

A SEPARAÇÃO DE CORPOS E O DIREITO DE ESTAR SÓ

Rolf Madaleno*

SUMÁRIO

1. A origem da separação de corpos. 2. A natureza da separação de corpos. 3. A coabitação na separação de corpos. 4. O objeto da separação de corpos. 5. Separação de corpos como medida cautelar. 6. Caducidade da medida. 7. A tutela antecipada. 8. O princípio da fungibilidade. 9. A separação de corpos na jurisdição voluntária. 10. A conveniência na determinação da dignidade humana. 11. Bibliografia.

1. A origem da separação de corpos

A separação de corpos tem sua origem histórica associada ao longínquo *direito romano*, primeiro, numa época onde a personalidade da mulher era totalmente absorvida pelo chefe da família, assegurando a *potestas*, a supremacia do marido sobre a esposa, posição que perdurou durante séculos, sofrendo lento abrandamento, que no Brasil só alcançou a paridade legislativa com o advento da Carta Política de 1988, quando o

* Advogado e Professor de Direito de Família da PUC/RS, Diretor Nacional e sócio fundador do IBDFAM, Vice-Presidente do IARGS.

artigo 226, § 5º, tratou de assegurar a igualdade de direitos referentes ao exercício da sociedade conjugal.

Como observa Eduardo de Oliveira Leite,¹ havia uma aceitação tácita do grupo social romano que, especialmente nas graves questões conjugais, como aquelas decorrentes do adultério feminino, o marido podia repudiar a sua esposa, ou até mesmo matá-la em caso de flagrante delito.

Mas o marido também podia repudiar a mulher por ser profanadora de sepulcros, homicida, plagiadora, por haver subtraído coisas de edifícios sagrados, por encobrir ladrões, por assistir a festas com homens estranhos sem o conhecimento ou contra a proibição do esposo, por pernoitar fora de casa contra a vontade do marido e sem escusa admissível, por assistir aos jogos dos circos, teatro ou espetáculos na arena, em que pese a proibição do esposo, por atentar contra a vida do marido com veneno, punhal ou outro modo semelhante, por cumplicidade com aqueles que conspiram contra o império, por crime de falsidade e até por haver levantado as mãos contra o esposo.²

Nenhuma formalidade maior era exigida para o repúdio, apesar disto eram utilizadas fórmulas orais variadas para comunicá-lo.³

Promulgada pelo imperador Augusto, a *lex Iulia de adulteriis*, as decisões sobre a sorte da esposa adúltera saíram do foro íntimo do marido e foram transferidas para a esfera pública, obrigando o marido enganado a repudiar a mulher adúltera, que era então condenada ao exílio.

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Origem e evolução do casamento*, Curitiba:Juruá, vol. 1, 1991, p.85.

² BELLUSCIO, Augusto C. *Derecho de Familia*, Tomo III, Buenos Aires:Depalma, 1981, p.18.

Diante da total submissão da mulher romana o repúdio sempre foi de larga utilização, vindo ela a poder exercer igual direito somente com o surgimento do Império, quando então desapareceu a necessidade de o homem e a mulher justificarem a sua separação.

Conforme lição de Eduardo de Oliveira Leite,⁴ já no período da Realeza Romana o homem só poderia repudiar sua esposa em quatro hipóteses: a) tentativa de envenenamento; b) utilização de chaves falsas; c) parto simulado e d) adultério, até que ao tempo do Baixo Império, com a forte influência da Igreja, o estado passa a intervir na dissolução do casamento, recaindo sua primeira ação sobre a noção de repúdio, que, "...a partir de então, produz os efeitos de uma simples **separação de corpos**, instituição que será organizada, mais tarde, pelo direito canônico clássico."⁵

Quando a vida em comum se tornava insuportável, escrevem Colin y Capitant, o Direito Canônico organizava a separação de corpos (*divortium quoad thorum et mensam*), dispensando os esposos por decisão judicial da jurisdição eclesiástica, do dever de coabitação e do débito conjugal, não obstante entre eles subsistisse o matrimônio, proibindo um segundo casamento. Era instituto visando sobretudo, o benefício da mulher, já que a ela era facultado pedir a separação de corpos por toda a sorte de motivos, enquanto ao marido, a sua concessão só decorria pelo adultério de seu consorte.⁶

³ De acordo com BELLUSCIO, Augusto C. , ob. cit., p.17, eram verbalizadas as seguintes fórmulas: "i foras", "vade foras", "tuas res tibi habeto", "tuas res tibo agito" e também era freqüente participar ao outro cônjuge por escrito ou por meio de um emissário (*per nuntium*).

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit., p.96.

⁵ Idem, p.99.

⁶ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid:Editorial Reus, Tomo 1º, 1961, p.477.

Pontes de Miranda⁷ escreve que o Direito Canônico passou para o Direito português e ao luso-brasileiro a *sequestratio* da mulher casada, a dispensá-la de comorar com o marido, desde que ela desse as razões para não mais querer manter relações sexuais com o esposo, confirmando as raízes da separação de corpos, nascida da aliança entre o Estado Romano e a Igreja, espalhando-se pelos direitos dos povos católicos e por influência portuguesa chegando ao Brasil.

Martinho Garcez Filho⁸ refere que no Direito Canônico, a mulher casada, desejando haver sua separação por sevícias do marido, deveria requerer ao juiz que a mandasse retirar do poder do esposo e depositá-la em *casa conveniente*.⁹

Cuidava então, o juiz, de proceder à sumária justificação sem a comunicação ao esposo e convencido das razões do pleito da mulher, ordenava o seu seqüestro da alcova conjugal e posterior citação do marido, a tudo assinado prazo para o ajuizamento da ação de divórcio.

No Direito argentino a habitação comum em caso de separação de corpos era sempre atribuída ao varão, mesmo quando a propriedade do imóvel pertencesse à mulher, que era depositada em casa honesta, localizada nos limites da jurisdição. A

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro: Forense, Tomo XII, p.472, 1974.

⁸ GARCEZ, Martinho Filho, *Direito de Família*, Officina Graphica Villas Boas & Cia, vol. 1, 1929, p.220.

⁹ No antigo Direito Civil argentino persistia semelhante disposição, colhida do Direito Canônico, sob cuja norma, depois alterada pela jurisprudência e definitivamente suprimida pela Lei 17.711, diz BORDA, Guillermo A..*Tratado de Derecho Civil, Familia*, vol. I, Buenos Aires:Editorial Perrot, 1989, p.449/450, que: Quando um dos cônjuges se dispunha a iniciar a ação de divórcio, a primeira medida que adotava era de sair do lar conjugal, sendo comum o afastamento da mulher, que pedia fosse **depositada em casa honesta**, implicando num inescandível critério de pseudo supremacia masculina, que outorgava ao varão a preferência de se manter na vivenda nupcial. Interessante colher a origem da expressão *casa conveniente*, apanhada das legislações belga e francesa, como observa FULGENCIO, Tito. *Do desquite, theoria legal documentada - processo jurisprudência nacional*, Livraria Acadêmica Saraiva & Comp.-Editores, 1923, p.129, atribuindo sua razão ao fato da honra e dignidade do marido não poderem ser

orientação legal era perfeitamente justificada pelos costumes da época, de um lado porque a mulher raramente deixava o lar conjugal sem autorização judicial, e de outra parte, era fácil alojá-la com algum parente ou amigo nas espaçosas casas existentes na época.

Entretanto, os costumes e a situação econômica mudaram radicalmente não mais se podendo falar em depósito da mulher, resolvendo-se a outorga da habitação a um dos cônjuges por critérios de equidade e de justiça.

2. A natureza da separação de corpos

O regramento da separação de corpos está dispersado em diferentes textos legislativos, a começar pelo art.1.562 do Código Civil, a dizer que: "Antes de mover a ação de nulidade de casamento ou a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade."

Também há disposição contida no Código de Processo Civil, cujo inciso VI, do art. 888 estabelece que: "O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal, ou, antes de sua propositura" ; inciso VI: "o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal."

Antes do atual Código Civil a separação de corpos era regida pelo art.223 do Código Civil de 1916 e pelo art. 7º da Lei 6.515/73, que assim prescrevia: "A separação

"postas ao abrigo do atentado (sic) que poderia resultar da escolha, pela mulher, de uma residência pouco conveniente."

judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens. § 1º A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do Código de Processo Civil)."

Para Vicente de Faria Coelho¹⁰, a separação de corpos é medida provisória, concedida pela justiça como preliminar da ação onde será pleiteada a dissolução da sociedade conjugal.

Não é assim que pensam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda,¹¹ pois entendem existirem duas medidas claramente diferenciadas entre aquela recolhida do art. 223 do Código Civil de 1916, que agora respeita ao art. 1.562 do Código Civil de 2002 e a regulada pelo art. 888, VI, do CPC. Observam os autores que a resposta depende do conceito a ser emprestado à expressão *separação de corpos*, já que a regra preconizada pelo Código Civil teria conteúdo meramente jurídico, sem que com isto, decorra obrigatoriamente a ordem judicial de material separação de corpos, gerando a disposição civil uma mera faculdade do exercício de um direito. Por sua vez, não gera qualquer dúvida o comando contido no inciso VI, do art. 888 do Diploma Adjetivo Civil, cujo pleito processual tem por inequívoco escopo, buscar decreto jurídico de afastamento compulsório de um dos consortes da vivenda nupcial.

Sob a ótica histórica, não faltou razão a Vicente de Faria Coelho quando viu na separação de corpos uma medida judicial temporária e muito menos a Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando atentam para a clara existência de duas ordens distintas de separações de corpos, muito embora, no plano processual não existam diferenças práticas que limitem o provimento judicial, porque a deserção foi

¹⁰ COELHO, Vicente de Faria. *O desquite na jurisprudência dos tribunais*, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1949, p.162.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de & LACERDA, Galeno. *Comentários ao CPC*, Vol. VIII, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp.645-646.

pedida pelo próprio requerente que deseja sair do lar ou se a medida deve ser processada pela retirada compulsória do cônjuge demandado, do interior da alcova matrimonial.

Também é pertinente o caráter provisório da medida cautelar, quando requerida em conjunto pelos matrimoniados, pelo fato de não terem completado ainda um ano mínimo de casamento, necessário para a obtenção da separação judicial consensual (art. 1.574) e por não estarem dispostos ao conflito processual preferem aguardar o advento do prazo necessário à separação amistosa, promovendo a prévia separação de corpos consensual.

Como também é juridicamente plausível a separação de corpos processada diante do precedente afastamento fático de um dos cônjuges da habitação nupcial, sendo perfeitamente compreensível o interesse no decreto judicial que converta a separação voluntária em separação de corpos judicial, não apenas para inibir o indesejado regresso, como para iniciar o prazo de contagem da separação judicial objetiva ou do divórcio direto.

3. A coabitação na separação de corpos

Nem sempre a separação de corpos regulada noutros países guarda semelhança e identidade com o Direito brasileiro, observando Jean Carbonnier,¹² importar a separação de corpos do sistema francês, na cessação legal do regime de bens adotado entre os esposos, pois não pode ser falado em verdadeiro regime matrimonial quando falta ao casamento, a convivência e a contribuição no aporte dos recursos familiares, geradores das aquisições materiais, mesmo que ainda subsista o vínculo conjugal.

¹² CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1960, p.220.

A separação de corpos do Direito francês se identifica com a nossa separação judicial que também põe termo ao regime de bens, embora sem ainda dissolver o vínculo conjugal, que só termina com o divórcio ou com a morte.

Por meio destas comparações, mais se reforça a idéia inicial de efetiva provisoriedade da medida judicial de separação de corpos, porquanto ela atuaria num primeiro momento, apenas em caráter temporário,¹³ enquanto fossem processadas as medidas realmente ensejadoras da final separação do casal, quer pelo pleito da separação judicial, quer pelo divórcio.

Por isto, Vicente Coelho destaca a eficácia temporária da separação cautelar de corpos, já que necessita, em tese, da iniciativa suplementar e decadencial do processo principal do artigo 796 do CPC, não fazendo qualquer diferença que a ação cautelar anteriormente processada se trate de separação de corpos consensual ou litigiosa, e até meramente de fato,¹⁴ pois quando a comunidade espiritual entre os esposos se deteriora a tal extremo, nenhuma ação guarda maior importância à medida capaz de separar corpos crepitando de ódio e reclamando por liberdade.

No Código de Processo Civil a cautelar de afastamento temporário de um dos cônjuges da residência comum está arrolada como cautela específica e guarda, como

¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.38, invocando a lição de Calamandrei, seguida pela generalidade doutrinária, define a cautelaridade por sua condição de tutela **provisória**, cujo termo difere diametralmente da **temporiedade**, pois temporário seria tudo aquilo que não dura sempre, sobrevindo até a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua; e provisório, embora também destinado a não durar para sempre, está destinado a durar até que evento subsequente o substitua e arremata para completa compreensão (p.39) que: "O provisório é sempre trocado por um definitivo." Contudo, Ovídio entende ao contrário de Calamandrei, que as medidas cautelares devem ser **temporárias** (p.42), pois devem durar até que o estado de perigo desapareça e não até que emane providência definitiva que a substitua; além disso, elas consistem numa forma especial de tutela jurisdicional diversa da tutela satisfativa e se ela deve durar enquanto existir o estado de perigo, conseqüentemente, ela não cria uma situação fática definitiva - é limitada, temporária.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, Tomo VII, 1955, p.427, também vê como existente a separação de corpos fática, que nomina de material e a jurídica.

todas as outras medidas cautelares esta provisoriedade,¹⁵ não obstante doutrina e jurisprudência diverjam sensivelmente de opinião, entendendo muitos, tratar-se de cautela satisfativa.¹⁶

4. O objeto da separação de corpos

Para explicar o significado da separação de corpos, Alberto Trabucchi¹⁷ começa dizendo que há separação de fato quando um cônjuge, sem qualquer procedimento judicial, se afasta de casa por conta própria, ao passo que a legal separação de corpos, consensual ou contenciosa, não dispensa o pronunciamento judicial, como é da essência dos direitos familiares, que são de ordem pública e que os cônjuges não têm livre disposição sobre as suas relações conjugais.

A separação de fato se realiza quando os consortes apartam-se, um do outro, sem a intervenção do Poder Judiciário no processo competente,¹⁸ sendo de direito quando

¹⁵ Dentre tantos outros, também nesse sentido ABREU, José. *O Divórcio no direito brasileiro*, São Paulo:Saraiva, 1992, com o escólio de TESHEINER. José Maria Rosa, sustenta que a postulação prévia da separação de corpos detém características tipicamente cautelares.

¹⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro: Forense, Tomo I, 1974, p.158.

¹⁷ TRABUCCHI, Alberto, *Instituzioni di Diritto Civile*, Cedam- Padova, 1985, p.281.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, 5º vol., Direito de Família, São Paulo:Saraiva, 1993, p. 33. Para quem a idéia de matrimônio é oposta à de contrato, já que a vontade dos nubentes não é suficiente para a constituição do matrimônio a exigir a obrigatória intervenção da autoridade civil ou eclesiástica para sancionar e homologar o acordo. No mesmo sentido Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, 6º volume, Saraiva, 1989, 16ª edição, p.18/19 e para quem a mera idéia de um contrato, à exemplo dos demais colhidos no direito privado, não basta para explicar o casamento, que configura um ato complexo, que mistura o elemento vontade ao elemento institucional. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 7ª edição, Rio de Janeiro:Forense, 1991, p.36, destaca a circunstância de não ser concedido a ninguém o direito de discutir com o celebrante do casamento o conteúdo dos direitos e deveres, as regras de dissolução da sociedade conjugal, nem impor regras ou condições para resolução do vínculo, o que destrói qualquer vínculo contratual. OLIVEIRA, José Lopes de. *Curso de Direito Civil*, 5º vol., Direito de Família, São Paulo:Sugestões Literárias, 1980, p.10, recorda nesta mesma linha de pensamento, inexistir vínculo contratual que não se desfaça pelo mútuo consenso das partes e embora sua doutrina remonte ao tempo da vigência da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao art. 175, § 1º, da antiga CF, que referia só ser possível dissolver o casamento nos casos expressos em lei, em nada restou alterada essa idéia que prossegue inteiramente atualizada, conquanto

provocado o Estado a concedê-la, até porque, não existe provimento legal a ordenar a coabitação contrária à vontade humana.

Visto o casamento sob o prisma de instituição, inafastável a intervenção do Estado para regular também a sua dissolução quando esmorecem as causas motivadoras da primitiva união. Com a sacramentação civil do matrimônio, os esposos aderem às normas cogentes previamente instituídas, editadas com o propósito de regular a conduta conjugal e no interesse do grupo familiar que retira dos matrimoniados a autonomia da vontade.

Embora a lei não possa manter unidos casais desavindos em suas relações, seguramente pode e assim procede, avocar para si o poder concessório da separação de corpos, ora ordenando o afastamento compulsório, ora autorizando que o consorte requerente da medida deserde legalmente da habitação nupcial.

Fácil concluir, portanto, que o objeto da separação de corpos está em desobrigar os cônjuges e companheiros de viverem contrariados sob o mesmo teto, permitindo o afastamento judicial do requerente medida, para que não se caracterize abandono do lar o ato de deserção voluntária da habitação nupcial; ou para que seja ordenado o afastamento compulsório do parceiro acionado em tutela liminar.

segue sendo a lei que dita as hipóteses e pressupostos de dissolução nupcial e não o casal. Existem autores, contudo, que vêem uma natureza eminentemente contratual do casamento, ainda que *sui generis*, especial do campo do Direito de Família e não uma instituição, ou uma natureza híbrida, como, por exemplo, BORGHI, Hélio. *Casamento nulidade por adultério e homicídio*, Rio de Janeiro:Edição Universitária de Direito, 1992, p.100. Defende Borghi o fato de que antes do advento do divórcio a vontade dos nubentes era insuficiente para dissolver o casamento, eis que só existente o desquite. No entanto, com o surgimento do divórcio, os cônjuges podem consertar a efetiva dissolução das núpcias. Este é, igualmente, o pensamento de DAIBERT, Jefferson. *Direito de Família*, Rio de Janeiro:Forense, 1980, p.28, quando afirma que: " a dissolubilidade do vínculo opera como se fora o distrato, razão por que ao consideramos o casamento um contrato - eis que resulta do consenso das partes -, estamos admitindo-o como um ato jurídico sujeito à extinção, daí que o divórcio seria por via de consequência, o distrato. " Há que ser visto no entanto, que embora dissolúvel o casamento por desejo dos consorciados, não são eles que irão ditar os termos desse distrato, sujeitando-se ainda ao império da lei e sempre que também presentes os pressupostos de direito autorizadores do pleito divorcista, que de igual passa pelo crivo da autoridade judicial que representa o Estado.

Célebre exposição doutrinária fez Clóvis Beviláqua, ao afirmar que a separação de corpos estava prevista em lei:¹⁹

"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 de demandar-se, é de razão que se separem, provisoriamente. E, para que não se veja, nesse movimento, 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 deve pedir que se lhe permita deixar a habitação comum."

É certo dizer que a evolução legislativa pertinente ao casamento, notadamente por obra da Lei do Divórcio permitiu afrouxar os laços antes vitalícios, de um casamento infeliz e indissolúvel. Também ampliou as razões para o provimento da separação de corpos, como medida destinada a preencher no espaço, o tempo necessário para o ingresso de separação consensual entre esposos casados a menos de um ano (art.1.574 do CC), ou para a contagem de prazo necessário ao divórcio direto (art. 226, § 6º, parte final da CF e art.1.580 do CC).

Entrementes, a finalidade básica da separação de corpos ainda reside no desejo de legalizar o afastamento do consorte que requer autorização para se apartar da vivenda matrimonial e evitar, pela simples separação fática, seja cunhado de haver abandonado o lar, o seu enquadramento na figura do abandono do lar, disposto no art. 1.573, inciso IV do CC, muito embora exista toda uma inclinação doutrinária e jurisprudencial, afastando qualquer pesquisa culposa da separação judicial.

¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1928, II, p. 77.

A separação de corpos também tem a indiscutível eficácia de fazer cessar o recíproco dever de fidelidade, como pode ser conferido na abalizada doutrina de Luiz Murilo Fábregas,²⁰ muito embora surjam opiniões em contrário e que sustentam a continuidade do dever de fidelidade mesmo durante a fática separação, sob o risco de o seu infrator cometer com o adultério, greve injúria conjugal ao ferir o mais fundamental dos deveres do casamento.

5. Separação de corpos como medida cautelar

Registram os anais jurídicos uma acalorada discussão travada na doutrina e na jurisprudência brasileiras, com vistas a esclarecer se a medida da separação de corpos

²⁰ FÁBREGAS, Luiz Murilo. *O divórcio*, 2ª edição, Edições Trabalhistas S/A, 1983, p.71. Na mesma linha de pensamento seguem dentre outros, BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*, Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1991, p.200, entendendo que dentre os efeitos da separação de corpos estão o da liberação dos deveres de fidelidade e de coabitação. Idem AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*, p.232, ao aduzir que: " se o juiz declarar judicialmente a separação de corpos dos cônjuges, a partir deste decreto não se pode ver, principalmente, quebra do dever de fidelidade...". ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*, São Paulo:Saraiva, 1992, p.61. Assim também FERREIRA, Eduardo Vaz *Tratado de la sociedad conyugal*, Buenos Aires:Editorial Astrea, 1979, p.166, ao obter que a separação de corpos não dissolve o matrimônio, porém põe fim a vida em comum e faz cessar os deveres que eram sua consequência. Em sentido contrário e a sustentar a persistência do dever de fidelidade frente à existência judicial da separação de corpos, estão: CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, 5ª edição, São Paulo:RT, 1986, p.299, que por seu turno, invoca a lição de SAMPAIO, Pedro para concluir que durante a vigência da separação de corpos, conquanto existente a desobrigação de comorar, o cônjuge terá que se abster sexualmente, sob pena de violar o dever de fidelidade. Embora na 11ª edição de sua obra, editada em 2005, refira Yussef Said Cahali " ser admissível, em tese, a separação cautelar de corpos tão apenas para interromper a prestação do *debitum conjugale*", mantendo, por evidente, íntegros os demais efeitos do casamento. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.874, também vê a prática do adultério, no relacionamento sexual de qualquer dos cônjuges com terceiro no curso da separação de corpos, sendo inclusive, causa de desquite (separação judicial). No mesmo diapasão COLIN, A. e CAPITANT, H.. *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid:Editora Réus, 1961, p.474, entendendo subsistir com a separação de corpos o dever de fidelidade, obrigação surgida através do casamento. Também CESTAU, Saul D.. *Derecho de Familia y Familia*, Montevideo:Edición Fundación de Cultura Universitaria, 3ª edição, 1992, p. 210, ao asseverar que: " la separación de cuerpos cesa el deber de prestar el débito conyugal y subsiste el deber de fidelidad...".

seria do tipo satisfativa, ou somente preservativa de direitos, concluindo uma corrente de juristas por seu teor cautelar, sempre que fosse postulada para afastar compulsoriamente o outro cônjuge da vivenda nupcial, mas teria a roupagem de medida satisfativa se fosse pleiteada com fundamento unicamente no art. 223 do Código Civil de 1916, equivalente ao art.1.562 do Código Civil de 2002.

Para Ernane Fidélis dos Santos²¹ não haveria nenhuma diferença se a medida cuidasse do afastamento voluntário do requerente ou forçado pela postulação unilateral do cônjuge, pois sua eficácia estava em adiantar a solução final da ação matrimonial, que sempre termina separando casais que se ressentem da necessária comunhão de vida, único sentido prático capaz de justificar a coabitação afetiva.

Antecipando a provável e desejada sentença favorável ao rompimento oficial das núpcias, este provimento provisional de separação de corpos não seria a rigor, uma medida tipicamente cautelar, considerando que as cautelares têm justamente caráter provisório e não podem antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal, pois equivaleria a lhes conferir um status de execução provisória de uma sentença que não existe.²²

Para Basílio de Oliveira²³ a medida cautelar se destaca pela sua *provisoriedade*, contudo, alerta que nem toda medida provisória é cautelar, apesar de seu caráter preventivo, seu escopo é o de procurar garantir o resultado útil do processo principal e não solucionar a pretensão material da parte.

A idéia da ação cautelar estava intimamente associada aos requisitos processuais de sua concessão, sintetizadas nas fórmulas clássicas do *fumus boni iuris* e do *periculum*

²¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito processual civil*, vol. 2, 3ª edição, Rio de Janeiro:Forense, 1994, pp.394-395.

²² RJTJSP 97/198

²³ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Das medidas cautelares nas questões de família*, Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1995, p.13-14.

*in mora*²⁴, muito oportunos para a cultura do casamento vitalício, própria de uma instituição sacra e indissolúvel, sendo escassas as previsões legais de separação judicial e que reinaram soberanas até o advento do divórcio na década de setenta.

Naquela modelagem sócio-cultural a separação de corpos era medida cautelar de exceção, movimentada pela inconveniência e até pelo perigo de continuarem sob o mesmo teto os cônjuges contendedores de uma acirrada separação judicial, visando coibir um mal maior, pelo afastamento forçado de um dos consortes, e desta forma, acautelando a integridade física e mental dos cônjuges.²⁵

As demandas cautelares de separação de corpos para o afastamento compulsório do outro cônjuge prescindiam de razoável instrução sumária, tendente a provar que a sua concessão evitaria um mal maior, sendo hábito dos advogados instruírem as ações com ocorrências policiais e com exames de corpo de delito, sem descurem da prévia justificação processual, com a audiência *inaudiatum et altera pars* de testemunhas.

Sobrevindo o divórcio e o afrouxamento natural das eternas amarras dos casamentos infelizes, os tribunais passaram a direcionar suas decisões para o aspecto prático da separação preliminar de corpos, tornando-se unicamente oportuno o exame da prova da existência do casamento ou da união estável, revelando-se impertinente qualquer discussão sobre o mérito da ação matrimonial, notadamente diante da

²⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS, ARROLAMENTO DE BENS E GUARDA E BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 558 DO CPC - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO DESPROVIDO."Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução" (in "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor", Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Editora RT, 3ª edição, pág. 910)." Agravo de Instrumento nº 2002.019588-5 do TJSC, Rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 19 de novembro de 2002.

²⁵ 5ª Câmara do TJRJ: "O afastamento compulsório do marido do lar conjugal é medida violenta, que só deve ser concedida em casos excepcionais e com muita prudência." RT 568/147.

tendência jurisprudencial da separação objetiva dos casais, abstraindo do processo qualquer pesquisa de razão causal.

Outro fato que contribuiu sobremaneira, para o largo arbítrio do juiz na decisão da separação de corpos, foi a proclamação constitucional de equidade dos sexos, passando a importar o exame do caso em concreto, em igualdade de oportunidades, afastadas preferências por imaginária fragilidade física e mental dos esposos, voltada a decisão judicial para a pessoa do cônjuge, em detrimento da suplantada visão econômica do direito familiar.

Doravante, começaram juízes e tribunais por afastar de casa tanto o marido como a mulher, segundo as conveniências de cada caso, com compreensíveis inclinações para o fato de melhor cometer a manutenção na casa do cônjuge que ficasse com os filhos, em socorro ao núcleo familiar mais numeroso, ou por vezes, optando pelo afastamento do marido, que desfruta de maior facilidade e de melhores recursos organizar uma nova moradia.

Segundo anotações de Yussef Said Cahali,²⁶ também tem sido levado em consideração se o marido é que vem perturbando a vida do casal, com graves reflexos sobre a formação do caráter dos filhos, ou se a casa é de propriedade da mulher ou de seus parentes.

Também pesa na decisão judicial a existência de outra propriedade que possa ser ocupada pelo cônjuge a ser afastado do lar, sobretudo se houver forte tendência de a habitação conjugal ser computada na meação da mulher.

Não devendo ser olvidada a possibilidade cada vez mais larga da separação consensual de corpos, usada ordinariamente, para vencer o obstáculo criado pelo art.

²⁶ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, 11ª edição, São Paulo:RT, 2005, p.450.

1.574 do Código Civil, que só autoriza a separação por mútuo consentimento dos cônjuges casados há mais de um ano.

6. Caducidade da medida

Em sendo a separação de corpos típica demanda cautelar preventiva, estaria fadada à caducidade do art.806 do CPC, que obriga a parte, a propor a ação principal no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, sob pena de ver cessada a sua eficácia, o que representaria na separação de corpos, o indesejável e impensável retorno ao lar conjugal do consorte compulsoriamente afastado.

A barreira representada pela caducidade da medida cautelar, se não for ajuizada a ação principal até trinta dias após a concessão da separação de corpos liminar já vinha sendo superada pela jurisprudência gaúcha,²⁷ através do incidente de uniformização de jurisprudência nº 587028978, julgado em 11 de dezembro de 1987, pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, resultando na edição da sua Súmula nº 10,²⁸ ao assentar que a separação de corpos não perde a sua eficácia pelo transcurso do trintídio.

²⁷ “Agravo de instrumento. Ação de separação de corpos. Aplicabilidade da Súmula 10 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade do art. 806 do Código de Processo Civil. Recurso desprovido.” AI nº 70007767049, da 8ª CC do TJRS, j. em 04 de março de 2004, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert.

²⁸ Súmula nº 10: “O deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC” *In* Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 131, pp.289-306, dezembro de 1988.

Posição antagônica, não visualiza para o Direito brasileiro uma separação de corpos como *pretensão autônoma*, subordinando a duração da medida cautelar à regra da caducidade do inciso I, do art. 808 do CPC. Para esta corrente, não faria qualquer sentido dar caráter satisfativo à separação de corpos a que não se seguiu a ação principal de separação judicial ou de divórcio, eternizando no tempo a medida cautelar que terminaria substituindo a ação principal.

Yussef Said Cahali diz com ênfase, não ser possível atribuir à separação de corpos os efeitos de uma separação judicial, a ponto de torná-la desnecessária,²⁹ importando a caducidade na preclusão da liminar, e no retorno ao *status quo*, devendo o cônjuge afastado voltar para o convívio conjugal, sob pena de configurar abandono do lar.

7. A tutela antecipada

De acordo com o art. 273 do Código de Processo Civil, “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.”

Além disto é necessário demonstrar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito, prestando-se o instituto da antecipação de tutela para dar efetividade ao pronunciamento judicial e, assim, reduzir os prejuízos causados pela demora da tutela judicial, pois o tempo geralmente

interfere de maneira diversa nos interesses dos litigantes, não sendo ignorado que a morosidade da demanda é causa de angústia e de infelicidade, que usualmente recai sobre o autor.

Por sua vez, a tutela cautelar apenas objetiva assegurar a viabilidade da realização de um direito, ao passo que a tutela antecipada possibilita a imediata satisfação do direito afirmado, ou seja, o provimento judicial não protege o direito para o futuro, mas antes, antecipa a prestação jurisdicional para o presente.

No caso da separação de corpos, enquanto o provimento acautelatório era destinado a afastar corpos já refratários, na tutela antecipada, a parte adianta a própria prestação jurisdicional, antecedendo no tempo os efeitos que só são aguardados com o decreto final de dissolução da sociedade conjugal.

Merece exame pontual o § 6º, do art. 273 do CPC,³⁰ que cuida da antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda, sendo absolutamente injusto forçar o autor da ação a esperar a realização de um direito absolutamente inquestionável, muito particularmente no caso da antecipação da separação dos corpos de um casal que busca a inequívoca ruptura das suas núpcias, só mostrando-se inviável o provimento liminar se for desejo de ambos os litigantes promoverem a sua reconciliação conjugal.

Mas, sendo irreversível a separação judicial, ainda que por opção unilateral, pouco importa ao julgador considerar se o feito foi ou não contestado, se há revelia, confissão ou reconhecimento de parte da pretensão deduzida na inicial, isto porque a vontade unilateral em preservar o casamento não terá nenhum poder de impedir a

²⁹ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p.462-463.

separação dos contraditores, quando pelo menos um dos esposos desejar a separação, prevalecendo o velho aforisma de que quando “um não quer dois não fazem”. Afigura-se completamente ilógico manter duas pessoas coabitando contra a sua vontade, quando uma delas anseia pela ruptura oficial do seu matrimônio.

Como já assentado, somente a vontade manifestada por ambos os cônjuges de desistirem da separação, externando oficialmente a sua reconciliação, justificaria o indeferimento da tutela antecipada da separação de corpos, mas, neste caso, cuidarão os cônjuges de desistir de sua ação, motivados pelo reatamento da sua união.

Afora esta hipótese de reconciliação conjunta, é líquido e certo afirmar que o desejo separatório é a parte incontroversa da ação de separação judicial, pois ambos os cônjuges querem o fim de casamento, ainda que se valham do processo apenas para imputar culpas ou para discutir interesses materiais, mas estes questionamentos ainda são controvertidos e serão alvo da demanda judicial, não mais a separação, pois esta deixaram claro que almejam reciprocamente, vale dizer, incontroversamente.

E, embora fosse certo afirmar que no caso de direitos indisponíveis a confissão, a revelia e a ausência de contestação não produziriam quaisquer conseqüências desfavoráveis ao réu, qualquer uma destas ocorrências apenas demonstraria com mais intensidade o provimento antecipado da tutela de separação de corpos, servindo o descaso processual do réu como um silencioso prenúncio de que o seu casamento realmente chegou ao fim, não carecendo protelar no tempo a separação física de cônjuges que desconectaram a sua comunhão de vida. Àqueles que uma vez talvez

³⁰ Art. 273 (...) § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

tenham se amado intensamente, resta preservar seus valores mais caros e eternos, como o são a integridade física e psíquica, preservando por certo, apenas as boas lembranças do teto comum que abrigou o casal. São direitos fundamentais do ser humano e que só a imediata antecipação de tutela é capaz de preservar com o afastamento compulsório de um dos cônjuges da vivenda matrimonial.

A separação dos corpos nada mais representa do que o efeito final da sentença que irá decretar a separação judicial dos litigantes, especialmente quando consultados os cônjuges, expressam seu inegável desejo de levar adiante o projeto de separação.³¹

Não se, trata a toda evidência, de tutela cautelar para assegurar a futura satisfação de direitos, pretensões, ações ou exceções que se encontrem sob a ameaça de dano irreparável. Fosse a separação de corpos uma tutela efetivamente temporária, não perduraria após a sentença, até porque o seu deferimento liminar não tem o escopo de assegurar a execução da futura sentença.

Fosse a separação de corpos uma mera tutela de urgência satisfativa e ela só poderia ser deferida se demonstrados os pressupostos do perigo físico ou de sua ameaça decorrente da possível demora da ação de separação judicial.

O que deve ser levado em consideração na separação de corpos é apenas a circunstância inescusável, de que se trata de tutela satisfativa e de provimento antecipado, que busca afastar corações irreversivelmente partidos, não existindo

³¹ Cautelar. Separação de corpos. Nulidade. Possibilidade jurídica do pedido. 1. Não é nula a sentença que está fundamentada, ainda que de forma concisa. O que não se admite é decisão sem que os motivos sejam declinados pelo julgador. 2. Cabível a separação de corpos sempre que a parte acenar para a ruptura da vida em comum e apontar a intenção de promover a dissolução da sociedade conjugal, sendo irrelevante se o casal já está separado de fato, pois constitui marco inicial para o divórcio. Inteligência do art. 1.580 do NCCB. Prefacial rejeitada; recurso provido. Apelação Cível nº 70006081251, da 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 24 de setembro de 2003.

qualquer chance de reconciliação dos litigantes, não há como considerar provisória a tutela que antecipa a separação de corpos que nunca mais irão se reunir.

Logo, será papel precípua do decisor pesquisar unicamente as condições ideais de prévia e satisfativa separação dos corpos em fase de separação judicial, apenas verificando as condições ideais do caso concreto, como que a antecipar o resultado final da ação, deixando no lar o esposo que tende a receber a habitação nupcial no pagamento de sua meação, ou daquele que ficar na posse dos filhos.

8. O princípio da fungibilidade

Considerando a inserção do § 7º, ao art. 273 do CPC, pela Lei nº 10.444/02, não passa de inútil discussão acadêmica desvendar a natureza da separação de corpos.³²

Este novo parágrafo permite aplicar o princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência, no interesse do bom direito e do rápido processo, substituindo um provimento de urgência de natureza cautelar por outra modalidade de tutela emergencial.

A dicotomia procedimental vira preciosismo doutrinário quando a postulação judicial tem o único escopo de proteger a dignidade da pessoa e antecipar o seu direito de voltar a estar só quando o casamento ou a união padecem da comunhão plena de vida.

³² Art. 273 (...) § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

A separação de corpos é provimento de nítido propósito definitivo, que só poderia ser revertida pela reconciliação conjunta dos cônjuges ou companheiros dissidentes, embora a medida não seja exauriente, pois inadequada para a promoção da regulação definitiva da lide, que depende da sentença de mérito.

Mas, para o adiantamento de uma imprescindível separação de corpos, cujos espíritos já se encontram distanciados, desimporta nominar de tutela cautelar, ou de tutela antecipada, porque a única diretriz é buscar proteger os direitos individuais, e reestruturar a vida dos separandos, já que a felicidade pessoal não está apenas projetada no casamento, mas também está direcionada para a eventual separação do casal que já não mais encontra no matrimônio a sua realização pessoal.

9. A separação de corpos na jurisdição voluntária

Para alguns autores a jurisdição voluntária guardaria uma função eminentemente administrativa e não jurisdicional, dando origem a um *procedimento* e não a um processo.³³ Contudo, os juristas ainda não conseguiram estabelecer os nítidos contornos que separaram a jurisdição voluntária da contenciosa.

Cândido Dinamarco não vislumbra qualquer diferença ontológica entre a jurisdição voluntária e a contenciosa, isto porque as duas espécies integram um único

³³ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, São Paulo:Malheiros, 5ª e., 1993, p.20.

contexto, o da *tutela jurisdicional*, sendo imperioso reconhecer que as atividades de jurisdição voluntária também se constituem em atos de exercício do poder.³⁴

Versando sobre a separação de corpos consensual, José Maria Rosa Tesheiner a classifica como um negócio jurídico de Direito de Família e, conseqüentemente, deve ser retirada do âmbito da jurisdição contenciosa e apropriadamente enquadrada no círculo da jurisdição voluntária.³⁵

É que, ao tratar dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, dispõe o art.1.109 do CPC,³⁶ que o juiz não é obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. Amplia este dispositivo de lei a discricionariedade do juiz, que sem fugir da legalidade, decide por questão de conveniência ou oportunidade.

Na decisão judicial que ordena o afastamento compulsório de um dos cônjuges da habitação matrimonial deve existir certa dose de arbitrariedade do magistrado, pois nem sempre ele irá se deparar com situações estanques, de agressão física e conseqüente remoção do agressor, surgindo de amiúde, situações altamente subjetivas, a serem enfocadas exclusivamente pelo critério de conveniência e de oportunidades do art. 1.109³⁷ do CPC, sem que precise o julgador ficar preso ao critério de legalidade, até

³⁴ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo:RT, 1987, p.173 e 176.

³⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*, Rio de Janeiro: Aide,1992, p. 140-141.

³⁶ Art. 1.109 do CPC – O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

³⁷EMENTA: JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - SEPARAÇÃO DE CORPOS - ALVARÁ - POSSIBILIDADE - CONCESSÃO. Nos termos do art. 1.109 do CPC, não está o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita relativamente à atividade processual nos procedimentos de jurisdição voluntária. É possível a concessão de alvará de separação de corpos, não obstante já se encontrar o casal separado de fato. Apelação Cível nº 000.253.373-500. Comarca de Varginha. Relator Des. Silas Vieira, 8ª Câmara Cível do TJMG, unânime, julgado em 10 de junho de 2002.

porque, conforme dispõe o art. 125 do Diploma Adjetivo Civil,³⁸ o juiz deve dirigir o processo e velar pela rápida solução do litígio, assim como tem o dever de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça.

Como refere Eduardo Melo de Mesquita, “o poder discricionário do juiz não se explica somente no aplicar a lei substantiva para a decisão da controvérsia, mas também na atividade processual que prepara a sentença ou assegura a sua execução.”³⁹

Por isto diz Tesheiner com sobrada razão, pertencer a separação de corpos ao âmbito da jurisdição voluntária, pois não se trata de tutelar direitos subjetivos. O julgador quando decide pelo afastamento coercitivo de um dos cônjuges da vivenda nupcial, pode adotar critérios de conveniência ou de oportunidade, ainda que a sentença final possa modificar a sua decisão inicial. Assim o juiz procede quando expulsa o marido do lar e concede à mulher o uso exclusivo da habitação, mesmo que o varão seja o proprietário do imóvel.⁴⁰

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - CONVERSÃO CONSENSUAL DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO - CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS - INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.580 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. Na jurisdição voluntária, por se tratar de atividade materialmente administrativa e não jurisdicional, os limites rígidos referentes à estabilização da demanda devem ser abandonados em nome da conveniência da adoção de critérios flexíveis, o que é autorizado pelo art. 1.109 do Código de Processo Civil. Diante das peculiaridades de cada caso, não se deve sacrificar o direito material e o interesse dos requerentes por mero apego às regras de rigidez legal. Havendo decorrido o prazo legal de um ano da concessão da cautelar de separação de corpos, e sendo tal medida consensual, como também é consensual o pedido de conversão em divórcio, tal medida deve ser concedida. Apelação Cível nº1.0000.00.351838-8/000-Comarca de Juiz de Fora. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, PJ. 2ª Vara de Família de Juiz de Fora. Rel. Des. Sergio Braga, TJMG, j. em 30 de outubro de 2003.

³⁸ Art. 125 do CPC – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela rápida solução do litígio;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

³⁹ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*, São Paulo:RT, 2002, p.362

⁴⁰ Idem, pp.48-49.

Aliás, na atualidade, a atribuição judicial da moradia conjugal a um dos cônjuges resulta, de regra, das circunstâncias peculiares de cada caso, já importando muito pouco a superada visão da separação de corpos servir apenas para resguardar a integridade física do consorte mais frágil e vulnerável, e que, invariavelmente, importava na cultura processual da prova da agressão física, ou de potencial ameaça da ofensa material.

Foi justamente esta a vertente que deu nascimento à Súmula nº 10 do TJRS, muito claramente delineada no voto do então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, quando acompanhou a maioria dos julgadores, dizendo reconhecer no ordenamento jurídico brasileiro a existência do direito potestativo do cônjuge em obter a separação de corpos por uma exigência de razão, e não apenas pelo critério legal, pois prevalece a idéia matriz, consubstanciada na impossibilidade de obrigar os cônjuges a uma convivência forçada e que agride a sua dignidade pessoal.⁴¹

Versando sobre valores humanos, direitos considerados personalíssimos, questiona Tesheiner, se à custa destas riquezas morais poderia ser exigida a coabitação?⁴² E a toda evidência que se trata de medidas que refogem ao direito material, antes, concernem ao direito natural e ao fundamental direito de alguém infeliz no casamento poder voltar a viver e estar só, não parecendo possa a Justiça postergar ou impedir esta necessidade de que se reveste a pessoa de recuperar a sua individualidade e reencontrar a sua felicidade pessoal. Tem o aplicador da lei na separação de corpos do art. 1.562 do Código Civil, não um poder, mas um dever discricionário,⁴³ a ser posto

⁴¹ *Apud* TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*, ob. cit., p.142.

⁴² *Idem*, ob. cit., p.143.

⁴³ CIVIL - FAMÍLIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA COM CAUSA CULPOSA - IMPOSSIBILIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DOS CONSORTES - PRESUNÇÃO

imediatamente em prática, com decisões que sejam funcionais e atendam às rápidas exigências da vida social, gerando com presteza, o necessário apaziguamento das almas que procuram em juízo, o direito de romper a sua relação.

A jurisdição voluntária não é estranha ao Direito de Família, dela fazendo referência o art. 44 da antiga Lei do Divórcio,⁴⁴ que autorizava contar o prazo de separação judicial para a sua conversão em divórcio, de decisão judicial proferida inclusive em processo de jurisdição voluntária.

A jurisprudência tem assentado algumas pautas para o reconhecimento da preferência de outorgar a habitação a um cônjuge em detrimento do outro, valendo-se de critérios objetivos e não mais tutelando direitos subjetivos, o que justamente na jurisdição voluntária o magistrado não está obrigado a observar (art.1.109 do CPC).

Assim, como embasamento fundamental, tem prevalecido a defesa dos interesses dos filhos, conferindo proteção ao núcleo familiar e permanecendo na casa o cônjuge que melhor convive com a prole. Há situações em que, ausente prole, pesa sobre a

DE RECIPROCIDADE DE CULPAS - RETORNO DA MULHER À ANTIGA RESIDÊNCIA DO CASAL - ADMISSIBILIDADE - ABANDONO JUSTIFICADO PELAS SÉRIAS DESAVENÇAS COM O VARÃO - ALIMENTOS - IMPROPRIEDADE DA PREVISÃO DE LIMITE TEMPORAL - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - EXEGESE DO ART. 400 DO CÓDIGO CIVIL . Na ação de separação judicial litigiosa com causa culposa, não sendo possível a individualização precisa da conduta desonrosa imputada a cada qual dos consortes quanto à grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, é de concluir-se que ambos contribuíram, na mesma medida, para a dissolução da sociedade conjugal, configurando a reciprocidade de culpas. À falta de provas de quem tenha dado causa exclusiva à separação do casal, deve-se optar, em regra, pela permanência da mulher no lar conjugal, ou pelo seu retorno a ele se teve de sair em razão das sérias e constantes desavenças com o varão, mormente quando detém ela a guarda da prole e o marido desfruta de maior facilidade para obtenção de uma nova moradia. Ademais, a legislação confere larga discricionariedade ao juiz para decidir qual dos cônjuges deve ser afastado da residência do casal, diante das peculiaridades do caso concreto. (Apelação Cível 2002.010108-2, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, do TJSC, j. em 07 de novembro de 2002).

⁴⁴ Art. 44 da LD. Contar-se-á o prazo de separação judicial a partir da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, mesmo nos de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges.

decisão o argumento da propriedade do imóvel no qual o casal está radicado, sobretudo se o casamento é de curta duração. Igualmente se o cônjuge a ser afastado possui outros imóveis para onde possa deslocar-se.

E se ambos têm condições de se instalarem em outra moradia, pode significar a diferença na decisão judicial o fato de um dos consortes exercer no imóvel a sua profissão, nela mantendo consultório ou escritório ou o núcleo de sua atividade profissional.

Por igual, funcionam como critério de avaliação as restrições surgidas de fatores como a idade ou a saúde do cônjuge, que possam impedir deslocamentos mais longos e, na hipótese de o consorte já haver se afastado do lar, certamente este gesto será considerado na decisão que irá examinar o seu pedido de retorno, especialmente se já transcorreu um razoável espaço de tempo desde a sua voluntária deserção.

Como por fim, na falta de outra pauta aplicável, têm forte repercussão as condições financeiras dos cônjuges, porque a costumeira disponibilidade de recursos do homem, permite-lhe, via de regra, solucionar os obstáculos materiais para a obtenção de um novo alojamento.

Isto quando os cônjuges não promovem a separação consensual de corpos com o único objetivo de resguardar o consorte que se afasta do domicílio, da acusação de deserção imotivada do lar.

Por todas estas razões foi que as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em dezembro de 1987, diz Tesheiner,⁴⁵ “conceberam a ocupação da morada comum, por um ou outro dos cônjuges desavindos,

não como direito subjetivo de qualquer deles, mas como um conflito de interesses,” que devem ser resolvidos com suporte nos critérios de conveniência e de oportunidade, como vem procedendo a jurisprudência nos últimos tempos, para dar efetividade ao comando do art. 1.562 do Código Civil, ao ordenar a concessão da separação de corpos *com a possível brevidade*.⁴⁶

10. A conveniência na determinação da dignidade humana

É direito de cada um decidir sobre o seu destino e como deseja determinar a sua vida pessoal, sem quaisquer direcionamentos de ordem pública ou privada, sempre respeitados os direitos de terceiros.

Na condução da vida afetiva de casais e conviventes, a codificação brasileira ressalta em texto expreso, ser defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão da vida familiar.⁴⁷

É o respeito da lei à vida em comunhão familiar, o respeito à vontade e à liberdade das pessoas conduzirem suas vidas e seus sentimentos. Cada pessoa tem o direito de dispor livremente sobre a sua personalidade e de conquistar na esfera privada de sua existência, a sua natural felicidade, sem a intervenção do Estado e da sociedade. Cada indivíduo decide a maneira como quer guiar a sua vida, porque só a ele pertence o

⁴⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. Ob. cit., p.145.

⁴⁶ Art. 1.562 do CC – Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, *que será concedida pelo juiz com a possível brevidade*.

direito de ordenar concretamente o conteúdo, o significado e o rumo de sua dignidade pessoal.

Prevalece sempre a autonomia do ser humano, pois é dele a liberdade de escolha dos desígnios de sua vida na busca incessante de sua superior felicidade, sempre sem qualquer interferência alheia, porque esta representaria ferir a dignidade da pessoa, seria – “atentar contra a constituição da própria sociedade e do Estado Democrático.”⁴⁸

Dignidade é única, é valor absoluto de cada pessoa, não sendo função do Estado tarifá-la, como deixa bem claro o art. 1.513 do Código Civil. Cada cidadão constrói e estabelece ao longo de sua existência o conteúdo de sua dignidade, podendo concretizar a sua felicidade em certa passagem da vida, talvez pelo ninho do casamento, quem sabe pela formação de uma união estável, com igual proteção da lei. O lar geralmente é o refúgio da felicidade familiar, mas também pode ser o refúgio da liberdade pessoal quando o amor termina. A casa é o espaço físico essencial à promoção da felicidade de dois, como deve ser o espaço físico da felicidade de um, dependendo sempre da estabilidade do amor.

É que só existe união onde houver comunhão plena de vida,⁴⁹ não devendo o Estado, sob qualquer pretexto, interferir na consciência e nos sentimentos da pessoa humana, até porque, o indivíduo não fica desprotegido pelo Estado quando a sua união termina.

⁴⁷ Art. 1.513 do CC. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

⁴⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.140.

⁴⁹ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

A felicidade está inexoravelmente ligada ao livre exercício da consciência humana e que inspira razões, valores e convicções que serão a fonte de sustentação de toda a sua existência e de sua circunstancial convivência afetiva.

E não se deve olvidar que o casamento nem sempre é sinônimo de felicidade, como tampouco é a única forma de alguém ser feliz.

Findo o amor, a consideração, a admiração e sobrevivendo o desejo de romper pela separação judicial, é dever do Estado respeitar o direito que tem a pessoa de voltar a ficar só e de refazer a sua vida em nova dimensão de sua dignidade pessoal.

Nas relações afetivas, o cônjuge ou o parceiro, são os sujeitos de direitos que devem dizer o que consideram como vida digna, sem qualquer restrição do Estado pretendendo impor ou estender comunhão de vida por absoluta ficção. Qualquer tentativa de perpetuar no espaço físico e no tempo, uma união já desfeita na esfera afetiva dos cônjuges ou conviventes fere de morte a dignidade de quem já decidiu desconstruir a sua parceria conjugal. A lei previu a separação e o direito de a pessoa casada estar novamente só, pela separação judicial, pelo divórcio ou pela dissolução da união estável, sem nenhuma ordem de limitações, isto porque “o Estado Democrático destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”⁵⁰

Portanto, o imediato e efetivo deferimento da separação de corpos pela ação cautelar, por tutela antecipada, ou pela eleição processual da jurisdição voluntária, salvo

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família, *In* Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM-Síntese: São Paulo, vol. 23, abr-maio 2004, p.10.

que o afastamento ameace em maior ponderação a integridade pessoal do cônjuge que está sendo afastado, deve ser sempre deferido pelo critério da conveniência.⁵¹ Decide o juiz sem maiores delongas pela preliminar separação de corpos, avaliando na ponderação dos valores de cada caso em concreto, quem deixará antecipadamente o lar conjugal, pois como refere Carlos Roberto Gonçalves,⁵² a lei confere um certo arbítrio ao juiz para decidir qual dos cônjuges deve ser afastado da residência do casal e ele deverá sempre decidir motivado apenas pela certeza da irreversível ruptura do relacionamento e pelo dever que tem de respeitar a dignidade e a liberdade de cada integrante da entidade familiar, não sendo nada prudente e tampouco digno, manter no mesmo espaço físico duas pessoas que já não se amam mais.

O casamento e a estável união terminam quando desaparece o afeto e a comunhão plena de vida e não quando o juiz decreta em sua sentença a extinção desta relação. Em verdade, o decisor apenas declara o que já terminou, não sendo prudente represar a felicidade que a própria Constituição Federal garante ao contemplar o instituto da dissolução do vínculo conjugal.

⁵¹ “Separação de corpos. Ausência de nulidade. Na decisão que afastou o autor do lar comum. Imóvel adquirido antes do casamento. Discussão a respeito de união estável. Em se tratando de separação de corpos, assiste ao julgador a discricionariedade sobre qual dos cônjuges deve ser afastado da residência comum, ainda que a decisão venha em benefício do réu e não do autor. O bem juridicamente protegido na espécie é a vida, a integridade física e psicológica dos litigantes, e não o patrimônio, seja ele comum ou exclusivo de um dos consortes. *In casu*, exsurge dos autos a superioridade financeira do varão. Ademais, não bastassem esses elementos, as partes ainda discutem sobre a existência de prévia união estável ao casamento, período no qual foi adquirido o imóvel residencial. Diante dessas circunstâncias, é de ser mantida a decisão que concedeu à virgago o direito de permanecer no referido patrimônio. Negado provimento ao agravo.” (AI nº 70012401253, 7ª CC do TJRS, rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. 14/9/2005)

11. Bibliografia

ABREU, José. *O Divórcio no direito brasileiro*, São Paulo:Saraiva, 1992.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*.

BELLUSCIO, Augusto C. *Derecho de Familia*, Tomo III, Buenos Aires:Depalma, 1981.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, Tomo II, 1928.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*, Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1991.

BORDA, Guillermo A.. *Tratado de Derecho Civil, Familia*, vol. I, Buenos Aires:Editorial Perrot, 1989.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGHI, Hélio. *Casamento nulidade por adultério e homicídio*, Rio de Janeiro:Edição Universitária de Direito, 1992.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, 5ª edição, São Paulo:RT, 1986.

_____. *Divórcio e separação*, 11ª edição, São Paulo:RT, 2005.

CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, Barcelona:Casa Editorial Bosch, 1960.

CESTAU, Saul D. *Derecho de Familia y Familia*, Montevideo:Edición Fundación de Cultura Universitaria, 3ª edição, 1992.

COELHO, Vicente de Faria. *O desquite na jurisprudência dos tribunais*, Rio de Janeiro:Editora Freitas Bastos, 1949.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, Direito de Família*, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2005, p.234.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid:Editorial Reus, Tomo 1º, 1961.

DAIBERT, Jefferson. *Direito de Família*, Rio de Janeiro:Forense, 1980.

DINAMARCO, Cândido R. . *A instrumentalidade do processo*, São Paulo:RT, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, 5º vol., Direito de Família, São Paulo:Saraiva, 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família, *In Revista Brasileira de Direito de Família*, IBDFAM-Síntese: São Paulo, vol. 23, abr-maio 2004.

FÁBREGAS, Luiz Murilo. *O divórcio*, 2ª edição, Edições Trabalhistas S/A, 1983.

FERREIRA, Eduardo Vaz *Tratado de la sociedad conyugal*, Buenos Aires:Editorial Astrea, 1979.

FULGENCIO, Tito. *Do desquite, theoria legal documentada - processo jurisprudência nacional*, Livraria Acadêmica Saraiva & Comp.- Editores, 1923.

GARCEZ, Martinho Filho, *Direito de Família*, Officina Graphica Villas Boas & Cia, vol. 1, 1929.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, Direito de Família*, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Origem e evolução do casamento*, Curitiba:Juruá, vol. 1, 1991.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, São Paulo:Malheiros, 5ª e., 1993.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*, São Paulo:RT, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro: Forense, Tomo XII, p.472, 1974.

_____. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro:Editor Borsoi, Tomo VII, 1955.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de & LACERDA, Galeno. *Comentários ao CPC*, Vol. VIII, Tomo II, Rio de Janeiro:Forense, 1976.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Das medidas cautelares nas questões de família*, Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1995.

OLIVEIRA, José Lopes de. *Curso de Direito Civil*, 5º vol., Direito de Família, São Paulo:Sugestões Literárias, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 7ª edição, Rio de Janeiro:Forense, 1991.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito processual civil*, vol. 2, 3ª edição, Rio de Janeiro:Forense, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*, Rio de Janeiro: Aide,1992.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituzioni di Diritto Civile*, Cedam- Padova, 1985.