

Medida cautelar de separação de corpos

DES. DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA (*)
(12-9-1928 — 27-12-1985)

1. *Etimologia e conceito*
2. *Sua inexistência no direito romano*
3. *Origens canônicas do instituto*
4. *Surgimento em nosso direito*
5. *Impossibilidade de sua decretação sob o mesmo teto*
6. *Podará o magistrado indeferi-la?*
 - 6.1 *Documentos exigidos*
 - 6.2 *Manifestação da intenção da separação judicial*
7. *Qual o cônjuge que deverá sair do lar?*
8. *A separação prévia faz cessar a coabitação?*
9. *Conclusões*

1. Nosso Código Civil faz preceder a ação de separação judicial do pedido preparatório de separação de corpos, possibilitando ao casal em conflito a suspensão prévia do dever recíproco de coabitação ou da necessidade jurídica da convivência, através de procedimento cautelar específico:

A *separatio corporum*, integrada por dois vocábulos latinos — *separatio* — *onís*, de *separare* (separar, dividir, desunir, distinguir, desligar, disseminar, colocar à parte, retirar, deixar solitário, afastar, apartar, desapegar-se, interromper, romper os laços, impedir a união, fazer cessar a aproximação de, decretar ou permitir a ruptura da vida conjugal entre) e *corpus* — *orís* = corpo, carne, indivíduo, pessoa, ajuntamento — quer dizer sempre a separação de corpos, a desunião das pessoas, o desfazimento do ajuntamento, o afastamento do casal, a interrupção da convivência.

Na conceituação objetiva de RUBENS LIMONGI FRANÇA (1) é “o instituto por meio do qual, como medida preventiva, autorizada pelo magistrado, os cônjuges ficam desligados da obrigação da vida em comum no domicílio conjugal”.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (2) prefere distingui-la da separação de fato, afirmando que esta se verifica “quando os cônjuges se apartam, um

(*) *Obra póstuma.*

(1) LIMONGI FRANÇA, R. *Manual de Direito Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, vol. 2, tomo 1/262.

(2) AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de Coabitação — Inadimplemento*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 225.

do outro, sem a intervenção do Poder Judiciário, no processo competente, sendo de direito quando se realiza sob a égide do Judiciário”.

2. Os romanos, segundo o seu conceito e objetivos do matrimônio, jamais conheceram a separação de corpos, que pretendemos estudar como medida cautelar da separação judicial.

“Para os romanos, — afirmamos anteriormente (3) — o matrimônio constitui a união do homem e da mulher, reconhecida pela lei, pelos costumes e pela opinião pública, supondo uma comunhão de vida, alicerçada na *affectio maritalis*, isto é, pela intenção de ser marido e mulher, pela consciência em ambos os cônjuges de que a comunidade que integram é um matrimônio.

Diversamente do matrimônio moderno, influenciado pela Igreja, o romano não surge do consentimento inicial, requer antes a sua contínua renovação. Faltando esta intenção ou consciência da união, cessa o matrimônio por ausência de sustentáculo, por inexistência de motivação e objetividade. Não basta consentir, é preciso revigorar esse consentimento quotidianamente.

O matrimônio romano era uma instituição viva, com plena consciência de sua vitalidade. Nutria-se não na letra morta de um contrato impossível de aglutinar e perpetuar a união de um homem e de uma mulher, mas no renascer constante desse sentimento de união, no dimensionamento quotidiano da necessidade da conservação dessa união, no reconhecimento diário de que um precisa do outro.”

Consubstanciava uma situação jurídica fundada na convivência conjugal e na *affectio maritalis*. Por isso, essa convivência conjugal nunca implicou, necessariamente, em convivência efetiva, em seu sentido material, como união de fato, senão em sua significação ética. O matrimônio existe ainda que os cônjuges não habitem a mesma casa (*Dig.* 24, 1, 32, 13). Não é a coabitação que faz o matrimônio, mas o consentimento (*Dig.* 50, 17, 30). Por isso, podia contrair-se na ausência do marido, iniciando a vida em comum, apenas com o ingresso da mulher na casa deste (*deductio in domum maritalis*). Não havia matrimônio se a mulher estivesse ausente.

Convivência (ato ou efeito de conviver = viver com, ou no mesmo tempo, ser companheiro de mesa; *conviva* = companheiro de mesa, comensal, esposa) possui dois elementos: o objetivo, a presença e o subjetivo, a intenção, a *affectio maritalis*, que prevalece sobre o primeiro (4). O casamento se dissolvia pela falta de intenção de ser marido e mulher, nunca pela falta de convivência material. Bastava que guardassem — um e outro — a consideração e o respeito devidos — a *honor matrimonii*.

(3) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A Nova Lei do Divórcio Comentada*. São Joaquim da Barra, O. Dip. Editores, 1978, p. 10.

(4) IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, p. 507 — § 130.

Sua fonte remota encontra-se no direito canônico e a próxima no art. 77 do Decreto nº 181, de 1890.

3. Para obtermos uma explicação plausível da obrigatoriedade desse processo preliminar de separação de corpos, há muito diluído em sua necessidade pelas naturais dificuldades processuais, pela liberalidade jurisprudencial e doutrinária em não considerar essencial o alvará de separação de corpos, tornado facultativo pelo art. 7º, § 1º, da Lei nº 6.515, de 26-12-77, a Lei do Divórcio, que lhe imprimiu uma importância indispensável ao seu ressurgimento, torna-se imperioso remontar à sua origem no direito canônico.

Pelo teor do cânon nº 1.128 do antigo Código Canônico, atualmente, cânon nº 1.151 do Código que entrou em vigor em 27-11-1983, a vida dos cônjuges implica uma comunidade de leito, mesa e habitação, devendo fazer em comum vida conjugal, a não ser que justa causa os excuse disso, originando-se, daí, a separação de fato e o estado jurídico de separação.

A separação de fato materializa a dispersão da vida conjugal, estabelecida em forma unilateral, pelo abandono não acidental ou transitório, que pode ser por acordo comum ou ruptura permanente da coabitação. Não constitui uma modificação ou alteração das relações matrimoniais, mas, ao contrário, a violação de uma obrigação, sobre a qual não lhe é possível dispor ou pactuar por ser assunto de caráter social. Os cônjuges, sem prévio ou formal processo, sem mandato jurisdicional e sem que as circunstâncias imponham, adotam arbitrariamente essa conduta.

Contrariamente, o estado jurídico de separação presume a modificação das relações jurídicas interconjugais e não a simples ruptura material da convivência e se fundamenta em autêntico direito subjetivo da separação que pode emergir em favor de um dos cônjuges por causas legalmente determinadas.

A separação de fato ou mera separação de corpos não possui relevância jurídica. A problemática de sua licitude ou ilicitude pertence ao domínio da teologia moral. Os canonistas só consideram a licitude da separação convencional, privada, por pequeno espaço de tempo, por motivos sobrenaturais (desejo de uma vida mais perfeita ou consagrar-se à oração) ou materiais (necessidade de buscar recursos econômicos, fazer cursos noutra localidade ou noutro país). Apenas em dois casos a separação por consentimento mútuo dos cônjuges com caráter perpétuo é admissível: ingresso na religião de um ou de ambos os cônjuges ou a promoção do varão às ordens sagradas.

Fora dessas hipóteses, a separação só encontra relevância jurídica se existir uma justa causa e houver a intervenção da autoridade eclesial. O primeiro requisito exclui a relevância jurídica da separação convencional sem causa, embora consentida por ambas as partes, ou arbi-

trária e unilateral. O último requisito elimina a separação meramente privada, conforme nos ensina CANTON (5).

Segundo nos explicam DOMINGUEZ, MÓRAN e de ANTA (6), a separação de leito é coisa privada, na qual não intervém a Igreja no foro externo, deixando-a à consideração e iniciativa dos esposos. Idêntica afirmação cabe à separação apenas de mesa ou de leito e mesa simultaneamente. Mas, no que se refere à separação de casa, que é total por acarretar consigo a de leito e mesa, esta não pode ser atribuída aos cônjuges.

Portanto, o direito canônico não permite que os casados se separem, sob pretexto algum, sem causa e sem autoridade do juízo eclesiástico. Em caso de estarem separados de fato ou por decisão própria, convencional ou unilateral, ou de nunca se terem unido, os cônjuges terão sempre de solicitar a separação prévia, como medida preparatória da separação permanente.

Se a mulher casada pretende separar-se de seu marido por sevícias, deveria previamente requerer ao juiz eclesiástico que a mandasse tirar do poder marital e depositá-la em casa conveniente. Era o que se chamava *sequestratio*. Após a justificação, mediante processo sumário e sem citação do marido, ordenava o juiz eclesiástico o depósito da mulher, dando licença para citar o marido e fixando prazo dentro do qual deveria vir com sua ação de divórcio.

Entretanto, se a urgência e a gravidade do caso recomendasse, ou se as sevícias atestassem o perigo de vida que a paciente corria, o juiz, tendo ciência verbal dessa ocorrência, determinava o depósito imediato, para depois se verificar a justificação (Cf. *Const. Reg. do Auditor Eclesiástico* — Tit. 2º, § 1º n. 78).

Posteriormente, com a própria evolução social e religiosa, o direito canônico passou a considerar desnecessária a separação prévia e o depósito da mulher, quando os cônjuges já estivessem separados de fato, mesmo por autoridade própria, vivendo sob tetos diferentes, uma vez que os valores fundamentais da pessoa humana — conservação da saúde e da vida — não mais estavam ameaçados pela convivência matrimonial.

4. Em nosso direito a persistência da doutrina da Igreja sobre a união ou aliança matrimonial, solidificada no direito português e no luso-brasileiro, transplantou-se para o Decreto nº 181, de 24-1-1890, sem nenhuma razão de ser, alojando-se, agora, no art. 1.562 do Projeto, em andamento no Congresso Nacional (PLC nº 118/84).

(5) CANTON, A. Bernardes. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*. Madrid, Editorial Tecnos, 1971, pp. 372-3.

(6) DOMINGUEZ, Lorenzo Miguelez; MÓRAN, Sabino Alonso; ORTIZ, José Lopez. *Código de Derecho Canónico*. Madrid, Ed. Católica, 1949, p. 420, nota 1.128.

Sua melhor justificativa residia na cessação do poder marital e na possibilidade de litigarem os cônjuges com maior desembaraço. Ora, o argumento se desmoronava ao primeiro impulso: se a mulher era impedida pelo poder marital de agir contra o marido para requerer a separação judicial, também o seria para a separação provisória. Agora, o art. 248, inciso VIII, do Código Civil, após a nova redação que lhe imprimiu o art. 5^o da Lei do Divórcio, propiciou à mulher casada poder livremente propor a separação judicial e o divórcio, o que há muito vinha sendo defendido em nossa doutrina e aceito pela nossa jurisprudência mais evoluída.

CLÓVIS BEVILÁQUA (7) justificou esta cautelar, com o seguinte comentário:

“A separação dos cônjuges, como preliminar de ação, que tem por fim a separação definitiva, pela dissolução da sociedade conjugal, é uma providência, que a razão aconselha, pela inconveniência e até perigo de continuarem sob o mesmo teto os dois contendores no pleito judiciário. Para que os cônjuges tenham liberdade de ação, para tirá-los da situação de constrangimento, em que se achariam, e, ainda, para que a irritação não tenha, nos encontros inevitáveis de quem habita a mesma casa, motivo para recrudescer e desmandar-se, é de razão que se separem provisoriamente. E, para que se não veja, nesse momento, um ato de rebeldia contra a prescrição legal e as exigências da sociedade, que impõem a vida em comum aos que se uniram para a vida, o autor da ação de desquite, nulidade ou anulação de casamento deve pedir que se lhe permita deixar a habitação comum. Claro é que, se os cônjuges não mais residem no mesmo lar, esta providência perde a razão de ser. Ela vem, naturalmente, em socorro do cônjuge inocente, a cuja consciência se apresenta uma razão imperiosa para desfazer a união em que se acha, e cuja persistência se lhe torna impossível. Não tem por fim homologar a separação de fato.”

CARVALHO SANTOS (8), secundando o pensamento de Clóvis Beviláqua, também acha desnecessária a separação prévia “quando os cônjuges não residam no mesmo prédio, estando separados de fato”. AMARAL GURGEL (9) entende que isso seria um contra-senso. BARROS MONTEIRO (10) e ANTÔNIO CHAVES (11) também concordam com esta opinião.

(7) BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio, Liv. Francisco Alves, 1956, II/77.

(8) CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio, Freitas Bastos, 1953, IV/263.

(9) AMARAL GURGEL, J. do. *Desquite*. São Paulo, Ed. Saraiva, I/125, nota 83.

(10) BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil — Direito de Família*. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 202.

(11) CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil — Direito de Família*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1975, 3/168.

Este posicionamento doutrinário, baseado na própria evolução canônica, que considerava a separação de corpos apenas sob o aspecto do *periculum vitae*, destituído de quaisquer implicações jurídicas, fecundou em nossa jurisprudência duas vigorosas correntes, tendentes a reconhecer que "o alvará de separação de corpos, como preparatória do desquite, perde a sua razão de ser quando os cônjuges não mais residem no mesmo lar" (RT-438/141 - Des. Torres de Carvalho). Convém destacar ainda os acórdãos constantes das RT-530/81 - 446/80 - 163/710 - 162/263 - 158/157.

"É sabido que a separação de corpos não tem só o efeito de dar liberdade aos cônjuges para instaurar o processo de desquite ou anulação de casamento. Objetiva, também, legalizar a separação, antes da decretação da dissolução da sociedade conjugal. O alvará de separação de corpos, achando-se os cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo direito de família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges. Entretanto, tal medida não é indispensável para se intentar o desquite ou anulação do casamento" (in RT-460/145 - Des. Penido Burnier). "O alvará virá atestar a separação jurídica, mesmo porque a separação dos cônjuges por fato próprio, é falta a dever matrimonial e produz efeitos que podem ser danosos a algum deles" (RT-185/846). Tudo, porque "a separação de corpos não visa apenas ao ato material do afastamento de um cônjuge do outro, e, portanto, não perde sua razão de ser com a separação de fato" (RT-432/126).

5. A separação de corpos, que precede à ação de separação judicial, a de nulidade ou a de anulação do casamento ou na pendência da ação principal, constitui providência que objetiva a separação dos cônjuges e da morada do casal.

Dar-se-á, excepcionalmente, a separação de corpos dentro do próprio casamento, sem qualquer caráter preparatório dessas ações, no caso de serem menores os cônjuges "para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal" (CC, art. 214, parágrafo único).

Alguns autores, a exemplo de PONTES DE MIRANDA⁽¹²⁾ com a sua ponderável autoridade, endossam a decretação da separação de corpos "sob o mesmo teto".

Discordamos inteiramente dessa opinião pela sua origem canônica e pela justificativa da providência solicitada.

O texto canônico, antecedente e inspirador do atual artigo, refere-se, no título do capítulo, a *de separatione tori, mensae et habitationis* (a respeito da separação de leito, mesa e habitação), a trilogia onde se assenta o casamento. Para os canonistas existem dois tipos de separa-

(12) PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio, Forense, 1976, tomo XII/469.

ção: a separação parcial (suspensão da comunidade de leito e mesa, *isolada ou conjuntamente*) e a separação total (ruptura da comunidade de habitação, que acarreta o desaparecimento das duas anteriores). O *Codex Juris Canonici* se preocupa apenas com a última, por supor uma infração à conduta social e regras morais, relegando os dois outros aspectos à consideração e iniciativa privada dos cônjuges.

Por isso, mesmo separados de fato, os cônjuges teriam de pedir a separação preparatória, pois, além de condenada, a separação de fato poderia ser coibida com a excomunhão, pena de gravidade máxima e capaz de atemorizar qualquer católico que almeja uma vida eterna.

A palavra *teto* (*tectum* – *i*, de *tegere* = *teto*, cobertura da casa, telhado, casa, morada, habitação, aposento), tanto no latim como em nosso vernáculo, sempre foi dicionarizada como *casa*, *habitação*, *alcova*, *lar*. A separação de corpos “sob o mesmo teto” atingiria tão-só a coabitação, a cessação das relações sexuais, o que, diante da animosidade reinante, dos ódios e recalques acumulados, seria um *contra-senso*, uma verdadeira aberração, contrariando toda a índole e argumentação favorável à necessidade dessa medida preparatória, cuja finalidade precípua era determinar o afastamento temporário do cônjuge até a sua efetivação, suprimindo a obsoleta *sequestratio* do direito canônico, transferida ao direito *reíno*, ao *luso-brasileiro* e ao atual.

Além do mais, desde a gênese canônica e do art. 77 do Dec. nº 181, de 1890, fonte do atual art. 223 do CC, verificamos pela legislação contemporânea de nosso Código Civil, os antigos Códigos Cíveis da Itália (art. 155), Suíça (art. 170), Portugal (art. 1.206, § 4º), Uruguai (art. 154), Venezuela (art. 202) e México, de 1928 (art. 282), pelo nosso direito anterior – Carlos de Carvalho (art. 1.444) e pelos Projetos anteriores de Teixeira de Freitas (art. 1.446) e de Coelho Rodrigues (art. 1.919) que a separação de corpos implicava no afastamento da morada do casal, nunca na separação “sob o mesmo teto”, dentro da mesma alcova.

Separadas as residências, cada uma delas será exclusiva de cada cônjuge, vedando-se ao outro a entrada ou permanência nela contra a vontade do morador, sob as penas do art. 150 do Código Penal.

E, em consequência, segundo o art. 100, nº I, do CPC, o foro competente para a ação de separação judicial e sua conversão em divórcio passa a ser o da residência da mulher. Não sendo competente o da última residência do casal (RJTJESP – 44/22). Prevalece, ainda, a regra da residência da mulher mesmo que seja recente e tenha anteriormente ajuizado noutro foro ação de alimentos contra o marido (RP-1/198), ou, quando não haja coincidência residencial entre o foro onde fluiu a separação judicial e a sua conversão em divórcio, será adotado este último (RT-542/90).

Entretanto, tomando para argumentar as próprias expressões de PONTES DE MIRANDA (ob. cit.), se “a declaração judicial não obriga à

separação de corpos materialmente, e sim, apenas juridicamente" (p. 467), se "essa separação é apenas *quoad thorum*; talvez, e.g., se os cônjuges quiserem, não *quoad habitationem*" (p. 469), se "não é essencial" (p. 470), se "não tem efeitos além daqueles que se ligam ao afastamento temporário do *debitum conjugale*" (p. 470), de que adiantaria requerê-la? ... Se uma separação de fato é mais fácil, mais barata, mais simples e rápida e socialmente aceita? ...

Afastamento, afastar (desviar, apartar, tirar para longe, separar, distanciar, retirar, arredar, pôr distante) e separação, separar (desligar, desunir, afastar, interromper, pôr de lado, extremar, dividir, distanciar, isolar, desagregar, apartar, desapegar-se, romper os laços, fazer cessar a aproximação de, soltar-se, permitir ou decretar a ruptura da vida conjugal entre, impedir a união de, divorciar) são sinônimos em nosso linguajar jurídico e popular, pela sua etimologia como pela sua atualidade.

O autor, como o réu, pode requerer a separação de corpos, segundo a "pretensão e a regra jurídica cogente objetiva" (p. 467) do art. 223 do CC, e o Juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura, "o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal" (CPC, art. 888, n^o VI), se a separação de corpos "vem de socorro do cônjuge inocente, a cuja consciência se apresenta uma razão para desfazer a união, cuja persistência se torna intolerável" (Des. Gonçalves Santana — *RJTJESP-3/179*), se é permitido pedir alimentos provisionais nas ações de separação judicial, "desde que os cônjuges estejam separados" (CPC, art. 852, n^o I), se a separação judicial importará na separação de corpos e esta poderá ser decretada como medida cautelar (LD, art. 7^o e § 1^o), se a sentença que julgar a separação judicial retroage à decisão que tiver concedido a separação cautelar (LD, arts. 8^o, 25 e 44), por que requerê-la? ... Apenas, para sua juridicização? Apenas para afastar o cônjuge do dever sexual, deixando-o entregue à sanha e desmandos do outro cônjuge, à insuportabilidade da vida em comum? ... O brasileiro, quando separa a cama, separa também a mesa e a casa ...

Logo, a separação prévia de corpos, como medida cautelar ou incidental de ação de separação judicial, sob o mesmo teto, nunca foi nem será a de que tratam os arts. 223/224 do CC, o art. 7^o e seu § 1^o da Lei do Divórcio, nem a do art. 888, n^o VI, do CPC que, explicitamente, alude a "afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal". Tampouco destinar-se-á a autorizar alimentos provisionais, nos termos do art. 852, n^o I, do CPC, desde que estejam separados os cônjuges. Admitiu-se até o afastamento do concubinatório, através de medida cautelar inominada (*RT-537/105*).

6. Requerida a providência, resta saber se o magistrado poderá indeferir-la.

Embora nos termos do art. 223 do CC sejam imperativos, exprimindo uma indicação obrigatória — requererá o autor — será concedida

pelo juiz com a possível brevidade — assim não deverá ser entendida ou interpretada. A doutrina, a jurisprudência e, agora, a lei, concederam facultatividade àquela imposição. “Apesar do tom imperativo do texto, conclui LOPES DA COSTA (13), a jurisprudência e a doutrina sempre entenderam, com insignificante discordância, que a separação não é pressuposto da ação, podendo os cônjuges dispensá-la ou já haver a ela recorrido, estando separados de fato”.

O juiz nunca esteve nem estará obrigado a deferir a medida, se achar que não deverá fazê-lo. Este posicionamento legal, ranço de imposições de outrora, não se coaduna com as suas prerrogativas constitucionais e morais, nem lhe reduz a independência ou macula a possibilidade de proferir sentenças justas e bem estudadas. Cabe-lhe “sopesar os elementos probatórios fornecidos pelos litigantes para conceder ou não a medida preparatória” (RT-518/129 — Des. Pinheiro Franco). “O juiz pode julgar mal — escreveu J. PINTO LOUREIRO (14) —, mas se chega a convencer de que procurou julgar bem, e se a sua atitude em tudo foi a de pessoa que se esmerou por verificar os fatos e encontrar a lei para decidir corretamente, pode-se discordar da decisão, mas salva-se, em toda a sua plenitude, o respeito pelo julgado e pelo julgador”.

6.1 Documentos exigidos:

“Dispõe o Código Civil que seja requerida com os documentos que a autorizem. O documento essencial é a certidão de casamento, parecendo dispensável todo e qualquer outro, o qual poderá ser oferecido com a petição inicial da ação, pois basta a intenção de anular o casamento ou de desquitarse, acompanhada da prova de que houve casamento, para que o alvará seja concedido” (15).

“No processo preparatório de separação de corpos, a única prova a examinar é a do casamento, sendo impertinente a discussão dos fatos que devem ser apreciados e julgados na ação de desquite” (*Jur. Mineira* — 32/274 — Des. Abreu e Silva).

Como o deferimento se verificará, geralmente, em despacho liminar, como recomenda o art. 223, justifica-se assim o imperativo do mesmo dispositivo legal. Entretanto, o último requisito é que pode autorizar o seu indeferimento.

6.2 Manifestação da intenção da separação judicial:

O requerente não terá de provar que sua intenção tem fundamento. Far-se-á esta prova, apenas no âmbito da ação de separação judicial,

(13) LOPES DA COSTA, Alfredo de Araujo. *Medidas Preventivas*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1966, p. 106.

(14) Apud BOUCHARDON, Pierre. *O Magistrado*. São Paulo, Acadêmica, 1937, p. LXXXVI.

(15) AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1960, 3/30.

jamais no pedido de alvará. Realmente, "o processo cautelar preparatório não é, necessariamente, uma antevisão perfeita ou fiel do que será o desquite ou anulação do casamento. Tanto que seja demonstrada a divergência e o desamor, o juiz concederá a separação de corpos" (RT-489/101 — Des. Vieira de Moraes).

Para DE PLÁCIDO E SILVA⁽¹⁶⁾ "quando, porém, é a própria parte que a pede, dando razões de sua necessidade, não a deve negar o juiz, bem ao contrário lhe cumpre determinar a separação".

Na realidade, o que não pode é o juiz indeferir o pedido de separação de corpos, sob o fundamento de que os cônjuges já estão separados, pois "o alvará de separação de corpos, achando-se os cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo direito de família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges (RT-460/145 — Des. Penido Burnier).

Não há incompatibilidade em que, com a separação de corpos, se peçam alimentos provisionais e se disponha sobre a guarda dos filhos do casal (RT-454/112 — Des. Oliveira de Andrade — *Idem* RT-432/127 — RT-421/165).

O que não se pode permitir é que, em processo de alimentos provisionais (CC, art. 224), haja investigação se a mulher é culpada, se deu ou não motivos para a separação, sendo irrelevante o argumento do abandono voluntário do lar conjugal, cabível apenas no pedido de alimentos definitivos (CC, art. 234) (RT-496/163 — Des. Silva Wolff).

7. Concedida a separação de corpos, qual o cônjuge que deve sair?

A separação de corpos é para o afastamento de um dos cônjuges da moradia do casal, sendo indiferente seja marido ou mulher. Não é certo nem há disposição legal a respeito, que seja o cônjuge requerente do alvará o obrigado a deixar o lar. Ou que a separação, opondo-se um dos cônjuges, deva ser feita apenas *quoad thorum*, permanecendo *quoad habitationem* (RT-470/111 — Des. Batalho de Camargo).

Embora exista a igualdade jurídica dos cônjuges, a situação criada com o pedido de separação prévia deve ser solucionada segundo as particularidades e conveniências de cada caso.

Para LOPES DA COSTA (ob. cit.), "a decisão, como a de todas as medidas preventivas, depende das circunstâncias particulares, extremamente variáveis em cada caso. A mulher, por exemplo, é a proprietária do prédio. Sai o marido. Um dos cônjuges tem ali um estabelecimento comercial, um hotel, uma oficina, um atelier de costura. O outro é que deve sair. Em falta de outro critério: será afastado o cônjuge culpado". Difícil será localizá-lo,

(16) DE PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio, Forense, 1956, 4/202, n. 1.624.

uma vez que, nesta medida cautelar, não se indagam as razões para um julgamento do culpado ou inocente.

Preferimos ficar com HUMBERTO TEODORO JÚNIOR⁽¹⁷⁾: “determinar-se, coercitivamente, o afastamento do cônjuge que criou a situação insustentável na morada comum”. Lembrando, ainda, “o que se há, porém, de ter sempre presente é que a retirada forçada de um dos cônjuges do lar comum é medida excepcional e violenta, que deve ser aplicada com muita prudência, a fim de evitar qualquer consequência supérflua ou desnecessária”.

Ou como pretende JORGE AMERICANO (ob. cit.): “para alcançar-se, portanto, com o alvará de separação, o mandado de afastamento, devem alegar-se e provar-se circunstâncias que tornam necessária alguma das modalidades acima referidas, seja em relação aos cônjuges, seja em relação aos filhos. Em caso contrário, dar-se-á o simples alvará, e nesta hipótese o único efeito será o de legitimar o afastamento do cônjuge requerente”.

A separação de corpos que tanto pode ser concedida com o afastamento da esposa como do marido, conforme as circunstâncias apresentadas, “deverá ser o do cônjuge cuja saída melhor atender à conveniência e à comodidade do casal e dos filhos” (RT-548/177 – Des. Nunes do Nascimento), caso não haja acordo entre eles sobre quem deverá deixar o lar conjugal.

O que não se entende nem se permite, como descreve PEDRO SAMPAIO, é que, excepcionalmente, continuem os cônjuges separados sob o mesmo teto, porque “pode ocorrer que o consorte que requereu a separação de corpos não tenha meios econômicos para passar a residir alhures, ou, ainda, que a residência do cônjuge acarreta prejuízo para a prole comum, ou, ainda, que as suas condições de saúde não permitam ou aconselhem a troca de habitação. Desde que justificado o motivo da permanência sob o mesmo teto, os casados passarão a ter habitação comum, mas sem manter relações sexuais”.

Infelizmente, ousamos discordar do ilustre mestre baiano e de seus motivos: falta de recursos, prejuízo à prole com a mudança, condições de saúde – motivos esses que também existirão na separação definitiva e jamais poderão impedi-la. Além do mais, inexistente qualquer disposição legal vigente que imponha ao cônjuge requerente do alvará sua obrigatoriedade em deixar o lar, nem mesmo outro dispositivo que determine a separação sob o mesmo teto, se com a *quoad habitationem* não concordar o outro cônjuge ou justificar suas razões. Compete ao juiz assinalar, no mandado de afastamento, um prazo máximo de trinta dias, ao cônjuge varão para que providencie a efetivação das condições necessárias. Vencido o prazo, sem o seu cumprimento, deverá ser ele afastado do lar conjugal e nunca ser premiado com a mesma morada.

(17) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio, Forense, 1978, vol. 406, n. 318.

8. A separação prévia cessa a coabitação? Perfeitamente, por ser uma antecipação da separação definitiva, que virá com o processo principal, favorável ou não ao requerente. Concedida esta, suspende-se, interrompe-se, impede-se, susta-se o dever da fidelidade recíproca e o da vida em comum.

PEDRO SAMPAIO⁽¹⁸⁾, em entendimento que CAHALI⁽¹⁹⁾ considerou correto, admite que “durante o período de vigência da separação de corpos, conquanto liberado de coabitar, o cônjuge terá que abster-se sexualmente, pois, ao revés, violará o dever de fidelidade”.

O ilustre Desembargador YUSSEF SAID CAHALI, em sua notável obra (p. 297) — nota 494), transcreveu a sugestão nº 60 que o Ministério Público de São Paulo apresentou ao Projeto do Código Civil, onde se lê, como justificativa: “os alvarás de separação de corpos vêm sendo protelados, sistematicamente, nas varas competentes sob desculpas de diligências dispensáveis. Dificilmente são eles concedidos com a rapidez necessária, conforme a própria doutrina unanimemente preconiza. Há processos de alvarás, nos quais funcionamos, que se tornam verdadeiros processos de desquite ou de anulação de casamento, com a facultações de provas, as mais variadas, contestações, etc., arrastando-se nos juízos de família durante anos, quando se tem entendimento que deve ser concedido de plano”⁽²⁰⁾.

Basta colocar-nos no lugar dos requerentes para sabermos que a providência suscitada só poderá ser considerada injusta, incabível e impossível para uma pessoa sadia em tão longo período de abstinência sexual.

Alguns autores ainda se conservam impregnados dos efeitos do antigo desquite brasileiro e da influência de seu equivalente francês — a separação de corpos.

Com a decretação ou homologação do desquite, do elenco dos deveres recíprocos do casamento cessava a coabitação, e a assistência mútua se transforma em dever de socorro. A fidelidade — o que sempre reputei inconcebível — permanecia face ao não rompimento do vínculo matrimonial, embora jamais existisse sanção legal para sua transgressão, ao contrário da francesa que possuía uma sanção penal atenuada. Por isso, advogou-se — em absoluta incoerência às razões básicas da existência do gênero humano — que, na prévia separação de corpos, os cônjuges deverão abster-se sexualmente. Maior absurdo do que esse cometeram os que defendiam a subsistência do dever da fidelidade, após o nosso desquite ou a separação de corpos francesa (ROUAST, BAUDRY-LACANTINERIE, AUBRY e RAU, GIANTURCO).

(18) SAMPAIO PEDRO. *Divórcio e Separação Judicial*. Rio, Forense, 1983, p. 100, n. 64.

(19) CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1983, p. 299.

(20) Sugestões para o Projeto do Código Civil — in *Justitia*. São Paulo, Serviço de Documentação Jurídica do Ministério Público, 1975, vol. 90/375-8.

Sempre defendemos e sustentamos que, mesmo com a permanência do vínculo conjugal, jamais lei alguma teria a pujança de coagir os ex-cônjuges a fazerem voto de castidade sem qualquer vocação eclesiástica. Lei alguma, divina ou humana, norma moral ou religiosa, compromisso social ou familiar, poderá impingir a uma mulher ou a um homem, em toda a plenitude de seu vigor sexual, na etapa incandescente em que a vida fugaz lhe oferta todo o esplendor e magnificência que o amor lhe desperta e insinua, que se torne uma intocável vestal romana ou um virtuoso eremita, imolando na frieza do insulamento a seiva estuante que se agita e se vivifica em seu organismo e o impulsiona a viver, só porque teve a infelicidade de sentir na própria carne o estigma da frustração de sua vida conjugal. Injusto e desumano seria se tudo isso fenecesse na aridez daqueles seres, onde não se conseguiu medrar a maravilhosa semente do amor. Criminoso e injurídico seria condená-los à reclusão sexual, pena que nenhum código até hoje previu. Humano e divino incentivar-lhes um novo vôo, sondar outras plagas, plantar novas amizades, desejar o desejado, irmanar-se na outra metade, entremostrarem-se na mesma afinidade, na mesma disposição de caminhar mais uma vez iluminados, deslumbrados pela ventura de amar, pois, sentenciara Platão: "aquele que não ama, caminha no escuro".

O que sempre combatemos e repudiamos, com escólio em sólida jurisprudência, é o fato de estar o cônjuge percebendo alimentos provisionais, na hipótese, ou definitivos após a decretação ou homologação da separação judicial, e exibir uma vida de absoluta liberdade sexual ou de mancebia⁽²¹⁾. Separado, cautelar ou definitivamente, o cônjuge torna-se livre, emocional e sexualmente, para assumir o risco e o sabor de suas aventuras. A lei e o direito não devem permitir que o ex-cônjuge seja escolhido o financiador ou segurador dos fracassos sentimentais do outro. Mesmo assim, diante das necessidades humanas e das condições de nossa sociedade fingida, defendemos um relacionamento discreto e hipócrita à altura dos que pensam que a separação judicial acarreta o término do apetite sexual dessas vítimas do desamor e da incompreensão, pois, "não havendo mais o casamento, impossível a conservação da fidelidade recíproca, desumana a sua exigência. Incongruente seria o nivelamento dos direitos do marido ao do desquitado e vice-versa"⁽²²⁾.

Por isso concordo expressamente, com ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO⁽²³⁾, ainda no regime anterior ao divórcio: "se o juiz declarar, judicialmente, a separação de corpos dos cônjuges, a partir desse decreto não se pode ver, principalmente, quebra do dever de fidelidade, de coabitação e de

(21) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Alimentos do Cônjuge na Separação Judicial e no Divórcio*. Cuiabá, Imprensa Universitária Proedi, 1983, p. 98.

(22) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Adultério, a mais Infamante Causa do Divórcio*. SP, L. Oren Editora, 1986, p. 73, n. 5.5.1.

(23) AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Dever de Coabitação. Inadimplemento*. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 232.

mútua assistência”, concluindo, mais abaixo (p. 234): “vida em comum, aí, significa não só a habitação sob o mesmo teto, como a satisfação sexual”.

Agora, com a Lei do Divórcio, a questão assume outro aspecto, dissipando as dúvidas de antigos doutrinadores. Estabelece o art. 3º que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”. E a sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data da decisão (que tiver concedido a separação cautelar (arts. 8º, 25, 44). Logo, decretada ou homologada a separação judicial, esta retroagirá à data da decisão que concedeu a separação cautelar, ou seja, em simples raciocínio, põe termo ao dever de fidelidade recíproca desde a separação de corpos, não se podendo mais dizer que naquele período a fidelidade subsistiu.

A preocupação marcante dos que apregoam a subsistência da fidelidade durante a separação prévia objetivava a problemática dos filhos, naturais ou adulterinos. Não mais existe o vetusto e rumoroso dissídio doutrinário e jurisprudencial a respeito, onde se digladiavam conservadores e liberais. Desde 1947, que CAJO MÁRIO⁽²⁴⁾ diagnosticava: “o que se pode, sem dúvida, acentuar, é que os adeptos da doutrina liberal se tornaram cada vez mais numerosos, notando-se, ainda, que a tendência de nossos tribunais é marcadamente neste último sentido, de uns tempos a esta parte”.

A mácula da ilegitimidade a estigmatizar a vida dos que jamais tiveram qualquer parcela de culpa no procedimento dos pais já desapareceu de nossos registros públicos, desde o art. 7º da Lei nº 883, de 21-10-1949, e o seu reconhecimento depois do desquite, a partir do Dec.-Lei nº 4.737, de 24-9-1942.

Na jurisprudência, pontificou o Supremo Tribunal Federal que “é natural, e não adulterino, o filho de pessoa já desquitada, porque, com o desquite, cessou o dever de fidelidade conjugal” (RE-69.253-MG – Rel. Miu. Luiz Gallotti – em 17 de agosto de 1971 – in RTJ-58/656), além de inúmeras decisões desse e de muitos outros tribunais brasileiros.

9. Acreditamos que, se considerarmos a separação de fato e a separação prévia autorizada em Juízo, apenas, como preliminares da dissolução da sociedade conjugal, não divisaremos grandes vantagens, inclusive para efeitos de alimentos provisionais, que podem ser requeridos independentemente nos termos da Lei nº 5.478, de 25-7-1968.

A Lei do Divórcio veio imprimir-lhe uma nova feição, atribuindo-lhe relevantes efeitos jurídicos inusitados, tendentes à desconstituição definitiva do casamento (arts. 7º, § 1º; 8º, 25 e 44).

Não obstante, a prévia separação de corpos, como decorrência muito natural das divergências e do desamor, não tem por finalidade exclusiva

(24) SILVA PEREIRA, Cajo Mário da. *Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilégitima*. Rio, Forense, 1947, p. 35.

tão-só o ato material do afastamento de um dos cônjuges da morada conjugal e não perde sua razão de existir diante da separação de fato. É um desdobramento natural de uma profunda e insanável crise matrimonial. De regra geral, a separação é sempre de fato. A medida judicial nada mais representa senão a comprovação diagnosticada do estado patológico do casamento, ou quando dessa separação, transformando a separação de corpos de fato em separação autorizada judicialmente. Procura legitimar a separação, concedendo ao outro cônjuge o direito de permanecer no lar conjugal, onde receberá alimentos provisionais, se assim o necessitar, sem a presença constrangedora do outro, além das despesas indispensáveis à demanda judiciária. Poderá, ainda, ser cumulada com o deferimento cautelar da guarda dos filhos (RT-454/112 - 432/127 - 421/165). Contudo, esse alvará nunca será pressuposto indispensável às ações pertinentes.

Jurisprudência tranqüila do próprio Tribunal paulista torna consagrada a maioria que admite a concessão do alvará de separação de corpos, mesmo precedida da separação de fato.

“É sabido que a separação de corpos não tem só o efeito de dar liberdade aos cônjuges para instaurar o processo de desquite ou anulação de casamento. Objetiva, também, legalizar a separação, antes da decretação da dissolução da sociedade conjugal.”

“O alvará de separação de corpos, achando-se os cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo direito de família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges. Entretanto, tal medida não é indispensável para se intentar o desquite ou anulação do casamento” (AI-224.271 - 5º CC TJSP - em 20-9-73 - Des. Penido Burnier - in RT-460/145).

Entre outras inúmeras decisões podemos destacar: RT-541/97 - 525/66 - 515/83 - 489/101 - 454/112 - 432/126 - 421/165 - 185/846 - RJTJESP - 55/129 - 47/192 - 42/148 - 41/175.

Por outro lado, a separação de corpos quer dizer separação de fato, de leito, mesa e habitação, ruptura da convivência conjugal. Constitui uma violação dos deveres de ambos os cônjuges (CC, art. 231, nº II), dos deveres do marido (CC, art. 233, nº IV, e 234). A lei não permite interromper a sociedade conjugal senão por efeito de sentença, para evitar que o casamento e seus mais caros interesses sejam confiados aos caprichos e flutuações do humor dos cônjuges desavindos ou saturados daquela união. A obrigação da vida em comum imposta aos casados, antes de ser apanágio dos direitos individuais, é princípio de moralidade e de ordem pública.

Sustentamos um entendimento mais amplo e liberalizante para o deferimento do alvará de separação de corpos e, na hipótese de inexistir acordo entre eles, passando a solução ao prudente arbítrio do juiz, um mandado

de afastamento com a rigidez que o caso requer. Sempre que requerido por qualquer dos cônjuges com "a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão" (CPC, art. 801, nº IV) e a demonstração da "divergência e desamor" (RT-489/101) ou outras condições especiais de admissibilidade da ação, o juiz terá de concedê-la, sem procrastinação, mesmo diante da faculdade do art. 810 do CPC, face à imperatividade do art. 223 do CC. A única e exclusiva prova a examinar será a do casamento. É impertinente a discussão dos fatos que deverão ser apreciados e julgados na ação principal (*Jur. Mineira* 40/179), evitando-se a dualidade de procedimentos com o mesmo objetivo (RT-553/81).

Essa medida preparatória "é de ser antes concedida que negada" (RT-489/101 - *RJTJESP*-13/177 - RT-432/126), nem "haverá de ser, necessariamente, uma antevisão perfeita ou fiel do que será a separação judicial", e seu indeferimento só se permite quando for omissa a inicial no tocante ao direito ameaçado e ao receio de lesão (RT-515/83).

Podemos resumir que a separação prévia de corpos se presta, atualmente, aos seguintes efeitos jurídicos:

a) resguardar o cônjuge dos possíveis exageros e desabafos, conforme as circunstâncias, do outro cônjuge;

b) proporcionar maior liberdade de ação aos separandos para a instauração do processo principal de separação judicial;

c) legalizar a separação de fato, se houver, antes de decretação da dissolução da sociedade conjugal;

d) autorizar a requerer alimentos provisionais, a dispor sobre a guarda dos filhos do casal, durante o processo, a receber numerário para custas e honorários advocatícios, indispensáveis ao processamento da causa principal;

e) antecipar o termo dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (LD, arts. 3ª e 7ª), impossibilitando o outro cônjuge de ingressar no domicílio e até no leito conjugal para, diante da recusa, caracterizar "o ato que importe em grave violação dos deveres do casamento", ou lhe possa ser imputada "conduta desonrosa", noutras hipóteses, invertendo a responsabilidade da separação judicial;

f) produzir seus jurídicos efeitos à data da sentença que a outorgou e não da execução da medida liminar, se houver, servindo o alvará para provar, cabalmente, o prazo inicial: 1) da ruptura da vida em comum (LD, art. 5ª, § 1º); 2) da conversão em divórcio da separação judicial (art. 25); 3) do divórcio direto, especial ou extraordinário (art. 44);

g) prevenir sua legitimação ativa para a contestação da legitimidade do filho, havido pela mulher, após a separação (CC, art. 340, nº II);

h) propiciar, no prazo de trinta dias, o ingresso em Juízo da ação principal, embora inexista qualquer sanção para o seu descumprimento.