

LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO

**SEPARAÇÃO JUDICIAL
COM CULPA SOB O
ÂNGULO DO NOVO
CÓDIGO CIVIL.**

Para o exame do tema, é importante fazer uma comparação entre o que existe no Código Civil atual, na Lei do Divórcio e no novo Código Civil.

Quando o Código de 1965 veio à luz, o legislador optou em termos de causas da separação judicial litigiosa com culpa, conhecida por separação-sanção, que é de iniciativa de um dos cônjuges, podendo haver a reconvenção do outro e, nesse caso, o juiz julga tudo numa mesma decisão, o legislador civil optou pelas causas específicas, no artigo 317.

Então, quais eram as causas que o legislador relacionou como motivo de separação judicial litigiosa?

A mais clássica de todas, o adultério, bem como a tentativa de morte de um cônjuge ao outro, a injúria grave ou as sevícias, o abandono do lar conjugal por mais de 2 anos. Essas eram as causas específicas que permitiam a um dos cônjuges tomar a iniciativa de propor uma separação judicial litigiosa, na época chamada de desquite litigioso.

Veio a Lei do Divórcio, 6515/77, e o legislador, então, optou pelas chamadas causas gerais ou genéricas. No artigo 5º, o legislador assim dispôs: *“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.”*

Portanto, duas hipóteses gerais ou genéricas acrescidas da insuportabilidade da vida em comum: conduta desonrosa, expressão importada do BGB, Código Civil Alemão, e violação grave de qualquer ato que implique em desobediência ou descumprimento dos deveres entre os cônjuges, as situações jurídicas pessoais entre os cônjuges, os direitos subjetivos relativos de um cônjuge ao outro, abrangendo-se também aí o dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

Os direitos e deveres entre os cônjuges, no Código Civil atual, estão no artigo 231, I a III, e são mais ou menos repetidos no Código Civil novo. Nesses direitos e deveres, o legislador começa enumerando e, também no Código Civil novo, a fidelidade recíproca.

Ora, como o casamento é monogâmico no Direito Brasileiro, exige-se dos cônjuges a fidelidade recíproca. A quebra do dever de fidelidade recíproca significa causa para a separação judicial litigiosa.

A causa mais grave da quebra do dever de fidelidade é o adultério, considerado pelo Código Penal como crime.

O que seria o adultério?

Adultério é a conjunção carnal de um cônjuge com um terceiro. Alguns autores inclusive entendem que a expressão adultério só pode ocorrer com a chamada conjunção carnal dita normal entre um homem ou uma mulher e um terceiro, que não é seu cônjuge.

Aquelas variações da relação conjugal, que se afirma contra a natureza, como felação, coito anal etc. para alguns autores não seria propriamente adultério. Seria quase adultério e estaria no campo da injúria grave.

Para que haja o adultério, ou quase adultério, é preciso voluntariedade na conduta do nubente e isso foi sempre afirmado pelos legisladores, pelos doutrinadores. Não se pode falar em adultério, por exemplo, quando uma pessoa é forçada a manter uma relação sexual com outra. O estupro, o atentado violento ao pudor, não seriam adultério nem quase adultério. Por quê? Falta a voluntariedade da conduta.

Também, na hipótese da pessoa que mantém um relacionamento sexual com outro, hipnotizado, por exemplo, sonâmbula. Na Defensoria Pública, já tive oportunidade de examinar um caso desses, em que a vítima se dizia sonâmbula.

Da mesma forma, na posse sexual mediante fraude falta a voluntariedade da conduta. As pessoas mostram-se incrédulas quanto à possibilidade de alguém possuir sexualmente uma outra pessoa mediante fraude. Mas houve um caso, no interior do Rio de Janeiro, onde, durante um mês, numa determinada cidade, uma determinada pessoa conseguiu penetrar nas casas onde as mulheres dormiam sozinhas, porque os maridos trabalhavam à noite. Então, no quarto escuro, enganando-as, ele manteve relações sexuais. Quando ele foi preso, os maridos entraram com as ações baseadas na infidelidade, alegando crime. A defesa demonstrou que faltava o elemento fundamental para que se afirmasse ter havido adultério, que era a voluntariedade na conduta.

O legislador, no Código Civil de 16, no artigo 319, apresentava outro motivo de exclusão do adultério como motivo de separação judicial litigiosa: quando um dos cônjuges colaborasse com o adultério em relação ao outro, induzisse o outro ao adultério. Por exemplo, nesses encontros de casais, um homem que estimula sua mulher, ou vice-versa, num casamento dito aberto, a manter um relacionamento sexual com uma outra pessoa, não vai poder invocar esse relacionamento como motivo de separação judicial litigiosa com culpa, até pelo princípio que ninguém pode aproveitar-se da própria torpeza.

Também o perdão no adultério afastava a hipótese de adultério como motivo na separação judicial litigiosa. Dizia o artigo 319, parágrafo único do Código Civil anterior, revogado pela Lei do Divórcio: “quando houvesse o perdão tácito...” Que seria isso?

O cônjuge, sabedor da infidelidade por adultério, passava a coabitar normalmente com o outro. A partir daí, não há mais a causa a ser invocada em juízo porque houve o perdão tácito. O perdão expresso é mais difícil, pois o cônjuge, expressamente, declara ao outro o seu perdão.

De qualquer modo, a Lei do Divórcio não trouxe essas causas como excludentes do adultério, mas essas causas permaneceram como excludentes, na doutrina. Então, a aceitação, o perdão do outro, excluiria o adultério.

Agora, fora do adultério ou quase adultério, ainda podem existir as chamadas infidelidades menos graves, mas que induziriam injúria grave. Quando há a chamada intimidade excessiva de um cônjuge com uma outra pessoa, de outro sexo, as mãos dadas, o namoro...

Hoje alguns afirmam até que existiria adultério via Internet. A troca de confidências e encontros de um cônjuge com outra pessoa via Internet é o que alguns chamam de adultério virtual. Na realidade, não há conjunção carnal, portanto, não há adultério. Nós estamos aí no campo, também, da injúria grave, a ofensa à honra do outro cônjuge.

Há o adultério casto, na inseminação artificial heteróloga ou homóloga, por exemplo, na hipótese em que a mulher é inseminada com o sêmen de uma outra pessoa. O marido nem sabe, não foi comunicado, não autoriza etc. Não é adultério, na realidade. Está no campo, também, da injúria grave.

Em suma, de um grau mais alto a um grau menor, exige-se a fidelidade sexual. O grande SanTiago Dantas dizia que o que motiva o casamento é o instinto sexual e o que mantém o casamento é o exclusivismo sexual.

O sexo é fundamental no casamento. No Direito Canônico, por exemplo, se não houver a consumação sexual, o casamento será nulo. E o casamento canônico nulo, na realidade, é o que nós chamamos na doutrina, no Código Civil Português, por exemplo, de casamento inexistente.

O relacionamento sexual, a satisfação sexual, é uma das finalidades do casamento, mas não é a essencial. Conheço um caso em que o casal fez solenes votos de castidade: manterem-se casados sem relacionamento sexual por motivo religioso. Um não pode entrar com ação de separação litigiosa em face do outro, até porque aqui não se vislumbra culpa.

O que seria a culpa?

É, essencialmente, uma conduta reprovável pela sociedade. É a violação de um dever jurídico imputado à consciência do agente. Então, não há conduta censurável, se há um acordo no voto de castidade entre eles.

E mais: os casamentos *in extremis*, quando a pessoa que está morrendo se casa. Não há que se falar em débito conjugal.

Essa expressão *débito conjugal* é do Direito Romano. Devia se chamar crédito conjugal e não débito. Dá idéia de dever, ou dá uma idéia de obrigação no sentido absoluto, embora não tenha caráter patrimonial.

De qualquer forma, existem também aquelas pessoas que se casam muito idosas e que não há como se exigir o débito conjugal de um para com o outro. De qualquer forma, persiste na nossa tradição o dever de fidelidade, e a quebra desse dever enseja a separação judicial.

Nos direitos e deveres entre os cônjuges, também existe a coabitação sob o mesmo teto, o que permanece no Código Civil atual. Essa coabitação sob o mesmo teto significa, também, manter relacionamento sexual, o que às vezes não é possível por motivo de doença, por motivo de uma viagem. Por exemplo, uma pessoa que se casa com um membro de marinha mercante permanentemente viajando, ou com alguém que vai fazer um mestrado no exterior, realmente não se pode alegar a quebra do dever de coabitação, já que o cônjuge tem direito sobre o corpo do outro, sendo tal fato possível.

Mas, no inciso II, coabitar sob o mesmo teto é manter relacionamento sexual no lar conjugal.

Também, como direito e dever do casamento mantido pelo Código Civil novo derivado do artigo 231 do Código Civil atual, temos a mútua assistência, mútua assistência espiritual ou material. O que seria a mútua assistência espiritual?

Quem se casou no religioso ou quem ainda não se casou ou presenciou as cerimônias, o celebrante do casamento religioso, com ou sem efeitos civis, sempre usa aquela afirmação: “*promete amá-lo respeitá-lo a sua vida inteira, na alegria e na tristeza.*”...

Ou seja, esse dever, essa situação jurídica que é extrapatrimonial determina que um cônjuge tenha em relação ao outro sempre apoio, proteção, incentivo, em todas as horas, seja nos momentos mais felizes, seja nos momentos das tristezas, dos fracassos que acontecem com um e com outro. Seja também nos momentos em que a pessoa está doente.

O abandono de uma pessoa doente por um cônjuge, enseja a violação do dever de mútua assistência espiritual, que é causa da separação litigiosa.

Também no mesmo inciso está, implicitamente, a mútua assistência material. A mútua assistência material significa que um cônjuge deve amparo ao outro no sentido econômico. E a quebra desse dever de mútua assistência material ensejará motivo para separação litigiosa.

E mais. A obrigação alimentar que pode ocorrer de um cônjuge para o outro significa, na realidade, a quebra do dever de socorro ou de mútua assistência material. Como dizem os franceses, o *devoir de seccours*.

Ambos, hoje com a igualdade constitucional, devem contribuir na proporção dos seus valores para a manutenção da família. Se um, por exemplo, estiver desempregado, cabe ao outro essa manutenção.

A quebra desse dever de um cônjuge em relação ao outro ou também de um cônjuge em relação aos filhos ^{3/4} aí já seria o inciso IV ^{3/4} ensejaria a separação judicial litigiosa.

O novo Código Civil acrescentou, nessa regra de direitos e deveres entre os cônjuges o dever de colaboração e respeito mútuo. É o art. 1566, que é a reprodução do art. 231 do atual Código de 16:

“**Art. 1.566.** São deveres de ambos os cônjuges:

I — fidelidade recíproca;

II — vida em comum, no domicílio conjugal;

III — mútua assistência;

IV — sustento, guarda e educação dos filhos;

V — respeito e consideração mútuos.”

A vida em comum no domicílio conjugal é a coabitação; o sustento, a guarda e educação dos filhos, inerente, hoje, ao pátrio poder, é reminiscência do Direito Romano.

Na realidade, a expressão pátrio poder foi abolida, porque dava a idéia de predomínio masculino. Agora é poder parental. Então, o sustento, guarda e educação dos filhos é um dever decorrente do poder parental que cabe, inclusive em termos de ECA, a ambos os pais. Se os pais não provierem essa obrigação natural de sustento, guarda e educação dos filhos, isso é crime de abandono material e ensejará a separação litigiosa.

E, no inciso V, a novidade legal, não é uma novidade doutrinária: o legislador fala em *respeito e consideração mútuos*. O respeito à dignidade do outro cônjuge, a consideração que se deve ter com o outro cônjuge, sempre fizeram parte da mútua assistência espiritual. Só que a maioria dos autores destacou o *respeito e consideração mútuos* e o novo legislador introduziu, no inciso V, no artigo 1566, mais essa causa expressa de deveres de ambos os cônjuges, que ensejará a separação judicial litigiosa.

A separação judicial litigiosa é um processo de conhecimento, em que o juiz deve, logo no seu início, ouvir os cônjuges tentando a reconciliação, ou pelo menos, tentando transformar em separação consensual.

Não se obtendo êxito nessa tentativa de conciliação, prossegue-se a separação litigiosa em que o fundamental é a culpa, é o ato ilícito, na realidade. É o 159 do atual Código Civil que foi reproduzido melhor no Código Civil novo.

Aliás, predominam nos Fóruns as separações consensuais. Em muitos casos, as separações judiciais litigiosas se convertem em separações amigáveis.

O novo Código Civil manteve os direitos e deveres entre os cônjuges, do Código atual e acrescentou algo que a doutrina sempre afirmava, o dever de respeito (art. 1566 I a V). E no artigo

1572 também menciona uma causa genérica da separação: “*qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial*” e aqui é a ação, que é a lide, a iniciativa é unilateral de um dos cônjuges, “*imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento*” (a violação que acabamos de examinar no artigo 1566) “*que torne insuportável a vida em comum.*”

A insuportabilidade da vida em comum é requisito, na Lei do Divórcio, para a separação judicial litigiosa. E é também no novo Código Civil.

Numa primeira leitura, pode-se entender que, se ao autor cabe a prova do fato constitutivo do seu direito, ele teria que provar a grave violação dos deveres do casamento e a insuportabilidade da vida em comum.

Só que os juízes, os tribunais e a doutrina, de um modo geral, costumam entender que o fato de se ajuizar uma separação judicial litigiosa, o fato de, na inicial, se imputar uma determinada quebra de deveres do casamento, apontando a culpa, na realidade, o ato ilícito *latu sensu* do réu, já significa, *ex vi legis*, uma presunção de insuportabilidade da vida em comum.

Se assim não fosse, por que se ingressa numa ação, se contrata um advogado ou um defensor público, e se apontam as causas de separação?

Muitas vezes, se essas causas não forem verdadeiras, ensejam a reconvenção do outro cônjuge. E como o cônjuge reconvinente foi injuriado na decisão e, como houve injúria grave, que é a violação, na realidade, da integridade moral do outro cônjuge, ele pede a separação por culpa do outro cônjuge.

Então, se o autor movimenta o aparato judiciário, entra numa lide, muitas vezes ingressa com medidas cautelares anteriores, ação de alimentos às vezes para se manter durante a lide e ainda teria que provar a insuportabilidade da vida em comum?

Decorre daí uma presunção *iuris tantum*, cabendo ao réu derrubar essa presunção de que aqueles atos que ele teria cometido não trouxeram a insuportabilidade da vida em comum. E como é que se poderia comprovar isso?

Até se utilizando do próprio perdão. Vamos supor que o autor, depois do ato apontado como quebra da violação do dever do casamento, venha a conviver com o outro socialmente e normalmente. E até intimamente, o que já daria ensejo a ser provado que não houve insuportabilidade na vida em comum.

É importante dizer que a violação dos deveres do casamento que enseja a separação judicial litigiosa com culpa, a separação-sanção, não precisa ser da mesma natureza e reiterada. Pode ser uma. Um relacionamento extraconjugal pode ensejar a separação. Não é preciso que haja a figura do amante, continuamente.

Também uma ofensa física que torne insuportável a vida em comum já enseja a separação litigiosa. Da mesma forma a sevícia, que é o maltrato físico, as agressões, os castigos corporais.

De qualquer modo, o legislador do novo Código Civil, no artigo 1572, traz cláusula genérica: *violação de dever do casamento, que torne insuportável a vida em comum*. Mas, onde está a conduta desonrosa, que foi trazida do BGV, o Código Civil Alemão?

Os Códigos Civis modernos, como o Código Civil Português, de 1966, por exemplo, adotou as causas específicas para a separação litigiosa; posteriormente isso foi revogado e, agora, lá também, estão as causas genéricas, mais abrangentes.

Por incrível que pareça, o novo legislador traz, no artigo 1573, causas específicas que ensejam a separação litigiosa com culpa. Não entendi a razão, mas está na lei e, em princípio, o legislador não diz palavras inúteis:

“Art. 1.573. *Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:*

I — adultério;

II — tentativa de morte;

III — sevícia ou injúria grave;

IV — abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V — condenação por crime infamante;

VI — conduta desonrosa.

Parágrafo único. *O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”*

Não havia necessidade alguma de se afirmar o *adultério* como causa específica porque adultério é a violação mais grave do dever de fidelidade, que estaria amparado ou mencionado no artigo 1572.

Quanto à *tentativa de morte*, aplica-se o mesmo raciocínio. No inciso III, *sevícia ou injúria grave*, ressuscitou-se o artigo 317, do Código Civil de 1916, que foi revogado.

A condenação por crime infamante, tudo isso fica no campo da injúria grave ou de uma conduta desonrosa. A conduta desonrosa, prevista no inciso VI do artigo 1573, hoje, está contida no artigo 5º da Lei do Divórcio.

O que é conduta desonrosa?

Qualquer comportamento do cônjuge que induza desprezo, num menosprezo da convivência social daquele casal, da própria convivência familiar, pode ser abrangida pela conduta desonrosa: o homossexualismo, a embriaguez, o ciúme exagerado, etc.

Já houve caso de pedido de separação em razão da presença da sogra imposta pela filha, a despeito dos protestos do cônjuge. Entendo que há injúria grave pois, ao impor a indesejada presença de sua mãe, *manu militari*, o cônjuge fere a dignidade do outro.

Também é considerada injúria grave, por exemplo, a recusa do débito conjugal, imotivadamente, o que o belga Henri De Page considera ofensa grave à dignidade do outro cônjuge.

O artigo 1573, no parágrafo único, dá uma explicação do porquê dessa numeração específica, pois o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Ou seja, essas hipóteses são meramente exemplificativas.

Em termos, por exemplo, de conduta desonrosa, há um sem número de situações. Cabe ao magistrado, analisando a sensibilidade de cada cônjuge, analisando a posição social do casal, as circunstâncias em que aquela família vive, verificar se a conduta do outro traduz, realmente, conduta desonrosa que torne insuportável a vida em comum.

Então, é caso a caso. As circunstâncias sociais do casal, a sensibilidade do cônjuge autor, ou do réu, também na reconvenção tem que ser levado em consideração pelo juiz para apreciação se houve, ou não, a injúria grave e a conduta desonrosa que, como cláusula genérica, abrange um sem número de procedimentos.

Agora, na separação judicial com culpa, quando um juiz decreta a separação nessa ação de estado e altera o estado civil do casal, alguns efeitos ocorrem, normalmente. Por exemplo, quando

o juiz julga procedente o pedido e considera um cônjuge culpado, o que acontece, hoje, em termos de dever de socorro alimentar?

O artigo 19 da Lei do Divórcio diz: que o cônjuge inocente, pobre e necessitado, receberá os alimentos na separação judicial. Cobrados de quem? Do cônjuge culpado. E o entendimento majoritário dos tribunais é que, se houver culpa recíproca, no caso de reconvenção, que nenhum deles pode cobrar do outro alimentos.

Ora, o que vai acontecer a partir do ano que vem?

Em primeiro lugar, o artigo 1694, em termos de alimentos, consagra uma afirmação da doutrina em que os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação, agora na mesma posição jurídica dos parentes:

“Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

Clóvis Bevilacqua sempre entendeu que alimentos não deviam fomentar a ociosidade. Ocorre que a doutrina sempre defendeu o posicionamento de que, entre o homem e a mulher esse dever de socorro alimentar devia abranger, não só os alimentos necessários, os alimentos necessários *in vitae*, alimentação propriamente dita, a verba para o vestuário, para a moradia, para a educação em termos de filhos incapazes e, também, para o lazer.

Hoje ficou claro que, quando se fala em alimentos entre parentes também, o que é uma novidade, e cônjuge ou companheiro, o juiz vai determinar esse pagamento da pensão alimentícia, tanto os alimentos necessários $\frac{3}{4}$ *necessarium vitae* por *pietatis causae* $\frac{3}{4}$, mas também os chamados alimentos civis, ou seja, o compatível para manter a pessoa com o mesmo padrão de vida anterior.

O que está acontecendo hoje, na realidade? Hoje, todo defensor e todo advogado de família, quando conversa, principalmente com cônjuge mulher, que muitas vezes ainda não trabalha, sobre separação, diz a mesma frase: *toda separação causa prejuízo*. Prejuízo material e prejuízo moral.

Eu entendo e alguma jurisprudência também entende que é possível até se pleitear dano moral quando houver separação judicial litigiosa, principalmente se a separação for traumática em relação a um dos cônjuges. E o dano material de alguma maneira pode ser compensado pelo pagamento da pensão alimentícia, de algum modo, e pela eventual partilha.

Aliás, o professor Arnoldo Wald, em termos de artigo 19 da Lei do Divórcio, defende, mas é corrente minoritária, que, quando este artigo diz que o *cônjuge inocente e pobre receberá alimentos de que necessitar do cônjuge responsável pela separação*, na realidade, não é necessário que a pessoa seja necessitada; aqueles alimentos teriam um caráter de indenização pelo ato ilícito praticado pelo cônjuge culpado (art. 159 do Código Civil atual).

Mas isso não é a posição majoritária. A posição majoritária é a interpretação literal do artigo.

O entendimento da Desembargadora Áurea Pimentel, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é que só recebe alimento o cônjuge inocente, que não teve conduta reprovável, inocente e necessitado.

Em primeiro lugar, o novo legislador ressalva a necessidade de o juiz fixar uma pensão alimentícia, pelo menos numa separação judicial litigiosa, compensando o prejuízo material porque são alimentos necessários à vida e, também, os alimentos civis.

O § 2º do artigo 1694 diz que *os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia*. E o *caput* fala em parentes, cônjuges ou companheiros. Então, o legislador aqui já ensaiou e já iniciou a possibilidade de alguém que, por culpa sua, se encontra numa situação de necessidade, mesmo assim possa pleitear os alimentos necessários à sua subsistência.

Porém, em termos de separação judicial litigiosa, houve uma modificação importante. O artigo 1702 mantém, em primeiro lugar, a redação atual do artigo 19 da Lei do Divórcio:

“Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.”

E, continua o legislador, porém: *“se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.”* (art. 1704)

Não há novidade. Porém, o parágrafo único do artigo 1704 afirma o seguinte: *“se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condição de prestá-los nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”*.

Esta a situação que o novo Código Civil veio a trazer causa uma certa perplexidade. O que é aptidão para o trabalho?

Numa população em que 70% é completamente desprovida de educação, por exemplo, uma população que beira a linha da pobreza, será que os magistrados de família, na sua sensibilidade, vão obedecer ao parágrafo único do 1704, literalmente? Ou vão dar uma interpretação extensiva, no sentido de que aptidão para o trabalho não seria apenas a educação indispensável para realizar aquele tipo de trabalho?

Mas, e se a pessoa estiver desempregada? Se a pessoa estiver empregada e não ganha o suficiente para viver?

Em suma, a meu ver, a tendência dos juízes de família é aplicar a expressão *aptidão para o trabalho* de forma mais ampla porque é uma regra evidentemente protetiva.

E o que vai acontecer na hipótese concreta?

70% das causas do Rio de Janeiro, são da Defensoria Pública. A dificuldade inicial já é explicar para aquele que se sente ofendido em sua honra, porque sua mulher o traiu, que, conforme o regime de bens, ele terá que partilhar sua meia-água. Isto porque pelo regime da comunhão parcial, pelo regime, hoje, legal, os bens adquiridos a título oneroso, na constância do casamento, se comunicam.

Além disso, será mais difícil, ainda, explicar a novidade de que se o juiz entender que ela não tem aptidão para o trabalho, ele terá que pagar à adúltera uma pensão de alimentos.

Em termos de proteção à pessoa dos filhos, uma das conseqüências da sentença que decreta a separação, então, seria a fixação de pensão alimentícia, e nesses termos do novo Código Civil

Em relação à proteção da pessoa dos filhos, o artigo 1703 diz: “*para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.*”

Mas o que regula essa proteção à pessoa dos filhos na separação judicial litigiosa, hoje em dia? Na Lei do Divórcio, do art. 10 ao art. 16.

O que foi mantido pelo novo legislador, por exemplo, é o artigo 16 da Lei do Divórcio que diz que “*os filhos maiores e incapazes terão o mesmo tratamento dos filhos menores e incapazes.*”

Então, uma pessoa que tem um filho de 25 anos, por exemplo, com um problema mental grave, o juiz deverá fixar, na sentença que decreta a separação judicial imputando culpa a algum deles ou a ambos, deverá determinar qual vai ser a pensão alimentícia que o cônjuge, que não ficar com a guarda do filho, deve pagar.

Para o cônjuge que fica como guardião do filho, determinado pela sentença, o juiz normalmente não fixa um valor para a manutenção desse filho. Ele fixa para aquele que não vai ficar com a guarda, embora como se sabe, o decreto de separação não extingue o pátrio poder; ele permanece para ambos os pais, porém, o exercício do pátrio poder se desloca.

Diz o artigo 1584:

“**Art. 1.584.** *Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.*

Parágrafo único. *Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”*

Isso é uma novidade, porque, hoje, a Lei do Divórcio diz que quem fica com a guarda, em primeiro lugar, é o cônjuge inocente na separação. Porém, tendo em vista o princípio do legítimo interesse do menor, o juiz pode determinar a guarda de maneira diversa. E mais: pode até determinar que a guarda fique com um terceiro que não sejam os litigantes, nem o pai, nem a mãe.

E o artigo 13 da Lei do Divórcio é absoluto em consagrar o princípio de que a situação de guarda é aquela que preenche o princípio do legítimo interesse do menor.

Agora, com o novo Código Civil, em primeiro lugar, se espera que haja um acordo entre os litigantes, o que na prática vai ser muito difícil. Eles próprios decidiriam quem vai ficar com a guarda dos filhos, mesmo na separação judicial sanção. Não havendo acordo, diz o legislador, no artigo 1584, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

E o parágrafo único repete o artigo 13 da Lei do Divórcio atual. Permanece o princípio de que não necessariamente o juiz vai determinar que a guarda fique com o pai ou com a mãe. Ficará com a pessoa mais idônea, até fora da família, preenchendo esses requisitos.

O artigo 1589 continua a ser regido pela disposição da Lei do Divórcio, que foi transportada: “*o pai ou a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia,*” porém, com a modificação: “*segundo o que acordar com o outro cônjuge*”.

O novo legislador determinou que ficará com a guarda, mesmo na separação litigiosa com culpa, em primeiro lugar, aquele indicado de acordo entre os litigantes. E também em termos de visitação. E prefere o acordo com a família e eu acho isso louvável. Não havendo acordo, o juiz fixa o sistema de visitação e a maneira como esse sistema será implantado, e fiscalizando sua manutenção e educação..

Vale lembrar que o artigo 8º da Lei do Divórcio atual fala sobre os efeitos do decreto de separação judicial, ou na separação consensual, em que a sentença é homologatória, em que não há lide, é um procedimento de jurisdição voluntária, ou na separação litigiosa com culpa, ou sem culpa.

Os efeitos são os seguintes: a sentença, na separação judicial, é considerada uma sentença constitutiva ou desconstitutiva, porque ela altera o *status* do cônjuge. Porém, o legislador da Lei do Divórcio diz, expressamente, que a sentença retroage seus efeitos à data da medida cautelar da separação de corpos. Se não houver a medida cautelar da separação de corpos, os efeitos da sentença de separação são *ex nunc*.

Havendo separação de corpos anterior, e posteriormente uma sentença que decreta a separação, na realidade, os efeitos dessa sentença, patrimoniais e não patrimoniais, são *ex tunc*, ou seja, os efeitos retroagem à data da medida cautelar.

Qual é a vantagem disso para um dos nubentes?

Se um dos nubentes, por exemplo, compra um imóvel... Já participei de um julgamento em que não se considerou que esse imóvel se comunicou ao outro porque a sentença retroagiu à data da medida cautelar, como se a pessoa, portanto, tivesse adquirido esse imóvel posteriormente à sentença.

O novo Código Civil não repete o mesmo artigo ou os mesmos princípios. Segundo o artigo 1580, “*decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.*”

Numa primeira vista, o artigo 1580 parcialmente revogou o artigo 8º da Lei do Divórcio, ou seja, na realidade, só para efeito de contagem da conversão da separação judicial em divórcio, consensual ou não, é que vai se aplicar esse prazo, ou seja, o legislador hoje não diz expressamente mais a seguinte frase: *a sentença retroage seus efeitos à medida cautelar* e, portanto, está revogado em parte e vamos nos utilizar desse prazo apenas para contagem do divórcio e não para efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Quanto à separação com culpa, ela não devia ocorrer. O novo Código Civil usa a expressão *violação de dever jurídico, conduta culposa*. Não é o ideal.

O legislador deveria ter a coragem do que preleciona o nosso Professor Álvaro Villaça de Azevedo e instituir o repúdio do Direito Romano.

O que era mais importante em Roma? Era a afeição e a intenção de permanência de marido e mulher. Na falta da *affectio maritalis*, inicialmente o homem dizia: “*mulher, eu te repudio*” e estava feito o divórcio. Findava o vínculo matrimonial e resolvia o problema.

Essa idéia do repúdio é, modernamente, a mais adequada, tanto para o homem quanto para a mulher, seres humanos falíveis por natureza.

PERGUNTAS FORMULADAS

1. *Gostaria de saber se um cônjuge que já está divorciado há mais de 20 anos, o outro cônjuge tem obrigação de sustentá-lo? O divórcio não desvincula qualquer apoio?*

A lei nova tem efeito imediato e geral. A situação descrita já está consolidada no tempo e o divórcio rompe o vínculo matrimonial, ao contrário da separação. A separação apenas dissolve a sociedade conjugal.

Permanece, tanto no Código Civil atual como no Código Civil novo, o dever de socorro alimentar. Só que, com o rompimento do vínculo pelo divórcio há mais de 20 anos, e não havendo resíduo da obrigação alimentar, esta não é devida: a situação já está consolidada.

2. *Seria obrigado o cônjuge varão a pagar pensão para a mulher que tem renda de R\$ 6 000,00, mas alega que, com a referida renda, não consegue arcar com os custos da casa, que caberiam à mesma na divisão dos bens, sob alegação de que devem ser mantidas as condições ou o padrão de vida anterior?*

O princípio da obrigação alimentar, ou do dever de mútuo socorro é possibilidade daquele que vai alimentar e necessidade daquele que requer. Ora, uma pessoa que ganha 6 mil, realmente não pode pretender, em juízo, em querer receber alimentos necessários, quando já tem uma renda suficiente para viver muito bem, pagando o seu sustento e também para manter a sua situação social. Então, ela não vai receber esses alimentos. Ela só receberia alimentos indispensáveis à subsistência, sendo culpada, no regime do novo Código Civil, assim mesmo, os alimentos necessários e não os alimentos civis.

3. *Após a decretação do divórcio e tendo sido homologado em 30% os alimentos à ex-cônjuge, após seu óbito esse percentual será transferido à pensão? Ou cessará os alimentos, só passando a ter direito o cônjuge atual e os filhos? Como fica a situação do ex-cônjuge?*

O artigo 23 da Lei do Divórcio diz: que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor na forma do artigo 1796, quando o Código Civil diz que essa obrigação é intransmissível.

Essa regra do artigo 23 da Lei do Divórcio hoje, no novo Código Civil, está no artigo 1700: “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor na forma do artigo 1694”.

Há algumas posições. A mais correta, no nosso sentir, é a posição do professor Caio Mário da Silva Pereira, ou seja, as prestações alimentícias, em que já houve condenação ou acordo, devidas pelo falecido, passam a ser dívidas comuns e, como dívidas comuns, são cobradas dentro das forças da herança em relação ao espólio.

Então, essa corrente não admite que alimentos futuros possam ser cobrados do espólio, ou seja, dos herdeiros, dentro das forças da herança. Há um posicionamento do professor Arnold Wald, por exemplo, que esses alimentos do artigo 19 da Lei atual e do artigo 1700 do Código Civil novo seriam devidos no caso de separação litigiosa. Permaneceriam sendo pagos pelo espólio. Por quê?

Porque o artigo 23 está no Capítulo dos Alimentos, quase ao lado do artigo 19 da Lei do Divórcio atual. Como ele entende que essa pensão alimentícia, paga na separação em que há um responsável, tem caráter indenizatório, ele entende, então, que há uma transmissão desses alimentos para os herdeiros do devedor.

A Professora Maria Helena Diniz, por exemplo, já tem um outro posicionamento. Ela entende que, agora, o artigo 23 da Lei do Divórcio revogou o artigo 402 do Código Civil e que, portanto, sempre que haja um acordo ou uma condenação alimentar, seja por que motivo for, no Direito de Família, esses alimentos são transmissíveis e são pagos pelos herdeiros, sempre dentro das forças da herança, dentro do que receberem na herança.

E existe um outro posicionamento, do Professor Cahali, de São Paulo, segundo o qual como essa permissão da transmissibilidade de alimentos está na Lei do Divórcio, todos os procedimentos regulados da Lei do Divórcio, ou seja, a separação consensual, a separação litigiosa, o divórcio consensual, ou o divórcio direto ³/₄ e hoje o STJ admite a possibilidade de cobrança de alimentos depois de o divórcio direto ter sido decretado, analogicamente com base no artigo 26 da Lei do Divórcio ³/₄, ele entende que em todos esses procedimentos da Lei do Divórcio em que haja condenação ou acordo de alimentos, esses alimentos se transferem para os sucessores do devedor.

Então, essa pergunta será respondida de acordo com a corrente a que o juiz, no caso concreto, ou o tribunal se filiar. Há, no mínimo, quatro posições sobre isso.

4. *No caso de culpa recíproca, dever-se-ia aplicar a regra que impõe alimentos ao cônjuge que deles necessitar, independentemente da existência de parentes, pois nesse caso a dissolução do casamento converge no interesse dos cônjuges não havendo, pois, cônjuges culpados?*

No caso de culpa recíproca, a jurisprudência, hoje, não admite que nenhum deles, nenhum dos culpados pague alimentos ao outro por um motivo muito simples: é o artigo 19 da Lei do Divórcio. Agora, a partir do Código Civil novo, qualquer dos culpados, provando que não tem aptidão para o trabalho, pode requerer essa pensão alimentícia.