

EFEITOS MATERIAIS DA SEPARAÇÃO
JUDICIAL/ DIVÓRCIO.
CONJUGALIDADE: DESCASAMENTO,
RECASAMENTO E O FIM DO AMOR¹

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira*

SUMÁRIO: 1. Efeitos materiais no pensamento clássico. 2. Descasamento e Obrigação Alimentar. 2.1 Natureza jurídica da Obrigação Alimentar. 3. Descasamento e Culpa. 3.1 O Passado. 3.2 O Presente. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

SUMMARY: 1. material effects in the classic thought. 2. "Un-marriage" and Alimentary Obligation. 2.1 juridical nature of the Alimentary Obligation. 3. "Un-marriage" and it Accuses. 3.1 the Past. 3.2 the Present. 4. Conclusion. 5. Bibliography.

ÜBERSICHT: 1. Materielle Wirkungen im klassischen Rechtsdenken. 2. Beendigung der Ehe und Unterhaltspflicht. 2.1 Rechtsnatur der Unterhaltspflicht. 3. Beendigung der Ehe und Verschulden. 3.1 Vergangenheit. 3.2. Gegenwart. 4. Schlussfolgerung. 5. Bibliographie.

RESUMO: O artigo trata da natureza jurídica da obrigação alimentar e a culpa no descasamento.

ABSTRACT: The article discuss the juridical nature of alimentary obligation and the fault in the "un-marriage".

¹ Trabalho apresentado no 2º Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em outubro de 2000 em Belo Horizonte/MG.

*Doutora em Direito Pela PUC/SP, Coordenadora e Professora do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

ZUSAMMENFASSUNG: Der Aufsatz behandelt die Rechtsnatur der Unterhaltspflicht und das Verschulden bei Beendigung der Ehe.

PALAVRAS-CHAVE: *Separação judicial. Divórcio. Descasamento. Recasamento. Obrigação alimentar.*

KEY-WORDS: Judicial separation–divorce. Un-marriage–re-marriage. Alimentary obligation.

SCHLÜSSELWÖRTER: Gerichtliche Trennung. Scheidung Beendigung der Ehe. Wiederverheiratung. Unterhaltspflicht.

1. Efeitos materiais no pensamento clássico

O descasamento tradicionalmente produzia, como efeito material, igualmente clássico, a partilha do patrimônio.

Yussef Cahali nas primeiras edições da notável obra *Divórcio e Separação* ainda abordava, em capítulo apartado, tão somente a partilha do patrimônio considerada como efeito material.

Assim era, sendo que esta direção de pensamento dominava, em parte expressiva, a doutrina pátria. Somente após alguns movimentos evolutivos do direito de família é que a pensão alimentícia passou, definitivamente, para o rol das patrimonialidades.

Vigia a regra do art. 320 do C. C. (revogado) que impunha, como condição fundamental; "no desquite judicial sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar".

A Lei do Divórcio, em seu art. 54, revogou o 320 do C. C., dispondo no art. 19 que *o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.*

Assim o artigo 19 da Lei reproduz, em substância, a disposição do 320 C.C., apenas substituindo a adjetivação emprestada à pessoa do cônjuge culpado, agora erigido em cônjuge responsável.

Na crítica cahaliana em nome de um escrúpulo pueril, mudaram-se as palavras mas conservou-se o primitivo conceito. Vale dizer: o secular conceito de culpa estava e continuava incrustado nas texturas estruturais da concessão ou não da pensão alimentícia. A proposição - mulher honesta - permanecia, apenas que, de forma subliminar.

Neste final de milênio a estreita visão econômica do patrimônio atende à ruptura imposta pelos padrões morais, sociais e legais, para alargar a interpretação clássica. Desponta o patrimônio moral do indivíduo. A teoria da moralidade impregnou o frio campo das riquezas amoedadas, que então e necessariamente, reconhece a legitimidade do patrimônio maior do indivíduo, expresso, no mais das vezes, de há muito, pelos direitos fundamentais.

Segundo a observação das mudanças verificadas, necessário se torna reconceituar patrimônio, no passado tido e reconhecido de forma unívoca, em sua dimensão financeira.

Defende Dr. José Maria Trepas Cases, em Tese de Doutorado, recentemente, sustentada junto à USP, e, aprovada com distinção, que elementos passivos, sendo que estes primeiros estariam divididos em: direitos disponíveis e direitos indisponíveis (pág. 90). *Ao finalizar a propositura da teoria irrestritiva ou imaterial, verifica-se que seus elementos constitutivos alteram o atual conceito de patrimônio. Propõe-se, então, uma nova conceituação que assimile as alterações introduzidas pelo novo pensamento, onde: Patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa ou ente, destinadas a um fim determinado, dotadas ou não de valoração econômica (sem grifo no original - pág. 104).*

O Direito de Família, deverá ancorar, distintamente, novas tutelas protetivas de patrimônio que tal, através da adequada dimensão jurídica.

2. Descasamento e obrigação alimentar

Por estar sendo focado, com exclusividade, a questão da materialidade pensionada, não será abordada, nesta fase, a partilha do patrimônio, tema reservado ao Dr. Euclides Benedito de Oliveira, neste Painel.

2.1. Natureza Jurídica da Obrigação Alimentar

Reafirmando a melhor doutrina, fundamental se torna pontuar a natureza jurídica da obrigação alimentar, que pode derivar da lei, de ato de vontade 'senso lato', de sentença condenatória por reparação de dano causado por ato ilícito e em decorrência de união estável.

Na obrigação alimentar decorrente da lei, os alimentos são aqueles bastantes para atender as necessidades com a alimentação, vestuário, educação. Devendo atender ainda, como indica o melhor direito alienígena, a saúde.

Esta obrigação não expressa de "per si", qualquer natureza indenizatória, antes reafirma o purismo da obrigação alimentar, considerada etimologicamente como derivada de "alimentum", significando nutrir.

Numa das definições possíveis, alimentos são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si .

Contudo, tanto o direito comparado, como o direito pátrio sinalizam para uma possível natureza mista da obrigação alimentar, com o que não há porque concordar, a não ser por vício ou tendência de ecletismo.

O ponto curial de posicionamento que tal, justifica, na medida possível residir na obrigação alimentar, um caráter alimentar e um fundamento indenizatório.

Marty e Raymond, citados por Yussef Said Cahali explicam que quanto ao seu fundamento, a pensão é propriamente uma indenização levada à responsabilidade do cônjuge culpado, para a reparação do prejuízo causado por sua culpa; mas esse dano tem um caráter peculiar, que consiste na privação do direito de assistência e socorro de que poderia prevalecer-se o cônjuge inocente se o divórcio não tivesse dissolvido o casamento: o melhor meio para a reparação desse prejuízo é o de conferir ao requerente do direito alimentar tanto quanto possível correspondente àquilo que ele poderia auferir se o casamento tivesse perdurado, e é por isso que, se o fundamento da pensão é indenizatório, seu caráter é alimentar como aquele da obrigação de socorro.

Com o maior respeito, deve ser anotado que a argumentação é louvável, mas o fundamento apresenta-se desfocado, conduzindo, igualmente, a uma conclusão também desfocada.

A natureza, o caráter e o fundamento da pensão devida ao cônjuge é, por preceito legal, direito alimentar. Assim o fundamento está presente na necessidade de um dos cônjuges, o caráter daí decorrente só pode ser o alimentar.

O exercício exegético sob estudo é considerado como intelectualmente delicado. Por analogia aponta resultado idêntico àquele decorrente da reparação por ato ilícito em que vindo um dos cônjuges a falecer, em regra o varão, o cônjuge viúvo e filhos, por exemplo receberão pensão alimentícia, equivalente ao tempo de vida estimado e conseqüente obtenção de benefício laboral que o falecido percebia, se vivo fosse. É preciso cautela.

Defender que o melhor meio para a reparação do prejuízo causado pela separação está em conferir ao requerente o direito alimentar, é inadequado. Sobrepor ao direito alimentar moldura indenizatória é equívoco, ou pior, ideologia falsa a desfavor do cônjuge inocente, que em verdade não recebe um plus indenizatório, como apregoado. Recebe sim e tão somente, alimentos necessários ao sustento. Os tribunais reiteram e até especificam o destino do quantum alimentício. Não se conhece ou são raras, decisões determinando indenizações em paralelo com o quantum apurado a título de direito alimentar. Desta forma, por crença, convicção ou o que é mais grave, por equívoco, imperdoável, da melhor hermenêutica deste século que principia por terminar, se definiu a mais nobre ou mais pobre ficção jurídica acerca do fundamento indenizatório do direito alimentar. Finalmente exsurge, com nitidez, o caráter tipicamente alimentário da pensão, arredando, em definitivo, o caráter indenizatório que os alimentos não tinham e nem poderiam ter, como afirmado, pelo S.T.F. no passado e referido na decisão, trazida à colação no próximo item.

Robustece a afirmação, reconheço, contundente, decorrente da nova leitura do direito alimentar quando vezes incontáveis apresenta-se, e, nesta hora, de forma correta, escudado no pressuposto, requisito e fundamento da

necessidade do alimentando. Invoca um direito quem dele é sujeito e necessita de tutela. Indeniza-se aquele que sofre um prejuízo um dano. A pensão alimentícia prestada ao cônjuge, até onde se conhece não chegou a *cobrir dois santos*. O *quantum*, o valor da pensão sempre foi modelo de *pano curto* como diz o dito popular, em verdade sem nada indenizar.

3. Descasamento e culpa

A história só vai em frente. A teoria deve conscientizar as decisões tomadas pela nova época. Ela deve propulsar medidas necessárias, para remediar, na medida do possível, os danos com efeito alienante, causados à natureza humana. Na medida do possível, pois a incerteza acerca do que é correto inclui que nenhum espírito universal propale a história no rumo de sua salvação. O momento correto para rupturas há muito vencidas pode ser perdido, a história pode inverter por descaminhos .

Quando a teoria é recepcionada como aquela que deve conscientizar decisões, medidas necessárias, indicar o momento para rupturas, resta destacado pelo relevo da investigação científica, aquilo que há de fundamental, relativamente às céleres mutações sócio-jurídicos e culturais.

3.1. O Passado

A concessão da pensão alimentícia sempre esteve atrelada à caracterização da culpa que estando presente arreda qualquer possibilidade de prestação. Os alimentos eram concebidos como indenização e ainda seguindo uma postura compensatória. A culpa recíproca expressou a inviolabilidade da subsistência da pensão em favor dos cônjuges. O S.T.J. consagrou este viés interpretativo. A reconhecida autoridade do ministro Otávio Gallotti, a seu tempo, autorizava a expressão do voto seguinte: *O dever de mútua assistência decorre originalmente da sociedade conjugal e, em caso de separação judicial não consensual (art. 5º, caput, da Lei 6.515/77), só subsiste em favor do cônjuge necessitado, a quem não se possa irrogar a responsabilidade pela separação. A declaração de reciprocidade de culpas não caracteriza essa*

isenção de responsabilidade, denota a sua existência e exclui, para ambos os cônjuges, o direito de percepção de alimentos. Penso ser esta a melhor interpretação do art. 19. Com efeito, os alimentos pagos por um cônjuge ao outro, ou são resultados de convensão, ou têm origem na culpa de um dos cônjuges, hipótese em que têm caráter indenizatório .

3.2. O Presente

O tempo era outro. A indisfarçável inserção cultural e histórica daquele corpo legislativo conferia e ainda confere o estreito liame entre o Código Civil e a estrutura social do país, espelhado no desenho jurídico dos três pilares fundamentais da ordenação privada: a família, a apropriação e o trânsito jurídico assentado nos contratos. Segundo Luiz Edson Fachin que fala, evidentemente, de nossa codificação civilista do início de século, mas pretende-se um deslocamento, para alcançar também a Lei do Divórcio e por igual, a Lei de Alimentos. Em sendo a família um dos três pilares fundamentais dos interesses privados, tornou-se indispensável a revisão de valores, conceitos e estruturas. O Direito da Família, gradativamente, desprende-se da rigidez do eixo dogmático que congelou certas concepções por décadas longas, obscurecidas pelo dogma da repressão sexual.

Yussef Cahali ensina: *A causa jurídica da pensão assim devida encontra-se no próprio casamento, que subsiste à separação, e não em qualquer outra; é na condição de cônjuge que o marido deve alimentos à mulher durante a separação de corpos... é em virtude dos arts. 212 e 214 do CC francês, e em cumprimento do dever de assistência que se institui entre os cônjuges aquela obrigação... de que resulta que a pensão pode perfeitamente ser concedida ao cônjuge culpado, àquele contra o qual a separação de corpos foi pronunciada, no pressuposto, bem entendido, de encontrar-se aquele em necessidade.* Gradativamente, o critério de aferição da culpa, para concessão ou não de alimentos vai cedendo espaço para a não culpa, ou conforme a dicção legal - necessidade de alimentos. Afirma com percuciência Rodrigo da Cunha Pereira, ...não se deve falar em culpa na discussão da concessão de alimentos... O nobre e singular presidente do I e deste II Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira, indicava, já em 1995, a imperiosa ordem: - afastar, de

todo, a secular idéia de culpa dos pressupostos de admissão de alimentos. *On line* com Rodrigo Pereira, a dogmática crítica fachiniana, pontifica nessa travessia de milênio: “*a solução legislativa é criticável. O termo responsável pode conduzir a absurdos, estando assentado na vetusta idéia de culpa, e que, gradativamente, no sistema brasileiro vem sendo abandonada. Fixado numa perspectiva axiológica, à luz dos princípios, deverá prestar alimentos aquele que puder fazê-lo se (e enquanto) o outro parente necessitar. Esta pode ser a razoável dicção dos alimentos conjugais. Sem razão alguma em nosso ver a afirmação segundo a qual o direito ao pensionamento pressupõe a inocência do cônjuge pela ruptura da união matrimonial*”. São chegados novos tempos. Assim, outro tanto, a família, impregnada de novos valores, exige que outras realidades e necessidades surjam como fatores determinantes de mutações do *status* pretérito. A propósito, Gustavo Tepedino anota, com peculiar agudeza, as sensíveis modificações registradas, no que tange à concepção da família, a partir do texto constitucional vigente. Segundo o autor: *A Constituição da República de 1988, ao contrário, na esteira de longo processo histórico de transformação da estrutura familiar, em seus arts. 226 e 227, altera radicalmente o quadro normativo. Estabelece a proteção da família como meio para a realização da personalidade de seus membros, estremando a entidade familiar da entidade matrimonial, esta apenas uma espécie privilegiada daquela, admitindo-se, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais, formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes (sem grifo no original). O traço distintivo entre entidade familiar e entidade matrimonial impõe tratamento adequado considerando família e casamento em seus respectivos planos normativos. Na dicção tepediana a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais - alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais - divisão dos bens - à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial. Os juristas referidos expressam a concepção pós-moderna em matéria alimentária. Com a superação da culpa, o pensionamento entre cônjuges, na moldura jurídica, retorna à tela onde, em verdade sempre esteve, pintado pela codificação positiva e exposto na cor uniforme do dever de mútua assistência, previsto no art. 231, inciso III do Código Civil.*

A dissolução da sociedade conjugal por culpa do cônjuge desenha-se no plano da infração aos deveres matrimoniais. Ao dever corresponde a prestação, dada a não prestação deve ser a sanção. Evidentemente, a sanção correspondente, *in casu* é a própria separação judicial. A relação jurídica nas texturas da não prestação tem seu ponto terminal, nos limites expressos, pela ordem jurídica. Inadequado ampliar o locus sancionatório como quis e ainda pretende o legislador divorcista e parte da doutrina, para alcançar a supressão dos alimentos. Leitura atenta das decisões judiciais permite constatar as diversas tendências jurisprudências, ora reafirmando, ora atenuando, a expressão do elemento culpa, em relação à concessão de alimentos. O S.T.J. por exemplo, em julgado de 1989 consignava: *São indevidos alimentos na ocorrência de culpa recíproca, (art. 19 da Lei 6.515/77) Recurso conhecido e provido.* (terceira turma, acórdão 1989/00/0085-8) DJ de 20/11/1989 - pg. 17.294) . O colendo Tribunal reafirmava, vez mais, a questão da culpa recíproca acolhida, de maneira uniforme, pelos julgadores pátrios, como causa definitiva na exclusão, igualmente recíproca, sem pensionamento entre cônjuges. A culpa recíproca, espécie de culpa compartilhada parece expressar uma certa *proporcionalidade da culpa* representando fundamento seguro a indicar o desmerecimento recíproco de pensionamento entre cônjuges. A jurisprudência nacional ao aquilatar a ponderação da culpa em dupla direção procura evidenciar uma postura de suposto equilíbrio, como argumento representativo de uma justa decisão, extraído desta espécie de "culpa compartilhada". A atribuição da culpa unilateral, com a conseqüente exclusão de alimentos, encontra nos fundamentos da culpa recíproca estrutura farta, supostamente lógica, apta a justificar igual consideração de adequação das decisões dos tribunais. Assim não o é. Cabe a reafirmação de que as relações jurídicas em questão são distintas, como, igualmente, distintos os deveres jurídicos de cada uma. À infração aos deveres matrimoniais deve corresponder a conseqüência que daí decorre - em uma palavra - a separação judicial que se impõe. A prestação alimentícia tem por fundamento a necessidade do alimentando, escudada no mútuo dever de assistência entre cônjuges, não devendo ser alcançada pelo cego talante da lei. Romper com a prestação alimentícia fundada na exclusão por culpa de um dos cônjuges é ilógico, injusto e incorreto. Inexiste nexo

causal real. Há apenas conexidade legal, imposta por disposição pretérita de lei, que descreve mal aquelas relações, atribuindo aos valores morais relevo excessivo, quiçá ampliando o campo da culpa e adentrando, desmedidamente, nos domínios da moralidade de três décadas passadas para condenar à falta de alimentos aquele que necessita. Deve ser levado em conta as causas que motivam a necessidade de alimentos, muitas vezes geradas pelo agora e só agora, cônjuge inocente. Demais disso, a relação jurídica em sede de alimentos é outra tanto que pleiteado em ação própria ou no máximo cumulada com a ação de separação. A mesma corte, anteriormente mencionada, em decisão prolatada anos depois, em 1995 sinaliza nova postura ao interpretar: *se, antes mesmo da sentença na separação judicial, as partes requerem o divórcio direto, nos termos do art. 40 da lei 6.151/77, e irrelevante a disposição daquela reconhecendo a culpa da mulher, para efeitos de alimentos.* (Recurso Especial 1995/0028061-2 - DJ de 26/08/1996 - pg. 29.681). Em se tratando de divórcio direto não se exige prova da causa do pedido não sendo objeto de discussão a causa da separação de fato. O acordão referido, bem por esses fundamentos arreda o reconhecimento da culpa da mulher para efeitos de alimentos. Contudo, não deixa de sinalizar, ainda que escudado nas circunstâncias do caso concreto, um certo abrandamento em relação à apuração da culpa. No mesmo ano o TJSP - decidia: *Separação Judicial Contenciosa - culpa da mulher. Posse e guarda dos filhos. Alimentos. Nome do cônjuge mulher considerada culpada. Não havendo fundamento que justifique a posse e guarda dos filhos menores esta deve ser concedida a mãe. O fato da mesma ter sido considerada culpada para a ruptura do matrimônio por si só não justifica tal situação. Ao fixar os alimentos o juiz deve observar o princípio da proporcionalidade consagrado em nossa legislação civil, admitindo o binômio necessidade e possibilidade, aliado aos elementos circunstanciais que consolidam tal fixação. Deve a sentença ao considerar o cônjuge mulher culpada determinar o cumprimento da determinação legal em relação a modificação do nome de casada e a mudança do CPF. Provimento parcial do recurso.* (ap. civ. 1996. 001.31.65. registrado em 27.11.96. Fls. 43.533/43559, (Sexta camara cível) . Julgado dessa lavra, além de consagrar a desconsideração da culpa referentemente à guarda dos filhos, (existem vários acordãos em igual

sentido) inaugura igual desconsideração, agora em relação aos alimentos, mantendo, lamentavelmente, a modificação do nome de casada, com o que, evidentemente, não se pode concordar. Contudo o tema não será aprofundado, nesta oportunidade. A decisão consagra a admissão do critério - necessidade - recomendando ainda a verificação da possibilidade, enfatizando o relevo da invocação, pelo juiz, do princípio da proporcionalidade ao fixar os alimentos. O grande equívoco está na subjetivação dos fundamentos e natureza jurídica dos alimentos. Critérios de necessidade devem merecer absoluta objetivação para de vez, desfazer a inbricação vetusta que insiste, equivocadamente, em manter o subjetivismo próprio da culpa, como requisito para a concessão ou não de alimentos. As estruturas legais e morais estão em permanente processo de renovação. Com a separação da condição da família e do casamento pelo texto constitucional, resta possível avançar um pouco mais, para escardir descasamento por culpa e direito alimentário.

Finalizando, é anotado o acerto do direito alienígena quando adota o pensionamento aprazado, determinando a pensão com base no critério de necessidade aliado à capacitação de mão de obra do alimentando para o mercado de trabalho, como por exemplo, se conduz o direito alemão.

4. Conclusão

Em conclusão:

- A natureza jurídica da pensão alimentícia não tem duplo caráter. Trata-se de direito alimentar e não de indenização; - Manter a culpa como critério de concessão da pensão alimentícia é incurrir, erroneamente, a idéia de que o culpado está sendo sancionado duas vezes;

- A culpa não deve integrar os requisitos de concessão da pensão alimentícia sendo substituída pelo critério de necessidade;

- Os alimentos têm por fundamento a necessidade do alimentando e caráter exclusivo de direito alimentar decorrente do dever de mútua assistência;

- A pensão alimentícia, sempre que possível, deverá ser apazada, objetivando possibilitar ao cônjuge que dela necessita conquistar condição (via laboral) de auto-sustento.

Em conclusão derradeira, pode ser afirmado, em sede de pensão alimentícia na separação ou divórcio, que o mito da culpa esta desmistificado. O fundamento bem localizado, o direito alimentar bem colocado.

Eram estas as considerações possíveis.

BIBLIOGRAFIA

- CASES, José Maria Trepal. Tese de doutoramento USP/1999 – Teoria Irrestritiva ou Imaterial do Patrimônio, p. 90 e 104.
- CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 8ª ed., tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos Críticos do Direito de Família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MÜLLER, Friedrich, Igualdade e Normas de Igualdade. 1978. Arquivo: Egalite. Doc. Trad. Peter Naumann em 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudências. Consultado na Internet em 16 de fevereiro de 2000. <http://www.stj.gov.br>
- TEPEDINO, Gustavo - O papel da culpa na separação e no divórcio - fls. 203. Repensando o Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Jurisprudências. Consultado na Internet em 16 de fevereiro de 2000. <http://www.tj.rj.gov.br>