

A separação judicial e o divórcio no novo código civil brasileiro

LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS

1. Após prolongada tramitação legislativa, veio a lume o novo Código Civil Brasileiro (NCCB), anunciado como um diploma legislativo da modernidade.

No âmbito do Direito de Família, não é o que se constata, entretanto. A menos que se tenha como inovação a simples incorporação em lei ordinária de regras já consagradas há mais de 13 anos, na Constituição Federal de 1988, como a igualdade entre os gêneros, a igualdade entre os filhos independentemente da origem da filiação (inclusive adotivos) e a consagração das uniões fáticas como entidades familiares !

Especificamente no que diz com a temática da separação judicial e do divórcio nenhum avanço significativo ocorreu com o novo Código. Ao contrário: retrocessos houve, para desalento da comunidade jurídica especializada.

Estas despreziosas anotações pretendem apenas – em uma abordagem preliminar e, portanto, arrostando todos os riscos inerentes a tal empreitada – pôr em relevo alguns aspectos mais relevantes do novo tratamento dado ao tema da dissolução da sociedade conjugal e do casamento, que, com o tempo, serão, sem dúvida, com muito maior proficiência, versados pelos doutos.

2. A dissolução da sociedade conjugal e do casamento está tratada na novel codificação a partir do art. 1.571 (Capítulo X, Subtítulo I, Título I, Livro IV) .

3. Desperdiçou o legislador excelente oportunidade de extinguir o já anacrônico instituto da separação judicial, cuja manutenção em nosso ordenamento jurídico não mais se justifica. Primeiro, porque é uma “meia solução” para o matrimônio falido, uma vez que não põe fim ao casamento e, por conseqüência, inviabiliza novo consórcio enquanto não formalizado o divórcio. Segundo, porque as razões que levaram à sua manutenção quando da edição da lei 6.515/77 não mais subsistem, considerando que a sociedade brasileira já amadureceu o suficiente para perceber que o divórcio não significou o fim da família, mas, sim, uma solução para as uniões onde pereceu o afeto, condição de subsistência do relacionamento conjugal.

4. Além de manter a figura da separação judicial, o NCCB ainda preservou o princípio da culpa como um de seus fundamentos, quando, a exemplo do que já ocorre com o divórcio, poderia ter se limitado a amparar o pleito separatório apenas na circunstância fática da ruptura da convivência (princípio da ruptura).

Nesse ponto, desconheceu o legislador a orientação jurisprudencial mais atualizada, que, reconhecendo a dificuldade de, na maior parte dos casos, atribuir a culpa pelo fracasso do matrimônio a qualquer dos cônjuges – e constatando a inviabilidade de manter unidos pela lei aqueles a quem a vida já separou – , tem, mesmo quando fundado o pedido no art. 5º, “caput”, da lei divorcista, decretado a separação judicial sem declaração de culpa, pela simples constatação da falência do matrimônio. Exemplo dessa orientação encontra-se nos Embargos Infringentes n. 70001797711, do 4º Grupo Cível do TJRS, onde restou assentado que “Não tem mais justificativa a atribuição da culpa pelo rompimento da vida em comum, quando qualquer conseqüência pode advir desta declaração, bastando, para a decretação da separação, o reconhecimento do fim do vínculo afetivo”. No mesmo sentido foram, entre outras, as Apelações Cíveis n. 598520187, 70000859983 e 70001840289.

Importa notar que tais formulações jurisprudenciais não constituem, por certo, novidade. Ao contrário a solução de decretar o fim da sociedade conjugal mesmo sem que estivesse definida juridicamente a culpa já vinha, em um ou outro caso, sendo apontada pela jurisprudência desde a primeira metade do século XX. O próprio PONTES DE MIRANDA, em interessantíssima passagem de sua monumental obra (“TRATADO DE DIREITO PRIVADO” – 4ª ed. – tomo VIII – p. 44/45), referindo antigos arestos do Tribunal de Justiça de São Paulo (de 1925) e da Corte de Apelação do Distrito Federal (de 1929 e 1933), a censurava, por considerá-la, na perspectiva do direito posto – então na previsão do art. 317 do Código Civil – atécnica, além de incompatível com a concepção católica do desquite. Disse o Mestre : “A despeito, porém, da clareza da lei, da interpretação que se há de dar a regra jurídica limitativa, como é a do art. 317, insinuou-se na jurisprudência, com audácia que toca às raias mesmas da licença, no sentido de ‘facilitar o desquite’, a prática de se admitir, como fundamento para a decretação do desquite, não ser mais possível, nos termos em que se apresenta à Justiça, a permanência da sociedade conjugal (...). Quase sempre ocorre isso naquelas ações em que os juizes, não encontrando base para julgar procedentes a ação ou precedente a reconvenção, ou

procedentes uma e outra, decidem pela improcedência e, tomando a mais absurda das atitudes (pois que, julgada improcedente a ação e improcedente a reconvenção, nenhum provimento cabe aos tribunais), decretam o desquite por impossibilidade da convivência conjugal, ou quejandas fórmulas, que destoam, abertamente, da letra e do sistema do Código Civil, e tomam aspectos escandalosos nos votos de juízes que se dizem católicos. Não está na lei, além de constituírem tais causas criadas a própria linha divisória entre a concepção católica e a concepção luterana ou calvinista do divórcio. (...) Conceder desquite por fundamento que não esteja num dos incisos do art. 317 é violar direito em tese, é violar letra da lei”.

A contundente crítica de PONTES DE MIRANDA permite constatar que a adoção do princípio da culpa como fundamento do desquite (e, depois, da separação judicial) constituiu sempre tradicional foco de controvérsia.

Já em 1979, o insigne civilista JOÃO BAPTISTA VILLELA nsurgia-se veementemente contra a incorporação desse princípio em nosso ordenamento jurídico, afirmando : “Vício seríssimo da lei é o de ainda se estruturar sobre o velho e decadente princípio da culpa. A mais significativa evolução, que se processa hoje no mundo em matéria de divórcio, é o abandono do princípio da culpa (Verschuldensprinzip) em favor do princípio da deterioração factual (Zerruttugsprinzip). De um lado, não cabe ao Estado intervir na intimidade do casal para investigar quem é culpado e quem é inocente nesta ou naquela dificuldade supostamente invencível. Depois, haverá algo de mais presunçoso do que se crer capaz de fazê-lo ? Dizer quem é culpado e quem não o é, quando se trata de um relacionamento personalíssimo, íntimo e fortemente interativo como é o conjugal, chegaria a ser pedante, se antes disso não fosse sumamente ridículo. Nem os cônjuges, eles próprios, terão muitas vezes a consciência precisa de onde reside a causa de seu malogro, quase sempre envolta na obscuridade que, em maior ou menor grau, impregna todas as relações humanas” (citado por Rodrigo da Cunha Pereira, in “A Sexualidade vista pelos Tribunais” – ed. Del Rey – 2ª ed. – p. 225)

Mais recentemente, refletindo o pensamento da moderna doutrina familista, assinalou, com acuidade, Lúcio Grassi de Gouveia, no mesmo sentido : “na origem da consideração da culpa como fator preponderante para fixação dos efeitos do divórcio, deve ser considerada a influência da formação cultural judaico-cristã, que associa as atividades humanas à idéia de expiação dos pecados, em que o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa (...). Tal forma de pensar influenciou o direito de família em diversos países, expressando-se essa noção de culpa na responsabilização de um cônjuge por não mais querer continuar casado com o outro. Exige-se sacrifício e dor em prol da ‘paz doméstica’, que se transforma gradativamente na mais terrível forma de sofrimento: a convivência forçada com alguém com quem não há mais qualquer vínculo afetivo. O direito à felicidade é colocado em último plano. O cônjuge deve sofrer, pois, já que assumiu o casamento, estará condenado perpetuamente a viver com outro pelo resto da vida. E se conseguir livrar-se do casamento, em um processo árduo, no qual será vasculhada sua vida e devastada sua intimidade (a investigação da culpa propicia isso) não poderá fazê-lo impunemente. Em alguns sistemas jurídicos terá que pagar perdas e danos, alimentos, perderá bens e direitos, em suma, será punido muitas vezes com a ruína econômica. Livra-se de uma pena perpétua mas imediatamente tais sistemas jurídicos lhe asseguram eficazmente outra. Você jamais será feliz ! É o que parece querer dizer o juiz que matematicamente calcula o grau de culpa de cada um dos desesperados cônjuges para fixação dos efeitos a serem suportados pelo único ou principal culpado” (“A Culpa como Fator para Fixação dos Efeitos do Divórcio” - REVISTA DA ESMAPE, vol. 5, n. 12, pp. 505/506).

Fazendo eco, no plano jurisprudencial, ao crescente prestígio da corrente que se opõe à adoção do princípio da culpa, recentemente (em 12.12.2001) o Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aprovou a seguinte CONCLUSÃO : “Desde que completado o lapso temporal de separação fática exigido para o pedido de separação judicial litigiosa com causa objetiva (art. 5º, par. 1º, L. 6.515/77) ou para o pedido de divórcio (art. 40, L. 6.515/77) descabe postular separação com causa culposa (art. 5º, “caput”, L. 6.515/77), por falta de legítimo interesse” (Maioria).

Na fundamentação, restou assentado que : “A perquirição da culpa como fundamento do pedido de separação judicial (art. 5º, “caput”, da L. 6.515/77) somente se justifica quando não preenchidos os requisitos para a obtenção da separação com causa objetiva ou para o divórcio. Uma vez estando o casal já separado de fato por tempo superior a um ano, sem que qualquer dos cônjuges tenha tomado a iniciativa do pedido com base na culpa, resta evidenciado o desinteresse em promover a ação sob tal fundamento, o que retira, até mesmo, legitimidade

moral ao autor do pedido para invocar a conduta culposa do réu. Desta forma, com o decurso do prazo, ficando implementado o requisito para idêntica postulação fundada em causa objetiva, resta inteiramente esvaziada de sentido a pretensão à desconstituição do matrimônio com base na culpa, eis que idêntico resultado poderá ser obtido de forma muito mais singela e menos gravosa para ambas as partes e a possível prole. Por fim, não é demais lembrar que o entendimento que aqui se propõe é coerente com a tendência que se verifica no Direito de Família -- com evidentes reflexos nas reformas da lei divorcista -- no sentido da objetivação das causas de pedir da separação e do divórcio, com o conseqüente desprestígio do princípio da culpa, que reconhecidamente não passa de mera ficção jurídica”.

5. Entretanto, voltando as costas a essa realidade, o NCCB preserva o princípio da culpa na separação judicial. E o faz no artigo 1.572, prevendo as hipóteses em que se dará a separação judicial com fundamento na culpa do outro cônjuge, adotando, inicialmente, formulação semelhante, porém idêntica, à da Lei 6.515/77 (art. 5º., “caput”).

É que na redação atual foi suprimida do artigo a figura da “conduta desonrosa”, permanecendo apenas “qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. Por sua vez, a “conduta desonrosa” foi deslocada para o inciso VI do art. 1.573, como uma das hipóteses que podem ocasionar a “impossibilidade da comunhão de vida”.

Optou o legislador, nesse dispositivo, como se vê, pela formulação genérica da lei divorcista, que, sem dúvida, é mais adequada, por permitir maior liberdade ao intérprete para preencher, no caso concreto, as hipóteses gerais previstas em lei.

Entretanto, logo a seguir, no artigo 1.573 e incisos, retorna à técnica da enunciação – do antigo art. 317, do Código de 1916 –, agora em formulação meramente exemplificativa, das hipóteses em que poderá restar caracterizada a culpa, e, por conseqüência, a “impossibilidade da comunhão de vida”, e que são: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar durante um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. As quatro primeiras hipóteses correspondem exatamente à dicção do antigo artigo 317, do Código de 1916 (apenas com a redução do prazo do abandono do lar de dois para um ano). Como antes destacado, a figura da “conduta desonrosa”, retirada que foi da formulação genérica do art. 1.572, é reintroduzida aqui como exemplo de proceder que pode levar à impossibilidade da comunhão de vida.

À diferença do Código anterior, entretanto, onde constituíam hipóteses taxativas, agora são meramente exemplificativas. Ora, se assim o são – não afastando, portanto, a possibilidade de reconhecimento de outras circunstâncias caracterizadoras de culpa – é pertinente indagar a razão que teria levado o legislador a enumerá-las, quando, no artigo antecedente, já havia formulado as causas de pedir culposas de modo genérico. A inconveniência e falta de técnica salta aos olhos !

Não bastasse isso, o parágrafo único do art. 1.573, surpreendentemente, dispõe que “o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. Ou seja, introduz no sistema, de forma absolutamente incoerente com os dispositivos anteriores, uma hipótese de extremada abertura, ensejando, na linha do que já vinha sendo até agora decidido, especialmente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a viabilidade de ser decretada a separação judicial com fundamento exclusivo na impossibilidade de continuação da vida em comum, pela ausência da “affectio” que constitui a própria razão de ser do relacionamento conjugal. Certamente por tal senda é que deverá enveredar a jurisprudência.

Melhor teria sido que, espelhando a evolução que se tem observado sobretudo na jurisprudência, o legislador houvesse se limitado a prever apenas a separação judicial fundada em quaisquer fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum, eliminando a necessidade de apuração de culpas.

Nesse sentido, aliás, foi a proposta (não acolhida, pela Comissão de Redação da Câmara Federal) da Comissão de Acompanhamento do Código Civil, do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM), formulada nos seguintes termos :

“Suprimir o art. 1573 e dar ao “caput” do art. 1572 a seguinte redação : “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, com fundamento em fatos que tornem insuportável a vida em comum, independentemente da ocorrência de culpa do outro”.

JUSTIFICATIVA : À parte a lamentável manutenção em nosso sistema do princípio da culpa como fundamento para ensejar separação judicial, tais dispositivos merecem outras considerações de ordem sistêmica.

O art. 1572 adota a fórmula genérica das causas culposas que servem de fundamento para o pedido de separação judicial, nos exatos termos do art. 5º., "caput", da Lei 6.515/77, prevendo, ademais, em seus parágrafos, as hipóteses de separação com causa objetiva e a denominada separação "remédio", com prazo encurtado para dois anos.

Por outro lado, o art. 1573, surpreendentemente – em formulação que lembra o antigo art. 317 (hoje revogado), do CCB – trata de elencar os motivos que "podem" ensejar a "impossibilidade da vida em comum". Trata-se, é certo, de hipóteses meramente exemplificativas ("podem"), mas de todo desnecessárias, ante a formulação genérica do artigo anterior.

Ademais, para tornar ainda mais patente a incongruência e desnecessidade desse rol de hipóteses, o parágrafo único do art. 1573, em regra que merece encômios, concede, de forma bastante abrangente, ao juiz a possibilidade de "considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum".

Vê-se, assim, que o Projeto não guarda coerência, pois (1) em um primeiro momento, formula hipóteses relativamente abertas (nos moldes da LD), (2) depois, sem qualquer necessidade, exemplifica motivos específicos e, finalmente, (3) para arrematar, dá total liberdade ao juiz para considerar quaisquer outras causas.

Ou seja, primeiro abre uma janela, depois fecha a janela e, por fim, abre todas as janelas e até mesmo a porta !

Impõe-se, pois, uma melhor sistematização, com a adoção de uma regra única, coerente, e que enseje certa liberdade ao juiz para decretar a separação judicial sempre que ficar evidenciada a impossibilidade da manutenção da sociedade conjugal pela insubsistência da "affectio conjugalis", com ou sem ocorrência de culpa."

6. Tratando da separação judicial com causa objetiva, o Código repete o que já era previsto na lei divorcista (art. 5º., p. primeiro), mantendo a possibilidade de fundar o pedido de separação judicial na circunstância objetiva na separação fática do casal (parágrafo primeiro do art. 1572) durante mais de um ano, sem qualquer indagação acerca da causa que ensejou a dissensão. Nenhuma inovação ocorreu, portanto, neste ponto.

7. Ficou mantida – no parágrafo segundo do artigo 1.572 – a hipótese da denominada "separação remédio", com fundamento na doença mental do outro cônjuge, que tanta crítica recebeu da doutrina, uma vez que, inegavelmente, ofende o dever de mútua assistência moral (agora contemplado no art. 1.566, III, do NCCB). Restou, entretanto, encurtado o prazo de duração da doença para a obtenção da separação, que na lei divorcista é de cinco anos, e que agora passa a ser de dois anos. Os demais requisitos para a caracterização da hipótese, entretanto, foram preservados, a saber: (1) que seja grave a doença mental, (2) que tenha sido manifestada após o casamento, (3) que seja impossível a continuação da vida em comum e (4) que a doença tenha sido reconhecida de cura improvável. A redução do prazo, entretanto, em nada contribui para tornar mais aceitável, na perspectiva ética, a hipótese, cuja utilização, de outro lado, nunca encontrou eco no meio jurídico nacional, o que se constata pela jurisprudência quase inexistente acerca do tema. Certamente contribui para a pouca utilização desse fundamento não apenas as restrições éticas que encontra, mas a dificuldade de fazer prova de todos os requisitos que a caracterizam.

8. A regra do atual parágrafo 3º do art. 5º da lei divorcista é mantida, com pequena alteração, no parágrafo 3º do art. 1.572 do novo Código. Impõe ela uma sanção patrimonial – perda, por parte do autor do pedido, do direito a partilhar os remanescentes dos bens que o réu levou para o casamento, quando adotado o regime da comunhão universal de bens – a quem tiver a iniciativa do pedido de separação judicial. Na previsão da Lei do Divórcio, isso se daria quando o pedido tivesse por fundamento a separação fática do casal ("separação falência" – p. 1º do art. 5º) ou a doença mental do outro cônjuge ("separação remédio" – p. 2º do art. 5º). De acordo com a nova sistemática, a penalização passa a incidir apenas na hipótese de pedido fundado na doença mental do outro cônjuge. Regra que visa desestimular os pedidos de separação com tais fundamentos (agora limitado apenas a um deles), sempre se mostrou de aplicação muito restrita, e poderia ter sido eliminada do Código.

De qualquer forma, mister reconhecer, sua aplicação apenas à hipótese da "separação remédio" representa singelo avanço.

9. Merece encômios o fato de que o NCCB não reproduziu a denominada "cláusula de dureza", prevista no art. 6º da lei divorcista, que possibilitava ao juiz negar a separação, nas hipóteses de "separação falência" e "separação remédio", quando verificasse que poderia ela "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”.

Ocorre que tal previsão era absolutamente irreal, na medida em que o eventual prejuízo que visava evitar não decorreria, por certo, do pedido de separação judicial. Na hipótese de o casal já se encontrar separado faticamente, a formalização do pedido não iria trazer prejuízo a quem quer que fosse. Ao contrário, na medida em que fossem estabelecidas as regras a serem observadas, melhor resguardados estariam os direitos de todos. Outrossim, se o pedido fosse calcado na doença mental do outro cônjuge, a manutenção forçada do casamento provavelmente traria muito maior dano ao deficiente do que o pedido de separação.

10. O art. 1.574 trata da separação judicial consensual, reduzindo o prazo mínimo de casamento – que, pelo art. 4º da Lei do Divórcio, é de dois anos – para um ano. É, sem dúvida, inovação que merece ser saudada. Acontece que, sendo possível obter a separação com causa objetiva com um ano de separação fática, situações havia em que o casal preenchia o requisito para levar a efeito a separação litigiosa, por estar separado de fato há mais de um ano, mas não atendia o prazo para separação consensual (que era dois anos de casamento). Assim, mesmo que não houvesse qualquer conflito de interesses entre eles, poderiam ver-se na contingência de simular um pedido litigioso para obter o resultado por ambos desejado. Agora, com a unificação dos prazos em um ano (de casamento ou de separação fática, conforme a hipótese), fica afastada a ocorrência de situações de falso conflito, que eram antes possibilitadas pela lei.

11. O art. 1.575 dispõe que “a sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens”. Parece com isso determinar que, com a separação judicial, proceda-se, desde logo, à partilha. Tal regra, entretanto, não guarda coerência com o que dispõe o art. 1.581 (“O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens), que, na linha da Súmula 197, do STJ, dispensa a partilha em se tratando de divórcio direto. Aliás, o artigo 1.581 vai mais além, uma vez que dispensa a partilha em qualquer das modalidades de divórcio (direto ou por conversão). Não tem sentido, assim, exigir-se a partilha de bens quando da separação judicial, o que parece evidenciar um “cochilo” do legislador (!) que deverá ser corrigido pela jurisprudência.

Quanto a esse ponto também foi encaminhada, pelo IBDFAM, sugestão à Comissão de Redação da Câmara Federal (afinal não acolhida), nos seguintes termos :

“PROPOSTA : Suprimir todo o dispositivo.

JUSTIFICATIVA : Por um lado, o artigo é desnecessário quando afirma que a separação judicial importa a separação de corpos, uma vez que o art. seguinte (1.576) dispõe que a separação judicial põe termo ao dever de coabitação, o que resulta no mesmo!

Por outro, equivoca-se ao afirmar que a separação judicial acarreta a partilha de bens. Ocorre que não se justifica exigir partilha de bens em separação judicial quando, mais adiante, o art. 1.581 claramente a dispensa no divórcio, o que constitui um paradoxo! Ademais, o art. 1.576 corretamente dispõe que “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens”, o que significa, simplesmente, a não comunicação dos bens adquiridos a partir desse momento, mas não determina a realização da partilha, que poderá ser feita, como enseja o art. 1.581, até mesmo depois do divórcio.

O artigo em exame, pois, é absolutamente desnecessário, contradiz dispositivo posterior (art. 1.581) e é equivocado em seu sentido.”

12. O parágrafo único do art. 1.579 (“Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”) contém omissão, uma vez que deixa de referir expressamente que a união estável de qualquer dos pais também não acarreta restrições aos direitos e deveres em relação aos filhos. É evidente que deve ser compreendida a união estável também nessa hipótese, uma vez que não teria qualquer sentido que a formação fática de nova família por qualquer dos pais pudesse gerar efeitos que a formação jurídica, pelo casamento, não acarreta.

13. Tratando do divórcio por conversão, o art. 1.580 apresenta uma redação (“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”) que peca pela falta de clareza. É evidente que a conversão de separação judicial em divórcio pressupõe a prévia separação judicial. Entretanto, a dicção isolada do dispositivo – numa interpretação meramente gramatical, é certo – possibilita o entendimento de que seria viável converter a separação de corpos em divórcio. Felizmente a dúvida resta afastada pelo parágrafo primeiro, que não deixa margem a

dúvida no sentido de que a conversão de que se trata é sempre de separação judicial em divórcio.

14. Inovou salutarmente o NCCB ao afastar, no caso de conversão da separação judicial em divórcio, a exigência adicional (art. 36, parágrafo único, inc. II, da Lei do Divórcio) de que o autor do pedido estivesse em dia com obrigações anteriormente assumidas, o que já vinha sendo tido como inconstitucional pela melhor doutrina ("Divórcio e Separação" – YUSSEF SAID CAHALI – 8ª ed. – t. 2 – p. 1196 e segs.), no entendimento de que o dispositivo da lei divorcista não foi recepcionado pelo art. 226, p. 6º, da CF, cuja única exigência para o deferimento da conversão é o preenchimento do prazo de um ano de separação judicial. Assim também já se manifestara a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 7ª Câmara Cível (APC 599314689, julgada em 23/06/99, relator o Des. José Carlos Teixeira Giorgis) : "DIVÓRCIO POR CONVERSÃO. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS AO ENSEJO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. DERROGAÇÃO DO INC. II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 36, DA LEI 6515/77. DERROGADO O INCISO II DO ART. 36, DA LEI 6515/77, PELO ART. 226, PARÁGRAFO 6º, DA CF, O DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS AO ENSEJO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NÃO MAIS REPRESENTA ÓBICE À SUA CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA."

15. O divórcio direto mantém-se no parágrafo segundo do 1.580 na forma como se encontra na Lei 6.515/77 (art. 40), exigindo unicamente o preenchimento do lapso temporal de dois anos de separação fática, tanto em sua forma litigiosa quanto consensual. Apenas baseado no "princípio da ruptura", portanto, não se mostrando pertinente qualquer questionamento acerca da culpa.

16. Como antes salientado, o art. 1.581, na linha do que já fora consagrado, quanto ao divórcio direto, pela Súmula 197, do STJ, dispensa a partilha de bens em qualquer das modalidades de divórcio. Assim, não é mais exigível a partilha mesmo no divórcio por conversão, o que vinha ocorrendo com fundamento nos arts. 31 e 43 da lei divorcista.

17. Em regra que abrange tanto a separação judicial quanto o divórcio, o 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") manda que seja atendido o melhor interesse da criança, desvinculando a guarda dos filhos de qualquer consideração quanto à culpa.

É, sem dúvida, salutar o dispositivo, que se harmoniza, aliás, com a doutrina da proteção integral, consagrada no art. 227 da CF. Merece registro que mesmo sob a égide da lei divorcista que, na separação judicial com causa culposa (art. 5º, "caput", Lei 6.515/77), em princípio vinculava a guarda do menor à culpa do genitor (art. 10), a jurisprudência já vinha efetuando a aplicação da doutrina do melhor interesse da criança, invocando como fundamento, além do regramento constitucional, uma interpretação mais liberal do art. 13 da Lei 6.515/77 que, de exceção que era, passou à condição de regra.

Agora, o art. 1.584, na linha de torrencial jurisprudência, expressamente determina que se observe, em qualquer hipótese, sempre aquilo que se mostrar mais conveniente para os filhos.

18. O art. 1.578 inova, ao trazer para o âmbito da separação judicial com fundamento em culpa ("sanção") a regra relativa ao nome, que hoje se aplica ao divórcio (art. 25, parágrafo único, Lei 6.515/77).

A primeira inovação aqui está no que se relaciona ao fato de que – na medida em que agora qualquer dos cônjuges poderá crescer aos seus o patronímico do outro (art. 1.565, p. 1º) (*1) – tanto o homem quanto a mulher poderão, quando culpados, sofrer a sanção relativa à perda do direito ao uso do sobrenome do outro.

A segunda decorre de que as hipóteses de manutenção do sobrenome do cônjuge (mesmo no caso de culpa reconhecida), que, pela lei divorcista, incidem quando do divórcio, passam agora a ser aplicadas ao ensejo da separação judicial com causa culposa.

A terceira consiste em que, ao contrário do que ocorre no sistema da lei divorcista (onde perda do direito ao uso do sobrenome pela mulher é consequência necessária da declaração de culpa – art. 17) a sanção passa a admitir exceções, que reproduzem as hipóteses do art. 25 da Lei do Divórcio, a saber : (1) evidente prejuízo para a sua identificação; (2) manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida ; (3) dano grave reconhecido na decisão judicial (*2).

(*1) Vemos com alguma reserva a possibilidade de o homem adotar o sobrenome da mulher, apresentada como consagração do princípio da igualdade entre os gêneros (art. 5º, I, e 226, p. 5º, CF). O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM encaminhou proposta no sentido

de suprimir o dispositivo que abre tal possibilidade (art. 1.565, p. 1º), com o quê não mais seria possível a qualquer dos cônjuges (homem ou mulher) a adoção do sobrenome do outro, o que entendemos como a verdadeira expressão da igualdade constitucional. Na fundamentação da proposta, ficou dito : "Tal regra tem sido comemorada, por muitos, como a consagração, no matrimônio, do princípio da igualdade. O princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, entretanto, deve, ao inverso, extinguir a possibilidade de qualquer deles agregar ao seu sobrenome o do parceiro; e não permitir que o varão assuma o sobrenome da mulher! Para tanto cremos que já está suficientemente amadurecida a sociedade brasileira.

A possibilidade aberta pela regra em comento, aparentemente igualitária, não encontra qualquer justificativa histórica, ao contrário do que acontece com a que permite à mulher somar aos seus os apelidos de família do marido, cujas origens remontam à antiga Roma, onde, com o casamento, havia, por parte da mulher, o abandono de sua família de origem e a integração à do marido, como tão bem noticia FOUSTEL DE COULANGES (in "A Cidade Antiga").

Igualmente no plano dos costumes, evidencia-se que resultará em uma regra praticamente sem uso, uma vez que, em nosso meio, não há qualquer tradição que a recepcione.

A possibilidade de o homem assumir o nome de família da esposa servirá somente aos mal intencionados, que poderão utilizar-se do permissivo legal para melhor engendrar seus ilícitos, para o quê contarão com a possibilidade de, a qualquer tempo, casando, vir a alterar seu nome."

(*2) Há duas decisões do Tribunal de Justiça do RS que, sob a égide da Lei do Divórcio, deram por inconstitucional a regra que impõe à mulher o retorno ao uso do nome de solteira quando da conversão da separação judicial em divórcio. A saber : (1) "Nome. Conversão da separação em divórcio. Não perde a mulher o direito de continuar usando o nome que adotou com o casamento. Trata-se de atributo de personalidade, direito personalíssimo cuja decisão só cabe à mulher, revelando-se inconstitucional o parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio. Apelo provido, com declaração de voto" (APC 70002262731, 7ª C. Cível, rel. Desa. Maria Berenice Dias, julgada em 05.09.2001); (2) "NOME. DIREITO DE PERSONALIDADE. Sendo o nome um dos atributos da personalidade, de todo descabido determinar à mulher o retorno ao nome de solteira, quando da conversão da separação ao divórcio, se esta não é a sua vontade. Apelo provido" (APC 70002607984, 7ª C. Cível, rel. Desa. Maria Berenice Dias, julgada em 30.05.2001) .

Quanto às demais modalidades de separação judicial – ou seja: a forma consensual e as formas litigiosas com fundamento em causa objetiva e na doença mental do outro cônjuge – o parágrafo segundo do art. 1.578 determina que "cabrerá a opção pela conservação do nome de casado". Assim, deixou de existir o apenamento imposto à mulher pelo art. 17, p. 1º, da Lei 6.515/77, que determinava que, sendo dela a iniciativa do pedido com fundamento em causa objetiva ou na doença mental do varão, deveria voltar a usar o nome de solteira.

19. Inovação de relevo há quanto ao tema alimentar. Pela sistemática da Lei 6.515/77, em se tratando de separação judicial fundada em culpa, o artigo 19 impõe apenas ao culpado o encargo de prestar alimentos ao inocente, caso este necessite. Em decorrência, doutrina e jurisprudência têm uniformemente afirmado que o cônjuge reconhecido culpado pela separação perde o direito a alimentos.

O NCCB trata dos alimentos a partir do art. 1.694, e o faz englobando a obrigação tanto proveniente do parentesco como originária do casamento e da união estável. O art. 1.702, tratando da obrigação alimentar na separação judicial, condiciona, inicialmente, seu surgimento à circunstância de ser o cônjuge "inocente" e "desprovido de recursos". Idêntica regra (em desnecessária redundância) situa-se no "caput" do art. 1.704. Portanto, sempre que não caracterizada a culpa, cabível será a estipulação de alimentos.

Entretanto – e aí se situa a inovação – a partir de agora mesmo o culpado poderá ser contemplado com alimentos. Dispõe o parágrafo único do art. 1.704: "Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência".

Duas são as condições para que o culpado possa habilitar-se a receber alimentos do inocente : (1) não ter aptidão para o trabalho e (2) não ter parentes em condições de prestá-los. A primeira condição configura a "necessidade". Mas não basta que o cônjuge culpado necessite dos alimentos. É necessário, além disso, que não tenha parentes (ascendentes, descendentes ou irmãos) em condições de prestá-los. Caso os tenha, deverá pedir os alimentos a esses

parentes, não podendo, nestas condições, direcionar sua pretensão contra o cônjuge "inocente".

Assim, a condição de "culpado" ou de "inocente" refletirá na própria ordem de precedência da obrigação alimentar entre cônjuges. Isto é : se culpado, o parente precede o cônjuge; se inocente, o cônjuge precede o parente.

Não fica aí, porém, a inovação relativa aos alimentos em razão do casamento. Ocorre que, preenchendo o cônjuge as condições postas em lei para que possa postular os alimentos, estes, na hipótese de ser o alimentado considerado culpado pela separação, serão fixados pelo juiz no montante estritamente "indispensável à sobrevivência" (art. 1.704, parágrafo único).

Em contrapartida, ao cônjuge que não for considerado culpado pela separação (ou seja, o "inocente") bastará provar sua necessidade (decorrente do fato de não possuir aptidão para o trabalho) e a possibilidade do potencial prestador para habilitar-se a receber pensão alimentícia. Não fica, nesta hipótese, obrigado a demonstrar que não possui parentes em condições de prestá-los. E mais: o valor dos alimentos deverá corresponder ao que for necessário à preservação do padrão de vida que desfrutava durante o casamento, e não fica adstrito ao mínimo indispensável à sobrevivência. É o que decorre do art. 1.694, que estatui que os alimentos, como regra, devem corresponder ao que for necessário "para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

Em se tratando de divórcio direto, onde não cabe perquirição de culpa – baseando-se exclusivamente no princípio da ruptura (art. 1.580, parágrafo segundo) – os alimentos serão devidos desde que reste caracterizado exclusivamente o binômio possibilidade-necessidade (art. 1.695), descabendo qualquer outra averiguação. E, por decorrência, sempre deverão corresponder ao que for necessário à preservação do padrão de vida do beneficiário (art. 1.694).

No caso de divórcio por conversão da separação judicial (art. 1.580, "caput"), manter-se-á, quanto aos alimentos, o que houver sido estipulado ao ensejo da separação judicial.

Importantíssima é a regra do art. 1.707, que explicita que o direito aos alimentos é indisponível. É certo que tal característica da obrigação alimentar já existia no Código anterior (art. 404). Porém, a jurisprudência mais recente vinha entendendo que indisponíveis eram apenas os alimentos decorrentes do parentesco, não os que era devidos em razão do casamento (*3) . De há muito superada, por sinal, inclusive no STJ, a Súmula 379, do STF, que espelhava entendimento diverso.

Isso porque o Código de 1916, a partir do art. 396, regravava exclusivamente a obrigação alimentar decorrente do parentesco, e nesse contexto estava inserida a regra do art. 404. Entretanto, o NCCB, a partir do art. 1.694, dispõe acerca dos alimentos devidos tanto em razão do parentesco como do casamento e da união estável. Assim, a regra da indisponibilidade aplica-se agora, indiscutivelmente, a todo direito alimentar, independentemente de sua origem (parentesco, casamento ou união estável).

(*3) A jurisprudência do STJ – inobstante a Súmula 379, do STF – é pacífica no sentido de que os alimentos devidos em razão do casamento não desfrutam da característica da indisponibilidade. Assim, entre inúmeros outros, vale referir os seguintes julgados recentes : 1) REsp 70.630/SP (4ª Turma – rel. Min. Aldir Passarinho Júnior) ; 2) REsp 254.392/MT (4ª Turma – rel. Min. César Asfor Rocha); 3) REsp 221.216/MG (3ª Turma – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito); 4) RHC 11.690/DF (3ª Turma – rel. Min. Nancy Andrighi).

Assim também se posiciona a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do que é exemplo o seguinte aresto : **"ALIMENTOS. RENUNCIA OU DISPENSA EM DIVORCIO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO PEDIDO. O DIVORCIO ROMPE, SALVANTE EXPRESSAS EXCECOES, TODOS OS VINCULOS ENTRE OS EX-CONJUGES. INAPLICABILIDADE DA SUMULA 379. O DEVER DE ASSISTENCIA, SOMENTE PERSISTE QUANDO AS PARTES O CONVENCIONAM NO ACORDO DO DIVORCIO, OU NOS CASOS DO ARTIGO 26, DA LEI N.6515/77. SE A EX-ESPOSA NAO FEZ ATUAR O DIREITO A ALIMENTOS ENQUANTO CONJUGE, E SE TAL DIREITO NAO FOI RESSALVADO EXPRESSAMENTE NO ACORDO DE DIVORCIO, APOS DESFEITO O CASAMENTO JA NAO CABE SEQUER INDAGAR DA OCORRENCIA DE RENUNCIA OU DISPENSA. CARENCA DE ACAO POR PARTE DA EX-ESPOSA PARA PEDIR ALIMENTOS AO EX-MARIDO. APELACAO IMPROVIDA."** (APELAÇÃO CÍVEL Nº 599276409, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 10/06/99)

Na doutrina, conserva atualidade a lição de Sílvio Rodrigues : "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 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 marido soubesse que havia de ser compelido a sustentar sua ex-esposa não concordaria em subscrever a petição de 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" ("Direito Civil", vol. VI, "Direito de Família", Ed. Saraiva, 18ª ed. - p. 228)

Evidente a inconveniência dessa disposição, no que diz respeito ao casamento e à união estável. É que, em se tratando de direito patrimonial, e ainda mais tendo em conta que o casamento (assim como a união estável, é claro) trata-se de um vínculo que há muito não mais desfruta da característica da indissolubilidade, injustificável que a ele se associe a geração de um direito indisponível! Ademais, é sabido que muitas vezes a obtenção de um acordo de separação ou divórcio consensual exige determinadas concessões recíprocas. Nesse contexto, a renúncia aos alimentos é manifestada em troca de outras vantagens patrimoniais. Agora, com a impossibilidade de dispor dos alimentos estendida também aos cônjuges, a margem de negociação de acordos restará significativamente restringida.

20. Derradeira indagação cabe formular quanto à possível vigência de alguns dispositivos da Lei 6.515/77 mesmo após a entrada em vigor do novo Código.

Ocorre que o art. 2.045 do NCCB (em obediência ao que dispõe o art. 9º., da Lei Complementar n. 95/98) , ao enumerar expressamente as leis que revoga, refere apenas a Lei n. 3.071/16 (atual CCB) e a Primeira Parte do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1.850. Portanto toda legislação extravagante na parte em que não colidir com o que dispõe o NCCB, ou que tratar de matéria por ele não regulamentada, continuará em vigor (art. 2º., p. 1º., Decreto-Lei n. 4.657/42).

No caso da lei divorcista, há que observar que contém, além de normas de direito material (inteiramente versadas no NCCB), também dispositivos de natureza processual, que tratam dos diferentes procedimentos da separação judicial e do divórcio. Tais regras (especialmente os arts. 34/37, parágrafo segundo do art. 40, e 47/48), e apenas estas, sem dúvida, permanecem em vigor.

21. Em conclusão, vê-se que o NCCB, na parte do Direito de Família, e em especial na matéria de que aqui nos ocupamos, efetivamente não espelha toda a evolução jurisprudencial ocorrida nos últimos anos.

Renova-se, entretanto, a esperança de que o trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência permita, no tempo futuro, construir em torno do novo diploma que brevemente entrará em vigor, e em especial na matéria de que aqui nos ocupamos, interpretações construtivas que ensejem a superação das deficiências existentes, continuando a erigir um Direito de Família que, ao invés de entravar, contribua para facilitar a solução dos conflitos que ocorrem no âmbito da entidade familiar e que, muitas vezes, apontam como única alternativa a dissolução do matrimônio.

BIBLIOGRAFIA :

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação - 8ª ed. - t. 2 - São Paulo : RT, 1995

GOUVEIA, Lúcio Grassi. A Culpa como Fator para Fixação dos Efeitos do Divórcio - REVISTA DA ESMape, vol. 5, n. 12

MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado - 4ª ed. - Tomo VIII - São Paulo: RT, 1983

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Sexualidade vista pelos Tribunais - 2ª ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2000

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, vol. VI, Direito de Família, São Paulo : Saraiva, 1993