se fez com prudência, quinzenalmente, na casa da mãe e sob a vigilância desta, de maneira a evitar os inconvenientes suscitados nas razões recursais."<sup>205</sup>

### 3. Quanto aos alimentos

Evidentemente, todos os deveres dos pais com relação aos filhos subsistem com a separação, seja amigável ou litigiosa. Na forma consensual, vem disciplinada de comum acordo a contribuição de cada progenitor no sustento, criação e formação, o que, aliás, restou amplamente examinado. Observa-se que é expresso o art. 1.121, inciso III, da lei adjetiva civil, quando ordena que a petição inicial conterá o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Sem uma explicitação na petição exordial da quota com que participa o cônjuge sem a guarda, não se deve homologar a separação. Neste rumo sempre se orientaram a doutrina e a jurisprudência. E isto pela simples razão de que fique deliberada a obrigação, mesmo que não em termos estanques e cristalizados, e não venha posteriormente o progenitor com subterfúgios para justificar uma possível inadimplência. Quer o Estado uma garantia para que os filhos incapazes não sejam relegados ao abandono.

Naturalmente, não convindo os cônjuges, na separação litigiosa, na forma e no montante da pensão, estabelecerá o juiz o valor da pensão, sempre

em proporção da respectiva capacidade econômica e dos bens próprios. Enfatiza o art. 20 da Lei nº 6.515: "Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos".

Quanto ao cônjuge que fica com a guarda, em verdade não há necessidade de se fixar a quota, pois parece fora de cogitação que ele despenderá segundo suas possibilidades. É ao culpado, ou àquele que fica sem a guarda, que se impõe a fixação do montante a pagar.

A contribuição será estabelecida na medida das possibilidades de cada progenitor.

De outro lado, o fundamento da obrigação está no vínculo do sangue. Não mais se cogita em culpa na separação para se estabelecer a obrigação, o que era acentuado no revogado art. 321 do Código Civil.

Comumente, perdura a pensão enquanto menor o filho. A menos que curse escola de ensino técnico ou superior. Assim, ao atingir a idade de 21 anos, cessa a obrigação, posto que o normal é que os filhos maiores e válidos trabalhem e atendam suas despesas pessoais. Cessando, ademais, o pátrio poder, não subsiste a dependência relativamente aos pais.

O art. 21 da Lei do Divórcio indica meios de garantia da pensão: "Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia o juiz poderá determinar a constituição de garantia real ou fidejussória".

Outrossim, autoriza o § 1º ao juiz "determinar que a pensão, consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor". Isto obviamente, se existir patrimônio rentável. E, pelo § 2º, a providência de receber em usufruto bens que redundem na pensão se estende igualmente "se o credor justificar a possibilidade do não recebimento regular da pensão".

Todas essas providências mostram-se salutares, pois têm o objetivo de garantir o recebimento. Lembra *Luiz Murillo Fábregas* que "pior do que fixar os alimentos é fazer com que o credor os receba com regularidade. Quando a pensão alimentícia tiver de ser cobrada de pessoas que exercem atividade autônoma - comerciantes, industriais, profissionais liberais - o dispositivo mostrará a sua grande valia."<sup>206</sup>

Afigura-se mais segura a garantia real, que pode ser constituída por hipoteca, penhor ou anticrese.

Com as garantias da hipoteca e do penhor, reveste-se o credor do direito de promover a venda judicial da coisa e, assim, receber o seu crédito. Na anticrese, ao credor assiste o direito de retenção da coisa dada em garantia. No tocante à garantia fidejussória, explica *Manoel Messias Veiga*:

"A lei determina, com toda a razão, também, a garantia fidejussória, que é a. caução, mediante depósito em dinheiro, títulos de crédito de instituições financeiras, títulos de crédito pessoais, fiança, jóias e quaisquer outros valores. A forma de prestá-la está prevista nos arts. 826 a 838 do CPC."<sup>207</sup>

Vantajoso mostra-se o usufruto, que permite auir, periódica e continuamente, de uma renda líquida e certa, cuja prestação independe da vontade do devedor.<sup>208</sup>

A garantia é autorizada não apenas nos alimentos em vista da separação, mas também quando fixados por outras razões, como na simples separação de fato, ou nos alimentos concedidos a filho não reconhecido. Exemplificativamente, assentou-se em decisão:

"A julgadora entendeu que a espécie cogitada no art. 21 da Lei nº 6.515 somente se aplica nos casos de dissolução da sociedade conjugal, quando se admite a exigência de constituição de garantia real ou fidejussória. Ora..., como os litigantes não eram casados, não incide o preceito supramencionado.

*Data venia*, a instituição de uma garantia objetiva assegura o cumprimento de obrigação alimentar. A relação de direito material, em sua essência, é exclusivamente essa.

No resguardo do sustento dos filhos, a lei não distingue se o filho é legítimo ou ilegítimo, porque o alcance social da norma se endereça à pessoa humana. Até o adúltero tem direito a alimentos, por preceito antigo, e que subsiste e se robustece.

A verdade é que o legislador quis armar o credor de alimentos de garantias maiores. que as meras ameaças de prisão, ou mesmo infortúnio financeiro do devedor, quando o credor de alimentos ficaria à mercê da sorte.

Ora, no momento em que se instituiu uma garantia real, inscritível nos assentos imobiliários, tem ela eficácia *erga omnes*, sem os riscos da solvabilidade do patrimônio do devedor. A garantia será real, portanto oponível.

Partindo dessa suposição, se o legislador já permitiu que um imóvel ficasse submetido a uma restrição, com sua operação, instituída a garantia, não se vê óbice para que se aproveite a inspiração legislativa e se amplie a extensão da norma para se deferirem tantas garantias quantas se fizerem necessárias para assegurar a pensão alimentícia.<sup>209</sup>

O art. 22 da Lei nº 6.515 disciplina a forma de atualização da pensão alimentícia. Na época, em proporção da variação da ORTN.

Atualmente, pelos índices da Taxa Referencial. Assim, é preciso que se proceda, a fim de montar razoavelmente o poder aquisitivo da pensão.

O início do art. 22 ressalva a possibilidade, ao juiz, de indexar em critério distinto da atual Taxa Referencial. Comumente, tem-se em conta o salário mínimo, para determinar o montante, que representa fator mais conhecido pela generalidade das pessoas.

Outras disposições relativas a alimentos serão desenvolvidas em capítulos à parte.

De acrescentar, finalmente, que todas as disposições relativas à guarda, ao direito de visita e aos alimentos estendem-se aos filhos maiores incapazes.

#### 4.12.4 Relativamente ao nome da mulher

Na separação, as discussões acerca do nome da mulher revelam-se menos fortes que no divórcio.

Na separação consensual, segundo analisado, prevalece a disposição das partes.

Tratando-se de separação litigiosa, a matéria é regulada nos arts. 17 e 18. Preceitua o primeiro dispositivo: "Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*), voltará a mulher a usar nome de solteira".

De igual modo quando a mulher tiver a iniciativa da separação judicial, com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º, ou seja, se ela pede a separação em face da ruptura da vida em comum por cinco ou mais anos, e da doença mental de que é portador o marido (§ 1º do art. 17).

Por outras palavras, além da separação consensual, terá a mulher a opção de continuar com o nome de casada nas separações em que o marido venha a ser considerado culpado por conduta desonrosa, ou por violação dos deveres conjugais, e naquelas iniciadas pelo marido com fundamento em ruptura da vida em comum por mais de cinco anos, ou baseadas em doença mental grave da mulher.

Sabe-se que o uso dos apelidos do marido é uma faculdade, em razão do parágrafo único do art. 240 do Código Civil, introduzido pelo art. 50, p. 5, da Lei do Divórcio: "A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido".

Não representa este adendo ao seu nome nada de substancial. Revela excrescência do passado, quando da mulher se exigia submissão ao marido. A adoção expressa uma forma de inferioridade. Há, inclusive, certa doutrina que defende a obrigatoriedade no uso do nome do marido."<sup>210</sup>

Não se pode admitir que, uma vez optado pela conservação de tais apelidos, não se permite, posteriormente, à mulher renunciar ao uso. E o ensinamento *de Sílvio Rodrigues*:

"No desquite amigável, a questão do nome da mulher se resolve no acordo. Mas ainda que neste fique estabelecido que a mulher conservará o nome de casada, pode ela sempre requerer ao juiz, com êxito, que ordene ao oficial do registro civil a suspensão daquele patronímico, independentemente da audiência de seu antigo esposo. Isto porque o uso deste nome é uma prerrogativa da mulher, e não um dever."<sup>211</sup>

O art. 18 autoriza a renúncia apenas se a mulher for vencedora na ação de separação: "Vencedora na ação de separação judicial, art. 5º, *caput*, poderá a mulher renunciar a qualquer momento ao direito de usar o nome do



marido". E ao marido também assiste o direito de opor-se ao uso do patronímico, quer tenha a mulher vencido a demanda de separação, quer permanecera o nome na forma amigável. E isso não apenas se a conduta desmereça o nome do marido, mas por simples disposição de sua vontade. Sobreleva o direito personalíssimo que toda pessoa tem por seus atributos e sua identidade, o que envolve as expressões pelas quais é conhecida e considerada no seu meio social.

Em verdade, não há uma razão moral ou jurídica para seguir usando o nome.

Tem-se admitido a perda do uso quando razões fortes sobrevêm como conduta imoral ou desonrosa.

Inclusive a providência de medidas penais é possível, se persistir a mulher a usar o nome do marido, conforme se decidiu:

"A mulher desquitada, com direito ao uso do sobrenome do ex-marido pode vir a ser privada de tal direito, uma vez que seu procedimento na sociedade não se coaduna com as boas normas

da moral, No caso de condenação e de não acatamento à sentença, poderá ser a mulher ainda processada e condenada ao cumprimento da pena de decretação variável entre três meses a dois anos, ou multa de um a dez mil cruzeiros, por exercício de direito de ser privada por decisão judicial, de usar o nome de casada (Código Penal, art. 329)."<sup>212</sup>

Finalmente, proveitoso lembrar a impossibilidade da alteração do nome enquanto não desfeita a sociedade conjugal. Claro é *Yussef Said Cahali*, sobre o assunto:

"Por derradeiro, advirta-se que sem o pressuposto da sentença de separação consensual ou litigiosa, ou do divórcio, não é lícito à mulher requerer na constância da sociedade conjugal a alteração do assento do casamento, no sentido da volta do nome de solteira, se no ato da celebração do matrimônio usou da faculdade de acrescentar aos seus os apelidos do marido (CC, art. 240, parágrafo único, na redação do art. 50, nº 5, da Lei do Divórcio): persistindo a sociedade conjugal, prevalece o princípio da imutabilidade do nome; faltante uma razão de direito, o arbítrio da mulher, ainda que fundado em fatos razoáveis, não é bastante para contrariá-lo."<sup>213</sup>

De notar, de relance, que as alterações introduzidas pela Lei nº 8.408, de 13/02/1992, não atingem a separação, mas unicamente a sua conversão em divórcio, quando o juiz ordenará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, afora algumas exceções, como, adiante, será desenvolvido.

#### **4.13 Separação de corpos**

Mesmo antes da separação judicial, e durante a tramitação do processo, é comum a separação de corpos entre os cônjuges.

É a separação de corpos uma providência preventiva ou preparatória prevista para a separação, a ação de nulidade e a anulação do casamento.

Vários dispositivos prevêm a separação de corpos.

Assim, o art. 223 do Código Civil: A

"Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação ou de desquite, requererá o autor, com documentos que a autorizem, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade."

O art. 888, inciso VI, do Código de Processo Civil:

"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: [...] VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal".

E o art. 7º, § 1º, da Lei nº 6.515: "A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar".

De modo geral, a medida é preventiva, imposta pela inconveniência, e até perigo, de continuarem os cônjuges sob o mesmo teto. Deveras, revela-se totalmente desaconselhável manter uma convivência marcada por atritos fortes e até físicos, pois a dimensão do rancor, ou quiçá do ódio, que atinge um cônjuge contra o outro, assume proporções bem mais drásticas que no comum das pessoas.

Estado de ânimo este que tende a aumentar se continuam o marido e a mulher juntos durante a tramitação do processo. Já dizia *Carlos Sampaio*, quase no começo do século, que, durante o litígio, tendem a aumentar os problemas da convivência e para evitarem-se agravamento e até agressões físicas, e "no intuito, pois, de evitarem-se maiores desgraças, procurando colocar cada um dos litigantes em atmosfera igual de proteção, preestabelece a lei que tais ações sejam precedidas de uma petição do autor, documentada quanto baste, para justificar a sua separação."<sup>214</sup>

Para se conceder a separação de corpos, basta expor a situação inconciliável do casal. É claro *Carlos Celso Orcesi da Costa*:

"Basta demonstrar a séria desarmonia, o desamor, para justificar que o juiz conceda a separação de corpos [...] Ainda que o pressuposto normal da separação de corpos seja uma concreta desafeição, litígio, ameaça, ou insuportabilidade justificada, não estaria excluída, também, a separação física quando houver fundado receio, risco ou perigo (*periculum in mora*) de perturbação da vida conjugal."<sup>215</sup>

Basta a configuração do mero desentendimento:

"A rigor, basta a demonstração de divergência e desamor para que o juiz conceda a separação de corpos.

Nessa medida preventiva, a decisão não se fundamenta, necessariamente, nas razões expostas na inicial, nem exatamente nas razões de

discórdia reinante entre o casal. Esse tema é adequado à ação de desquite. *Yussef Said Cahali* é preciso: `Na separação provisória de corpos, como processo cautelar, a única prova a ser examinada é da exigência do casamento, revelando-se inoportuna e impertinente qualquer discussão sobre os fatos que devam ser apreciados e julgados na ação de separação judicial' (*Divórcio e separação*, p. 295).

Assim, perde importância a afirmação da sentença de que há prova de que a requerente sofreu violências físicas por parte do requerido.<sup>216</sup>

Mesmo que se encontrem separados de fato, impõe-se a concessão da cautelar, na lição de *Fernando H. Gentile*:

"Costuma-se mesmo afirmar que a medida judicial da separação de corpos nem teria cabimento quando os cônjuges já estejam separados de fato. Mas, não é bem assim. Se os consortes expressamente concordarem no afastamento ou o seu tácito acordo de vontades resultar de alguma circunstância, por exemplo, a longa duração deste afastamento, sem qualquer reclamação de parte a parte, realmente o pedido judicial constituiria mera superfetação. Pode, entretanto, um dos esposos ter sido forçado, pela conduta do outro, a desgarrar-se do lar e achar-se afastado de fato já por algum tempo e, no entanto, pretender que em juízo tal situação fáctica obtenha chancela ou regularização jurídica, mesmo para o efeito de não vir amanhã a ser acusado de qualquer culpa ou responsabilidade decorrente do seu ato. Então, o pedido de alvará de separação de corpos será aí perfeitamente plausível, constituindo até medida de louvável prudência."<sup>217</sup>

Isto especialmente para computar o prazo necessário a fim de conseguir a conversão da separação em divórcio, com força nos arts. 8º e 25 da Lei do Divórcio, que autorizam o pedido desde que decorrido mais de um ano ou da separação judicial, ou da medida cautelar de separação de corpos. A jurisprudência tem colocado em prática a concessão da liminar de separação de corpos, embora já separados de fato os cônjuges, com vistas a tal finalidade:

"Separação de corpos. Casal separado de fato. Ajuizamento por apenas um dos cônjuges. Cabimento. Medida que tem o condão de estabelecer o *dies a quo* do prazo necessário para a conversão da separação em divórcio. Arts. 8º e 25 da Lei do Divórcio. Inépcia da inicial afastada."

Eis a fundamentação no corpo do acórdão:

"Temos que a separação de corpos do casal não atenua o direito dos separados à medida cautelar de separação de corpos. Mesmo que a liminar não fosse albergada, direito detinha o postulante de ver apreciado, no mérito, o seu pedido, de vez que a inicial não é inepta, posto conter todos os requisitos de lei. Como disse o autor, a concessão do alvará de separação de corpos importa em conseqüências legais de toda a ordem na vida do casal.

E, ainda, tem o recorrente propósitos consensuais para que a separação judicial a ser procurada assim se resolva. E seu afastamento do lar se deveu a evitar maiores conflitos, na ocasião. Quer formalizar, de direito, tal separação [...]

A decisão que concede a cautelar em questão, mesmo que separados de fato os cônjuges, tem o condão de estabelecer o *dies a quo* do prazo necessário para a conversão da separação em divórcio, nos termos dos arts. 8º e 25 do estatuto divorcista, com as modificações trazidas pelo § 6º do art. 226 da Carta Magna e pela Lei Federal nº 7.841, de 17/10/1989. Mas mesmo se assim não fosse, como bem adverte *Yussef Said Cahali*, a jurisprudência mais recente admite a medida cautelar de separação de corpos, embora o casal já esteja separado de fato (*Divórcio e separação*. 5. ed., 1986, p. 306) [...]

Por fim, creio que convém lembrar a lição de *Washington de Barros Monteiro* a respeito do tema aqui tratado: 'O procedimento cautelar de separação de corpos passou a desfrutar de considerável importância ante o disposto no art. 8º da Lei Federal nº 6.515 [...]'. Portanto, *o dies a quo* para a conversão em divórcio poderá ser a data do trânsito em julgado da decisão que julgou a separação judicial e a data da decisão que deferiu a medida cautelar, que antecede geralmente e por largo espaço de tempo a primeira' (*Direito de família*, 1982, p. 206).<sup>218</sup>

*Yussef Said Cahali* admite o pedido conjunto pelos cônjuges, com base em decisões pretorianas:

"... Podem os cônjuges pleitear conjuntamente alvará de separação de corpos, mostrando sua necessidade para evitar atritos até que ingressem em juízo para consumar o desquite por mútuo consentimento, à espera do decurso do prazo de dois anos do casamento, acautelando, assim, interesses recíprocos (4ª Câmara do TJSP, 27/07/1978, Rel. *Flávio Torres*, RT 518/95).<sup>219</sup>

A cautelar de separação de corpos consensual com vistas a marcar o início do prazo para requerer-se a conversão em divórcio também já ficou autorizada pela jurisprudência, como se depreende no seguinte exemplo:

"A pretensão encontra fundamento apenas no fato de não ter o casal o tempo exigido por lei para realizar a separação judicial consensual. Não há óbice ao deferimento do pedido, apesar de formulado sem menção aos motivos reais que conduziram ou irão conduzir à separação de fato.

A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do Código de Processo Civil), conforme estatuído no art. 7º, § 1º, da Lei do Divórcio [...]

A medida cautelar de separação de corpos desfruta da natureza de provimento administrativo.

Não é de ser descartada a provisoriedade da medida, mormente em face do intuito manifestado pelos requerentes de se separarem consensualmente, após completarem o biênio legal.

Se não houvesse tal disposição de agir, evidentemente não se viabilizaria a pretensão como na hipótese de quem tenha tempo para se separar e queira resolver em definitivo sobre partilha de bens, alimentos, guarda de filhos, visita, etc.

Nesse sentido, aliás, julgado relativo à separação de corpos e partilha dos rendimentos dos bens do casal, sem a idéia de posterior separação ou divórcio, tendo ainda em conta que o casamento vinha desde 1958 (cf. *RJTJESP*, v. 119/183).

A jurisprudência vem endossando a possibilidade quanto ao deferimento de separação de corpos requerida em conjunto, sem que implique burla à própria lei (que veda separação judicial consensual antes do biênio), uma vez presente na medida de fato relevante, qual seja, o de fixação do prazo para conversão em divórcio da separação (neste diapasão os julgados vistos na *RJTJESP*, v. 116/194 e na *RT*, v. 518/95, 601/74 e 636/71)."<sup>220</sup>

Há de se proceder uma distinção entre separação de corpos como providência preliminar ou concomitante ao processo de separação, e procedimento de afastamento de um dos cônjuges do lar, ambas as situações pleiteadas na forma cautelar.

Os arts. 223 do Código Civil e 7º, § 1º, da Lei nº 6.515, detêm-se mais na separação de corpos, enquanto o art. 888, inciso VI, do Código de Processo Civil, cuida do afastamento do lar de um dos cônjuges.

Mas, na prática, seja qual for a invocação do dispositivo, poderá o juiz simplesmente conceder a separação de corpos ou o afastamento do cônjuge do lar.

De modo específico, a primeira forma não significa necessariamente o afastamento da moradia comum. É que a separação de corpos corresponde mais à autorização do cônjuge em sair de casa, ou mudar de residência. Por isso, ele recebe um alvará, que é comprovante da autorização, e não o meio de compelir o outro a afastar-se de casa. Mesmo, porém, por expressar-se mal o cônjuge, pode equivaler o pedido à separação pura e simples de corpos e afastamento do lar pelo outro.

A decisão do afastamento dependerá de várias circunstâncias, como a idade dos filhos, a necessidade de cuidados especiais para com eles e as condições econômicas. Mas o pedido terá em conta os fatos alegados, ou a sua justificação, ou pelo menos a aparência de ser inocente o cônjuge solicitante. Neste sentido expõe *José Moura Rocha*:

"A redação deste inciso dá a entender que o cônjuge inocente, ou que se julga inocente, pede para permanecer mandando O outro cônjuge sair, ou pede para ir residir em outra morada."<sup>221</sup>

Sempre domina o critério das condições de cada cônjuge. Em geral, o marido tem mais possibilidade de se estabelecer em outra moradia. Sobretudo se os filhos menores permanecerem com a mãe, é totalmente inviável que ela seja afastada.

Mas complica-se a situação quando o marido quer o afastamento da mulher, permanecendo ele com os filhos. Vê-se que a questão envolve a perda temporária da guarda dos últimos. Não se concederá esta medida caso não suficientes as razões. Embora, pois, se justificasse o direito do marido, não será ordenado o afastamento do lar pelo fato de os filhos deverem continuar em sua guarda. Àquele não restará outro caminho senão a separação de corpos, abandonando a habitação comum. Isto ainda mais se a esposa, com os recursos de que dispõe, não se encontra em condições de manter casa própria para si e os filhos que permanecem com ela, enquanto o marido pode com maior facilidade encontrar outro local para residir.<sup>222</sup>

Não se nega, porém, que há situações de extremas dificuldades, quando a razão ditará a melhor solução prática a ser determinada. Nem o direito e nem qualquer ciência trará uma luz a abrir um caminho técnico, como quando nenhum dos cônjuges possui meios econômicos para conseguir e instalar uma nova moradia; ou um dos cônjuges não oferece condições econômicas para residir sozinho; ou a separação acarreta enormes prejuízos para a prole.

De outra parte, caso não tenha o cônjuge qualquer motivo para pedir o afastamento do outro cônjuge, mas em face do desamor e da completa ausência de intimidade e confiança mútua, mesmo assim autoriza-se o seu requerimento de separação de corpos, afastando-se ele do lar. É que não se pode forçar uma união apenas aparente, e que, não raras vezes, somente prejudica o casal e os filhos.

E se já separados de fato o marido e a mulher, na verdade não se justifica a providência do alvará. Mas poderá pretendê-lo o cônjuge, de um lado para a separação de fato; e de outro a fim de impedir a entrada ou o retorno do ex-cônjuge em seu lar; e, por último, servirá o documento para fins de converter a separação cautelar em divórcio.

De lembrar, em princípio, a temporariedade da medida cautelar. Desde a data de sua efetivação, conserva a eficácia pelo prazo de trinta dias, e enquanto perdurar o processo principal, mas possibilitando-se a revogação a qualquer tempo, se razões ponderáveis surgirem. Caducará a medida na hipótese de não posposta a ação principal naquele prazo, o que não impede a renovação do pedido cautelar, se persistirem os motivos, e outros aparecerem. Mas, é óbvio, que a sucessividade de ações não será admissível, por não poderem substituir a

separação judicial e definitiva. Por esta, razão, é impossível atribuir, mesmo que por acordo, o caráter de definitividade ao alvará, dada a sua finalidade temporária.

No entanto, é dado também o caráter satisfativo, máxime em face da Lei do Divórcio, que permite o cômputo do prazo para a conversão a contar da data da separação de corpos (art. 25).

Nesta linha, valem os argumentos extraídos da ementa e do acórdão da Uniformização da Jurisprudência nº 587028978, das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do RGS de 11/12/1987, sendo relator o Des. *Elias Elmyr Manssour*:

"Incidente de uniformização de jurisprudência. Pedido de separação de corpos. Aplicação dos arts. 806, 808, I, e 888, VI, todos do CPC, e arts. 8º, 25 e 44 da Lei nº 6.515/1977. Aprovação de Súmula no sentido de que o deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC [...]

[...] Concedida a medida, quer em caráter liminar, quer em decisão definitiva, cabe examinar, diante dos termos do incidente, de aplicação do disposto nos arts. 806 e 801, I, do CPC, quando concedida em procedimento denominado impropriamente de 'preparatório'. Como é sabido, a lei não faz qualquer distinção quanto à caducidade da medida cautelar, mas a doutrina e a jurisprudência são concordes de que, sendo a medida cautelar de feição preventiva e não preparatória e não importando em afetação de direito ou em constrição de bens, sem prejuízo para a parte ré, deixa de incidir a exigência do art. 806 do CPC, isto é, de que a ação seja proposta no prazo de trinta dias, sob pena de caducidade (art. 808, I, do CPC) [...]

[...] *Pontes de Miranda*, comentando o art. 888, inciso VI, do Código de Processo Civil, pondera que nem sempre o art. 808 é de invocar-se, pois a medida cautelar pode não ser preparatória. O prazo do art. 806 só incide se houve preparatoriedade. Antes registrara: "Se o cônjuge interessado já se retirou, nada obsta a que se juridicize a situação. Pode mesmo acontecer que com a medida se queira evitar a volta do outro cônjuge. O art. 888, VI, não só apanha o caso de separação de corpos, que, aliás, pode ser apenas quanto aos corpos e não quanto ao lugar de habitação' (Comentários, XII/471, 1ª ed.)."<sup>223</sup>

Inclusive no concubinato, acrescenta-se, de relance, é possível a separação de corpos, segundo já decidido: Diz o art. 226, § 3º, da Constituição da República:

"Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Autora e réu, portanto, constituíram comunidade familiar, e nesta, entendo, são protegidos não só os filhos, mas os direitos tanto do homem como da mulher, no seu relacionamento, do ponto de vista material. A mulher, vendo-se agredida e vilipendiada na sua dignidade pelo homem, pretende

e quer estabelecer o equilíbrio familiar, a tranquilidade e manter a integridade física e moral. Para tanto, busca afastar o companheiro do lar e pede a intervenção do Estado, jurisdição que não se pode omitir."<sup>224</sup>

#### 4.14 Guarda provisória e busca e apreensão dos filhos

Outra medida cautelar é a guarda provisória dos filhos, que ao juiz é facultado conceder na própria ação de separação de corpos e em quaisquer ações envolvendo direito familiar. Na separação de corpos, deverá existir pedido para tanto, a menos que o juiz ordene de ofício, a bem da prole.

Mas é comum o ajuizamento de ação cautelar específica, permitido no art. 888, inciso III:

"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal, ou antes de sua propositura: [...] III - A posse provisória dos filhos, nos casos de desquite ou anulação do casamento." Exsurge dos termos da regra a validade da medida enquanto não definida a guarda na separação judicial, quando se decidirá, em termos definitivos, ou até surgir fato novo, o destino da guarda da prole.

Com toda a certeza, constitui este um ponto de grande dificuldade, especialmente se há a transferência da guarda ou companhia de um para outro cônjuge. Mas, como foi ressaltado, a alegação e comprovação de fatos contrários à conduta de um cônjuge, não significa em afastar sua capacidade em exercer a guarda. De modo geral, procura-se alterar o menos possível a situação anterior. Sempre, aliás, é de manterem-se os filhos como se encontram, evitando-se alterações violentas ou traumáticas.

Há de se considerar relevante, neste ponto, o interesse dos filhos. Por isso, não se trata tanto de conciliar interesses, mas de intervenção do Estado, na pessoa do juiz, a quem incumbe ordenar as providências acauteladoras dos interesses dos menores. A decisão terá em conta a circunstância de cada caso, concedendo-se ao juiz largo arbítrio para determinar as providências que melhor se afigurarem. Não terá grande repercussão o convívio da mulher com outro homem, ou a liberalidade de sua conduta, eis que prevalecem as necessidades naturais de carinho e cuidados comuns que carecem os filhos sobretudo na idade infantil. É como já se afirmou:

"Como o filho menor do casal carece de cuidados da mãe, deve ele continuar em companhia desta, com o que seus interesses estarão melhor amparados."<sup>225</sup>

É óbvia a sensibilidade humana necessária na decisão, de modo a evitar constrangimentos, sem forçar situações que não se adaptam, na prática, à índole da menoridade.

Relativamente à busca e apreensão de menores, destacam-se duas ações: a busca e apreensão liminar e a busca e apreensão de rito ordinário.



Na primeira, segue-se o procedimento das ações cautelares, com as peculiaridades dos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil. Tem lugar a ação quando o juiz concede a posse provisória dos filhos (art. 888, inciso III, da lei processual civil), em quaisquer ações que envolvam separação dos cônjuges ou dissolução do casamento. Normalmente, a medida processar-se-á incidentalmente.

Mas é comum esta lide quando os menores e outros incapazes são maltratados pelas pessoas com quem se encontram, sofrendo castigos imoderados, ou permanecendo na vadiagem, ou em companhias prejudiciais à sua criação e educação. O art. 888, inciso V, prevê os casos mais comuns, autorizando o juiz a tomar as providências cabíveis, como o depósito de menores ou incapazes castigados com exagero por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou moral.

Se o progenitor com quem se encontram deixar em estado de abandono os filhos, ou não revelar capacidade e condições de mantê-los disciplinados, ao outro progenitor é concedido o ingresso de ação de busca e apreensão, que poderá, também, ser preparatória de outra lide, envolvendo a guarda definitiva.

O segundo tipo de busca e apreensão é proposto com a finalidade de modificar a guarda, não se concedendo a mesma provisoriamente. Trata-se de ação ordinária, que objetiva modificar o exercício da guarda, ou simplesmente a entrega do menor a um dos cônjuges, em face de abuso do pátrio poder. Pretende-se, inclusive, alterar eventual acordo sobre a guarda,

Esta ação será de cunho satisfatório e segue o rito ordinário, como foi assentado em julgamento:

"A ação que sob o nome de busca e apreensão seja ajuizada para dirimir em definitivo o direito à posse ou guarda de incapaz deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como cautelar, de rito sumário."

Argumenta-se, no voto:

"Como bem esclarece *Humberto Theodoro Júnior* (Processo *Cautelar*, 4. ed., p. 277), `é medida extintiva quando serve não à hipotética eficiência do processo, mas à concreta realização de um direito, como, por exemplo, no caso de execução para entrega de coisa certa (art. 625) ou no da sentença de mérito que determine a guarda definitiva do incapaz a uma das partes ou a terceiro [...] Ação, outrossim, que sob o nome de busca e apreensão seja ajuizada para dirimir, em definitivo, o direito à posse ou guarda de incapaz deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como cautelar, de rito sumário."<sup>226</sup>

#### **4.15 Alimentos provisionais na separação judicial**

Os alimentos provisionais são estabelecidos justamente em face da separação de corpos, quando um dos cônjuges é afastado ou se afasta do lar. Admite-se a fixação em outras hipóteses, que não interessam no momento.

Encerra o art. 852 do Código de Processo Civil: "É lícito pedir alimentos provisionais:

I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;

II - nas ações de alimentos, desde o começo da petição inicial;

III - nos demais casos expressos em lei."

De outro lado, embora restrito unicamente à mulher, idêntico direito está capitulado no art. 224 do Código Civil: "Concedida a separação, a mulher poderá pedir os alimentos provisionais, que lhe serão arbitrados, na forma do art. 400".

A restrição do direito em favor da mulher deve-se ao fato da antigüidade do Código Civil, quando não se cogitava de a mulher exercer função lucrativa a ponto de sustentar o lar.

Está superada a questão já há bastante tempo, tendo *Pontes de Miranda* observado que o dever de mútua assistência (art. 231, III, do Código Civil) obriga a mulher socorrer o marido em suas necessidades por doença, ou motivos que impossibilitem o exercício de atividade rendosa.<sup>227</sup>

Fala-se em alimentos provisionais por serem aqueles que compreendem a 'provisão' necessária para fazer frente às necessidades econômicas antes vigorantes. É claro, a respeito, *Edgard de Moura Bittencourt*:

"Por alimentos provisionais designam-se os que são pedidos para as despesas do processo e para o sustento do autor enquanto durar a demanda. São cabíveis em qualquer fase do feito, mesmo que haja sido interposto recurso da causa principal."<sup>228</sup>

Cumpra dizer que a fixação terá em conta unicamente as necessidades do cônjuge e dos filhos que com ele permanecem, sem qualquer dependência da aferição da culpa na separação. Basta que não tenha recursos próprios, ou que não exerça função remunerada, porquanto nasce a obrigação do casamento. Com efeito, dada a circunstância da fixação em caráter cautelar ou liminar da separação, não se decretou ainda a dissolução da sociedade conjugal, e muito menos restou definida a responsabilidade pela separação.

Mas, há casos indubitáveis e que ostentam às claras serem incabíveis, como a separação de corpos requerida por adultério comprovado, ou outras infrações injustificáveis e graves aos deveres do casamento. Vale transcrever o ensinamento de Yusef Said Cahali:

"Tenha-se em conta, porém, advertência do TJSP que, embora reconhecendo não se indagar da culpabilidade da mulher para a concessão de alimentos provisionais, observa: 'Tal regra, todavia, deve ser aceita com alguma

cautela, para não favorecer casos escabrosos em que essa culpa seja evidente' (4ª Câm., 06/12/1945, Rel. *Silva Lima*, RF, 105/320)."<sup>229</sup>

Efetivamente, saindo o cônjuge do lar ao desamparo de motivo justificável, e sem encargos maiores que a própria pessoa, embora a separação de corpos, não importa o reconhecimento ao direito de alimentos cautelares.

Para fazer jus ao pedido, cumpre sejam provados os requisitos do art. 400 do Código Civil, o quanto baste para inferir sumariamente a necessidade, o que, aliás, enseja concluir o art. 854 do Código de Processo Civil: "Na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante". Não é condição a separação de corpos. Mesmo na separação de fato admite-se o direito, sendo que a formalização com o caráter de provisionais é cautelar, ou importa na concessão cautelar.

De conformidade com o parágrafo único do art. 854 do citado diploma, a concessão dá-se ao despachar o juiz a inicial, desde que o requeira a petição.

Diversamente, ou segundo o rito ordinário, processa-se a ação quando simplesmente postulados os alimentos.

Não é conveniente buscar os alimentos provisionais na própria ação de separação, dadas a diversidade de rito e a diferença de fundamentos e discussão entre uma e outra lide. Uma vez concedidos, mesmo que o cônjuge beneficiário venha a ser condenado ou tido como culpado na sentença de primeira instância, persistem até a decisão final. E assim há de ser em razão de ter determinado sua fixação a necessidade, independentemente da conduta de cada cônjuge.

Se por decisão de segunda instância vier a ser reduzido o *quantum*, não se admite qualquer compensação do excedente satisfeito com as prestações vincendas.

Mesmo ao juiz cabe a modificação a qualquer tempo do valor estabelecido, desde que razões ponderáveis advierem. A própria cassação é possível em função da provisoriedade inerente à fixação. Se nos alimentos definitivos permitem-se a revisão e inclusive a cessação, com maior razão em se tratando de alimentos provisórios.

A concessão durante o processo de separação não apresenta dúvidas quanto à vigência, posto que, após, passam a existir alimentos definitivos.

Uma vez pleiteados e concedidos, assiste ao interessado promover a ação no lapso temporal de 30 dias. E se, concedidos preambularmente, não vier a lide de separação proposta naquele interregno, previsto no art. 806 do Código de Processo Civil? Ou se a mulher desiste de pedir a separação judicial, preferindo somente a separação de fato? Não há dúvida que a matéria concernente a alimentos merece uma visão peculiar e própria, em vista de sua natureza e da imprescindibilidade de que se reveste a pensão. Dada a

natureza de ordem pública, são os alimentos protegidos pelo próprio Estado, nada impedindo que o *quantum* estabelecido adquira certo caráter de definitividade, ou de vigência até que advenha a sentença de separação judicial. Mesmo porque, não se conformando o cônjuge obrigado, buscará ingressar com a ação, na qual possa impor a prevalência de seu direito, ou provar não ser o responsável pela separação.

A respeito, foi decidido:

"Os alimentos provisionais constituem objeto de procedimento cautelar específico e sofrem eventualmente os efeitos das regras do art. 796 do CPC apenas no tocante àquilo que elas têm de geral e comum a todos os procedimentos processuais. O prazo de 30 dias do art. 806 é inaplicável aos pedidos de alimentos, e isto porque, dentre outras razões, em vista da especificidade das prestações mensais, a que o alimentante é obrigado, sendo de trato sucessivo e só se efetivam com o pagamento continuado no tempo, enquanto durar a obrigação reconhecida judicialmente. A prevalecer a tese do agravante, a primeira prestação ou parte dela tornaria efetiva a medida e ele ficaria desobrigado das demais, o que é positivamente absurdo e mostra de forma flagrante que a regra invocada não poderia incidir mesmo. O pedido de alimentos provisionais foi movido com fundamento no art. 852 do CPC, sem sujeição aos preceitos que o agravante invoca."<sup>230</sup>

De salientar, por força do parágrafo único do art. 852 da lei processual, a prestação alimentícia abrangerá o necessário para o sustento, habitação, vestuário e despesas para custear a demanda de separação a ser promovida. Se requeridos também para os filhos, o que é possível na mesma lide, e sem necessidade de discriminação, abrangerão outros encargos, como a educação.

#### **4.16 Arrolamento e seqüestro de bens, e outras medidas cautelares**

A fim de evitar que um dos cônjuges dissipe os bens comuns, ou, os administre fraudulentamente, ou, ainda, os desvie para proveito unicamente pessoal, prevê o Código de Processo Civil duas medidas cautelares: o arrolamento e o seqüestro de bens - a primeira mais comum em questões relacionadas ao casamento, e a segunda invocável em situações drásticas de desvio do patrimônio.

O arrolamento destina-se sobretudo para impedir a sonegação ou ocultação; e o seqüestro é próprio em casos de dilapidação ou alienação precipitada e ruínosa do patrimônio comum.

Reza o art. 856 do Código de Processo Civil sobre a primeira espécie: "Procede-se o arrolamento de bens sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens".

É razão fundamental do pedido o interesse na conservação do patrimônio.

Na petição inicial descrever-se-ão o motivo da medida pretendida, os fatos que levaram o pretendente a ter receio de extravio ou mesmo de dissipação, o direito aos bens e a sua discriminação, individualizando ou descrevendo os mesmos.

Pede-se o inventário, com a avaliação e o depósito em poder de terceira pessoa, se remanescer a possibilidade de desvio.

Segue-se o procedimento de ação cautelar comum, iniciando O prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação principal na data da efetivação do auto de arrolamento.

Já o seqüestro, na ordem do art. 822, inciso III, do estatuto processual civil, que incide mais em bens móveis e semoventes, embora permitido também em imóveis, requer a existência de fundado receio de rixas, danificações, dissipação ou dilapidação.

É fundamental, para a concessão da medida, e isto tanto de arrolamento como de seqüestro, a real possibilidade, verificada através de atos positivos e concretos, de desvio dos bens. Não se mostra suficiente a mera e duvidosa probabilidade de ofensa ao patrimônio.

É comum a ocorrência de atos atentatórios ao patrimônio comum na venda súbita de ações, de quotas telefônicas, de veículos, de objetos raros de arte, de semoventes, de produtos agrícolas e de toda a sorte de bens móveis, quando não se exige a presença de ambos os cônjuges para a alienação.

Permite-se, ainda, ao cônjuge a formalização de protesto, dirigido a terceiros, contra a alienação de bens do casal, com a publicação de editais, medida esta prevista no art. 867 do diploma adjetivo civil:

"Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito."

A medida é esta meramente conservatória, objetivando prevenir responsabilidade e prover a conservação ou ressalva de direitos, não se reclamando a posterior ação principal. Através de conclamação dirigida a terceiros, em geral mediante edital publicado na imprensa oficial e particular, adverte-se para que se abstenham da aquisição de bens do casal, sob pena de ser anulada a alienação posteriormente.

Ressalta-se, outrossim, a existência de ação cautelar de entrega de bens de uso pessoal do cônjuge ou dos filhos, prevista no art. 888, inciso II, do Código de Processo Civil, própria para hipóteses em que um dos cônjuges retém, injustificadamente, objetos particulares do outro, ou dos filhos que não se encontram com ele, e de uso necessário. Ensina, a respeito, *Pontes de Miranda*:

"A generalidade com que se permite a medida preventiva atende à nova concepção das medidas preventivas, pois que tem de abranger todas as

espécies em que há pretensão à segurança da prestação (v.g., mandado para que o marido ou o pai não possa ocultar, ou alienar, ou destruir, ou deixar que se estraguem, ou deteriorem, ou desvalorizem os bens de uso pessoal da mulher ou dos filhos)."<sup>231</sup>

Um dos cônjuges se afastou do lar, levando bens exclusivos do outro, relativos à profissão, ou excluídos da comunhão, que não têm qualquer pertinência à utilidade do casal, como jóias, livros, instrumentos de trabalho, roupas, móveis de escritório, e inclusive retratos, lembranças, enfeites, documentos e até animais domésticos.

Transparece na conduta do cônjuge que retém os bens por mero capricho, ou com o intento de vingança, ou para simplesmente molestar, prejudicar e causar dissabores ao outro, devendo a medida ser deferida de pronto, sem a ouvida prévia do autor de tais extravagâncias.

De outro lado, esta medida, como outras discriminadas no art. 888, possuem uma natureza meramente preservativa ou conservativa de interesses e direitos. Podem ser concedidas antes ou durante a ação principal. Refletem mais pretensões incidentais, e não verdadeira instauração de uma nova lide. Assim, nada impede que a entrega de bens pessoais venha a ser formalizada na própria ação principal, ou seja, a medida apensada a ela sem que, caso proposta antes de qualquer outra demanda, perca a eficácia se não vier a ser promovida a ação de separação no prazo de 30 dias, a contar de sua efetivação.

Está evidente o caráter satisfativo, não se apresentando necessária outra pretensão que pode ser considerada principal, eis que admite-se o seu encaminhamento a juízo ainda que simplesmente separados de fato os cônjuges, e continuem nesta condição. É possível enquadrar o pedido como providência acauteladora de interesses ou bens, que se completa com a concessão ou não pelo juiz, e não como ação cautelar, a não ser em casos especiais, onde predomina o volume econômico do patrimônio envolvido, ou o porte das discussões que serão debatidas.

## **5. DIVÓRCIO**

### **5.1 Visão histórica**

Ingressa-se, indubitavelmente, em um dos assuntos da maior repercussão do Direito atual, tanto que influenciou nos conceitos e costumes da família nos últimos anos.

Por meio desta figura, ocorre a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, e abre-se a possibilidade de novo matrimônio aos divorciados.

Após longos decênios de lutas entre correntes de pensamento, defrontando-se as concepções mais liberais e as ligadas à Igreja Católica, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 28/06/1977, e em seguida veio a Lei nº 6.515, de 26/12/1977, introduzindo o divórcio no Brasil.

De acordo com o pensamento quase generalizado, esta conquista representou um avanço e uma forma de remediar milhares de uniões concubinárias, alinhando-se o Brasil com os sistemas da maioria dos países do mundo. A lei não podia, realmente, continuar a desconhecer ou ignorar as uniões livres que aumentavam em todo o País, mesmo que defrontando-se com as idéias contrárias da maior parte dos credos religiosos.

Não é, entretanto, novo o instituto. Já sob a época da lei mosaica, havia uma forma assemelhada ao divórcio, que era o repúdio, pelo qual consentia-se que o marido repudiasse, isto é, se desligasse da mulher quando ela possuísse um defeito vergonhoso, como se vê do Livro Deuteronômio, 24, 1-4. Ao marido se autorizava o repúdio por meio de um escrito. Se o segundo marido também, por igual motivo, lançava o mesmo vitupério, o primeiro não poderia tornar a esposá-la.

No Direito romano, o repúdio era admitido nos casos de adultério e de defeito grave, evoluindo as hipóteses inclusive se nenhum motivo se afigurasse, especialmente na época clássica, até ser mitigada a permissão na Idade Média, quando iniciou a influência cristã.

Mas, de um modo geral, nunca chegou a ser abolido. A tendência era restringi-lo para determinadas causas, como nas faltas graves.

A Igreja Católica, e mesmo outras religiões de fundo cristão, sempre têm apresentado a indissolubilidade do casamento, com fundamento em livros sagrados, como nos evangelhos. *Em Mateus*, capítulo 5º, versículos 31 e 32, encontramos esta grave advertência de Cristo:

"Também foi dito: quem se desquita da própria mulher, lhe dê carta de divórcio. Eu, porém, vos digo: todo aquele que repudiar a própria mulher, a não ser por causa de fornicação, faz que ela se torne adúltera. E quem se casar com a repudiada, comete adultério."

Regras rígidas sobre a indissolubilidade vêm contidas no Código Canônico, porquanto é concebido o casamento com um dos sete sacramentos, o que equivale a dizer que constitui um sinal e veículo da graça de Deus.

A Igreja Católica, pois, coloca o matrimônio num plano divino, sem afastar a ordem do Direito Positivo, especialmente no que se refere aos regramentos dos bens, dos impedimentos e dos deveres e direitos dos cônjuges, e sem negar a fonte do Direito Natural, isto é, a sua origem emana da própria natureza humana, ou vem de um impulso natural das pessoas.

O protestantismo e outras religiões que se tornaram independentes secularizaram o casamento, negando-lhe, inclusive, o caráter de sacramento, e indo mais além o calvinismo, que permitia o divórcio nas situações de adultério.

Especialmente a partir da Revolução Francesa, as legislações européias abriram-se para o divórcio, admitindo várias possibilidades para a

concessão, centradas especialmente na culpa de um dos cônjuges e no consentimento mútuo.

Em Portugal, foi introduzido o divórcio em 1910, como historia *Fernando Brandão Ferreira Pinto*:

"O divórcio só foi introduzido em Portugal pelo Decreto de 3 de novembro de 1910, sendo então extensivo tanto aos casados catolicamente como aos casados só civilmente e desde logo admitido por mútuo consentimento e litigioso."<sup>232</sup>

Através, no entanto, de concordatas com a Santa Sé e diplomas vários, foi proibido o divórcio aos que casassem catolicamente, até que, a partir de 1975, e em vista de uma nova concordata celebrada com o Vaticano, e outras leis, especialmente a de 25 de novembro de 1977, tornou-se de novo permitido o divórcio, em igualdade de condições para os casamentos civis e para os católicos.

No Brasil, sempre predominou a indissolubilidade, máxima no tempo do Império, quando vigia a união da Igreja com o Estado. Com a República e a expansão do positivismo, criou-se um clima hostil ao catolicismo, culminando com a separação entre a Igreja e o Estado. Em 1890, foi introduzido o casamento civil, mas conservando-se a tradição do casamento indissolúvel,

Iniciaram algumas tentativas em introduzir o divórcio, com a apresentação de projetos na Câmara dos Deputados e no próprio Senado, como aconteceu em 1900 por *Martinho Garcez Neto*, então senador, conseguindo a aprovação em primeira discussão do seu projeto. Todavia, remetido a uma das comissões daquela Casa, nunca mais voltou a plenário.

De salientar, outrossim, que a Constituição Federal de 1891 não continha qualquer disposição sobre a dissolubilidade ou indissolubilidade do casamento. Segundo expõe *Nelson Carneiro*, esta omissão continuou até a Constituição de 1934, embora o Projeto enviado pelo Governo Provisório não contivesse qualquer disposição a respeito. A indissolubilidade foi implantada.

"A Constituição de 1937 a manteve em seu art. 124, Os constituintes de 1946 a conservaram (art. 163), não obstante altas vozes de protesto."<sup>233</sup>

A verdade é que sempre existiu uma influência das altas autoridades eclesiásticas do Brasil junto à cúpula do Congresso Nacional, com o que se conseguiu impedir qualquer projeto de alteração da Carta Federal para abolir a indissolubilidade.

O Código Civil e as Constituições que surgiram não se desvirtuaram de tal regra. A partir da década de 1950, iniciaram as investidas para abrir o caminho à introdução do divórcio, despontando as campanhas especialmente na área parlamentar, e aparecendo como grande arauta o então deputado federal *Nelson Carneiro*, até que se conseguiu embutir na Constituição



uma alteração no art. 175, § 1º, que consagrava a indissolubilidade do vínculo, através da Emenda Constitucional nº 9, de 28/06/1977, com a seguinte redação:

"Art. 1º O § 1º do art, 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 175 [...] § 1º 'O casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos'.

Art. 2º 'A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda."

A secularização ou mundanização das mentalidades, bem como o pluralismo social, fenômenos cada vez mais acentuados, arredam a união entre o homem e a mulher dos formalismos e do sacramentalismo que dominaram durante vários séculos.

Nota-se, outrossim, nos tempos atuais, uma alteração nas causas que autorizam o divórcio. Em épocas passadas, a concessão decorria da violação dos deveres conjugais, ou de condutas culposas dos cônjuges. A violação de certa gama de obrigações conjugais desencadeava motivos para o pedido de divórcio, que aparecia como sanção à conduta censurável. Mas esta mentalidade está ultrapassada, ao mesmo tempo em que avança um outro critério, o de conceder-se o pedido em face da simples manifestação da vontade, ou em razão da ruptura da união entre o homem e a mulher. Desaparecendo a comunhão de vida, de sentimentos e de interesses, perde a razão de ser o casamento, o que dá motivo para o divórcio. Assim, tendem a diminuir os preceitos que dificultam a oportunidade do divórcio, transferindo-se para os próprios interessados a decisão de sua obtenção.

É a preponderância do chamado divórcio-remédio, conforme ilustra *Fernando Brandão Ferreira Pinto*, relativamente ao sistema português, mas que representa uma tendência generalizada:

"O sistema seguido hoje no Direito português é manifestamente o do divórcio-remédio e isto não só porque se passou a admitir o divórcio por mútuo consentimento, para obtenção do qual não se exige que se revelem as causas da crise matrimonial, como, ainda, porque se admitem fundamentos objetivos para o divórcio litigioso - a separação de fato por seis anos consecutivos, havendo da parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida; a ausência, sempre que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos; e a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum."<sup>234</sup>

## 5.2 Formas de divórcio

Duas são as formas de divórcio introduzidas pela Emenda Constitucional nº 9: o divórcio indireto e o divórcio direto.

Alguns apresentam mais uma divisão, pouco prática: o divórcio-remédio e o divórcio-sanção.

O primeiro se destina a remediar situações insustentáveis e que prejudicam um ou ambos os cônjuges, Dada a impossibilidade da vida em comum, resolvem se divorciar os cônjuges, como ocorre no divórcio direto. Conhecido também como divórcio-falência, que é mais propriamente uma variante, pode ser determinado em razão da ruptura da vida em comum, sem possibilidade da reconstituição.

Já o divórcio-sanção é aquele que decorre em virtude de uma conduta desonrosa de um dos cônjuges, ou de qualquer ato que importa em grave violação dos deveres matrimoniais.

Na verdade, esta especialização de nomenclatura é mais aplicável na separação judicial, pois, em matéria de divórcio, concede-se o mesmo por duas razões: através da conversão da separação, por decurso de certo prazo desde a separação de fato.

### 5.2.1 Divórcio indireto

O divórcio indireto é a regra de nosso Direito, concedendo-se após um prazo de separação judicial prévia. Diz-se indireto porque depende da separação para ser decretado. Denomina-se, também, divórcio-conversão, pois concedido após a separação judicial. Se os cônjuges se encontram separados judicialmente há mais de um ano, conforme art. 226, § 5º, da Constituição Federal, e a Lei nº 7.841, de 17/10/1989 (anteriormente à Constituição de 1988 o prazo era de três anos), podem requerer a conversão da separação em divórcio.

Reza o art. 25 da Lei nº 6.515:

"A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º) será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou."

O art. 226, § 6º, da atual Carta Federal, reduziu para um ano O prazo; "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

A Lei nº 7.841, que regulamentou o dispositivo acima, não mencionou qualquer alteração do art. 25 da Lei do Divórcio. No art. 2º, todavia, altera o inciso I do parágrafo único do art. 36, firmando que a contestação do pedido de divórcio também pode fundar-se em falta de decurso de um ano da separação judicial, o que conduz a entender-se bastar o transcurso de tal período para se permitir a conversão em divórcio.

Seja como for, com a Lei nº 8.408, de 1992, veio o art. 25 a ser expressamente alterado, no tocante ao prazo, inserindo-se no texto que será de um ano.

#### 1. *A conversão da separação em divórcio*

A previsão legal da conversão da separação em divórcio está no art. 35 da Lei nº 6.515: "A conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges".

Uma vez obtida a separação judicial, ou a separação de corpos, aguarda-se o prazo de um ano para requerer a conversão em divórcio, segundo emerge do art. 25 da Lei n, 6.515, e alterações posteriores.

O decurso do prazo é o primeiro requisito, tanto que é um dos temas previstos para a contestação (art. 36, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 6,515). Deve ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão, como sustenta *Áurea Pimentel Pereira*;

"A propósito da fixação do termo *a quo* para a contagem do prazo, com vistas à convalidação da separação em divórcio, entende-se que, tanto com relação ao decreto de separação judicial, quanto no tocante à decisão que haja decidido a separação de corpos requerida em medida cautelar, devem ser levadas em conta as datas em que aquelas decisões tenham transitado em julgado, fixando-se, portanto, o termo *a quo* do prazo de um ano da data do trânsito em julgado da decisão proferida na cautelar. Sempre, porém, do trânsito em julgado, embora o legislador, por imperfeição, tivesse omitido na ocasião a expressão 'trânsito em julgado', que usou no art. 8º."<sup>235</sup>

O art. 8º da Lei nº 6.515 expressa idêntica determinação: "A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que tiver concedido separação cautelar".

Desinteressa, no curso da separação de corpos em medida cautelar, a não propositura da lide principal no prazo de 30 dias, conforme previsão do art. 806 do Código de Processo Civil. Mostra-se proveitosa para o cômputo do prazo toda decisão judicial que conduza à separação de fato. O legislador quis aproveitar a série de situações de separação concedidas em juízo, Se fosse necessário, para a contagem, o ingresso da ação principal, teria a lei feito referências.

Aproveitam-se quaisquer decisões que decretam a separação dos cônjuges, Expõe a explicação *Yussef Said Cahali*:

"Assim, valem como separação judicial ante a presumida separação de fato dos cônjuges, exemplificativamente, as sentenças de suprimento de consentimento do cônjuge ausente ou desaparecido (CC, arts. 237 e 245); de busca e apreensão de filho requerida por um contra o outro genitor (CPC, art. 839); de arrolamento de bens do casal ou mesmo de seqüestro, cautelares da ação de separação judicial (CPC, arts. 855 e 822); de entrega de

bens de uso pessoal do cônjuge (CPC, art. 888, inciso II); de posse provisória dos filhos (CPC, art. 888, inciso III); de afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (CPC, art. 888, inciso VI; CC, art. 233, inciso III, *in fine*); de guarda e educação dos filhos, regulado o direito de visita (CPC, art. 888, inciso VII); ou de justificação da existência da separação (CPC, art. 861)."<sup>236</sup>

A amplidão acima encontra eco no art. 44 da Lei nº 6.515:

"Contar-se-á o prazo de separação judicial a partir da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, mesmo nos de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges."

Mesmo a concessão de alimentos a um dos cônjuges significa um marco do início da separação, pois prestam-se alimentos porque estão separados os cônjuges. Aliás, é tão amplo o conteúdo do art. 44 citado que dispensaria até o art. 25. A questão foi bem analisada na Apelação Cível nº 107.618-1, da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 21/02/1989:

"A expressão 'mesmo nos de jurisdição voluntária', obviamente significa que até mesmo nos processos de jurisdição sem ação e nas medidas cautelares, conseqüentemente, se pode aferir o termo inicial da separação de corpos e que a decisão nelas proferida é uma decisão judicial para tais fins, dotada de presunção de separação.

Ensina o festejado *Yussef Said Cahali* que: 'Cotejando-se as normas dos arts. 25 e 44, nota-se que a deste, muito mais ampla, praticamente anula a daquele, ou a torna inócua, porque se o prazo da separação judicial pode ser contado da data que for determinada ou presumida a separação dos cônjuges, por decisão judicial, em qualquer processo tornava-se ocioso o disposto no art. 25. Vale dizer, a disposição do art. 44 torna, praticamente, desnecessária a disposição do art. 25.

A não ser que se entenda existir choque de disposições contraditórias entre os dois dispositivos, na mesma lei. Neste caso haveria de prevalecer a norma mais ampla, isto é, a do art. 44 (3ª Câm. Cível do TJ do Paraná. Ap. Cív. nº 833/78, de 24/10/1978, RT, 529/176)' (*A lei do divórcio na jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 235) [...]

[...] Nada impede que se aproveite como a 9ª a sentença proferida em anterior ação de alimentos, ajuizada pela mulher, em que se tenha decidido a teor do art. 234 do Código Civil com reconhecimento judicial da separação de fato dos cônjuges e se assim é, a hipótese presente não pode ser considerada à margem só porque o processo de alimentos subsequente, movido pela autora, após a obtenção dos alimentos provisionais, resta arquivado, ante a inércia da mesma."<sup>237</sup>

Se de partir a conversão da cautelar de separação de corpos ou de outra medida judicial determinante da separação, não importa o caráter ou a pesquisa do mérito da decisão. Nesta ordem, é irrelevante se os cônjuges pediram

a separação de corpos consensualmente, ou se buscaram tão-somente uma homologação da separação de fato, por não terem, nas duas hipóteses, implementado o prazo de duração da sociedade conjugal para pleitearem a separação judicial.<sup>238</sup>

Em outras legislações igualmente está prevista a conversão da separação de corpos em divórcio, embora com exigência de prazo superior. Assim no Direito francês, segundo análise de julgados por Jean Hauser:

*"Il n'est pas si fréquent que la question de la séparation de corps en divorce accède au prétoire. On remarquere d'autant plus lá décision du juge aux affaires matrimoniales de Bois du 10 octobre 1990 (inedite). En l'espece les époux avaient obtenu une séparation de corps du demande acceptée (en 1986 sur 9167 séparations de corps sur demande acceptée) puis avaient émis quelques mois plus târc le désir de divorcer sur requête conjointe. Le juge a accédé à leur demande, Il est certain qu'aux termes de l'article 307, alinéa I, la séparation de corps prononcée sur demande acceptée peut être convertie en divorce sur demande conjointe. Il est non moins certains que si l'article 306 du Code Civil exige une durée de trois ans de la séparation quand la conversion a lieu à la demande d'un seul époux, le délai ne s'applique pas quand cette demande est conjointement présentée par les deux époux (art. 307 al. 1 C. Civ.; Malaurie-Aynès, n° 401, p. 221) lesquels peuvent tout en la matière s'ils sont d'accord. Le juge aura seulement à respecter les articles 1143 et suivant du nouveau Code de procédure civile,"<sup>239</sup>*

Outra condição para a conversão da separação em divórcio, de grande importância, refere-se ao cumprimento das obrigações estabelecidas na separação. Se alguma restar dependente de satisfação, indefere-se o divórcio, como determina o art. 36, parágrafo único, inciso II, da Lei do Divórcio. E, em verdade, este constitui o ponto mais debatido nas ações de divórcio, posto que amiúde o cônjuge contestante o invoca. Isto especialmente quando o cônjuge-varão deixa de prestar alimentos fixados para os filhos menores ou para a mulher. Igualmente em inúmeras outras situações, sendo comum o desatendimento de promessa em adquirir imóvel para os filhos, ou transferir a eles seus bens; de idêntico modo, a falta ao pagamento de dívida pendente, de prestações junto ao comércio, de mensalidades escolares dos filhos, de financiamento do imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação; ou não adquire o vestuário prometido aos filhos, nem dá a assistência médica e hospitalar a que se comprometeu.

#### 1.1 Modalidades de conversão

A conversão poderá ser consensual ou litigiosa.

##### a) Forma consensual

Contemplada esta forma no Direito francês, assim é explicada por Jean-Claude Groslière:

*"Les deux époux ont mesuré eux-mêmes leur échec; ils sont totalement d'accord pour divorce et pour régler entré eux les conséquences de leur*

*divorce. C'est une convention toute prête - réglant tous les problèmes qu'ils soumettent ensemble au juge par unedemande conjoint.*<sup>240</sup>

De modo geral, a forma consensual imporia o pedido conjunto dos cônjuges, embora esta forma não conste na Lei nº 6.515. Na prática, porém, generalizou-se o costume de promoverem os ex-cônjuges conjuntamente o divórcio.

Assim, a petição inicial virá assinada por ambos os cônjuges. Caso não puderem ou não souberem escrever, permite-se que outra pessoa assine a rogo deles. É o que ordenam os §§ 1º e 3º do art. 34, que, embora dirigidos à separação, devem ser aplicados ao divórcio por um princípio de analogia.

Reza o § 1º: "A petição será também assinada pelos advogados das partes ou pelo advogado escolhido de comum acordo". E o § 3º: "Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles".

É de se observar, ainda, a necessidade do reconhecimento das assinaturas por tabelião, quando não lançadas na frente do juiz.

Vários requisitos preencherá a petição, como acontece em qualquer demanda. O pedido será expresso no sentido de se conceder a conversão, não se permitindo ao juiz a concessão imediata ou *ex officio*,

Se os bens não foram ainda partilhados, o deverá ser na própria sentença de divórcio. Sem decidir sobre a situação patrimonial, não se concederá o divórcio. O art. 31 da Lei do Divórcio leva a tal conclusão: "Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens".

O art. 43 autoriza a efetivação da partilha no próprio pedido de conversão: "Se, na sentença do desquite, não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens, ou quando esta não tenha sido feita posteriormente, a decisão de conversão disporá sobre ela".

Daí que, se ainda não realizada a partilha, deve ser efetuada com o pedido de conversão, homologando-se pela mesma sentença de divórcio, como, aliás, acontece com o divórcio direto (art. 40, § 2º, inciso IV).

Mas, no pedido de conversão impõe-se que exista um acordo sobre os bens. Leciona *Yussef Said Cahali*:

"Em condições tais, para que a sentença homologatória da conversão consensual do desquite disponha sobre a partilha de bens que não foi homologada nem decidida anteriormente, é necessário que a petição comum dos desquitados contenha o acordo quanto à partilha, para a homologação condicionante ou concorrente da conversão condicionada; aqui, diferentemente do desquite ou da separação por mútuo consentimento, em que se admite a remessa da partilha para um juízo sucessivo, a própria lei estabelece que a mesma decisão

concessiva da conversão disporá a respeito da extinção do regime patrimonial do casamento."<sup>241</sup>

Vê-se, pois; que, na ausência de acordo, não se desenvolverá uma conversão da separação para divórcio. Não cabe discutir neste processo matéria relativa a uma questão que já deveria estar solucionada. Resta às partes promover, num primeiro passo, a partilha, e, partilhados os bens, só então ajuizar o pedido de conversão.

Há certa jurisprudência que aceita o encaminhamento do divórcio, pendente, ainda, o processo de partilha.<sup>242</sup>

Mas, surge uma série de inconveniência na adoção desta prática. Torna-se possível que não chegue a seu término o processo. Inclusive por desinteresse das partes. Provoca-se, aí, um condomínio forçado, ou uma comunhão totalmente negativa.

Embora a questão dos alimentos constitua matéria de capítulo à parte, cabe ressaltar que já deverá estar solucionada no processo de separação. Mas, nada impede que os divorciandos alterem as cláusulas vigentes.

Assevera, a respeito, *Walter Ceneviva*:

"A alteração dos alimentos, tanto no divórcio quanto no desquite, pode ocorrer a qualquer tempo, em consequência de sua proporcionalidade às necessidades do alimentado e aos recursos da pessoa obrigada."<sup>243</sup>

Possível a alteração quanto aos pactos, ao nome que a mulher passará a usar, à guarda, educação e visita dos filhos. De modo um pouco estranho,. pois na separação já deverá estar definida a matéria sobre alimentos, ordena o art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.515, que, no divórcio consensual, e indubitavelmente, na conversão consensual, a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida.

A renúncia aos alimentos, na ação de divórcio, não é impossível, embora fixada a pensão na separação. Desde, no entanto, que o renunciante tenha meios de subsistir sem a colaboração do ex-cônjuge. *Yussef Said Cahali* admite sempre a possibilidade de renúncia, sem qualquer condição:

"Ora, com o divórcio, dissolve-se o casamento válido; deixa de existir o estado conjugal; deixa de existir a condição recíproca de marido e mulher, liberados ambos para novas núpcias; inadmissível a reconciliação como é deferida aos desquitados ou separados judicialmente - `se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento' (Lei do Divórcio, art. 33).

Daí concluir-se que, na conversão consensual da separação em divórcio, os antigos cônjuges podem ajustar a renúncia ou dispensa dos alimentos pelo ex-marido à ex-mulher."<sup>244</sup>

Quaisquer cláusulas podem ser modificadas, desde que não envolvam direito indisponível. Dentre as permitidas, citam-se as relativas ao nome da mulher, ao direito de visita, guarda e responsabilidade dos filhos, à pensão alimentícia dos mesmos, e à própria divisão dos bens.

No tocante às garantias da pensão alimentícia, eis a lição de *Manoel Messias Veiga*:

"Para segurança do pagamento da pensão, constituem-se as garantias reais e fidejussórias. As garantias reais são conferidas ao credor para obtenção de um pagamento de dívida na forma do valor ou rendimento sobre o bem dado em garantia. A garantia real provém dos direitos reais, sobre coisa própria ou alheia. Preferindo o cônjuge credor que a pensão consista no usufruto de determinados bens do credor, o juiz, analisando as peculiaridades do pedido, poderá determiná-lo. O mesmo acontece quando o cônjuge credor justificar o não-pagamento da prestação alimentícia.

A lei determina, também, a garantia fidejussória, que é a caução, mediante depósito em dinheiro, títulos de crédito de instituições financeiras, títulos de crédito pessoais, fiança, jóias e quaisquer outros valores. A forma de prestá-la está prevista nos arts. 826 a 838 do Código de Processo Civil,

As garantias abordadas na Lei do Divórcio impõem-se de igual modo no pedido de divórcio quinquenal amigável, sendo inclusive requisito do requerimento a indicação das garantias para o cumprimento da obrigação acordada (art. 40, § 2º, II).<sup>245</sup>

De notar, ainda, conforme o citado autor,

"que o divórcio não altera os direitos e deveres entre os pais e filhos, assim como no casamento não há restrições nas relações dos pais com os filhos. Também, quanto à mulher primeira que fica com pensão do marido, vindo este a casar, ela não sofrerá extinção de sua pensão, só se vier a casar-se também. A mulher divorciada que casa perde a pensão. O homem divorciado que casa continua a pensionar a mulher primeira (arts. 29 e 30 da Lei do Divórcio)."<sup>246</sup>

Não se mencionará, na conversão consensual, referência à causa da separação, nem se atribuirá qualquer responsabilidade a um dos cônjuges. Isto, de um lado, porque feriria a consensualidade a atribuição da culpa a um dos divorciandos, e, por outro, a solução deixaria pendente a possibilidade de conseqüências em relação aos filhos e de dispensa da própria pensão alimentícia.

A respeito, impõe o art. 25 da Lei do Divórcio:

"A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou."



Nada impede o divórcio de incapazes, mesmo que interditados, se devidamente representados pelo curador já constituído, ou por um curador nomeado pelo juiz de paz.

A regra aparece no art. 24, parágrafo único: "O pedido somente competirá aos cônjuges, podendo, contudo, ser exercido, em caso de incapacidade, por curador, ascendente ou irmãos".

Se um dos cônjuges sofrer de grave moléstia, ao outro se autoriza a promoção da medida. Sobre a matéria, enfatiza o art. 5º, § 2º, dirigido para a separação, mas que se coaduna perfeitamente ao divórcio:

"O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando O outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne insuportável a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável."

Procura o § 3º do mesmo artigo, nesta hipótese, assegurar alguma proteção ao cônjuge que não pediu a separação, ordenando que retornarão a ele os bens remanescentes que levou para a comunhão, e a meação dos adquiridos durante o casamento, E de acordo com o art. 26, há também o dever de assistência:

"No caso de divórcio resultante da separação prevista nos §§ 1º e 2º, o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência ao outro (Código Civil, art. 231, II)."

O procedimento judicial da ação segue as linhas gerais dos arts. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, que ditam a tramitação da separação consensual.

Todavia, a prática imprimiu uma forma bem mais simples de seguir o processo. Apresentada a petição em conjunto, irão os autos ao Ministério Público, para lançar o parecer.

Não se exige audiência privada do juiz com os ex-cônjuges, para esclarecer as conseqüências da decisão e buscar a conciliação. É que a lei nada ordena a respeito, segundo já se entendeu:

"Na espécie separação consensual, a lei é específica em exigir o comparecimento das partes perante o juiz. Cuida-se de lei onde o Estado ainda tutela até a preservação da sociedade conjugal. Tempo houve em que até as separações consensuais pendiam de recurso de ofício, obstaculativo até da eficácia do julgado.

A lei mudou e presentemente até a nova ordem constitucional ampliou a concessão do divórcio, diminuindo o prazo e retirando a restrição de divórcio uno.

A tomada por termo da expressão de vontade, apesar de procedimento arcaico, ainda se poderia justificar, na separação consensual, não no divórcio em conversão.

É que na separação ainda existem pendências e pendengas a ajustar. No divórcio contestado já estão aparadas as arestas. Fórmula empecilhativa só pode vigir se tiver lastro na lei, na analogia jamais.<sup>247</sup>

Medida esta que também não se exige no Direito francês, conforme *Jean-Claude Groslière: Elle n'existe pas dans le divorce par consentement mutuel, en moins ou début de la procédure.*<sup>248</sup>

ã conversão manterá o caráter de consensual se requerida por somente um cônjuge, e o outro, citado, não opuser qualquer resistência. Não haverá a responsabilização do cônjuge, e nem se dá à revelia o caráter que tem em outras ações. Daí se inferir descaber condenação em honorários advocatícios, pois o interesse em conseguir o divórcio é do pretendente, sendo indiferente o pedido para o outro ex-cônjuge.

A condenação em honorários e custas somente cabe quando há uma injustificada oposição, e é acolhido o pedido.<sup>249</sup>

#### b) Forma litigiosa

A forma litigiosa se distingue da consensual unicamente porque o ex-cônjuge contesta o pedido.

Não basta a discordância em ingressar conjuntamente com o pedido, posto que o silêncio, ou a falta de contestação, como já se disse, não tem o significado propriamente de revelia, e sim de concordância, como ocorre no Direito francês, onde o pedido não contestado é considerado uma forma de divórcio consensual, sendo conhecido como *le divorce demandé par une époux et accepté par l'autre*, e segundo O qual, observa *Jean-Claude Groslière*:

"*Le caractère hybride de ce divorce reparait ici; on a vu que dans la loi il est traité comme un divorce fondé sur le consentement des époux.*"<sup>250</sup>

De acordo com o art. 35, "a conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges". Mas a litigiosidade da pretensão somente se verifica se o ex-cônjuge citado se recusar a participar da ação e contestar o pedido, em que a defesa se fixará basicamente num dos seguintes pontos (art. 36): falta do decurso de um ano da separação judicial; e descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

Relativamente às obrigações assumidas na separação, não se resumem ao pagamento da pensão. Eis a extensão do significado, em discriminação dada em um julgamento:

"Divórcio. Contestação. Descumprimento de obrigação. As obrigações assumidas pelo requerente na separação, a que se refere o art. 36, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 6.515/77, não são apenas as de pagamento mensal de numerário a título de pensão, mas podem incluir, também, prestações

outras, igualmente alimentares, tais como o pagamento de despesas com instrução, com seguros, com a inscrição em instituições previdenciárias, as quais devem ser igualmente cumpridas, se incluídas no acordo. Contestação fundada em descumprimento destas prestações, que deve ser examinada."<sup>251</sup>

Não interessa, de outro lado, qual tenha sido a causa legal da separação, ou se concedida com fundamento no art. 4º (mútuo consentimento), ou com fulcro no art. 5º (culpa ou má conduta de um dos cônjuges). É indiferente se o requerente foi culpado ou inocente na separação, porquanto as razões de contestação apresentam-se completamente distintas em vista da separação.

Ajuizada a ação, procede-se a citação do outro cônjuge, que terá o prazo de 15 dias para contestar. A ação prosseguirá conforme o rito comum e próprio para as demais ações.

Intrincadas questões aparecem relativamente a alimentos suscetíveis de suscitação na defesa. Se for alegado somente atraso na prestação de alimentos, admite-se a regularização do dever na própria ação de divórcio.<sup>252</sup> Mas, se o promovente não dispõe de meios e está a dever alimentos de época passada, embora presentemente venha cumprindo a obrigação? Defere-se a conversão, pois competiria ao credor procurar na época oportuna a satisfação de seu direito.

E, se deve alimentos, não podendo cumpri-los?

Não se admite a demonstração da impossibilidade no divórcio. Cabe ao cônjuge regularizar a situação, ou com o pedido de redução, ou de exoneração de pensão alimentícia. O problema já deverá estar solucionado quando do ingresso da ação. Se, todavia, não tem o alimentante condições de pagar a pensão, o melhor caminho é negar-se o divórcio, pois não terá ele condições sequer de contribuir com o sustento da segunda ou terceira esposa. Visa a lei impedir um novo casamento daquele que se mostrou incapaz ou ineficiente de atender os encargos alimentares da primeira família.

Mas, decorrendo longo prazo de inadimplência, presume-se a desistência tácita. A concessão do pedido de conversão, em tal eventualidade, não ofende o art. 36, parágrafo único, inciso II, e o art. 37, § 1º, da Lei nº 6.515/77, pois acha-se suspensa a execução da obrigação alimentar com a tácita concordância do ex-cônjuge credor.<sup>253</sup>

A inércia do credor em procurar seus direitos leva a concluir a desistência tácita, que não pode ser colocada como óbice a pedido de conversão de outro.

É de rejeitar-se eventual pedido de alimentos no momento da contestação, uma vez que inexistia a obrigação anteriormente. De igual modo, descabe a pretensão em ser reajustada a pensão, ou alterada alguma cláusula anteriormente firmada. Tais questões são viáveis em ações específicas e próprias, que não impedem o divórcio, mesmo que se encontrem ajuizadas.

Úteis, ainda, as seguintes ponderações de *Manoel Messias Veiga*: "Também os alimentos já foram objeto de fixação na separação judicial decretada, não podendo o juiz, mesmo a pedido de uma das partes, com irresignação da outra, decidir matéria de alimentos no processo de conversão, que não comporta, tendo em vista que a sentença se limita somente aos termos da conversão e descumprimento de obrigações que poderão até ser os alimentos não pagos, cabendo apenas a determinação de mandar pagá-los, jamais alterá-los, o que somente é possível por ação própria."<sup>254</sup>

As controvérsias sobre o cumprimento da obrigação alimentar devem ser resolvidas no processo correspondente:

"Divórcio. Deferimento do pedido de conversão. A controvérsia a respeito do cumprimento ou não da obrigação de alimentar não impede o pedido de conversão da separação em divórcio. Matéria a ser resolvida em ação própria."<sup>255</sup>

Inadmite-se a reconvenção na defesa do réu, como vem expresso no art. 36: "Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção".

A sentença definitiva do divórcio produzirá efeitos depois de registrada no cartório do registro civil competente, sob a forma de inscrição no livro da sede da comarca onde se deferiu a conversão, enquanto no cartório onde se lavrou o casamento procede-se a averbação na margem do assento.

No cartório do registro de imóveis, averba-se o novo estado civil do proprietário dos bens.

### 5.2.2 Divórcio direto

Na Emenda nº 9, de 1977, apareceu o chamado divórcio direto, com esta denominação conhecido por não depender da separação judicial para a sua concessão.

Diz o art. 2º da mencionada Emenda que o casamento poderá ser dissolvido desde que haja prévia separação de fato devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data da Emenda.

O art. 40 da Lei nº 6.515, já com a redação da Lei nº 7.841/89; encerra: "No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação". A Lei nº 7.841 regulamentou o art. 226, § 6º, da Carta Federal, que reduziu para dois anos o período necessário da separação.

Houve substancial mudança relativamente à redação original, que exigia a separação de fato do casal por um período de cinco ou mais anos, além da referência da causa do divórcio.

No Direito francês, o prazo de separação é de seis anos conforme art. 237 do Código Civil. Explica *Jean-Claude Groslière*:

*"La condition fondamentale, objective et suffisante est la séparation de fait prolongée. La loi n'en fournit pas de définition, il s'agit naturellement de toute situation dans laquelle les époux vivent effectivement séparés de façon volontaire. Ce dernier point pourrait prêter à discussion, il faut entendre qu'il suffit d'une volonté unilatérale, celle de celui qui*

*a pris l'initiative de la rupture. Concrètement il s'agit du cas où l'un des époux a quitté le domicile conjugal et vit ailleurs. De ce fait il ne remplit pas certaines des obligations découlant du mariage: cohabitation en particulier, et parfois f délité; mais au fond peu importe qu'il se soit engagé dans une liaison plus ou moins stable ou qu'il vive seul."*<sup>256</sup>

Ao formalizarem o pedido, as partes providenciarão no preenchimento dos seguintes elementos, de acordo com os parágrafos do art. 40:

**I** - A petição inicial conterà a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental existente.

**II** - A petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida.

**III** - Se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, a qual será obrigatoriamente realizada.

**IV** - A partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

Cabe referir que se desenvolveram longas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a fluência do período de tempo da separação de fato. Nos primeiros momentos após a vigência da Lei nº 6.515, a grande maioria professava que os ex-cônjuges satisfariam a condição para o pedido se completassem o período citado antes da Emenda nº 9, de 28/06/1977.

*Giovanni Gribari*, por exemplo, defendia:

"O divórcio direto, como exceção de natureza transitória, aplica-se unicamente para os cônjuges que, em 28 de junho de 1977, tinha, pelo menos, cinco anos completos, naquela data, de separação de fato."<sup>257</sup>

Fosse o contrário, argumentava-se, um casal poderia ter apenas um dia de separação antes da Emenda nº 9, e o restante tendo transcorrido após.

Não demoraram as interpretações mais brandas, até que evoluíram para exigir tão-somente o início da separação anterior à Emenda nº 9. O lustro, de que falava a Emenda Constitucional nº 9177, uma vez iniciado antes de seu advento, poderia ser completado posteriormente. Mesmo até a decisão da demanda passou a admitir-se a complementação do lapso de tempo, mas desde que efetivamente transcorrido. No entanto, foi definido:

"Divórcio. Separação de fato. Direitos indisponíveis. Impossibilidade de admissão de fato superveniente. Carência de ação. O divórcio direto, não precedido de separação judicial, reclama o decurso do prazo de cinco anos, e pressupõe a irreversibilidade da separação. Nem mesmo à data da sentença o requisito do decurso do tempo havia sido atendido. Há direitos indisponíveis que afastam a aplicação da regra do art. 492 do CPC, admitindo fato superveniente, isto é, que no curso da ação se completasse o prazo de cinco anos. Carência de ação."<sup>258</sup>

É óbvio que a discussão passou a ser puramente acadêmica, dada a nova redação do art. 40 da Lei nº 6.515, que autoriza o divórcio direto com o simples transcurso da separação de fato efetiva, real e completa de dois anos. Mesmo que se atingisse tal período, depois da Constituição de 1988 incide a nova ordem, em face dos efeitos imediatos das normas constitucionais.

Há situações especiais. Se a separação judicial remonta a um ano atrás, mas a separação de fato perdura há mais de dois anos, é permitido aos cônjuges pleitearem o divórcio direto, por já transcorrido o prazo de dois anos.

Isto porque a separação judicial não pode impedir o exercício do direito estabelecido em fato determinante do divórcio. Nesta linha era a jurisprudência:

"Divórcio direto. Não o impede a preexistência do desquite ou separação judicial, que é o mais, de que a separação de fato é o menos, e em relação a ela não pode ficar sujeita a tratamento desfavorecido."<sup>259</sup> 'O desquite amigável requerido em 15/12/1977 e homologado em janeiro de 1978 não impede o pedido de divórcio por separação de fato (Lei nº 6.515/77, art. 40), se esta separação se prolonga ininterruptamente'.<sup>260</sup>

Outra questão que também perdeu qualquer efeito é a relativa à parte final do art. 40 e ao seu § 1º, que atualmente foram revogados pela Lei nº 7.841/89.

O art. 40 exigia, além da comprovação do decurso do tempo da separação, a sua causa. E o § 1º ordenava que o divórcio direto pelo decurso do tempo só poderia ser fundado nas mesmas causas previstas nos arts. 4º e 5º e seus parágrafos.

A Lei nº 7.841 afastou a exigência da prova da causa e revogou o seu § 1º, Portanto, na hipótese do divórcio direto, não cabe qualquer indagação a respeito dos motivos determinantes da decisão das partes em se divorciarem.

Ou seja, no divórcio direto pelo decurso do tempo predomina o caráter de divórcio-remédio - não se impondo que nada seja alegado senão o decurso do prazo de dois anos. Não influenciaria em nada indagar os motivos, ou a causa da longa separação, quando basta o único pressuposto: o decurso do período de dois anos.

É a lição de *Yussef Said Cahali*:

"Especialmente agora que a Lei nº 7.841/89 suprimiu a parte final do art. 40 da Lei do Divórcio, onde se fazia referência equivocada à 'causa da separação', de forma alguma se há de cogitar dos motivos da separação de fato dos cônjuges que os levam a requerer o divórcio consensual direto; trata-se de caso típico de divórcio-remédio.

Segundo a doutrina assente, o acordo de separação judicial ou divórcio não se presta para o reconhecimento da responsabilidade do cônjuge pela separação da sociedade conjugal; o reconhecimento de culpa ou responsabilidade sob essa forma é ineficaz, pois só a sentença, em processo litigioso de, separação judicial, pode declarar a responsabilidade ou culpa do cônjuge, para daí deduzirem-se eficazmente conseqüências de direito.

A petição dos cônjuges conterà, assim, apenas a indicação dos meios probatórios da separação de fato (Lei do Divórcio, art. 40, § 2º, I), sem necessidade de mencionar os motivos que levaram os cônjuges a se separarem, ou de indicar os meios probatórios da causa da separação.<sup>1261</sup>

De sorte que o contraditório se resume à duração do tempo de separação. Há praticamente o que poderia chamar-se de uma simples conversão da separação de fato em divórcio.

Todavia, na prática, este tipo de divórcio não pode ser colocado em um nível de vantagens e facilidades superior à ação de conversão em divórcio.

Assim como na conversão da separação judicial em divórcio vem permitida a defesa amparada no descumprimento das obrigações assumidas, de idêntica forma não se concederá o divórcio direto se o requerente é contumaz descumpridor das obrigações de prestar alimentos e outras.

#### 1. Requisitos *para o divórcio direto*

Como se observou da vigente redação do art. 40, o primeiro requisito para a concessão do divórcio direto é o decurso do prazo de dois anos da separação de fato - prazo este que deve ser contínuo e ininterrupto. Se houve interrupção, contar-se-á o tempo a partir da última separação, pois consta do dispositivo que o período de separação deve ser consecutivo.

De outro lado, não cabe alegar uma fundamentação que atribua responsabilidade a um dos cônjuges pela separação.

Isto por duas razões: em primeiro lugar, dada a revogação do § 1º do art. 40 pelo art. 3º da Lei nº 7.841. O § 1º permitia a formulação do pedido com base no art. 4º, no art. 5º e parágrafos deste - isto é, por mútuo consentimento, por culpa de um dos cônjuges e por grave doença de qualquer deles, de cura improvável, tomando impossível a continuação da vida em comum. Em segundo lugar, por mostrar-se suficiente a simples prova da separação durante o lapso temporal de dois anos. Mesmo quando se alega a separação de fato durante dois anos, com a impossibilidade de reconstituição da vida conjugal, não há a atribuição da responsabilidade a um dos cônjuges.

Em síntese, presentemente, verifica-se um único requisito autorizador do pedido: a separação de fato por mais de dois anos, independente de culpa da ruptura da vida em comum.

## 2. *Formas de divórcio direto*

Há duas formas de externar o pedido: a consensual, onde os dois cônjuges postulam conjuntamente o divórcio, e a litigiosa, quando um apenas dirige o pedido, e o outro contesta, podendo tão-somente negar a verificação do período de separação de fato.

Mas, perdura a forma consensual caso não vier oposição de parte do cônjuge que não ingressou com a ação.

### a) Forma consensual

O § 2º do art. 40 traz norma especial para o divórcio consensual, ou aquele formulado conjuntamente pelos cônjuges: o procedimento adotado será o previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas disposições especiais que vêm discriminadas.

No entanto, na prática firmou-se um entendimento de que algumas das disposições da separação consensual não se aplicam. O procedimento resume-se à apresentação da inicial, à ouvida do Ministério Público, à partilha dos bens, se houver, e praticamente à sentença e homologação da partilha.

A petição inicial deverá estar assinada pelos cônjuges, ou a rogo deles quando não souberem assinar. Reconhecem-se as assinaturas no tabelionato, ou lançam os divorciandos as mesmas perante o juiz. É obrigatória a presença de advogado devidamente habilitado, que também assinará a inicial.

Naturalmente, torna-se indispensável a anexação da certidão do casamento e de nascimento dos filhos, se existirem. Se houver algum documento da separação, como o relativo à ação de alimentos, ou de separação de corpos, deverá vir acostado ao processo, o que facilitará a prova da separação e do respectivo período. Se for suficiente para confirmar convicção tal prova, dispensa-se a inquirição de testemunhas.

Indica *Yussef Said Cahali* os documentos que servem para comprovar o período da separação:

"A lei não especifica em que deve ou pode consistir esta prova documental previamente constituída, no que se mostra acertada, pois tende apenas à prova do fato da separação ou ruptura da vida em comum; prestam-se como tal recibos de locação, contas de fornecimento ou serviços, recibos de impostos ou taxas, anotações em carteiras de trabalho ou certidão de inscrições previdenciárias revelando a existência de concubinato adulterino, justificações preparatórias, enfim qualquer documento público ou particular que induza a presunção de que os cônjuges não estariam coabitando sob o mesmo teto; assim,



certidão do que consta de anterior ação de alimento, em que se tenha questionado a aplicação do art. 734 do CC."<sup>262</sup>

Constarão, outrossim, a descrição dos bens, a forma de partilha, o acordo quanto aos alimentos, a decisão no tocante à guarda e responsabilidade sobre os filhos menores, o direito de visita, e outras estipulações que disciplinam as relações futuras.

No pertinente à pensão, é obrigatória relativamente aos filhos menores e inválidos. Se estabelecida para a mulher, prevê o art. 40, § 2º, inciso II, a indicação das garantias para o seu cumprimento - garantias estas que, na forma do art. 21, poderão ser reais ou fidejussórias e, se o cônjuge credor o preferir, justificando naturalmente, ordenará o juiz que se constitua a garantia em usufruto de determinados bens do cônjuge devedor (art. 21, § 1º).

É indispensável a referência ao nome que adotará a mulher. Diferentemente da separação consensual, a partilha dos bens deverá ficar definida, pois o juiz homologará quando da sentença concessiva do divórcio. É a norma do inciso IV, § 2º, do art. 40.

Acentua *Rogério Lauria Tucci*, referentemente à partilha dos bens: "Não pode ser omitida, de forma alguma, na petição inicial, agora estruturada, a descrição dos bens e dívidas dos cônjuges, bem como a conseqüente forma de partilha e atribuição de responsabilidade pelo pagamento - tanto mais quanto se tenha em vista o enunciado do inciso IV do mesmo § 2º, ainda no art. 40."<sup>263</sup>

A descrição dos imóveis observará os requisitos necessários para o registro, o que equivale a dizer que se fará uma descrição detalhada, individuando pormenorizadamente, com todos os elementos, como nas partilhas de sucessões. É que a sentença, homologando, servirá de título para o registro imobiliário.

Não é obrigatória como condição de validade do processo a audiência de conciliação, embora o seja na separação consensual, e embora a redação do art. 3º, § 2º:

"O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário."

Esta regra é mais própria para a separação consensual, na maior parte das vezes formalizada judicialmente pouco tempo depois da separação de fato, ou quando os cônjuges ainda moram sob o mesmo teto. Nesta forma de divórcio, perdurando a separação por dois ou mais anos, a decisão dos cônjuges afigura-se consolidada e firme, não antevendo-se possibilidade de êxito para manter o casamento tal providência.

Ilustra *Sílvia Rodrigues* a inconveniência em promover-se a audiência para se manter o casamento;

"Se duas pessoas são capazes, obedecendo as regras legais, desejam pôr termo à sociedade conjugal de que participam, se tais pessoas, agindo livre e conscientemente, manifestam sua vontade em tal sentido, é exorbitante a atitude do poder público, pretendendo lhes entravar o passado."<sup>264</sup>

O art. 40, § 2º, III, da Lei do Divórcio, expressa: "Se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, a qual será obrigatoriamente realizada". Mas não se anulará o divórcio se concedido com a inobservância de tal formalidade, porquanto perdeu ela sua razão de ser. Tornou-se praxe adotada pelos juízes e cartórios, na conversão da separação em divórcio, ao dar ingresso a ação, serem colhidas as assinaturas dos promoventes, antecipando a ratificação, o que também pode se aplicar ao divórcio direto. Ademais, a providência revela um exagerado escrúpulo no sentido de manter o casamento, que se justifica na separação consensual, e não no divórcio, quando os cônjuges já se encontram separados durante um razoável período de tempo, e evidente a maturidade das vontades na decisão do divórcio.

Ao juiz se permite recusar a homologação, embora o atendimento das formalidades extrínsecas, se perceber que as cláusulas acertadas prejudicam os interesses dos filhos. É a previsão do art. 34, § 2º: "O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a conversão não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges".

A audiência de instrução, para a demonstração do tempo de separação, é necessária, se provas documentais inexistirem. Envolvendo O divórcio mudança no estado civil do homem e da mulher, não é direito disponível. Daí não se conceder ao silêncio do outro cônjuge ou à falta de contestação, os efeitos da revelia, isto é, a presença de veracidade dos fatos alegados na inicial, com desiderato favorável ao autor.

Impõe-se, segundo posição mais tradicional, em todas as situações, a comprovação do período de separação alcançável ou por documentos, ou por testemunhas.

Todavia, o mais coerente é dar crédito à palavra dos divorciandos. Se afirmam que se encontram separados, não é justo negar crédito à sua afirmação, e impor-se a prova, mesmo que testemunhal. Em razão da atual redação do art. 40 da Lei nº 6.515, por força da Lei nº 7.841, deverá ser comprovado o decurso de tempo da separação.

Mas, a sentença lançada em divórcio consensual direto é homologatória de acordo. Embora o caráter constitutivo dessa decisão, e apesar de se tratar de matéria sobre o estado da pessoa, sabe-se que a homologação tem por finalidade dar maior solenidade ao ato, sem que seja atribuído ou retirado valor ou qualidade de qualquer tipo.

No divórcio consensual não há lide e muito menos conflito. A homologação, mesmo por sentença, não passa de uma forma de autenticar a vontade das partes, ou solenizar a externalização do decidido.

Assim, inexistindo conflito, a palavra da parte merece todo crédito. Não se justifica o questionamento das partes sobre o lapso de tempo da separação. No caso, admite-se que o juiz ouça os divorciandos e constate se estão decididos ou firmes no propósito da separação e desconstituição do enlace conjugal, sendo interesse do Estado seguir um procedimento para aferir a honestidade das afirmações dos envolvidos. Embora haja toda uma estrutura tradicional de proteção ao casamento, não se pode forçar os maiores interessados na continuidade de um vínculo que se mantém ou se manteria por apego à forma.

Daí se mostrar impertinente a exigibilidade da dilação probatória, máxime através de inquirição testemunhal, uma vez evidenciado o *animus* que anima as partes de se divorciarem, cada uma partindo para uma nova realidade ou escolha de propósitos ou projeto de futuro.

Encerrada a fase de produção de prova, proferirá o juiz a sentença.

#### b) Forma litigiosa

De acordo com o art. 40, dada a revogação de seu § 1º, pouco se diferencia a forma litigiosa da consensual, atualmente.

Verifica-se quando um dos cônjuges não aceita propor a ação conjuntamente, e, uma vez citado, contesta o pedido. O procedimento adotado será o ordinário. Na contestação, somente admitem-se duas razões de oposição ao pedido: a falta de prazo de um ou dois anos de separação, e o descumprimento de obrigações alimentícias, já estabelecidas judicialmente.

Houve, é evidente, notável facilitação com a revogação do § 1º do art. 40, que rezava: "O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos arts. 4º e Sº e seus parágrafos".

Pelo texto original da lei, impunha-se, se não houvesse acordo, duas condições: uma objetiva, consistente no decurso do prazo de separação de cinco anos; e outra, em um fundamento culposo, como a conduta desonrosa do outro cônjuge, ou a prática de ato que implique em violação grave dos deveres do matrimônio, ou em razão de grave doença mental do outro cônjuge, manifestada após o casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum.

Com a Lei nº 7.841, praticamente desapareceu o divórcio baseado na culpa, ou divórcio-sanção. Claro é *Yussef Said Cahall*;

"Em realidade, bem ou mal, o outro texto da Lei nº 6.515/77 elimina definitivamente modalidade de ação de divórcio direto (reconhecidamente controvertida no direito anterior), para possibilitar o divórcio apenas e tão-somente no fato objetivo da separação de fato do casal por mais de dois anos.

Assim, ao tempo em que se elimina por inteiro qualquer discussão possível sobre a causa de separação de fato dos cônjuges, extingue de vez a figura da ação do divórcio direto culposo, fundada também (além da separação dilargada de fato) na infração grave dos deveres matrimoniais ou na conduta desonrosa do outro cônjuge.

Bem ou mal, esta terá sido a intenção do legislador, em seus impulsos liberalizantes do divórcio, ainda que desconhecendo toda a sistemática do instituto, à maneira como foi introduzida em nosso Direito.

Em síntese, com a derrogação do art. 40, *caput*, da Lei nº 6.515/77, e revogação expressa de seu § 1º, não mais se cogita da ação de divórcio direto com causa culposa.

O divórcio direto na plenitude originária de divórcio-remédio (ou divórcio-falência), para cuja concessão só se admite a separação de fato do casal por mais de dois anos, iniciada aquela a qualquer tempo; e, não obstante ainda disciplinado no Capítulo das Disposições Transitórias da Lei nº 6.515/77, passa a ser uma forma também ordinária de dissolução do vínculo matrimonial, com a mesma dignidade jurídica, ainda que com pressuposto diverso, que o divórcio-conversão: por via do primeiro, o cônjuge obtém diretamente o divórcio, e por via do segundo, este é obtido indiretamente, passando pela ante-sala da separação judicial.<sup>265</sup>

Atualmente, apenas a falta de decurso do prazo é alegável, além de, eventualmente, admitir-se o descumprimento de obrigações alimentares, Quanto a este fundamento da contestação, é óbvio que, se no pedido de conversão é possível sua alegação (art. 36, inciso II), também o poderá ser no divórcio direto, precedido de ação de alimentos, onde ficaram estabelecidas as obrigações impostas e que não foram cumpridas,

Há questões mais complexas, suscetíveis de emergir na defesa. Aventa-se a hipótese de pedir o cônjuge o divórcio, embora não venha pagando a pensão, ou seja, recalcitrante à obrigação. Ainda, quando carece de meios para o atendimento,

No primeiro caso, e surgindo à baila a questão, não há dúvida que a concessão do pedido dependerá do oferecimento de garantias de cumprimento do dever, Se no divórcio direto consensual é admitida a garantia, devendo as partes estipulá-la (art. 40, § 2º, inciso II), não se encontram motivos para não exigi-la na forma litigiosa.

Na outra hipótese, ou comprovada a falta de meios para satisfazer o encargo, não é justo indeferir-se o divórcio - resultado que em nada alteraria a situação econômica do outro cônjuge.

Outras matérias podem ser alegadas, como a falta de descrição dos bens, ou a sonegação de parte deles, ou o não atendimento de uma obrigação diversa, cujo descumprimento pode trazer prejuízos aos filhos ou ao outro cônjuge.

Em realidade, a única oposição forte e própria a impedir a decretação do divórcio assenta-se na falta de prazo da separação de fato, Em geral, o inadimplemento de obrigações alimentares deve ser resolvido na própria ação de alimentos ou de execução. Isto a menos que se provar o desatendimento voluntário da obrigação, alegável na contestação.

E com mais razão, não se suspenderá o processo enquanto não resolvida pendência judicial de alimentos:

"A decisão de mérito da ação de conversão de separação judicial em divórcio não depende de sentença proferida em ação revisional de alimentos em curso entre as partes, Impossível, assim, a suspensão do processo de conversão sob a alegação de dependência entre as ações."<sup>266</sup>

Mesmo que a separação de fato tenha constituído uma conduta culposa de um dos cônjuges, ao outro não se presta para opor-se ao pedido. Não interessa quem deu causa à separação, mas sim o prazo, visto que foi definitivamente dado o caráter de divórcio-remédio ao divórcio direto. Eis a lição de *Caio Mário da Silva Pereira*:

"Diversamente da imputação de conduta desonrosa ou violação dos deveres conjugais, que são fatos que o cônjuge inocente irroga contra o outro, na ruptura da vida em comum é inadmissível a pretensão divorcista por aquele que deu causa, pois bem pode acontecer que o outro cônjuge, por decoro, ou pela esperança de um reatamento, ou mesmo por capricho, não tenha querido postular a separação judicial; daí dizer-se que o divórcio por este motivo tanto pode ser postulado pelo cônjuge que é vítima da separação, como por aquele que é o responsável pelo rompimento; descabe, portanto, aqui a defesa fundada em que nemo de *improbitate*, sua *consequitur actionem*, uma vez que não pode ilidir o pedido a alegação do réu, no sentido de que a ruptura teria sido causada pelo autor do mesmo."<sup>267</sup>

A falta de contestação não induz os efeitos da revelia, por se tratar o divórcio de matéria que envolve o estado da pessoa, a versar, assim, de direito indisponível, de acordo com o art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil. Daí não aceitar-se o julgamento antecipado, fazendo-se imprescindível a instrução testemunhal, se elementos inseridos nos autos não se mostram suficientes para concluir sobre o prazo de separação de fato.<sup>268</sup>

Igualmente, não importa a revelia em isenção de alimentos: "Ainda quando a separação de fato afirmado ultrapasse 27 anos, se o apelante acordou alimentos com a ex-esposa apenas há um ano, tão-só pela revelia da ré, não pode o recorrente isentar-se de pagar a quota pensional de alimentos. Se e quando a tanto deseje, deverá, juntando fatos constitutivos de seu direito, promover, em ação própria, exoneração da prestação devida, de origem no casamento."<sup>269</sup>

Embora não proibida a reconvenção, eis que a inadmissibilidade restringe-se à conversão da separação em divórcio (art. 36), torna-se ela praticamente impossível por várias razões, como: é indiferente a causa ou a responsabilidade pela separação; seria inútil ao cônjuge contestante requerer ele a conversão, se a mesma torna-se concessível pela postulação do outro; se consistir em requerer algum outro direito, como na busca de alimentos, ou guarda dos filhos, etc., faltarão algumas condições de admissibilidade, como conexão de causas, quer por objeto, quer pela causa de pedir, e a identidade de procedimento, totalmente especial para o pedido de alimentos.

É admissível renovar o pedido de divórcio, se improcedente a primeira ação por não implementadas as condições ou os requisitos: "Divórcio. Ação direta. Separação de fato por cinco anos. Falta de prova. Carência de ação. Possibilidade de renovação do pedido, desde que satisfeitas as condições legais."

Ressalta, no voto que dirigiu o acórdão:

"O que não impede, à evidência, que nova ação direta de divórcio seja oportunamente ajuizada desde que completado o quinquênio da separação de fato nas condições da Lei do Divórcio.

Haverá similitude de fundamento legal, mas diverso será o fundamento jurídico do pedido, 'sem que nisto se divise o obstáculo processual da coisa julgada' (CAHALI, Yussef Said. Divórcio e *separação*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, nº 61, p. 358).<sup>1270</sup>

A partilha dos bens, na forma do art. 40, § 2º, inciso IV, deverá, pelo menos, ser decidida na sentença. A sua consecução não é necessária para a decisão sobre o divórcio. Em execução poderá ser realizada, obedecendo as diretrizes ordenadas pela sentença. Inadmissível é a decisão a respeito posteriormente, como se propagava desde o começo da lei, assim doutrinando *Aramy Dornelles da Luz*:

"Como se trata de separação de fato, não tendo sido desfeita ainda a sociedade conjugal, o divórcio homologará a partilha dos bens, não provendo o legislador a possibilidade de os cônjuges, mesmo divorciando-se por acordo, não terem chegado a entendimento quanto à partilha de bens. Nestes casos, a partilha terá de ser resolvida, sob pena de não resolver-se o divórcio."<sup>1271</sup>

Do contrário, é possível a confusão de patrimônios na eventualidade de outro casamento dos divorciandos.

Deste entendimento destoa *Yussef Said Cahali*, servindo de fundamento de inúmeros julgados, especialmente do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao enfatizar que "o processo de conhecimento da ação de divórcio se exaure com a sentença desconstitutiva do vínculo, declaração de sua causa e provimento a respeito das conseqüências diretamente ligadas à causa declarada."<sup>1272</sup>

Nesta linha, eis um exemplo jurisprudencial:

"A partilha de bens não poderá impedir o decreto de divórcio direto, podendo ser feita posteriormente, em execução de sentença, pois, se assim não fosse, o acessório estaria sobrepondo-se ao principal."<sup>273</sup>

Mas há uma distinção procedida por certa jurisprudência, que parece bastante válida: unicamente na conversão da separação em divórcio e no divórcio consensual é de rigor a homologação ou a decisão sobre a partilha antes da concessão do divórcio. Não quando do divórcio direto litigioso. Eis as razões que aparecem no Recurso Extraordinário nº 115.411-0, de São Paulo, de 21/06/1991, figurando como relator o Min. *Néri da Silveira*, onde se fazem as devidas distinções:

"Proposta a ação direta de divórcio, indispensável se torna, de qualquer modo, a partilha dos bens, por isso que, operando-se a dissolução do vínculo matrimonial, com possibilidade de novo casamento (art. 180 do CC), o legislador teve em mira evitar a confusão de patrimônios, tanto que a exigiu, expressamente, nos casos de separação judicial (art. 31 da Lei nº 6.515/77) e de divórcio consensual (art. 40, § 2º, IV), não sendo crível que a dispensasse nos casos de divórcio direto ou a relegasse para o juízo da execução, com possibilidade do surgimento daquele problema [...] Afigura-se aparente o dissídio, na medida em que o julgado trazido à comparação também reconhece que a exigência da lei só se faz expressa, quanto à partilha dos bens concomitantes com a decretação do divórcio, no tocante aos casos de separação judicial (art. 31 da Lei nº 6.515/77) e de divórcio consensual (art. 40, § 2º, IV) [...] São acordes, portanto, os julgados postos em cotejo, no que respeita à inexistência de comando legal a impor, expressamente, que a sentença de divórcio disponha sobre a partilha, no caso de divórcio direto litigioso, estribado no art. 40, § 1º, da Lei nº 6.515/77 [...]

A partilha dos bens do casal deverá ser homologada pela sentença do divórcio, no caso de divórcio consensual (lei cit., art. 40, § 2º, IV). Também na conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, de acordo com o art. 31 da aludida lei, não se decretará o divórcio, se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens. Se já havia, anteriormente, desquite, sem sentença sobre partilha dos bens, por igual, a decisão de conversão do desquite em divórcio disporá sobre ela, conforme resulta do art. 43 da Lei nº 6.515/77. Na ação ordinária de divórcio (Lei nº 6.515/77, art. 40), a partilha dos bens faz-se no juízo da execução da sentença, de tal modo que nem na inicial se faz necessária proposta de partilha dos bens, nem a sentença que decreta a dissolução do vínculo matrimonial precisa compor-se, necessariamente, com provimento a esse respeito."<sup>274</sup>

### **5.3 Competência para promover a ação de divórcio**

Em princípio, a ação de divórcio indireto ou direto é promovida no juízo da residência da mulher, conforme ordena o art. 52 da Lei nº 6.515, que deu nova redação ao art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil, o que também se aplica para a ação de separação. Predomina, pois, a regra da competência *ratione loci*, que pode, no entanto, ser alterada por disposição das partes, ou não prevalecer caso não apresentada a exceção de incompetência. Daí concluir-se que se trata de norma de competência relativa, como vem sendo decidido:

"O foro competente para a conversão pretendida é o da residência da mulher e esse, no teor do inciso II do art. 53 da Resolução Judiciária nº 2/76, é o da Vara Distrital. Essa regra, todavia, é relativa e a competência prorrogável. A sua inobservância permite a *exceptio declinatoria fori*. Se não for oposta a exceção, prorroga-se a competência; mas o juiz não poderá substituir o réu (RT 492/107). Se a incompetência é relativa e sujeita a prorrogação se o réu não opuser exceção declinatória, descabe ao juiz proclamá-la de ofício (art. 114 do CPC)."<sup>275</sup>

De outro lado, há a regra do art. 35, parágrafo único, no caso de conversão: "O pedido será apensado aos autos da separação judicial (art. 48)".

Isto se proposta a ação no juízo onde se processou a separação, e se na respectiva comarca residir a mulher. De modo que não fica sem efeito aquela disposição do art. 52, que modificou o art. 100, inciso I, da lei instrumental civil. Tanto que há uma previsão no art. 47 da Lei do Divórcio, aplicável se não ajuizada a demanda no juízo da separação, que se estende para a situação de extravio dos autos;

"Se os autos do desquite ou da separação judicial tiverem sido extraviados, ou se encontrarem em outra circunscrição judiciária, o pedido de conversão em divórcio será instruído com a certidão da sentença, ou da sua averbação no assento do casamento." Disserta, sobre o dispositivo, *Walter Ceneviva*:

"Trata-se de disposição salutar, pois se dará com certa freqüência que se tenham extraviado os autos judiciais, ou que se achem em circunscrição judiciária diversa daquela em que reside um ou em que residam ambos os cônjuges. Não bastará a afirmação dos cônjuges: é necessário que comprovem o extravio ou o encaminhamento a outra comarca. Satisfeito o requisito probatório, volta-se à regra geral do Código de Processo, segundo a qual é competente para o divórcio o foro de residência da mulher (art. 100, I). A inicial será instruída, também, com certidão passada pelo serventuário do cartório pelo qual correu o desquite, afirmando o extravio ou sua existência em circunscrição diversa."<sup>276</sup>

No art. 48 vem inserida uma determinação óbvia da prevalência do juízo da residência da mulher: "Aplica-se o disposto no artigo anterior, quando a mulher desquitada tiver domicílio diverso daquele em que se julgou o desquite".



Regra esta dispensável, em face do conteúdo dos arts. 52 e 47. Por conseguinte, apenas se o foro do domicílio da mulher coincidir com o do procedimento da separação é que se procede a apensação. É a orientação da jurisprudência:

"Verifica-se que a regra da residência da mulher é a que normalmente se aplica a ações de desquite ou divórcio. Quando a residência é a mesma do foro por onde fluiu o desquite, a conversão em divórcio corre por dependência, na mesma vara, para que os autos do desquite sejam apensados e se prossiga na conversão em divórcio (art. 35, parágrafo único, da Lei nº 6.515, de 1977). Mas quando não haja coincidência residencial, a conversão deve correr no foro da residência atual da mulher, devendo a inicial ser instruída com a certidão da sentença de desquite ou da sua averbação no assento do casamento (arts. 52 e 47 da Lei nº 6.515, de 1977)."<sup>277</sup>

De tudo deduz-se que à mulher é facultado sempre o ingresso da ação no juízo de sua residência, sem importar que o ex-marido tenha domicílio em lugar distinto.

E se a mulher se encontra em lugar incerto e não sabido? Aí incide o § 2º do art. 94 do Código de Processo Civil: "Sendo incerto e desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado, ou no foro do domicílio do autor". Linha esta que segue a jurisprudência:

"Divórcio. Conversão da separação judicial. Competência. O pedido de conversão de separação em divórcio deve ser formulado, em princípio, no foro do domicílio da mulher, e não, necessariamente, no juízo em que se processou a separação. Desconhecido esse domicílio, o interessado poderá apresentá-lo no seu próprio, expondo-se a eventual exceção de incompetência por parte da mulher."<sup>278</sup>

Aconselhável ingressar com a ação sempre no último domicílio conhecido, que pode ser aquele da separação, a fim de evitar possível prejuízo ou manobra do autor para que a mulher não tenha ciência da demanda, e, assim, dificultar a contestação.

A apensação dos autos não é de estrita obrigação, nada impedindo que se dispense esta providência se alguma dificuldade sobrevier na localização. A finalidade da providência é somente instrumentalizar o pedido, esclarecer a situação dos cônjuges e examinar as obrigações ou encargos oriundos da separação. Mesmo que processada esta em comarca distinta, para melhor inteirar-se da situação, e especialmente se for omissa ou pouco clara a certidão da averbação, é justo que o juiz requirite os autos, devolvendo-os após a decisão. A falta de clareza pode consistir na omissão da data do trânsito em julgado da separação ou no cumprimento das obrigações alimentares, ou nas dúvidas quanto à partilha dos bens.

No Direito francês, há regras bem mais simples relativamente à competência, firmando-se, primordialmente, a mesma pela residência do casal, ou

da família, ou dos filhos, e em desfavor do cônjuge que teve a iniciativa de propor a ação, segundo explica *Jean-Claude Groslière*:

*"En ce qui concerne la procédure de divorce elle-même, le tribunal compétent est normalement celui du lieu où réside la famille; mais à côté de ce cas simple et peut-être rare, le texte envisage des hypothèses plus fréquentes; si les époux ont des résidences distinctes, est compétent celui du lieu où réside l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demandé, c'est-à-dire de la résidence du défendeur - conformément au droit commun."*<sup>279</sup>

De observar, como ficou ressaltado anteriormente, que atualmente, diante da igualdade entre o marido e a mulher, de modo geral a competência é determinada pelo art. 94, §§ 1º, 2º e 3º do Código de Processo Civil, não tendo mais significação o art. 100, inciso I, da mesma lei.

#### **5.4 Efeitos do divórcio**

A Lei nº 6.515 não refere os efeitos do divórcio, posto que já discriminados na separação. Não haveria necessidade de estabelecê-los novamente, sendo de serem aplicados ao divórcio indiscriminadamente quando processado na forma direta.

Mas, é possível visualizar pelo menos alguns, que parecem específicos ao divórcio.

Em primeiro lugar, como regra geral, cumpre afastar a idéia de qualquer retroatividade dos efeitos, como se dá com a anulação ou a declaração de nulidade do casamento. Iniciam os mesmos a partir da sentença, e parte deles desde a separação de fato, o que acontece quanto ao dever de fidelidade e de coabitação.

Como regra geral, porém, os efeitos começam a partir do registro da sentença, o que está capitulado no art. 32 da Lei do Divórcio: "A sentença definitiva do divórcio produzirá efeitos depois de registrada no Registro Público competente".

##### **5.4.1 Relativamente ao patrimônio**

No tocante ao patrimônio e à responsabilidade pelas obrigações contraídas, parece cumprimento cessa com o registro da sentença de divórcio, Nesse sentido *Aramy Dornelles da Luz*:

*"A partir de quando fica caracterizada a fraude do cônjuge que malbarata o patrimônio que administra? À data do registro deixarão de ser cônjuges, A partir da proposição da demanda é possível caracterizar-se. Os efeitos pessoais entre os cônjuges são gerados pelo trânsito em julgado da sentença, os quais retroagem à data da sentença, se não houve recurso, Caracteriza a existência de uma situação tácita."*<sup>280</sup>

De modo geral, porém, os efeitos dirigem-se para o futuro, cessando todas as obrigações inerentes ao casamento, o que, aliás, já se produz com a separação.

#### **5.4.2 Relativamente a alterações de cláusulas da separação**

Na conversão da separação em divórcio, as regulamentações do dever de alimentos, de guarda dos filhos, e futuras relações, entre os ex-cônjuges, já se encontram resolvidas. A menos que se alterem cláusulas ou condições estabelecidas, com a introdução de novos regramentos, que passam a valer com o divórcio.

Tornam-se passíveis de revisão ou alteração as cláusulas ou disposições concernentes ao nome da divorciada, à guarda dos filhos, ao direito de visita e ao montante dos alimentos, desde que não se infrinja o conteúdo do art. 27 da Lei do Divórcio, que encerra: "O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos".

Mais especificamente aos alimentos, a possibilidade de novo regramento está expressa no art. 28: "Os alimentos devidos pelos pais e fixados na sentença de separação poderão ser alterados a qualquer tempo", Todavia, não se permite a renúncia, pelo menos em algumas situações especiais, ordenadas pela Lei do Divórcio, como na conversão da separação em divórcio, fundada a separação no art. 5º, § 2º (grave doença mental do outro cônjuge), conforme ordena o art. 26.

Assim também não se dá valor absoluto a cláusula de renúncia ou desistência se o divórcio advém de separação requerida com fulcro no art. 5º, *caput*, sendo o cônjuge obrigado considerado culpado por conduta desonrosa, ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

A regra de maior alcance no pertinente aos efeitos está no art. 24: "O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso". Este é o efeito mais importante, dissolvendo o vínculo conjugal. Cessa o impedimento dos cônjuges para contraírem novas núpcias, estatuído no art. 183, inciso VI, do Código Civil.

#### **5.4.3 Relativamente a novo casamento**

Desde que registrada a sentença no ofício competente, abre-se o caminho para qualquer dos cônjuges tornar a casar, eis que os efeitos, *ex vi* do art. 32, começam a surgir a partir daquele ato. Na verdade, cessa o casamento com a sentença de divórcio transitada em julgado, Todavia, para fins administrativos, é necessário o registro do divórcio, o que possibilitará a instrução do processo de habilitação com a certidão competente, e para evitar que se inscreva o novo casamento sem a averbação da desconstituição do anterior - situação que, verificada, ensejaria a aparência de bigamia.

Estabelece o art. 183, inciso VII, do Código Civil, o impedimento para casar do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado. A Lei do Divórcio nada dispôs a respeito, presumindo-se a permanência da vedação. Embora a inaplicabilidade prática da regra, conveniente lembrar a diferença de situações entre a época da criação do Código Civil e da instituição do divórcio. Naquele tempo, o enlace matrimonial do cônjuge adúltero dependia da morte do inocente, eis que desconhecido o divórcio no então direito positivo. Apenas com a morte dissolvia-se o casamento. Por conseguinte, o impedimento dirigia-se ao cônjuge sobrevivente, mais como uma demonstração de respeito e veneração ao falecido. Estabelecida a norma para determinada situação, é incabível ampliá-la para o divórcio, de sorte a permitir-se o casamento entre o cônjuge adúltero e o cúmplice.

E quanto aos impedimentos *turbatio* sanguinis, ou decorrentes do parentesco por afinidade, ou por adoção?

O óbice não desaparece com a dissolução do casamento, mesmo no pertinente aos parentes afins.

No parentesco direto ou por sangue, existe o impedimento em razão da própria pessoa do cônjuge, e não em razão do casamento com outra pessoa.

No tocante aos afins, diz *Yussef Said Cahali*:

"No casamento válido, cada cônjuge torna-se aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade {CC, art. 334}; a sua dissolução pelo divórcio não afeta a afinidade assim estatuída, seja ela em linha reta, seja na linha colateral.

Com efeito, inexistente disposição de lei decretando a extinção do vínculo da afinidade, ainda que limitativamente, como do art. 335 do CC, que faz da morte de um dos cônjuges causa de extinção da afinidade da linha colateral (por exclusão), mas que não comporta aplicação analógica ou interpretação extensiva, imprópria nesta seara do Direito de Família.

E não fere os princípios a sua manutenção do vínculo da afinidade entre os parentes de um com o outro divorciado, quando se tem em conta que muitos efeitos pessoais restam incólumes da sentença de divórcio."<sup>281</sup>

#### **5.4.4 Relativamente aos filhos**

No pertinente aos filhos, o divórcio não traz efeitos relativamente aos direitos e deveres dos pais, o que sucede, também, se houver novo casamento de qualquer um deles, segundo a regra do art. 27:

"O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. E o parágrafo único: "O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres."

Nem o pátrio poder é modificado, embora, naturalmente, sofra um abrandamento, passando o cônjuge que tiver a guarda a exercer maior gama de poderes.

Cuidando-se de divórcio fulcrado na separação de fato, iniciado por um dos cônjuges apenas, mesmo que prolongada a separação, é possível que não se encontre resolvida a questão da guarda. Há, no caso, a regra do art. 11, que pode ser aplicada supletivamente, por melhor se adaptar à prática: os filhos ficarão na guarda do cônjuge com quem se encontravam anteriormente, sendo de observar que o § 1º do art. 40 foi derogado pela Lei nº 7.841. Trata-se de uma solução normal a preconizada, e que encontra apoio na doutrina, ressaltando Messias Veiga:

"Nada mais consentâneo e de certeza inequívoca que o cônjuge separado por constatação, em tendo os filhos em seu poder, durante o tempo da ruptura, que estes permaneçam em seu poder, aliás, já com formação recebida e formada pelo cônjuge que os protegeu."<sup>282</sup>

#### **5.4.5 Relativamente ao nome da mulher divorciada**

Comum é a perda, pela mulher, do nome do marido pelo divórcio, independentemente de sua culpa ou não, sob o argumento de que não se afiguram razões suficientes de modo a justificar a permanência com o nome de casada.

A Lei do Divórcio não trazia dispositivos específicos para o divórcio. Unicamente disciplinava a questão do nome na separação. Assim, porque similares os princípios informadores dos dois institutos, entendia-se que as normas relativas à separação poderiam ser aplicadas por analogia ao divórcio.

De sorte que se o divórcio era concedido por culpa da mulher, incidiria a regra do art. 17, tornando ela a usar o nome de solteira. Da mesma forma era a inteligência quando sua fosse a iniciativa de requerê-lo com base no art. 5º, §§ 1º e 2º, fundamento este que atualmente nem mais existe, em face da atual redação do art. 40, introduzida pela Lei nº 7.841/89, tendo sido revogado seu § 1º, o qual permitia o pedido com fundamento na separação de fato mínima de cinco anos, e na doença mental do outro cônjuge.

Sempre que amigável ou consensual o pedido; nos moldes que ocorrem com a separação, cabia à mulher a opção pela conservação do nome de casada, como preceitua o art. 17, § 2º. Mas, vencedora ela na ação, facultava-lhe o art. 18 a renúncia, em qualquer tempo, do nome do marido, tudo segundo as regras aplicáveis à separação.

Nos pedidos consensuais, não se ofereciam dúvidas, já que os requerentes traziam expressa disposição a respeito.

Quando o marido ingressava com a ação, embasado na separação de fato, e mesmo na simples conversão da separação em divórcio,

costuma-se reservar à mulher a opção quanto a conservar ou não o nome de casada.

Assim também se a iniciativa era da mulher, com fundamento na separação de fato, ou na conversão da separação em divórcio.

Caso o ex-marido não aquiescesse no uso, proibia-se à mulher que mantivesse o nome. Cessada a sociedade conjugal e cessado o próprio casamento, ou rompidos os liames afetivos e patrimoniais entre os ex-cônjuges, não se justificava a permanência do nome do ex-marido no da mulher. Não se encontra, realmente, propósito algum em a mulher continuar a manter um aparente vínculo com a família de seu ex-consorte.

Ademais, se houver da parte da antiga mulher novo casamento, não tem sentido a manutenção, em seu benefício, da faculdade de continuar usando o nome do marido anterior.

Por isso, em boa hora, surgiu a Lei nº 8.408, de 13/12/1992, que deu nova redação ao art. 25 da Lei nº 6.515, acrescentando-lhe o parágrafo único, concernente ao nome da mulher após o divórcio, que será aquele usado antes do casamento. Eis a regra do mencionado parágrafo:

"A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando O nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar:

- I - evidente prejuízo para a sua identificação;
- II - manifesta distinção entre seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
- III - dano grave reconhecido em decisão judicial."

Em princípio, apenas na conversão se aplica a regra acima, em face da restrição de seus termos.

Mostra-se evidente, no entanto, que nada justifica a não incidência no divórcio direto.

Apenas em situações especiais, devidamente justificadas nos autos e previstas nos incisos acima, é que se mantém o nome do ex-marido.

O evidente prejuízo na identificação envolve uma situação tal que a mulher, sem o nome do marido, não é identificada em sua profissão ou em trabalhos artísticos e culturais.

Quanto à manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos, corresponde aos casos em que os filhos não trazem o nome da mãe no deles.

E no tocante ao dano grave, ocorrerá a hipótese se o nome, embora do marido, signifique para a ex-mulher um patrimônio, pelo valor que encerra, mas valor este conseguido por suas qualidades ou seus dotes excepcionais. Encontram-se pessoas que incorporaram a tal ponto o nome do

marido na sua personalidade, que qualquer modificação as tornaria desconhecidas.

Pode-se afirmar que o nome se insere como um dos mais importantes atributos da pessoa natural, ao lado da capacidade e do estado. Através dele, a pessoa é conhecida e individualizada durante sua vida e mesmo após a morte. Daí conceber-se o nome como um direito da personalidade, que tem um valor inestimável e cuja proteção pode ser exercida por todos.<sup>283</sup>

Tem, pois, o marido o direito de preservar o nome como seu patrimônio moral, e, às vezes, cultural, impedindo a mera possibilidade do uso indevido pela mulher, com a qual a ruptura se tornou definitiva e irreversível, extinguindo-se todos os laços afetivos e a comunhão de vida, de pensamento, de emoções e sentimentos.

De modo que, mesmo na simples vontade do ex-marido em excluir seu nome no da ex-mulher é admissível, não importando ter ele dado causa ao divórcio. Embora num primeiro momento tenha existido concordância no uso, é permitida a posterior mudança, quando já extinto o processo. Isto especialmente para evitar que, com o novo casamento daquele, se verifique a esdrúxula situação de duas mulheres portarem o nome de um mesmo homem. Não se pode inculcar a autorização de portar o nome como decorrência de culpa no rompimento do vínculo matrimonial, eis que, por este fator, já há cominações, como a de prestar alimentos e dar assistência.

Isto a menos que haja combinação, ou acordo, não se opondo O ex-marido, já que aí se verifica possível disposição em tal sentido, segundo, aliás, permite a jurisprudência:

"Divórcio. Uso do patronímico do ex-marido, Continuidade convencionada pelas partes. Admissibilidade. Vontade situada no âmbito dos direitos da personalidade. Inexistência de expressa vedação legal ou interesse público contrário. Impugnação da curadoria insubsistente [...] A continuidade do uso do patronímico do ex-marido convencionada pelas partes em divórcio amigável situa-se no campo dos interesses pessoais, no plano da personalidade, direitos onde a interferência estatal não penetra, não podendo a vontade dos divorciados ser frustrada em razão de simples raciocínio lógico, sem indicação de interesse público contrário e identificado em expressa disposição de lei."

É que, insere-se no voto,

"o problema referente *ao nome* envolve interesse público, mas não integralmente. É matéria pela qual o ente público tem, apenas, interesse regulamentar. Para este fim, emite normas objetivas a tutelá-lo. Fora das disposições expressas, fica plena liberdade ao Direito Privado.

No que tem de interesse social, o problema do nome foi regulamentado na Lei nº 6.015/73. O resto pertence ao campo dos interesses

personais, ao plano da personalidade, direitos onde a interferência estatal não penetra."<sup>284</sup>

### 5.5 Reconstituição da vida conjugal pelos divorciados

Uma vez decretado o divórcio, não se impede que os ex-cônjuges tornem a casar. Não basta, entretanto, uma simples averbação no registro do casamento, após ordem judicial, nos moldes da reconciliação ocorrida depois da separação concedida por sentença. Neste caso, reza o art. 46:

"Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação."

Tratando-se de cônjuges divorciados, a reconstituição da união conjugal se processa somente com novo casamento, conforme art. 33: "Se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento".

A razão de tratamento diverso na separação e no divórcio é dada por *Áurea Pimentel Pereira*:

"É que, em se tratando de separação judicial, a sentença que a decreta não põe fim ao vínculo matrimonial, mas tão-somente à sociedade conjugal, subsistindo, portanto, íntegro aquele (vínculo), enquanto que a decisão decretatória do divórcio, como expressamente declara o art. 24 da Lei nº 6.515/77, põe termo ao próprio casamento. Se assim é, se com o divórcio o vínculo matrimonial é dissolvido, é natural que não possa o mesmo ser restabelecido por vontade das partes, a não ser através de novo casamento."<sup>285</sup>

De acrescentar que a regra aplica-se tanto no divórcio conversão como no divórcio direto.

### 5.6 Obrigações dos divorciados e novo casamento

Segundo já se observou, o divórcio põe termo ao casamento (art. 2º, parágrafo único). Fica dissolvido o vínculo conjugal. Anteriormente à Lei do Divórcio, unicamente a morte dissolvia o casamento. Assim acontecendo, ou não mais existindo o casamento antes realizado, aos então cônjuges é permitida a celebração de novo vínculo conjugal, mediante a formalização de todo um processo de habilitação e dos atos necessários para casar.

Uma das conseqüências do novo casamento está no art. 29, relativamente ao cônjuge que recebe alimentos: "O novo casamento do cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor".

Inúmeras são as razões que determinam a extinção, salientando-se as seguintes, expostas por *Sálvio Rodrigues*:

"A pensão alimentícia devida por um cônjuge ao outro tem, tradicionalmente, no Direito brasileiro, um sentido assistencial e não indenizatório.



Isso se comprova nos dispositivos do art. 320 do Código Civil e do art. 90 do Decreto nº 181/1890, que só conferem pensão à mulher inocente e pobre, bem como no art. 19, da presente lei, que só impõe ao cônjuge responsável pelo desquite o dever de pensionar o outro, se este necessitar da pensão. Entretanto, se o cônjuge divorciado, que não pode prover as suas próprias necessidades, contrai novas núpcias, o panorama se altera. A lei supõe que seu novo consorte, ao convolar matrimônio, assumiu o encargo de manter aquele, liberando o antigo marido da obrigação original."<sup>286</sup>

É, pois, natural que assim aconteça, visto que desaparece o elemento embasador da prestação alimentícia.

Não, porém, se a ligação com outro homem não se efetiva na constituição de uma unidade familiar. O simples relacionamento sexual não importa em cancelamento do dever alimentar, eis que, com o término da sociedade conjugal não mais perdura o dever de fidelidade.

De outro lado, o novo casamento do cônjuge devedor não o exime da obrigação. Está clara a regra do art. 30: "Se o cônjuge devedor da pensão vier a casar-se, o novo casamento não alterará sua obrigação".

É que a pensão, segundo já ressaltado, tem caráter nitidamente assistencial ou alimentar. Embora desconstituído o matrimônio, sobrevive este dever, máxime em relação aos filhos menores. Tanto foi realçado o encargo que a lei impede a separação se comprometida ficar a obrigação, como se vê do art. 34, § 2º:

"O juiz pode recusar a obrigação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges."

Regra que tem inteira incidência no divórcio, cujas conseqüências são maiores.

Em suma, não se modificam os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O novo casamento não será causa de exoneração do dever de manter a prole, o que não impede, em face da realidade, proceder-se a uma redistribuição dos rendimentos do pai ou da mãe com os demais filhos que advierem do novo matrimônio, como, aliás, vem sugerindo a jurisprudência:

"Alimentos, Redução. A superveniência de nova família ao obrigado poderá configurar causa de mudança de fortuna suficiente para provocar a redução do encargo. O Código de 1916, escrito para a mulher casada, relativamente incapaz, sujeita-se à interpretação que deve corresponder ao contexto da época atual, ou à de sua aplicação, onde a mulher é plenamente capaz e, na luta pela vida, disputa com o homem, em igualdade de condições, os mais importantes cargos, seja na vida privada, seja no serviço público, senão, ainda, os mais elevados providos por eleição."<sup>287</sup>

## **5.7 Concessão do divórcio por mais de uma vez**

De acordo com o art. 38 da Lei nº 6.515, apenas uma única vez se concedia o divórcio, Rezava o dispositivo: "O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez".

A generalidade dos autores investia contra a unicidade do divórcio. As mais diversas críticas eram lançadas. Assim verbera J. M. *Antunes Varela* a limitação:

"O legislador quis proibir o exercício abusivo do novo instituto fechando deliberadamente a porta aos profissionais do divórcio.

Para conseguir o seu objetivo, o legislador não exitou em pôr um freio radical ao direito de divórcio, proibindo que alguém use dele, em sua vida, mais de uma vez. Mas usou um freio anacrônico, perfeitamente desajustado, quer às realidades da vida contemporânea, quer à natureza do veículo em que o novo sistema embarcou."<sup>288</sup>

Com o advento da Constituição de 1988, defendeu-se que desaparecera a limitação a uma única vez. É o que assevera *Pedro Sampaio*: "Ora, o art. 38 da Lei do Divórcio tomou como base o preceito da Emenda nº 9 que, repita-se, ensejou a dissolução do casamento nos casos expressos em lei, que agora deixou de ter esta prerrogativa, a qual passou a ser da separação judicial, cujos casos seriam expressos em lei. Logo, o art. 38 deixou de ter razão de existir, na medida em que, perdendo seu suporte legal - art. 1º da Emenda nº 9 - não recebeu igual apoio do art. 226, § 6º, da Constituição, o qual passou a referir-se à separação judicial."<sup>289</sup>

Presentemente, com a Lei nº 7.841, não há mais substrato para qualquer discussão, eis que expressamente revogado o art. 38 da Lei nº 6.515, o que leva a permitir à mesma pessoa promover o divórcio tantas vezes quantas quiser.

A jurisprudência colocou em prática sem a menor relutância a admissibilidade do divórcio múltiplo.<sup>290</sup> Permissão que se estende tanto para a conversão como para o divórcio direto, desde que satisfeitos os requisitos legais.

Daí perceber-se a concepção do direito para a pessoa, ou do casamento como valor enquanto atende aos interesses dos cônjuges e não mais estes em função daquele.

### **5.8 Cessação dos efeitos civis no casamento religioso**

Tanto o art. 1º, como o art. 24, no caso de casamento religioso expressam que cessam os efeitos civis uma vez concedido o divórcio.

Sabe-se que o casamento religioso produz efeitos civis desde o momento em que se efetiva sua inscrição no registro civil. A sua eficácia fica condicionada à inscrição.

O divórcio não desconstitui o casamento religioso, posto que o mesmo não se realizou na esfera civil. Apenas a autoridade religiosa tem jurisdição

para dissolver tal ato, na esfera da codificação canônica. Daí o acerto daqueles dispositivos - arts. 1º e 24 -, em se restringir à cessação dos efeitos civis.

Por isso, não se trata propriamente de divórcio que se concede a quem se casou segundo o rito religioso e inscreveu o casamento no registro civil. Isto pela óbvia razão de não ter sido civil o casamento, Por isso, com razão *Orlando Gomes* quando ensina:

"Na sentença que proferir, o juiz não pode decretar o divórcio , devendo cingir-se à pronúncia de que põe termo aos efeitos civis do matrimônio religioso. A regulamentação é, entretanto, unitária. Também com a sentença que põe termo aos efeitos civis do casamento religioso ficam os cônjuges livres para contrair casamento civil com terceiro, e, se o contraem, estarão casados simultaneamente, por Direito Canônico e por Direito Civil, com duas pessoas distintas."<sup>291</sup>

Desde que cessados os efeitos civis, desinteressa ao Direito a situação de fato dos cônjuges, Poderão eles continuar casados segundo o rito da respectiva religião, e matrimoniar-se de acordo com lei civil. Aquela relação transmuda-se em mero concubinato.

## 6. NOTAS

1. *Curso de Direito civil* – Direito de família. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, v. 5, p. 154.
2. *Direito de família*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 189.
3. *Dissolução da sociedade conjugal*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 53.
4. *La réforme du divorce*. Paris: Sirey, 1976, p. 168.
5. *Divórcio e separação judicial* – Comentários. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 9.
6. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 60/61.
7. *Tratado do casamento e do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 2, p. 583.
8. *Divórcio e separação*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 79.
9. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 40/625. In: CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 80
10. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1945, v. II, p. 211.
11. Op. cit., p. 70.
12. Op. cit., 1984, p. 88.
13. Op. cit., p. 23.
14. Contienda y divórcio, em derecho de familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina e Jurisprudência*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, n 1, p. 11, 1989.
15. Meios alternativos de solução de litígios. *Revista dos Tribunais*, nº 639, p. 27/28.
16. *Derecho de familia*. Trad. José M. Novas, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, tomo IV, p. 236.
17. *Direito romano*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 320.
18. *Direito de família* – Direito matrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 452.
19. Op. cit., p. 455.
20. *Do desquite*. São Paulo: Saraiva, 1923, p. 234.
21. Op. cit., p. 29/30.
22. Op. cit., 3. ed., p. 255.
23. *Causas do divórcio*. Coimbra: Almedina, 1980, p. 44.
24. Op. cit., p. 61.
25. Op. cit., v. 2, p. 541.
26. *Divórcio à brasileira*. Rio de Janeiro: Brasília, 1978, p. 36.
27. Op. cit., v. 2, p. 685/686. Apud GRASSI, Lucio. *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto de famiglia*. Napoli: Jovene, 1980, p. 28.
28. *O divórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 64.

29. Separação consensual. In. CAHALI, Yussef Said (coord.). *Família e casamento*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 639.
30. DIAS, Adahyl Lourenço. *O desquite no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 99.
31. *Op. cit.*, p. 36.
32. *Op. cit.*, v. 2, p. 591/592.
33. *Op. cit.*, v. II, p. 216.
34. *Op. cit.*, p. 89.
35. *Op. cit.*, p. 163.
36. *Revista dos Tribunais*, 665/186.
37. *Revista dos Tribunais*, 431/203.
38. Agravo de Instrumento nº 124.928-1, da 3ª CC do TJ de São Paulo, de 14/11/1989, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 25/367.
39. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 142/249.
40. *Op. cit.*, p. 642.
41. Ação rescisória nº 131.493-1, da 6ª CC do TJ de São Paulo, de 21/02/91, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 132/385.
42. *Instituições de direito civil*. 2. ed., v. III, 1970, p. 225.  
*Tratado de direito civil*. 1. ed., São Paulo: Max Limonad, 1956, v. VIII, tomo I, p. 80.
44. *Revista dos Tribunais*, 602/269. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 58/153, 68/499 e 103/327.
45. *Tratado de direito privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, v. 46, p. 261, 262 e 229.
46. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, v. II, p. 179/180.
47. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. III, p. 284.
48. Promessa de doação – Doação inoficiosa. *Ajuris*, nº 16; *Revista da Associação dos Juizes do RGS*, Porto Alegre, 1979, p. 126.
49. *Op. cit.*, p. 126/127.
50. In. CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Família e casamento*, p. 645.
51. *Revista dos Tribunais*, 494/67.
52. *Op. cit.*, p. 646.
53. *Revista dos Tribunais*, 554/248.
54. Recurso Especial nº 2.810, da 3ª Turma, julgado em 21/08/1990, *Revista dos Tribunais*, 665/186.
55. *Op. cit.*, p. 674.
56. *Divórcio e separação judicial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978, p. 33.
57. Ap. Cív. nº 119.295-1, da 4ª CC do TJSP, de 21/12/89, *Revista Forense*, 652/72.
58. Ap. Cív. nº 118.950-1, da 3ª CC do TJSP, de 20/12/89, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 126/229.
59. *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*. 2. ed., Milão: Giuffrè, 1972, p. 92.
60. *Op. cit.*, p. 177/178.
61. Recurso Especial nº 1.116, da 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, julgado em 07/11/1989, *Revista de Jurisprudência de Jurisprudência* do TJRGS, 144/23.
62. *Revista dos Tribunais*, 623/151.
63. Ação Rescisória nº 86.676, 1º Grupo de Câmaras Cíveis do TJSP, julgada em 24/04/1990, *Revista dos Tribunais*, 664/57.
64. *Divórcio e separação*. 6. ed., 2ª tir., t. I, p. 162/163.
65. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 148.
66. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos, ante a separação dos pais. *Revista dos Tribunais*, nº 622, p. 40/41.
67. *Op. cit.*, v. 2, p. 627.
68. *Direito civil – Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. VI, p. 255/256.
69. *Revista dos Tribunais*, 517/125.
70. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Perrot, 1988, p. 474.
71. *Direito de visita dos avós – Uma evolução no direito de família*. Rio de Janeiro: Limen Juris, 1989, p. 48/49.
72. Ap. Cív. nº 41.035, da 4ª CC do TJSP, de 31/11/1983, *Revista dos Tribunais*, 597/219.
73. Ap. Cív. nº 120.259-1, da 2ª CC do TJSP, de 14/08/1990, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 129/180.
74. Organización y estructura de la familia ensamblada, sus aspectos psico-sociales y el ordenamiento legal, por Cecilia D. Grosman e Silvia Mesterman. In: *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, nº 3, 1989, p. 43.
75. *Revista dos Tribunais*, 535/82.
76. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 52/29.

77. *Direito civil – Direito de família*, v. VI, p. 225/226.
78. Ap. Cív. nº 74.234-4, da 4ª CC do TJMG, de 21/12/1991, *Revista dos Tribunais*, 171/161.
79. *Op. cit.*, p. 662.
80. *Revista dos Tribunais*, 202/177.
81. Ap. Cív. nº 81.248-4, da 1ª CC do TJMG, de 21/06/1991, *Revista dos Tribunais*, 663/153.
82. *Op. cit.*, p. 304.
83. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 658/659.
84. SCARDULLA, Francesco. *Op. cit.*, p. 103.
85. *Direito civil – Direito de família*. v. VI, p. 234.
86. *Op. cit.*, v. 2, p. 810.
87. *Do divórcio e sua prática forense*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 178/179.
88. *Op. cit.*, p. 81/82.
89. *Op. cit.*, p. 457.
90. *Dissolução da sociedade conjugal*, p. 65.
91. *A lei do divórcio interpretada*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 58.
92. *Direito de família*. Lisboa: Petrony, 1982, p. 407.
93. Ap. Cív. nº 140.551-1/0, da 4ª CC do TJSP, julgada em 20/06/1991, *Revista dos Tribunais*, 676/94.
94. *Op. cit.*, p. 65.
95. *Op. cit.*, p. 176.
96. *Família*. Rio de Janeiro: Alba, p. 82.
97. Ap. Cív. nº 117.564-1, da 2ª CC do TJSP, de 02/03/1990, *Revista dos Tribunais*, 653/98.
98. Ap. Cív. nº 34.148, julgada em 26/08/90, *Jurisprudência Brasileira*, nº 51, p. 163.
99. 3ª CC do TJSP, *Boletim de Jurisprudência* do TJSP, 5/219. *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 200.
100. *Revista dos Tribunais*, 452/61.
101. *Adultério e desquite*. São Paulo: Lex, 1972, p. 202.
102. *Revista dos Tribunais*, 289/292.
103. *Op. cit.*, p. 71.
104. *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 144/145.
105. *Op. cit.*, p. 183.
106. Ap. Cív. nº 119.381-1, da 5ª CC do TJSP, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 125/37.
107. *Op. cit.*, p. 83/84.
108. *Op. cit.*, p. 53.
109. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 227.
110. *O divórcio no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 77.
111. *Op. cit.*, p. 72/73.
112. Ap. Cív. nº 118.703-1, da 1ª CC do TJSP, de 23/08/1990, *Revista de Jurisprudência*, 129/45.
113. *Op. cit.*, p. 185.
114. *Dissolução da sociedade conjugal*, p. 70/71.
115. *Da separação à anulação do casamento*. São Paulo: Universitária de Direito, 1983, p. 174/175.
116. Ap. Cív. nº 128.769-1, da 6ª CC do TJSP, de 11/10/1990, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 130/272.
117. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 9. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 224/225.
118. *Op. cit.*, p. 263.
119. *Op. cit.*, v. 2, p. 747.
120. *Op. cit.*, p. 106/107.
121. I rapporti familiari: evoluzione della giurisprudenza civile penale ed innovazioni normative. *In: Il diritto di famiglia e delle persone*. Milão: Giuffrè, 1989, v. IV, p. 112.
122. Ap. Cív. nº 1.877/87, da 1ª CC do TJPR, de 14/06/1988, *Revista dos Tribunais*, 633/148.
123. *O divórcio e a lei que o regulamenta*, p. 82.
124. Ap. Cív. nº 121.483-1, da 6ª CC do TJSP, julgada em 19/04/1990, *Revista dos Tribunais*, 656/87.
125. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 145/337.
126. *Jurisprudência Brasileira*, nº 51, p. 203. *Apud* COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Op. cit.*, v. 2, p. 748.
127. *Apud* COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Op. cit.*, v. 2, p. 753.
128. *O divórcio e a lei que o regulamenta*, p. 83.
129. *Op. cit.*, p. 103.
130. SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial – Comentários*, p. 70; CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 266.

131. *Op. cit.*, p. 41.
132. *Divórcio e separação*, p. 266.
133. *Dissolução da sociedade conjugal*, p. 87.
134. *Op. cit.*, p. 131.
135. *Op. cit.*, p. 77.
136. *Op. cit.*, v. 2, p. 889.
137. *Op. cit.*, p. 82.
138. *Divórcio e separação*. 2ª tir., tomo II, 6. ed., p. 898/899.
139. Recurso Extraordinário nº 716.745-9, 1ª Turma, julgado em 03/04/1989, *Revista dos Tribunais*, 654/228.
140. *Op. cit.*, p. 106.
141. *Op. cit.*, v. 2, p. 903.
142. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 122/316.
143. *Op. cit.*, p. 66.
144. Ap. Cív. nº 588054486, da 1ª CC do TJRGS, de 06/12/1988, *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 137/238.
145. *Revista dos Tribunais*, 491/179.
146. *Revista dos Tribunais*, 638/84.
147. Agravo de Instrumento nº 11.380-0, Câmb. Especial do TJSP, julgado em 21/02/1990.
148. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. II, p. 236.
149. Recurso Extraordinário nº 96.776-1-PR, Rel. Min. *Rafael Mayer*, DJ, de 27/08/1982, p. 8.180.
150. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, p. 45/74.
151. *Op. cit.*, p. 27/28.
152. *Op. cit.*, v. 2, p. 924.
153. *Op. cit.*, v. 2, p. 928.
154. *Op. cit.*, p. 918.
155. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 3/41.
156. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 364 e 365.
157. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 56/194.
158. Ap. Cív. nº 129.717-1, da 5ª CC do TJSP, de 18/10/1990, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 131/272; *idem*, 130/273.
159. *Divórcio e separação*. 6. ed., tomo I, 2ª tir., p. 694/695.
160. *Revista dos Tribunais*, 499/119.
161. *Revista dos Tribunais*, 468/72.
162. *Op. cit.*, p. 33.
163. Dos regimes de bens no casamento em face da lei do divórcio. *Ajuris*, nº 33, *Revista da Associação dos Juizes* do TJRGS, 1985, Porto Alegre, p. 88.
164. Recurso Extraordinário nº 109.111-8, *Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 97/225.
165. Ap. Cív. nº 73.024, da 8ª CC do TJRJ, de 18/05/1988, *Revista dos Tribunais*, 661/168.
166. *Op. cit.*, p. 259.
167. *Divórcio e separação*. 6. ed., tomo II, 2ª tir., p. 823/824.
168. *Op. cit.*, p. 65.
169. CAHALI, Yussef Sadi. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 476.
170. *Dissolução da sociedade conjugal*, p. 111.
171. *Revista dos Tribunais*, 523/58.
172. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 129/334.
173. *Revista dos Tribunais*, 461/193.
174. Agravo de Instrumento nº 125.059-1, da 5ª CC do TJSP, julgado em 22/03/1990, *Revista dos Tribunais*, 655/86.
175. Ap. Cív. nº 104.359-1, da 7ª CC do TJSP, de 07/12/1988, *Revista dos Tribunais*, 639/61.
176. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 468/469.
177. Ap. Cív. nº 158.651-2, da 17ª CC do TJSP, de 12/10/1990, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 130/80.
178. *Direito civil – Direito de família*, v. VI, p. 253.
179. *Op. cit.*, p. 477.
180. *Divórcio e separação*. 6. ed., tomo II, 2ª tir., p. 996/997.
181. *Op. cit.*, p. 64.
182. *Op. cit.*, p. 65.
183. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 122/384.
184. *Revista dos Tribunais*, 482/59.
185. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 55/136.

186. *Revista dos Tribunais*, 412/177.
187. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 19/135.
188. Modalités d'exercice de l'autorité, arrès divorce: probleme de l'audition et de l'intervention de l'enfants dans la procédure. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 3, p. 523, 1991.
189. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 122/384.
190. Dos direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais. *Revista dos Tribunais*, nº 622, p. 40.
191. *Op. cit.*, p. 106.
192. *Op. cit.*, p. 67.
193. Recurso de Instrumento nº 10.586-0, Câ. Especial do TJSP, de 128/06/1990, *Revista dos Tribunais*, 657/83.
194. *Revista dos Tribunais*, 673/63. Na mesma linha, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 120/207.
195. *Divórcio e separação judicial*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 67.
196. *Revista dos Tribunais*, 490/80.
197. *Op. cit.*, p. 210.
198. *Direito civil – Direito de família*, v. VI, p. 258.
199. *Op. cit.*, p. 102/103.
200. *Revista Forense*, 199/207.
201. *Op. cit.*, p. 103.
202. *Op. cit.*, p. 115.
203. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 143/224.
204. Ap. Cív. nº 117.849-1, da 1ª CC do TJSP, de 20/02/1990, *Revista dos Tribunais*, 653/99.
205. Ap. Cív. nº 219.223-1, da 8ª CC do TJSP, de 27/12/1989, *Revista dos Tribunais*, 650/77.
206. *O divórcio – Anotações à lei*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 90.
207. *Op. cit.*, p. 74.
208. LUZ, Aramy Dornelles. *Op. cit.*, p. 100.
209. Ap. Cív. nº 586044067, da 4ª CC do TJRGS, de 08/04/1987, *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 123/298.
210. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 72.
211. *Direito civil – Direito de família*, v. VI, p. 153.
212. *Revista dos Tribunais*, 261/306.
213. *Divórcio e Separação*. 4. ed., p. 430
214. *Do divórcio*. Estudo da legislação brasileira. São Paulo: Vanorden, 1911, p. 113.
215. *Op. cit.*, v. 2, p. 525 e 527.
216. Ap. Cív. 112.864-1, da 3ª CC do TJSP, 18/04/1989, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 119/82.
217. *Op. cit.*, p. 54
218. Ap. Cív. 128.785-1, da 8ª CC do TJSP, 31/10/1990, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 131/206.
219. *Divórcio e Separação*. 4ª ed., p. 298.
220. Ap. Cív. 128.121-1, da 3ª CC do TJSP, 25/11/1990, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 131/208.
221. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1981, v. VIII, p. 470.
222. *Revista dos Tribunais*, 470/111.
223. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 131/289. Neste sentido, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 116/191.
224. Ap. Cív. n. 589050731, da 5ª CC do TJRGS, de 19/09/1989, *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 146/298.
225. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 57/172.
226. Mandado de Segurança n. 138.288-1, da 6ª CC do TJSP, julg. em 22/02/1991, *Revista dos Tribunais*, 668/88.
227. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. VIII, p. 431.
228. *Alimentos*. São Paulo: Universitária do Direito, 1979, p. 109.
229. *Divórcio e Separação*. 4. ed., p. 316.
230. *Revista dos Tribunais*, 496/98.
231. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. VI, p. 533.
232. *Op. cit.* p. 10.
233. *A luta pelo divórcio*. Rio de Janeiro: São José, 1973, p. 19.
234. *Op. cit.*, p. 15 e 16.
235. *Op. cit.*, p. 100 e 101.
236. *Divórcio e Separação*, p. 537.

237. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 118/130.
238. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 131/206 e 208.
239. Séparation de corps et divorce. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 303, 1991.
240. *Op. cit.*, p. 17.
241. *Divórcio e separação*, p. 554.
242. *Revista dos Tribunais*, 529/212.
243. *Anotações à legislação do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 59.
244. *Divórcio e separação*, p. 548.
245. *Op. cit.*, p. 74.
246. *Op. cit.*, p. 73 e 74.
247. Agravo de Instrumento nº 122.114-1, da 8ª CC do TJSP, 12/09/1989, *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 123/248.
248. *Op. cit.*, p. 97
249. *Revista dos Tribunais*, 520/125.
250. *Op. cit.*, p. 128.
251. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 125/415.
252. *Revista dos Tribunais*, 533/194.
253. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 99/1.338.
254. *Op. cit.*, p. 78.
255. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 145/301.
256. *Op. cit.*, p. 60 e 61.
257. Ação, processo e procedimento, em relação à separação e ao divórcio. *Revista Forense*, n. 265, p. 262.
258. *Revista dos Tribunais*, 558/174.
259. *Ementário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, ano 2, p. 127, nº 2.006.
260. *Ementário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, ano 2, p. 127, nº 2.008.
261. *Divórcio e separação*. 6. ed., tomo II, 2ª tiragem, 1992, p. 1.215.
262. *Divórcio e separação*, p. 616.
263. *Da ação de divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 171.
264. *O divórcio e a lei que o regulamenta*, p. 73.
265. *Divórcio e separação*. 6. ed., tomo II, 2ª tir., 1992, p. 1.233/1.234.
266. *Revista dos Tribunais*, 664/66. Mandado de segurança nº 130.187, da 8ª CC do TJSP, de 08/08/1990.
267. *Op. cit.*, 3. ed., 1979, p. 200/201.
268. *Revista dos Tribunais*, 525/97.
269. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 144/235.
270. Ap. Cív. nº 20.225-1, da 3ª CC do TJSP, de 31/08/1982, *Revista dos Tribunais*, 569/58.
271. *Op. cit.*, p. 123.
272. *Divórcio e separação*. 4. ed., p. 639.
273. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 142217. Ainda, *Revista dos Tribunais*, 529/83, 540/16; e *Revista de Jurisprudência do Tribunal de São Paulo*, 60/54 e 62/29.
274. *Revista dos Tribunais*, 677/257.
275. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 62/292.
276. *Op. cit.*, p. 89.
277. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 63/261.
278. Conflito de Competência nº 704-RS, 2ª Seção do STJ, julgado em 29/11/1989, *Revista dos Tribunais*, 657/184.
279. *Op. cit.*, p. 97/98.
280. *Op. cit.*, p. 61.
281. *Divórcio e separação*, p. 683/684.
282. *Op. cit.*, p. 88.
283. *Revista de Jurisprudência* do TJRGS, 97/384.
284. Ap. Cív. nº 98.819-1, da 8ª CC do TJSP, de 08/06/1988, *Revista dos Tribunais*, 635/200.
285. *Op. cit.*, p. 122.
286. *O divórcio e a lei que o regulamenta*, p. 153.
287. *Ementário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, 5/23 e 24, nº 6.087.
288. *Dissolução da sociedade conjugal*, p. 122.
289. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 71.
290. *Revista de Jurisprudência* do TJSP, 128/42.
291. *Op. cit.*, 3. ed., p. 118/119.