

**ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS PRODUZIDOS APÓS A  
SEPARAÇÃO DE FATO**

Juliana Couto Matheus

Presidente Prudente/SP

Novembro/2001

# **ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

## **OS EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS PRODUZIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO**

Juliana Couto Matheus

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Márcio Ricardo da Silva Zago.

Presidente Prudente/SP

Novembro/2001

## OS EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS PRODUZIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Márcio Ricardo da Silva Zago  
Orientador

---

Renata de Carvalho Morishita  
Examinador

---

Pedro Anderson da Silva  
Examinador

Presidente Prudente, 20 de novembro de 2001.

***Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.***

Montesquieu;

“Do Espírito das Leis”, Livro XI, cap. XX.

*Dedico o presente trabalho para a amada Regina Maria Couto Matheus e ao querido Giovani Casarino.*

***É sem dúvida estrelado tudo o que te devo.***

*“Pablo Neruda, Cem sonetos de amor”*

***Todo tempo  
Toda leitura  
Todo trabalho  
Todo saber  
Foi você  
Foi para você  
É para você  
Toda a gratidão***

## AGRADECIMENTOS

Sou grata a Deus que, sobre mim, sempre derramou suas bênçãos. A Ele, o meu louvor.

Ao meu pai, Durval, meus agradecimentos pelo apoio; e, em especial, agradeço a minha querida mãe Regina, que sempre esteve ao meu lado, consolando-me diante das derrotas e incentivando-me para a vitória. Obrigado pelo seu esforço, pela paciência nos momentos de minhas aflições e pela companhia nas noites em que passei estudando. Aos meus pais, o meu eterno amor.

Ao meu namorado Giovani Casarino, que neste último ano, esteve sempre ao meu lado, me dando atenção, carinho e amor. Obrigado por compreender as noites em que lhe deixei sozinho para cumprir com o meu dever. Você se mostrou uma pessoa especial, um verdadeiro companheiro. À você, o meu amor.

À minha amada avó materna Lucinda, pelo incentivo no decorrer de todo o curso, pelas preocupações que sempre teve comigo, em me ver formada e feliz, meus carinhos. Agradeço também à minha irmã Ana Carolina, por toda a amizade e companhia, à você, toda a minha gratidão.

Ao meu grande amigo Stênio Ferreira Parron, que se tornou uma figura fundamental na minha vida. Muito obrigado pela atenção e pelo carinho!

Ao meu orientador, Dr. Márcio Ricardo da Silva Zago, agradeço a confiança depositada ao me aceitar como sua orientanda.

A Dra. Renata de Carvalho Morishita e ao Dr. Pedro Anderson da Silva, meu carinho e agradecimento pelo pronto atendimento quando convidados para compor a minha banca examinadora.

Não poderia deixar de agradecer novamente ao Prof. Márcio Ricardo da Silva Zago e à Prof.<sup>a</sup> Renata de Carvalho Morishita, que com paciência, me ensinaram os primeiros passos de um operador de direito. Sentirei saudades.

*Juliana Couto Matheus*

## RESUMO

Neste trabalho, discute-se os efeitos pessoais e patrimoniais ocorridos após a separação de fato, diante do atual contexto jurídico do Estado Brasileiro. Foram demonstradas as realidades fáticas ocorridas no campo real, salientando sempre a importância do presente trabalho diante da escassez de legislação sobre a denominada separação de fato.

Com o intuito de arraigar os entendimentos sobre o tema em questão, a autora utilizou-se dos métodos histórico, teórico, comparativo e dedutivo como também dos conceitos e princípios do ramo do direito em que o tema “Os efeitos pessoais e patrimoniais ocorridos após a separação de fato” está inserido, qual seja, Direito de família, apêndice do Direito Civil. Ademais, fez-se uso das jurisprudências e doutrinas existentes sobre o assunto, o que corroborou para a obtenção dos parâmetros e diretrizes jurídicas inscritas no presente relato.

No quadro, superficialmente traçado durante toda a dissertação, há inexoravelmente novos conceitos e novas situações que se contrastam aos preceitos observados e prescritos pelo legislador brasileiro. Diante do grande caráter social, a matéria referente ao direito de família é diametralmente modificada, fazendo surgir realidades sociais não descritas e regulamentadas em lei. É o que ocorre com a separação de fato.

Através do árduo e despretencioso trabalho hermenêutico aqui realizado, alcançou-se o fim desejado, culminando com a estipulação dos efeitos e conseqüências jurídicas da separação de fato no seu âmbito pessoal e patrimonial. Destaca-se ainda que o presente trabalho, além de ponderar os legados jurídicos através da análise dos princípios gerais do direito, analisou também o contexto sócio-cultural do Brasil, onde a separação de fato é uma realidade costumeira introduzida nas famílias.

Conseqüentemente, o trabalho em questão, destaca não só os preceitos jurídicos mas tenta apontar também, a justiça jurídica e social, tão perquerida pelo direito moderno, não deixando ao descaso, situações que necessariamente deveriam ser abrangidas pela lei.

## ABSTRACT

In this work, she discusses the personal and patrimonial effects happened in fact after the separation, before the current juridical context of the Brazilian State. The realities happened in the real field was demonstrated, always pointing out the importance of the present work due to the legislation shortage on her denominated separation in fact.

With the of rooting the understandings on the theme in subject, the author was used of the historical, theoretical, comparative and deductive methods as well as of the concepts and beginnings of the branch of the right in that the theme " The personal and patrimonial effects happened in fact " after the separation are inserted, which is, family Right, appendix of the Civil Right. Made her use of the jurisprudences and existent doctrines on the subject, what corroborated for the obtaining of the parameters and juridical guidelines registered in the present report.

In the picture, plan during all the dissertation, there are new concepts and new situations that are contrasted to the observed precepts superficially and prescribed by the Brazilian legislator. Before the great social character, the matter regarding the family right is modified diametrically, making to appear social realities not described and you regulate in law. It is what happens in fact with the separation.

Through the arduous and work here accomplished, he/she was reached the wanted end, culminating in fact with the stipulation of the effects and juridical consequences of the separation in its personal and patrimonial ambit. He/she stands out although the present work, besides pondering the juridical legacies through the analysis of the general beginnings of the right, also analyzed the partner-cultural context of Brazil, where the separation in fact is a reality introduced in the families.

Consequently, the work in subject, highlights not only the juridical precepts but it tries to point also, the juridical and social justice, so for the modern right, not leaving to the situations that should necessarily be embraced by the law.

## SUMÁRIO

<b><u>Introdução</u></b> .....	10
<b><u>Capítulo 1 - Da família e o direito de família</u></b>	
1.1 Evolução histórica da família no mundo.....	14
1.2 Conceito de família.....	21
1.3 As espécies de família.....	22
1.4 A nova família.....	24
1.5 A família e suas crises.....	27
1.6 Conceito de direito de família.....	29
1.7 Importância do direito de família.....	31
1.8 Característica do direito de família.....	31
1.9 Evolução histórica do direito de família no Brasil.....	33
<b><u>Capítulo 2 - Do casamento</u></b>	
2.1 Histórico.....	36
2.2 Conceito e finalidade.....	38
2.3 Natureza jurídica.....	40
2.4 Dos efeitos jurídicos do casamento.....	44
2.4.1 Quanto aos efeitos pessoais.....	45
2.4.1.1 Fidelidade recíproca.....	45
2.4.1.2 Vida em comum, no domicílio conjugal.....	47
2.4.1.3 Mútua assistência.....	49
2.4.1.4 Sustento, guarda e educação dos filhos.....	51
2.4.2 Quanto aos efeitos patrimoniais.....	52
2.4.2.1 Do regime de bens.....	53
<b><u>Capítulo 3 – Das causas de dissolução da sociedade conjugal</u></b>	
3.1 O artigo 2º da lei n.º 6.515/77.....	65
3.1.1 Morte de um dos cônjuges.....	67
3.1.2 Nulidade ou anulação do casamento.....	71
3.1.3 Separação judicial.....	74
3.1.4 Divórcio.....	76
3.2 Considerações sobre o presente capítulo.....	80
<b><u>Capítulo 4 – Da separação judicial</u></b>	
4.1 Histórico.....	82
4.2 Conceito e finalidade.....	82
4.3 Formas de separação judicial.....	83
4.3.1 Da separação litigiosa.....	84

4.3.1.1	Procedimento judicial.....	98
4.3.2	Da separação consensual.....	100
4.3.2.1	Procedimento judicial.....	101
4.4	Dos efeitos jurídicos da separação judicial.....	104
4.4.1	Quanto aos efeitos pessoais.....	105
4.4.2	Quanto aos efeitos patrimoniais.....	107

## **Capítulo 5 - Da separação de fato**

5.1	Noções gerais .....	109
5.2	Conceito e causas.....	112
5.3	Espécies.....	115
5.4	Dos efeitos jurídicos da separação de fato.....	118
5.5	Dos efeitos pessoais da separação de fato.....	121
5.5.1	Da fidelidade recíproca.....	121
5.5.2	Da vida em comum no domicílio conjugal.....	123
5.5.3	Da mútua assistência.....	126
5.5.4	Do sustento, guarda e educação dos filhos.....	128
5.6	Dos efeitos patrimoniais da separação de fato.....	130
5.6.1	Do regime de bens.....	131

<b><u>Conclusão</u></b> .....	134
-------------------------------	-----

<b><u>Bibliografia</u></b> .....	137
----------------------------------	-----

## INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, o legislador preocupou-se em regulamentar o instituto do casamento, e o fez exaustivamente nos artigos 180 usque 255 do Código Civil.

Da mesma maneira, o instituto da separação judicial, anteriormente denominado desquite e regulado pelo Código Civil, foi exacerbadamente normatizada, através da lei n.º 6.515/77.

Diante de tais institutos, o legislador precaveu-se de tal maneira que incluiu vários dispositivos, tentando prever todas as possíveis ocorrências. Ademais, ditou todos os efeitos dos mencionados institutos.

Inobstante o já citado, pode-se dizer que ficou a mercê do legislador a regulamentação da separação de fato, onde o mesmo não estipulou norma alguma a respeito dos efeitos dessa causa de extinção da sociedade conjugal.

A legislação pátria, no que se refere a matéria de direito de família, apenas menciona a separação de fato, quando se refere a possibilidade da mesma ensejar a separação judicial ou o divórcio, desde que superado determinado lapso temporal, que hoje é de 1 (um) ano para a separação judicial (artigo 5º, § 1º da lei n.º 6.515/77) e de 2 (dois) anos para o divórcio (artigo 40, “*caput*” da lei n.º 6.515/77).

Verifica-se assim que o legislador, ao se referir ao inquilinato (lei n.º 8.245/91) por exemplo, regulou a separação de fato em seu artigo 12, no entanto absteu-se completamente de narrar a separação de fato quando legisla sobre direito de família.

Sobre o exposto, constata-se que existe uma lacuna em nossa legislação no que tange a conceituação da separação de fato no âmbito do direito de família e quais são os seus efeitos jurídicos.

A inobservância do legislador diante da referida falta de regulamentação acarreta grandes conseqüências diante da freqüente ocorrência dessa espécie de separação na sociedade brasileira.

Insta salientar que o legislador não pode justificar a ausência de legislação sobre o assunto, alegando que trata-se de instituto novo. Ao contrário do que muitos pensam, tal espécie de separação data de longa época.

Como conseqüência do enfraquecimento que o casamento sofreu e vem sofrendo, e tendo em vista a insuportabilidade dos cônjuges no que diz respeito a vida no lar conjugal, a separação torna-se ponto culminante. Os consortes passam cada qual a morar em lugares distintos, sem manterem qualquer tipo de contato ou convivência. Essa ocorrência passou a ser intitulada como separação de fato, posto que não existe intervenção do órgão jurisdicional.

Ressalta-se que historicamente, diante do citado abaixo, os cônjuges não se preocupavam em separar-se judicialmente ou desquitar-se (termo anteriormente utilizado).

Numa primeira fase, os institutos mencionados ainda não se manifestavam como um “degrau” que possibilitava o rompimento do vínculo matrimonial. O divórcio ainda não era admitido em nossa legislação e a separação judicial ou, de acordo com a época, o desquite não se perfazia de maneira atrativa aos consortes pois não concedia a possibilidade de convolar novas núpcias àqueles que aderissem a essa forma de extinção da sociedade conjugal. Assim, os cônjuges, quando não mais contentes com o casamento, tinham apenas um objetivo, a separação corpórea, ficando claro que a intervenção estatal através do “desquite”, atual separação judicial em nada favorecia os nubentes, posto que não concedia nada a mais do que seria facilmente conseguido através da separação fática.

Não obstante, mesmo após a regulamentação do divórcio, a separação de fato continuou presente na sociedade brasileira. Primeiramente, o pedido de divórcio somente poderia ser requerido uma única vez, dando assim a possibilidade ao divorciado de novo casamento.

Caso o segundo casamento também não obtivesse êxito, o divórcio não seria novamente concedido a pedido do cônjuge já divorciado, e, se requerido pelo cônjuge que nunca havia se divorciado, a possibilidade de convolar novas núpcias era estendida apenas ao requerente. Em razão do exposto, a separação de fato fazia-se novamente presente para aqueles casais que não mais queriam

manter o *status* de casado, e que já tinham convolado núpcias por duas vezes, visto que para esse o divórcio não seria mais benéfico.

Dessa monta, fica claro que mesmo após a introdução do divórcio em nosso ordenamento, a separação de fato não deixou de existir. Em um primeiro momento a sua razão precípua era a inexistência do divórcio e posteriormente, com o advento desse, a causa primordial dessa espécie de separação passou a ser a impossibilidade de divorciar-se por mais de uma vez, com a prerrogativa de contrair o matrimônio novamente.

Mesmo superada as fases supra citadas, a intitulada separação de fato não deixou de existir nas situações fáticas brasileiras. Muito pelo contrário, tornou-se um acontecimento corriqueiro nas famílias brasileiras tendo como essencial fundamento a despreocupação e indiferença dos consortes em regularizar o seu estado civil.

Diante dos acontecimentos narrados e da inexistência de normas a respeito da separação de fato, surgem vários problemas práticos, de difícil solução e de significativa importância.

Dessa forma, o casal que se casa regularmente, ao separar-se apenas de fato, fica desamparado legalmente, visto que desconhece a amplitude de seus direitos e deveres. Da mesma maneira, estão incluídos dentre aqueles que ficam a mercê de legislação, os cônjuges que, apenas separados de fato acabam se unindo a terceira pessoa. Essas situações ocasionam grande instabilidade jurídica não só para os casais que enfrentam essas ocorrências, mas também aos estudiosos e cumpridores da Ciência Jurídica, que não conseguem estabelecer parâmetros e soluções aos casos concretos que vêm surgindo.

Diante de todo o mencionado, verifica-se a importância de analisar, estudar e estabelecer conclusões a respeito do tema proposto.

Para tanto, torna-se necessário fazer uso dos métodos histórico, teórico, comparativo e dedutivo, interpretando as características da família e do direito de família, bem como de determinados institutos que já foram normatizados como o casamento e a separação judicial para obter parâmetros sobre a matéria.

Baseando-se no diagnóstico conseguido com o trabalho hermenêutico, com os escritos trazidos pela doutrina e com os casos já julgados e expressados

através da jurisprudência, obter-se-á as conclusões necessárias para que se possa verificar as conseqüências da separação de fato, no que tange aos efeitos pessoais estabelecidos com o casamento e estatuídos no artigo 231 do Código Civil, quais sejam: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio do casal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos, como também as conseqüências de tal separação no âmbito patrimonial, verificando se o regime de bens adotado pelos consortes em razão do casamento, continua a vigorar ou não após a separação de fato dos nubentes.

# CAPÍTULO 1

## DA FAMÍLIA E O DIREITO DE FAMÍLIA

### 1.1 Evolução histórica da família no mundo

Far-se-á aqui, um breve relato sobre a história das famílias monogâmicas que influenciaram e delimitaram a família da qual fazemos parte.

Inicialmente, já se faz necessário citar o ensinamento explicitado pelo doutrinador Eduardo de Oliveira Leite:

**“A monogamia, porém, representa a primeira forma familiar fundada não sobre condições naturais, mas sociais, particularmente no triunfo da propriedade individual sobre a comunidade espontânea primitiva.”<sup>1</sup>**

Assim, fica demonstrada que a monogamia é uma forma de sociedade familiar que tem por base os mesmos princípios e fundamentos da família hodierna.

A família monogâmica é caracterizada como uma entidade histórica e os seus primórdios remontam as famílias romanas e canônicas. Em razão do mencionado, será demonstrada a evolução histórica dessas famílias diante de seu grande valor histórico, cultural e social.

No que diz respeito a antiga família romana, pode-se afirmar que a mesma era constituída por um conjunto de pessoas, regidos em regra pelo membro da família mais antigo. Esse chefe ou senhor tinha um direito soberano, sendo que a

---

<sup>1</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Tratado de Direito de Família; Origem e Evolução do Casamento, Volume I. Curitiba: Juruá, 1991, p. 49.

sua soberania não se originava em nenhum órgão superior como também não derivava do Estado. A essa importante figura da família romana, denominava-se *pater familias*.

Após as considerações já formuladas, menciona-se que o conceito de família para os romanos, não se vinculava exclusivamente a consangüinidade, visto que o *pater familias* dominava não só os seus descendentes, como também as mulheres casadas com aqueles.

Tal família trazia em seu bojo um conjunto de bens que formava o patrimônio familiar administrado pelo *pater*. Nessa época, apenas o *pater* adquiria bens. Posteriormente, passaram a surgir os patrimônios individuais, administrados pelos próprios membros da família, que ainda se subordinavam ao *pater*.

Inobstante o âmbito econômico citado acima, a família romana também tinha por base características religiosas, políticas e jurisdicionais.

Quanto a religião, era preservada a tradição pois perpetuava-se o culto doméstico praticado pelos antepassados.

No que tange ao âmbito jurisdicional, o *pater familias* era o detentor do “poder de justiça”, e, no que diz respeito a política, o Senado era formado pela reunião dos chefes de família.

Observa-se dessa forma, que o *pater familias* ocupava um lugar de destaque na família romana, onde todos os membros da mesma família se sujeitavam a sua autoridade.

Interessante notar que a mulher, ao casar-se, poderia continuar sobre a autoridade do *pater familias* de sua família consangüínea, ou poderia subordinar-se ao *pater familias* da família de seu marido. No primeiro caso, configurar-se-ia o casamento sem *manus* (sem mão), enquanto que o segundo caso citado é exemplo característico do casamento com *manus* (com mão).

Ressalta-se ainda que, segundo Eduardo de Oliveira Leite:

**“Em qualquer das formas citadas de casamento *cum manu*, a mulher ‘se desligava da família paterna e vinha integrar totalmente a família do marido, na situação jurídica de filha**

**(*loco-filiae*), e os bens que trouxesse, se fosse *sui juris*, incorporavam-se ao patrimônio do marido, sobre o qual só este exercia poderes absolutos'. No casamento *cum manu*, a mulher ficava subordinada ao férreo poder do marido, à *manus maritalis* (mão do marido) e ao *pater familias* dele.”<sup>2</sup>**

Corroborando para a evidência das duas espécies de casamento e os seus conceitos no direito romano, manifesta-se José Carlos Moreira Alves:

**“Afirma-se, tradicionalmente, que, no direito romano, havia duas espécies de casamento: o casamento *cum manu* e o casamento *sine manu*. O primeiro seria aquele em que o homem (ou, se *alieni iuris*, seu *pater familias*) adquire a *manus* (poder marital) sobre a mulher, que assim, se desvincula da família de origem e ingressa, com seus bens, na de seu marido, como se fosse filha dele (*loco filiae*): dessa forma, se a mulher, antes de casar, for *alieni iuris* (por estar subordinada à *potestas* de seu *pater familias* originário), continua a sê-lo na família do marido, depois do casamento *cum manu*; se *sui iuris*, torna-se ao casar *alieni iuris*. Já na segunda espécie – o casamento *sine manu* –, o marido não adquire a *manus* sobre a mulher, que, em virtude disso, conserva, além de seus bens, o *status familiae* anterior ao casamento.”<sup>3</sup>**

Verificou-se assim a existência e as distinções entre o casamento com ou sem *manus* no que tange a família romana.

Oportuno elucidar ainda que crescente desenvolvimento da família romana, admitiu duas espécies de parentesco, a “agnação”, onde considerava-se parente as pessoas sujeitas ao mesmo *pater* independentemente da consangüinidade, e a “cognição”, onde o parentesco dava-se pela consangüinidade. Para a existência dessa última espécie de parentesco, não era exigido que os parentes fossem agnados entre si. Fazendo um paralelo com o parentesco moderno, constata-se a profunda diferença desse com o parentesco relativo a família romana.

<sup>2</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Op. Cit., p. 46.

<sup>3</sup> José Carlos Moreira Alves, Direito Romano; Instituições de Direito Romano; B) Parte Especial: Direito das Obrigações; direito de família; direito das sucessões. 6. ed., RJ: Forense, 1997, p. 289.

Ainda sobre a família romana, necessário se faz deixar expresso que o casamento mantinha algumas peculiaridades demonstradas abaixo:

**“Para os romanos a *affectio* era um elemento necessário para o casamento que não devia existir apenas no momento da celebração do casamento, mas enquanto esse perdurasse. O consentimento das partes não devia apenas ser inicial mas continuado. Assim a ausência de convivência, o desaparecimento da afeição eram, por si só, causas necessárias para a dissolução do casamento.”<sup>4</sup>**

No mesmo diapasão:

**“Na mentalidade romana, essencialmente jurídica, o consentimento manifestável pela intenção é da essência do casamento. É necessário e suficiente à criação dos laços conjugais.”<sup>5</sup>**

Fica caracterizada dessa forma a estrutura moderna de civilização demonstrada pela família romana. Além de admitir que o casamento se configurasse apenas e somente com a afeição existente entre os nubentes, estendia a existência dessa afeição durante a constância do casamento, e, se caso deixasse de existir a afeição, configuraria causa para a dissolução da sociedade conjugal.

Verifica-se assim que a dissolução do casamento era matéria aceitável perante os romanos posto que, deixando de existir a afeição entre os nubentes, o casamento também deixava de existir.

Com a constante evolução da civilização romana, o *pater familias* foi perdendo progressivamente sua autoridade, concedendo maiores poderes, como

---

<sup>4</sup> Arnaldo Wald, Curso de Direito Civil; O novo Direito de Família. 12. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

<sup>5</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Op. Cit., p. 65.

também algumas autonomias para as mulheres e filhos. Como consequência, o casamento com *manus*, em uma das suas três formas, qual sejam: *confarreatio*, *coemptio* e o *usus* (analisadas no Capítulo 2, item 2.1), deixou de ser a forma mais usual e foi sendo substituído pelo casamento sem *manus*, marcando o início do patrimônio individual.

Com o passar do tempo, a mulher passa a gozar de total autonomia, participando não apenas da vida familiar, mas também da vida social e política. Surge o feminismo e a família romana transforma-se. Diante das citadas ocorrências, Arnaldo Wald expressa-se da seguinte maneira: **“Corresponde a esta fase a dissolução da família romana corrompida pela riqueza. Os adultérios e os divórcios se multiplicam.”**<sup>6</sup>

Verifica-se assim que a partir da autonomia da mulher, a família romana começa a se desestruturar.

Diante de todo o relatado, pode-se afirmar que a antiga família romana guarda semelhanças relevantes com a atual família. É o que assegura José Carlos Moreira Alves:

**“... verifica-se que, entre a *família natural romana* e a *família moderna em sentido estrito*, não há diferenças substanciais: ambas se constituem pelo casamento, e em ambas há relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, e pais e filhos.”**<sup>7</sup>

Dessa forma, ficou expresso a correlação existente entre as família supra citadas.

Quanto a família canônica, afirma-se que a mesma apoiava-se primordialmente nas Escrituras Sagradas e, para melhor entendê-la, transcreve-se o trecho abaixo:

---

<sup>6</sup> Arnaldo Wald, Op. Cit., p. 32.

<sup>7</sup> José Carlos Moreira Alves, Op. Cit., p. 247.

**“Assim, a noção de História do Direito Canônico se exprime como ciência que, mediante a investigação, procura evidenciar a origem e o desenvolvimento das normas que constituem a legislação eclesiástica da Igreja Católica, podendo esse direito definir-se, com Arnaldo Bertola, como complexo das leis estabelecidas e aprovadas pela Igreja para o governo da sociedade eclesiástica e a disciplina das relações dos fiéis entre si e com seus pastores.”<sup>8</sup>**

Desta forma, ficou evidenciado o conceito de direito canônico e qual o seu objetivo.

Para os hermeneutas, diferentemente da família romana, os canonistas não admitiam o rompimento da sociedade conjugal, posto que os textos bíblicos não mencionavam expressamente a possibilidade de sua dissolução. Uma vez unidos perante Deus, a dissolução não poderia ser convalidada.

Ainda no que diz respeito ao entendimento dos canonistas, o casamento era tido como um contrato, caracterizado por um acordo de vontades indissolúvel, posto que a união entre o homem e a mulher formalizada perante Deus, constitui um sacramento.

Dessa forma, a doutrina canônica não admitia nem mesmo a separação, quanto mais o divórcio.

No entanto, depois de muito se discutir a respeito, os canonistas passaram a admitir a separação de corpos, mas sem o direito de convolar novas núpcias visto que a mencionada separação apenas extinguiu a sociedade conjugal mas não dissolvia o vínculo matrimonial.

Ainda no que se refere a separação de corpos posteriormente possibilitada pelo direito canônico, interessante salientar que: **“Os efeitos da separação de direito canônico são a extinção do dever de coabitação, subsistindo todavia, entre os separados, os deveres de fornecer alimentos e de fidelidade recíproca.”<sup>9</sup>**

---

<sup>8</sup> Mons. Maurílio Cesar de Lima; Introdução à História do Direito Canônico. SP: Loyola, 1999, p. 19.

<sup>9</sup> Arnaldo Wald, Op. Cit., p. 35.

Verifica-se assim, que o cônjuge separado ainda era obrigado a cumprir com determinados deveres não deixando o outro cônjuge ao total desamparo. Ressalta-se ainda que a separação para a doutrina canônica não possibilita novo casamento posto que o dever de fidelidade recíproca ainda perdura.

Não obstante o entendimento que descrevia o casamento como um sacramento e por isso indissolúvel, a Igreja origina nova “discussão” sobre a questão referente ao divórcio apenas nos casos de infidelidade, onde o matrimônio não se reveste de caráter sagrado. As indagações originaram-se tendo em vista algumas passagens da Escritura Sagrada, que aparentemente, mencionam a possibilidade do divórcio no caso citado. No entanto, a mencionada discussão não produziu efeitos práticos até hoje pois o direito canônico ainda não admite o divórcio.

Diante da regra de indissolubilidade do casamento, e, da necessidade de proteção a tal instituto, a doutrina canônica começou a estabelecer um sistema de impedimentos, que impossibilitam a realização do casamento em determinados casos. Trata-se dos impedimentos matrimoniais, estatuídos no direito brasileiro, entre os artigos 183 usque 188 do Código Civil.

Em síntese, para demonstrar as influências canônicas na família hodierna, manifesta-se os ensinamentos do i. doutrinador Orlando Gomes:

**“É de origem canônica a doutrina dos *impedimentos matrimoniais* e sua distinção entre *impedimenta dirimentia* e *impedimenta impedientia*, recebida, com alterações, na lei civil dos povos ocidentais. Aos canonistas devem-se os princípios e as noções relativas à *nulidade* do matrimônio. A forma solene de celebração do casamento e o princípio do consensualismo aplicado aos nubentes decorrem das práticas adotadas pela Igreja. A posição mais favorável da mulher na sociedade conjugal resulta de concepções próprias do cristianismo.”<sup>10</sup>**

---

<sup>10</sup> Orlando Gomes, Direito de Família. 12. ed., RJ: Forense, 2000, p. 40.

Deixa claro assim que na organização jurídica da família hodierna, existiram influências decisivas não só da família canônica como também da família romana.

## 1.2 Conceito de família

De início indaga-se: o que vem a ser família?

Para esclarecer o indagado, transcreve-se o pensamento abaixo:

**“O termo ‘família’ é, pela primeira vez formulado e citado nos documentos escritos. Originando de *famulus*, que significa escravo, o termo, provavelmente originário da palavra *osca famel (servus)* que quer dizer escravo, o termo família não se referia ao casal ou aos seus filhos, mas ao conjunto de escravos e de servos que trabalhavam para a subsistência e se achavam sob a autoridade do *pater familias*. Na origem da palavra, divisa-se uma idéia de subordinação que vai acompanhar, através dos séculos, a noção de família.”<sup>11</sup>**

Baseando-se na origem do termo, e adaptando-o para a atualidade, temos algumas conotações que exprimem a denominação de família. Em sentido amplo, trata-se do conjunto de pessoas ligadas intimamente, através dos vínculos consangüíneos, ou seja, todas as pessoas provindas de um mesmo tronco ancestral. Faz parte de tal conceito, o cônjuge, os enteados (filhos do cônjuge), os genros e noras (cônjuges dos filhos) e também os cunhados (os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges). Nessa concepção, não se caracteriza a família amparada pelo legislador pátrio.

Numa concepção mais limitada, em sentido estrito, a família abrange o casal e seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos. Para evidenciar o mencionado, cita-se um trecho da obra de Caio Mário da Silva Pereira: “**Na**

---

<sup>11</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Op. Cit., p. 40.

**verdade, em sentido estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos.”<sup>12</sup>**

Corroborando para o mencionado, cita-se outro conceito mais amplo de família:

**“... considerando-se *família* o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção.”<sup>13</sup>**

É com essa a conotação (família em sentido estrito) que a maioria das leis faz menção.

Para mero conhecimento, afirma-se ainda que existe a família tendo em vista o direito sucessório, representada pelas pessoas que herdaram umas das outras, lembrando que em linha reta herdaram infinitamente, e os colaterais, até o quarto grau. No que tange aos alimentos, os ascendentes, descendentes e irmãos formam outra família. Já para fins fiscais, a família é aquela formada pelos cônjuges, pelos filhos menores, com exceção daqueles que freqüentam a universidade sob ônus do pai até a idade de 24 anos ou ainda se inválidos, e as filhas enquanto solteiras. Finalmente, para fins previdenciários, a família consiste no casal, nos filhos até 18 anos e nas filhas solteiras. Inclui-se nesse conceito, a companheira do trabalhador.

### **1.3 As espécies de família**

---

<sup>12</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil; Direito de Família, Volume V. 11. ed., RJ: Forense, 1998, p. 14.

<sup>13</sup> F. Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, p. 547 apud Orlando Gomes, Op. Cit., p. 35.

Insta elucidar que o direito de um modo geral reconhece a família como um importante e essencial grupo social, e diante desse pensamento, disciplina as relações sociais entre os seus membros e entre esses e a sociedade em geral.

Tendo em vista a maior parte da doutrina, existem quatro grupos familiares no direito brasileiro, quais sejam: família legítima; entidade familiar; família ilegítima e a família substitutiva.

A família intitulada como legítima vem a ser aquela originada pelo casamento e que respeita todas as formalidade instituídas pelo legislador. Por esse conceito, está abrangido o grupo composto pelos cônjuges e seus descendentes. É abarcada no Livro I (Do Direito de Família), Título I (Do Casamento) da Parte Especial do Código Civil.

A segunda espécie, entidade familiar, subdivide-se em duas. A primeira subdivisão diz respeito as famílias caracterizadas pela inexistência de vínculo matrimonial, onde a sua base se assenta na união estável entre companheiros, regulada pelo artigo 226, § 3º da Constituição Federal e pelas leis 8.971/94 e 9.278/96. A outra subdivisão da entidade familiar consiste na denominada família monoparental, formada por qualquer dos cônjuges e seus descendentes e, da mesma forma que a primeira, é regida pela Constituição Federal, mas no artigo 226, § 4º. A lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) também faz menção a família monoparental no artigo 25, denominando-a como família natural e em seu conceito, diz que a família natural abrange tanto aquela formada pelos pais ou por um deles e seus descendentes.

Insta ressaltar que até a Constituição Federal de 1.988, a denominação família legítima compreendia apenas aquela família formada pelo casamento, como expressado acima. No entanto, após a Constituição vigente, foi igualada à família legítima, a entidade familiar. Dessa forma é sempre bom lembrar que embora usualmente denominada exclusivamente de entidade familiar, essa espécie de família não deixa de ser legítima, visto que a mesma teve amparo legal, realizado expressamente pelo legislador constitucional.

A terceira espécie de família diz respeito as famílias ilegítimas, formadas pelo denominado concubinato impuro. Trata-se das relações adulterinas, incestuosas ou desleais, para as quais a lei não prove o seu amparo.

Oportuno elucidar ainda que a todos os filhos, mesmo os nascidos fora do casamento, ou mediante situações não abrangidas pela legalidade, é garantido o direito de ser reconhecido pelo seu pai, mediante termo de nascimento, por testamento, escritura pública ou outro documento público. É o que prescreve o artigo 26 da lei n.º 8.069/90.

No que diz respeito a família substitutiva, como o próprio nome diz, consiste na possibilidade de uma criança ser colocada no seio de uma família, diversa da família biológica, passando a integrá-la como verdadeiro filho. Tal espécie de família é resultado da adoção e está prescrita no artigo 28 da lei n.º 8.069/90.

#### **1.4 A nova família**

As transformações ocorridas foram de grande monta no que diz respeito a família, tanto é que, a atual família embora mantenha algumas similaridades, em muito contraria os antigos princípios.

Em demonstração ao narrado, podemos elencar como princípios que regem a atual família, o princípio da *ratio* do matrimônio, o da igualdade jurídica entre os cônjuges e o da igualdade jurídica de todos os filhos.<sup>14</sup>

Primeiramente, é oportuno explicitar rapidamente o que vem a ser cada um dos citados princípios.

Segundo o primeiro princípio, qual seja, da *ratio* do matrimônio, a razão do casamento é apenas o afeto existente entre os cônjuges. Nos dizeres de Orlando Gomes:

**“O primeiro e mais importante princípio do novo Direito de Família é o que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio**

---

<sup>14</sup> Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro; Direito de família, 5º Volume. 15. ed., SP: Saraiva, 2000, p. 15 e seguintes.

**e da vida conjugal na *afeição* entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida.”<sup>15</sup>**

Ainda continua o ilustre doutrinador:

**“A *ratio* é, porém, o suporte do casamento e a razão por que essas finalidades se cumprem. O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única de casamento, e com tamanha força que a dissolução do vínculo matrimonial passou a ser admitida em algumas legislações como um efeito do desaparecimento de sua *ratio*, toda vez que tenha fracassado e não possa ser reconstituído.”<sup>16</sup>**

Assim, verifica-se que esse é um dos poucos princípios atuais que ainda mantém relação com os antigos princípios. No entanto, como já mencionado trata-se apenas de uma relação e não igualdade. A existência da *affectio* para o direito romano era o elemento suficiente para que o casamento existisse perfeito e acabado e, sendo de noção geral é indutível dizer que para a modernidade a *afeição* somente não basta para que o casamento exista. Muito embora exista a tendência em se admitir apenas a *ratio* para que o casamento se formalize, tal ainda não é admitido no Direito Brasileiro. Ainda é necessário e imprescindível que as formalidades exigidas, sejam cumpridas para que o casamento exista no mundo jurídico.

Assim, enquanto a *afeição* era elemento único para a concretização do casamento no direito romano, é apenas um dos elementos necessários para o casamento moderno.

O segundo princípio, qual seja, a igualdade jurídica entre os cônjuges significa passagem marcante no direito de família posto que o exercício igualitário de direito e deveres entre os cônjuges modificou em muito os conceitos anteriores. Antes da CF/88 que introduziu em nosso ordenamento através do

---

<sup>15</sup> Orlando Gomes, Op. Cit., p. 23.

<sup>16</sup> Orlando Gomes, Op. Cit., p. 23.

artigo 226, § 5º, esse novo princípio, a família baseava-se exclusivamente na liderança do homem a frente de esposa e filhos.

Dessa forma, tal princípio se caracteriza precipuamente em elevar a situação da mulher, passando de submissa a colaboradora do marido, tanto no que diz respeito a direitos como obrigações, revolucionando assim a situação da mulher e conseqüentemente da família.

Diante do mencionado, começa a ficar demonstrada a contradição de princípios existentes entre a família antiga e a atual.

Finalmente, o último princípio também se manifesta de maneira contrastante com os antigos princípios do direito de família. Consagrado no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, esse novo princípio, estatui que entre os filhos, independentemente de qual seja a sua origem, legítimo, ilegítimo ou adotivo, não existirá qualquer distinção, uns entre os outros, tanto é que no termo de nascimento não poderá constar qualquer indício de discriminação em relação a espécie de filiação.

Para demonstrar a clarividência da contradição existente de tudo o que foi mencionado entre os princípios antigos e os hodiernos no que tange a família, salienta-se que várias funções inerentes a família antiga deixaram de ser função da nova família por não fazerem mais parte de nossa cultura. Elucida-se ainda que muitas dessas funções, destituídas na “nova família” foram transferidas a outras entidades.

Pode-se demonstrar o citado, através do explicitado abaixo.

Hoje não se perpetua mais a religião familiar como o que ocorria na família romana onde cada grupo familiar tinha as suas crenças e ritos. Vigem atualmente os grupos religiosos, onde os membros da família optam por uma religião já constituída.

Da mesma maneira, a antiga família se responsabilizava pela defesa e segurança de seus membros, o que não ocorre mais na atual família. A defesa e segurança dos cidadãos trata-se hoje de função exclusiva do Estado que concede aos civis a possibilidade de defender-se apenas em caráter de exceção. Manifestando-se como outro exemplo, pode-se mencionar a presença marcante da família antiga quanto ao caráter assistencial aos doentes e necessitados. Hoje,

as assistências dessa natureza também decorrem do Estado, passando a ser uma de suas funções, qual seja, amparar os necessitados e idosos em casas de repouso, e prestar assistência médica aos doentes através de hospitais públicos.

Ademais, os filhos deixaram de ser educados no interior da sua família de origem e passaram a receber orientações de organizações especializadas, denominadas comumente de escolas. Não ocorre mais a transmissão dos ofícios exercidos pelos pais aos filhos, dentro dos lares ou corporações de ofício.

No mesmo diapasão, a passagem da economia agrária à economia industrial influi irremediavelmente na estrutura familiar. A industrialização e as novas culturas fazem com que a família deixe de ser uma unidade de produção onde todos os seus membros trabalham sob a orientação de um chefe em prol do coletivo. O homem deixa de trabalhar no campo e passa a buscar outra espécie de trabalho, tendo a preocupação de sair de casa em busca de sustento para si e sua família. Diante da insuficiência dos recursos arraigados pelo homem, o papel da mulher transformou-se profundamente, passando a ocupar o mercado de trabalho e se igualando ao homem em direitos e deveres. Atualmente, até mesmo os filhos trabalham em prol do sustento da família. Com isso, transfigura-se a convivência entre marido e mulher e entre pais e filhos.

Da mesma maneira, a maior liberalidade dos costumes e da vida sexual contrastam com a família antiga e caracterizam a nova família, modificando os antigos preceitos.

## **1.5 A família e suas crises**

Já tornou-se notório que a família moderna passa mesmo é por uma crise. É perceptível que o cotidiano das famílias em geral está sendo drasticamente desestruturado, sendo que os juristas atribuem como causa de tal mudança a modificação dos conceitos básicos. Trata-se esse de apenas um dos entendimentos, visto que alguns estudiosos do Direito qualificam as atuais transformações como feições modernas, reprimindo a palavra crise. É o que pensa Caio Mário da Silva Pereira:

**“Há uma concepção nova de família, que se constrói em nossos dias. Fala-se na sua degradação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas resistências e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la.”<sup>17</sup>**

Em contraposição, e apoiado pela maior parte da doutrina, manifesta-se o doutrinador Yussef Said Cahali, entendendo que a família não passa por simples transformações, mas sim, por uma verdadeira crise:

**“Em realidade, porém, é exatamente nesta notória *mutação de conceitos básicos* nestes ‘novos critérios’ a que se submetem as relações do grupo societário, especialmente agora sob a pressão apologística da relação concubinária sob a forma de ‘entidade familiar’, que reside a crise da família, na exaltação de pretensos valores novos e contingentes, e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas liberdades e concessões de toda ordem como justificativa do descarte de preconceitos tradicionais, criando com isto um quadro favorável ao aumento progressivo das separações entre os cônjuges.”<sup>18</sup>**

Verifica-se assim, que realmente a família não passa apenas por “feições modernas” mas sim por uma verdadeira crise. Para a ocorrência de tal situação existem influências de várias e diversas causas.

É de citar por exemplo, a dificuldade econômica pela qual passa a maioria das famílias. O poder aquisitivo está cada vez menor e muitas famílias hoje não têm nem mesmo com o que se alimentarem. A ocorrência de dificuldades nesse

---

<sup>17</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Op. Cit., p. 19.

<sup>18</sup> Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação. 9. ed., SP: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

sentido desestrutura tanto pais, como filhos, que partem para a criminalidade ou prostituição, com a ilusão de alcançar melhores condições de vida.

Salienta-se também que a entrada da mulher e dos filhos menores no campo de trabalho, com o intuito de ajudar no orçamento doméstico corroboram com a crise familiar. A falta de diálogo entre a família em razão da vida agitada que levam, fazendo com que os seus membros, quando muito, só se encontrem nos horários das refeições. Diante de todo o mencionado, começa a desaparecer a convivência familiar, instrumento de união e apoio mútuo entre os familiares.

Outro grande ponto que degrada a família e também influencia no avanço da crise familiar diz respeito aos fatores espirituais, visto que as crenças e convicções religiosas não exprimem mais grande relevância nas famílias como ocorria anteriormente.

Ademais, nas famílias modernas não se presencia mais a tolerância e a compreensão entre os seus membros. Tais sentimentos e valores eram marcantes e constantes nas famílias mais antigas ocasionando um ambiente familiar em plena harmonia.

Como ficou claro, a veloz mutação nos conceitos e costumes, vem causando grandes desarranjos familiares. Os filhos tornam-se mais irreverentes. A mãe em muito, desdenha dos afazeres domésticos em razão do emprego que exerce fora de casa e com isso, o pai assume menos responsabilidades visto que tem o auxílio feminino no orçamento doméstico.

Diante de todas essas transformações e ressaltando o despreparo das famílias em passar pelas mudanças já citadas, evidencia-se que o instituto família, elemento fundamental da ordem social, vem passando por momentos difíceis.

## **1.6 Conceito de direito de família**

Trata-se de um ramo do direito privado, constante no direito civil, de suntuosa importância social, que é constituído em regra de preceitos

inderrogáveis, ou seja, normas cogentes, tutelando predominantemente interesses de ordem pública. Nesse sentido, manifesta-se Pontes de Miranda:

**“A grande maioria dos preceitos de direitos de família é composta de *normas cogentes*. Só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, o Código Civil deixa margem à *autonomia da vontade*.”<sup>19</sup>**

Destarte a observação feita acima, passa-se a conceituar o direito de família:

**“Constitui o direito de família, segundo a minuciosa lição de Clóvis Beviláqua, ‘o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência’. Abrange esse conceito, lapidadamente, todos os institutos do direito de família, regulados pelo Código Civil nos arts. 180 a 484.”<sup>20</sup>**

Verifica-se assim, que o mencionado elucida o que vem a ser direito de família. O conceito explicitado não é apenas uma mera definição, mas também, uma enumeração dos vários institutos que perfazem o referido instituto.

Reforçando o ensinamento, menciona-se novamente, Pontes de Miranda:

**“O direito de Família tem por objeto a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto a**

---

<sup>19</sup> Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família; Direito Matrimonial, Volume I. 3. ed., SP: Max Limonad, 1947, p. 71.

<sup>20</sup> Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 03.

**influência dessas relações sobre a pessoa, quer sobre os bens.”<sup>21</sup>**

No mesmo sentido, elucidando ainda mais o que vem a ser direito de família, manifesta-se Caio Mário da Silva Pereira:

**“Província do Direito Civil, e parte do Código Civil, o Direito de Família tem ocupado sempre posição destacada no Direito Privado. É o complexo de normas disciplinares das relações de família, isto é, das que se passam entre pessoas ligadas pelo parentesco e pelo casamento.”<sup>22</sup>**

Através de um raciocínio lógico, pode-se sintetizar todo o citado, dizendo que o direito de família vem a ser o instituto que regula as relações existentes entre os diversos membros da família e as influências dessas relações não só sobre as pessoas como sobre os bens. Faz-se necessário deixar claro, que o instituto em questão não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que tange ao regime de bens.

## **1.7 Importância do direito de família**

Reveste-se de grande importância o estudo do direito de família. Isso porque a família representa o núcleo fundamental de toda a organização social, a célula base da sociedade, que, de certa forma a fortalece e revigora.

Tendo em vista o citado, o legislador através do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, declarou a nível constitucional que a família vive sob a proteção especial do Estado.

---

<sup>21</sup> Pontes de Miranda, Op. Cit., Volume I, p. 70.

<sup>22</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Op. Cit., p. 20.

Como se não bastasse, o direito de família também manifesta-se de grande importância pela vinculação existente entre tal instituto e o direito público e privado. Isso ocorre visto que várias normas de direito público e privado se baseiam no direito de família. Para exemplificar, no âmbito do direito privado, podemos citar o direito das obrigações, no que diz respeito a necessidade da outorga uxória para a alienação de bens imóveis ou direitos reais sobre coisas alheias (artigos 235, I, e 242 do Código Civil). No que tange ao direito público, cita-se o direito constitucional, que legisla sobre normas que regem a família, a educação e a cultura, como também o direito tributário que prevê deduções atinentes aos encargos de família.

## **1.8 Características do direito de família**

Relembrando o mencionado sobre o direito de família constata-se a relevância que esse instituto representa ao Estado. Em razão do exposto fica claro que o interesse do Estado é maior que o interesse individual dentro desse ramo do Direito Civil, tanto é que as normas referentes a tal instituto em sua maioria são de ordem pública ou cogentes, insuscetíveis de serem derogadas pelo simples arbítrio das partes; a vontade dos sujeitos é restrita.

Excepcionalmente em matéria de regime de bens, ou qualquer outra matéria que faz menção a direito disponível, o legislador possibilita autonomia para as partes.

Constata-se assim, que a regra, quanto ao direito de família é o princípio estatutário, onde a autonomia da vontade caracteriza-se meramente como exceção.

Como outro corolário e em consequência a imperatividade das normas de direito de família, os denominados direitos de família puros são irrenunciáveis, tal qual acontece com o direito a alimentos.

Ademais, salienta-se que os direitos derivados do estado de família são imprescritíveis. Dessa forma, o direito de pleitear o reconhecimento da paternidade ou de requerer alimentos, não prescrevem.

Embora sofra intervenção estatal, salienta-se que o direito de família é um ramo do Direito Civil, no entanto, menos individualista, devido a limitação da vontade citada anteriormente.

É necessário esclarecer que alguns atos do direito de família, embora originados mediante atos voluntários, como o casamento e a adoção, manifestam a vontade dos contraentes apenas na sua realização visto que seus efeitos já estão prescritos em lei.

Outra característica do direito de família, faz referência a sua natureza personalíssima. Aderem somente à personalidade da pessoa em virtude da sua posição dentro da família. Configura dessa monta, um direito extrapatrimonial e, em razão disso, é irrenunciável, intransferível, não admite condição, termo ou exercício por meio de procuração.

Insta ressaltar ainda que sobre a matéria referente ao direito de família, os direitos criados, muito embora reconhecidos e regulados pela atual legislação, assumem, na maioria dos casos, natureza de deveres, isso porque as faculdades são conferidas não tanto com o intuito de oferecer direitos mas sim de impor deveres. Um exemplo que esclarece o mencionado é o pátrio poder, visto que não se trata somente de um direito mas também configura-se como um dever, qual seja, a obrigação dos pais em dirigir a criação e educação dos filhos menores.

## **1.9 Evolução histórica do direito de família no Brasil**

Verifica-se que o Código Civil de 1.996, em sua íntegra, adotou os preceitos do direito canônico no que diz respeito ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos matrimoniais, às nulidades e anulabilidades, considerando ainda indissolúvel o vínculo matrimonial. As mulheres eram tidas como relativamente incapazes e o regime de bens que vigorava, no silêncio das partes ou no caso de invalidade do regime de bens adotado entre os nubentes era o de comunhão universal de bens. Ademais, a adoção era um instituto de difícil acesso, e o reconhecimento dos filhos só era possível quando tratava-se de filhos naturais.

No que diz respeito ao último assunto citado, reconhecimento dos filhos, menciona-se que tal situação foi alterada com o advento da lei nº 883/49, que permitia o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adulterino após a dissolução da sociedade conjugal. Posteriormente, com a alteração que sofreu a lei nº 7.250/84, a situação foi novamente modificada, e o reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio poderia ocorrer quando o cônjuge estava separado de fato há mais de cinco anos contínuos. No entanto, foi a Constituição Federal de 1.988 que inovou de maneira *sui generis*, dando aos filhos ilegítimos o direito de ter sua paternidade reconhecida independentemente do estado civil do pai ou de qualquer outro empecilho. Destarte, o artigo 227, § 6º da Constituição Federal igualou os filhos havidos ou não na constância do casamento, como também aqueles derivados de adoção.

Outra importante lei, que acarretou suntuosa mudança no direito de família brasileiro foi a lei nº 4.121/62, que veio a “emancipar” a mulher casada, garantindo a mesma, direitos análogos ao do marido.

Pode-se considerar que a lei de maior importância no campo do direito de família foi a Lei Federal nº 6.515/77, editada em 26 de dezembro de 1.977, para regulamentar a Emenda Constitucional nº 09 de 28 de junho de 1.977, que introduziu o divórcio no Brasil, ao permitir que o vínculo matrimonial fosse dissolvido. Tal lei dispõe sobre a dissolução do casamento e da sociedade conjugal, prescrevendo ainda os seus efeitos e o respectivo processo. Constatase dessa forma a grande modificação ocasionada pelo advento de tal lei, posto que até então, o matrimônio era tido como indissolúvel.

Como se não bastasse, a referida lei além de regular a dissolução do vínculo matrimonial, aboliu a palavra desquite, instituindo em seu lugar a separação judicial. A nova lei inovou ainda mais quando passou a considerar o regime de comunhão parcial de bens como o regime legal no caso de não haver convenção entre os consortes ou sendo essa nula. Dessa forma o artigo 258 do Código Civil foi alterado.

A lei nº 8.009/90, da mesma maneira veio modificar o direito de família visto que além de ampliar o bem de família e abolir a necessidade de sua instituição pelo chefe de família, também o estendeu a entidade familiar, como prescreve o artigo 1º da mencionada lei.

O instituto da união estável que anteriormente era amparado apenas pela jurisprudência, passou também a ser regulamentado legalmente. A Constituição Federal, no Capítulo VII, onde trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, faz menção a união estável através do artigo 226, § 3º, *in verbis*: **“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”**

Ainda no que diz respeito a união estável, a lei nº 8.971/94 foi de grande valia, preocupando-se em definir o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão. Ressalta-se também a promulgação da lei nº 9.278/96 que tem por finalidade imediata regular o artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

Verifica-se assim, que a evolução histórica no Brasil quanto ao direito de família ocorreu de maneira relevante. Como foi citado, muitas foram as modificações sofridas no atual Código Civil. Inclusive, algumas matérias nele inseridas foram totalmente reestruturadas e inovadas. É o que ocorreu por exemplo com a edição da lei nº 6.515/77, que instituiu novas regras sobre a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.

## CAPÍTULO 2 DO CASAMENTO

### 2.1 Histórico

Pode-se dizer que o instituto do casamento teve origem em Roma, e a sua concretização ocorria de três formas, quais sejam: *confarreatio*, *coemptio* e o *usus*.

A primeira, intitulada de *confarreatio*, era referente ao casamento da classe patrícia. Mantinha semelhança ao nosso casamento religioso visto que caracterizava-se pela oferta aos deuses de um pão de trigo denominado *panis farreum*. Tal costume perdura até hoje, sendo representado pelo bolo de noiva. A *confarreatio* era um casamento com excessivas formalidades.

Já o *coemptio* era o casamento privativo dos plebeus, que implicava na venda simbólica da mulher ao marido.

Finalmente, o *usus* consistia numa espécie de “união estável”, onde o casamento ocorreria pela convivência interrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório. Em decorrência de tal convivência, nascia o poder marital. Destarte, o casamento não ocorreria se a mulher, no período de um ano, passasse três noites fora do lar conjugal.

Ressalta-se que todas as formas já mencionadas caracterizavam o casamento com *manus*, sujeitando a mulher ao poder marital. Com a evolução da família romana, passou-se a adotar o casamento sem *manus*, onde a mulher continuava a pertencer ao poder paterno. É o que diz Arnaldo Wald: **“O casamento com *manus* que se realizava mediante solenidades, como a**

***confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*, foi sendo substituído pelo casamento sem *manus*.”<sup>23</sup>**

Ainda em Roma, conheceu-se o instituto do matrimônio livre, onde era necessário apenas a capacidade e aquiescência dos contraentes e a ausência de impedimentos.

Essa foi a situação que perdurou até a Igreja reivindicar para si a regulamentação do casamento, alegando ser a titular do direito sobre o instituto visto que o mesmo encontrava-se inserido dentre um dos sete sacramentos. No entanto, tal regulamentação só ocorreu no Concílio de Trento. Nessa ocasião estabeleceu-se que o casamento deveria observar os seguintes princípios:

**“... expedição de proclamas, publicados por três vezes no domicílio dos contraentes; celebração pelo pároco, ou outro sacerdote, na presença de duas testemunhas pelo menos; expresso consentimento dos nubentes e coroamento da cerimônia com a bênção nupcial.”<sup>24</sup>**

Diante da mencionada regulamentação, o matrimônio deixou de ser matéria tutelada pelo Estado, deportando-se para as mãos da Igreja. Conseqüentemente, qualquer dúvida ou modificações a serem feitas sobre a matéria referente a casamento deveriam ser suscitadas perante as autoridades eclesiásticas.

Com o transcurso do tempo, o matrimônio passou novamente a ser regulamentado pelas leis emanadas pelo poder estatal. No entanto, no que tange ao Brasil, por longo tempo, continuou prevalecendo o casamento religioso visto que quase a totalidade da população era católica. Porém, com a evolução da imigração, foram surgindo novas religiões, fato que corroborava para a modificação do até então vigente, casamento religioso.

---

<sup>23</sup> Arnaldo Wald, Curso de Direito Civil; O novo Direito de Família. 12. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1999, p. 31.

<sup>24</sup> Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito de Civil; Direito de Família, 2º Volume. 34. ed., SP: Saraiva, 1997, p. 15.

Diante da ocorrência do fato ora transcrito, começou-se a admitir o casamento misto, entre católicos e acatólicos, desde que realizado sob as leis do direito canônico.

Para atender de maneira abrangente os anseios da população acatólica, surge, em 1.861, a lei n.º 1.144, dando efeitos civis ao casamento religioso celebrado perante os ritos da religião dos nubentes, desde que fossem devidamente registrados. Esta foi a primeira etapa para desvincular o casamento da tutela eclesiástica, etapa essa que só obteve o ápice com a proclamação da República. A partir de então, passou a vigor entre nós o casamento civil. É o que prescreve a CF/88 em seu artigo 226. Todavia, no § 2º do artigo citado, a própria Constituição equipara o casamento civil ao religioso, mencionando que, nos termos da lei, o casamento religioso tem efeito civil.

Em suma, primeiramente o casamento era católico, celebrado de acordo com as normas do Concílio de Trento. Com o aparecimento abundante de outras religiões, foi admitido o casamento misto, onde dele poderiam participar católicos e acatólicos, desde que observadas as normas referentes ao direito canônico. Finalmente, após a lei n.º 1.144/61, o casamento passou a unir membros de seitas dissidentes, em obediência às prescrições religiosas respectivas. Somente após a República, o casamento perdeu o caráter confessional, pois ocorreu a separação do poder temporal e espiritual. Com o advento da CF/88, ficou expresso que o casamento é regulado pela lei civil. Dessa forma, o casamento religioso deixou de ser a regra. No entanto, pode ser equiparado ao civil desde que observadas as prescrições legais.

## **2.2 Conceito e finalidade**

Uma das formas que origina a família legítima é o casamento válido. Com a sua formalização, os nubentes adquirem, mudam o seu estado civil, passando a ostentar o *status* de casados. Mas o que vem a ser o casamento, conhecido também por matrimônio?

Para responder a tal indagação, transcreve-se a definição oferecida por Sílvio Rodrigues:

**“Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.”<sup>25</sup>**

Corroborando com a conceituação já expressada, cita-se o entendimento de Maria Helena Diniz:

**“O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família.”<sup>26</sup>**

Verifica-se assim, que o casamento, é um ato pessoal, por terem os nubentes a liberdade de escolha, devendo manifestar validamente o seu consentimento; bilateral, por ocorrer entre duas pessoas necessariamente de sexos opostos; e solene, diante da necessidade de se observar várias formalidades para a sua celebração. Ademais, os nubentes devem ter capacidade para realizar essa união exclusiva perante autoridade competente. Finalmente não se pode deixar de fazer referência a uma característica marcante e latente no casamento hodierno, qual seja, a possibilidade de dissolução.

Em razão do casamento, a situação dos cônjuges fica regulamentada perante a lei. Passam a ser sujeitos de determinados direitos e deveres característicos do casamento, como a vinculação a determinado regime de bens, escolhidos por eles ou aos mesmos imposto.

---

<sup>25</sup> Sílvio Rodrigues, Direito Civil; Direito de Família, 6º Volume. 24. ed., SP: Saraiva, 1999, p. 17.

<sup>26</sup> Maria Helena Diniz; Código Civil Anotado. SP: Saraiva, 1995, p. 176.

Por fim, e com o intuito de caracterizar quais são as finalidades do casamento, faz-se uso dos dizeres precisos de Washington de Barros Monteiro:

**“Sem dúvida, tem o casamento por finalidade primordial a procriação, mas esse fim não é o único. Unindo-se pelo matrimônio, visam igualmente os cônjuges à obtenção de mútua assistência para superação dos encargos da vida. Podemos dizer, portanto, que o casamento apresenta tríplice finalidade: procriação, educação dos filhos e prestação de auxílio mútuo.”<sup>27</sup>**

Comungando do mesmo entendimento, manifesta-se Caio Mário da Silva Pereira:

**“São complexas as finalidades do casamento. Seguindo a concepção canônica, distribuem-se em dois grupos: procriação e educação da prole no primeiro; mútua assistência e satisfação sexual no segundo.”<sup>28</sup>**

Sem dúvida, ficou demonstrado claramente quais são as finalidades do casamento. A regularização das relações sexuais é a primeira, o que tem por objetivo principal a procriação. Conseqüentemente a educação da prole também se caracteriza como finalidade. Ademais, os cônjuges, quando se unem pelo matrimônio visam a convivência e a comunhão da vida em comum com o outro consorte. Finalmente, não poderia deixar de ser uma finalidade, o auxílio mútuo, que se manifesta tanto material como espiritualmente.

## **2.3 Natureza jurídica**

---

<sup>27</sup> Washington de Barros Monteiro, Op. Cit., p. 14.

<sup>28</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil; Direito de Família, Volume V. 11. ed., RJ: Forense, 1998, p. 39.

Quanto a natureza jurídica do casamento, existe grande polêmica sobre o assunto. A discussão gira acerca de três entendimentos. O primeiro entende que o casamento tem natureza jurídica de um contrato, outros o admitem como uma instituição. A terceira corrente qualifica o casamento meramente como um ato complexo.

Para a primeira corrente, o casamento seria um contrato pois depende exclusivamente da vontade das partes para ter eficácia. Determinada corrente origina-se do direito canônico, encarando o casamento apenas como um sacramento, onde a vontade dos nubentes prevalece. Ao expressar-se sobre as correntes existentes sobre a natureza jurídica do casamento, manifesta-se claramente Maria Helena Diniz ao explicar a corrente contratualista:

**“Para essa corrente o matrimônio é um *contrato civil*, regido pelas normas comuns a todos os contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifesto por sinais exteriores. Esta concepção sofreu algumas modificações, pois civilistas há que vislumbraram no casamento um contrato *especial* ou *sui generis* (...)”<sup>29</sup>**

Como adepto dessa nova faceta da corrente contratualista, tornando-a mais moderna, citamos Caio Mário da Silva Pereira:

**“O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um *contrato especial* dotado de conseqüências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeito puramente econômicos, ou de *contrato de Direito de Família*, em razão das relações específicas por ele criadas.”<sup>30</sup>**

---

<sup>29</sup> Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro; Direito de família, 5º Volume. 15. ed., SP: Saraiva, 2000, p. 36.

<sup>30</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Op. Cit., p. 36.

Ficou bem demonstrado o caráter eclesiástico da presente corrente a qual admite o casamento como um contrato, especial ou *sui generis*. O fundamento para tanto reside na grande relevância que os canonistas atribuíam a declaração de vontade, como já foi exposto (Capítulo 1, item 1.1).

Diversamente e em contradição com a corrente anteriormente expressada, existe o posicionamento que caracteriza o matrimônio como uma instituição. Para os adeptos de tal entendimento, o casamento é um conjunto de regras impostas pelo Estado as quais os nubentes somente aderem. Para tanto, constata-se que a vontade dos cônjuges não tem força vinculante. Tanto é assim, que os efeitos e formas do casamento estão previamente prescritos em lei. As partes são livres apenas para declararem a aquiescência do casamento que irá se formalizar. Concordando com o casamento não há o que discutir sobre os direitos e deveres advindos desse. Os nubentes apenas ingressam no estatuído imperativamente pelo Estado.

Ademais, dois fundamentos norteiam os filiados desta corrente. Primeiramente, o instituto casamento é predominantemente de interesse público, e secundariamente, como anteriormente citado, o vínculo matrimonial somente se forma com o concurso da autoridade do Estado, e, assim sendo, deve ser tratado como uma instituição.

Ao tratar da matéria, novamente leciona Maria Helena Diniz:

**“A concepção institucionalista vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam. O casamento é tido como uma grande *instituição social*, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei.”<sup>31</sup>**

Verifica-se que para tal concepção o casamento não é um contrato, visto que os nubentes não manifestam sua vontade quanto ao conteúdo do casamento, apenas aceitam o estatuído pela lei.

---

<sup>31</sup> Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 37.

Não obstante, existem doutrinadores que entendem ser o casamento um ato complexo. Comunga desse entendimento, entre outros, o i. doutrinador Sílvio Rodrigues, afirmando:

**“Em suma: o casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, mas que se completa pela celebração, a qual é ato privativo de representante do Estado.”<sup>32</sup>**

Para reforçar o citado:

**“Os que classificam o casamento *negócio jurídico complexo* levam em conta que não basta, para a sua formação, o consentimento dos nubentes, visto ser necessária a declaração da autoridade para que o ato se aperfeiçoe. (...) No primeiro momento, quando os nubentes declaram que se querem receber como marido e mulher, o acordo de vontades verifica-se como em qualquer contrato; no segundo, também necessário à formação do vínculo, dá-se a intervenção complementar da autoridade. Por isso, o casamento é *ato complexo*.”<sup>33</sup>**

Ainda no mesmo sentido:

**“Entendemos que são contratos os atos jurídicos bilaterais ou plurilaterais que só criam obrigações (deveres jurídicos de natureza patrimonial). Quando um ato jurídico cria deveres sem conteúdo patrimonial não é mais contrato. Ora vimos que o casamento não se limita a ter efeitos econômicos, criando outros deveres jurídicos sem conteúdo patrimonial para o casal. Assim sendo, conceituamos o casamento como um ato jurídico complexo e solene que não tem natureza contratual.”<sup>34</sup>**

---

<sup>32</sup> Sílvio Rodrigues, Op. Cit., p. 20.

<sup>33</sup> Orlando Gomes, Direito de Família. 12. ed., RJ: Forense, 2000, p. 58.

<sup>34</sup> Arnaldo Wald, Op. Cit., p. 66.

Essa concepção faz menção a uma doutrina mista, mais eclética, onde deve aliar-se ao elemento volitivo, o elemento institucional.

Salienta-se que no que tange a natureza jurídica do casamento, todas as correntes aqui constantes são coerentes e passíveis de defesa. No entanto, verifica-se que a mais plausível e a que condiz com a realidade é a expressada pela terceira corrente, a qual denomina o casamento como um ato complexo.

Não seria correto entender de outra forma posto que o casamento é ato privativo de representantes do Estado, o que demonstra a necessidade da intervenção estatal. Mas, como se isso não bastasse, para que o casamento se consagre perfeito e acabado, necessita também da manifestação de vontade dos contratantes.

Dessa forma, nada mais congruente do que entender que a natureza jurídica do casamento, deva comportar conjuntamente o entendimento manifestado pelas duas primeiras correntes e formar a terceira, que, diante do seu avanço une tanto o ato institucional como a vontade para a formação do casamento.

## **2.4 Dos efeitos jurídicos do casamento**

Notoriamente, o maior efeito do casamento é a constituição de uma família legítima, passando os cônjuges a adquirir um *status*, o estado de casado. Esse é geralmente denominado como efeito social do casamento.

As conseqüências do chamado efeito social são, além da criação da família legítima e da constituição do estado de casado, o estabelecimento do vínculo entre os consortes e os parentes do outro. Além do que, ao cônjuge menor de idade é concedida a emancipação, tornando-se capaz.

No entanto, existem outros efeitos, também de suma relevância, ligados a tal ato, e que merecem local de destaque diante da sua importância. Trata-se dos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, expostos abaixo.

### 2.4.1 Quanto aos efeitos pessoais

São tidos como efeitos pessoais do casamento ou também chamados de deveres recíprocos, os elencados no artigo 231 do Código Civil, quais sejam: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos.

Após elencar os efeitos pessoais, Eduardo de Oliveira Leite faz a seguinte observação:

**“Os efeitos que produz o casamento podem ser encarados – porque são efeitos jurídicos – como restrições que cada um dos esposos impôs voluntariamente à sua liberdade pessoal. Voluntariamente, diz-se, ou seja, uma vez assumida, devem ser respeitadas enquanto durar a união.”<sup>35</sup>**

Após esse breve relato, passa-se a analisar individualmente cada um dos efeitos mencionados.

Insta salientar que a não observância de qualquer desses efeitos-deveres, possibilita o pedido de separação judicial litigiosa.

#### 2.4.1.1 Fidelidade recíproca

Primeiramente, é necessário explicitar desde já que a quebra de tal dever faz surgir o adultério que consiste na manutenção de relações sexuais completas com pessoas de sexos diferentes, sendo que uma dessas pessoas está ligada a uma terceira através dos laços matrimoniais. Salienta-se que para configurar o adultério, o cônjuge infiel tem a intenção de praticar tais atos com pessoa diversa.

---

<sup>35</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Temas de Direito de Família. SP: Revista dos Tribunais, 1994, p. 54.

Sobre a matéria, manifesta-se Eduardo de Oliveira Leite:

**“Sobre a fidelidade já se referira com veemência Clóvis Bevilacqua, quando da redação do Código Civil. Expressão natural da monogamia, a fidelidade sempre foi – e continua sendo – o primeiro e mais importante dos deveres recíprocos dos cônjuges. Não constitui mais como Clóvis afirmara – um simples dever moral (de cônjuge a cônjuge), mas também um dever social cuja infração é sancionada na esfera patrimonial (no direito de família, sua infração é punível com a separação litigiosa, com base no art. 5º da Lei 6.515, ‘grave violação dos deveres do casamento’) e na esfera social (o Código Penal prevê o ilícito penal no Título VI – *Dos crimes contra a família*, capítulo I, *Dos crimes contra o casamento*, art. 240). Ou seja, a ofensa é, ao mesmo tempo, de ordem privada e pública. A evolução moral e social pode justificar a descaracterização do ilícito já que sua infração atinge o que há de mais importante no ser humano a dignidade.”<sup>36</sup>**

Para entendermos mais sobre o assunto suscitado, ressalta-se desde já o explicitado por Sílvio de Sálvio Venosa:

**“A *fidelidade recíproca* é corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo. Contudo, embora atue em todas as esferas, é também norma jurídica, porque a sua transgressão admite punição nas esferas civil e criminal. Há tendência acentuada de ser suprimido o adultério da esfera criminal. No campo civil, porém, a transgressão do princípio implica sanções como a separação dos cônjuges com reflexos patrimoniais. A quebra do dever de fidelidade é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa. Atos diversos do ato sexual podem caracterizar injúria grave, bastante para lastrear o pedido de separação.”<sup>37</sup>**

---

<sup>36</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Op. Cit., p. 56.

<sup>37</sup> Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil, Direito de Família; 5º Volume. SP: Atlas, 2001, p. 131.

Destarte, verifica-se que o dever de fidelidade recíproca tem caráter moral, educativo e social. Ademais, trata-se de um dever expresso, e dessa forma prescrito no Código Civil vigente, em seu artigo 231, inciso I, originando um dos efeitos pessoais do casamento.

O dever em questão tem como finalidade precípua a proteção de interesses superiores; a preservação do Estado. Tanto é assim que a fidelidade não pode ser postergada mediante pacto antenupcial, ou convenção posterior, visto que, deve prevalecer o interesse estatal sobre o interesse individual, com o intuito de perpetuar e conservar a família monogâmica, célula base do Estado Brasileiro.

Como descreve o trecho anteriormente transcrito, a infidelidade enseja o pedido de separação judicial pelo cônjuge ofendido. Essa é a sanção no âmbito civil. No campo penal, a não observância do dever de fidelidade recíproca configura o crime de adultério previsto no artigo 240 do Código Penal, punido com pena privativa de liberdade. No entanto, como mencionado texto acima transcrito, a tendência moderna inclina-se em abolir do Ordenamento Jurídico a tipificação penal do crime de adultério, persistindo somente a sanção civil.

Insta salientar que tratamos até agora, mais especificamente da infidelidade material, ou como outros preferem, da infidelidade física que consiste na prática de relações sexuais com outra pessoa diversa do cônjuge. A infidelidade moral, que consiste na prática de atos desleais de cada consorte em relação ao outro, não está munida de sanção penal, podendo apenas configurar injúria grave, que pelo artigo 5º da lei n.º 6.515/77, também autoriza a separação judicial.

#### **2.4.1.2 Vida em comum no domicílio conjugal**

Consiste no dever de coabitação, prescrito no artigo 231, II do Código Civil. Sílvia Rodrigues manifesta-se com clareza sobre a vida em comum no domicílio conjugal:

**“A vida em comum, no domicílio conjugal, constitui outra decorrência do casamento. Este, entre os seus fins, inclui a satisfação dos sexos e a assistência mútua; ora, tais finalidades para se alcançarem, impõem, ordinariamente, a vida sob o mesmo teto.”<sup>38</sup>**

Ainda nos dizeres de Maria Helena Diniz: **“A coabitação é o estado de pessoas de sexos diferentes que vivem juntas na mesma casa, convivendo sexualmente.”<sup>39</sup>**

Verifica-se dessa forma, que é exigível o pagamento do *debitum conjugale*, visto que, ao dever de coabitação, incluí-se o dever de manter relações sexuais. Assim, a recusa de qualquer dos cônjuges em se relacionar sexualmente com o outro caracteriza injúria grave, possibilitando o pedido de separação litigiosa.

Não obstante, é inexigível o *debitum conjugale* quando tratar-se de casamento *in extremis*, onde um dos cônjuges encontra-se em iminente perigo de vida, ou ainda, quando, em decorrência da idade, a relação sexual não se aperfeiçoa mais.

O abandono do lar extingue a vida em comum no domicílio conjugal, configurando-se fundamento para se pedir a separação litigiosa por parte do marido ou da mulher. No que tange a mulher, verifica-se um número maior de sanções, visto que, de acordo com o artigo 234 do Código Civil, cessa ao homem o dever de sustentar a sua esposa quando essa incorre em abandono do lar sem justa causa, recusando-se a voltar.

Tratando-se de motivo justificado, o dever de sustento não se extingue, manifestando-se através da pensão alimentícia. Ademais, de acordo com a segunda parte do artigo citado, pode o juiz determinar o seqüestro temporário dos rendimentos particulares da mulher em benefício do marido e dos filhos. Salienta-se ainda que de acordo com o artigo 1.579, do Código já citado, a mulher, que não esteja vivendo com o marido ao tempo de sua morte, perde a possibilidade de continuar na posse da herança até a partilha, exceto se ficar comprovada que a convivência se tornou insuportável.

---

<sup>38</sup> Sílvio Rodrigues, Op. Cit., p. 120.

<sup>39</sup> Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 119.

Verifica-se assim que as sanções impostas pelo legislador são indiretas, visto que, o rompimento da vida em comum no domicílio do casal sem justa causa, implica apenas na possibilidade do cônjuge ofendido pedir a separação judicial litigiosa, mas não dá poderes ao mesmo de impor a permanência do seu consorte no lar conjugal, ou ainda de obrigar o mesmo a manter relações sexuais indesejadas.

Insta salientar que não caracteriza quebra do dever de coabitação a enfermidade grave que qualquer dos cônjuges venha sofrer, impedindo em razão disso a coabitação física (manutenção de relações sexuais), ou a convivência no domicílio conjugal diante das eventuais internações. Da mesma maneira, não rompe o dever de coabitação, o cônjuge que se afasta de seu domicílio para cumprir obrigação funcional ou profissional, visto que com a ciência do outro nubente, presume-se que tal ausência foi autorizada. É o que ocorre com os viajantes, obrigados a deslocarem-se de seus lares, por longos períodos, em razão da profissão por eles exercida.

Constata-se assim, que o dever de coabitação não é absoluto, admitindo exceções.

#### **2.4.1.3 Mútua assistência**

A mútua assistência, expressada no artigo 231, III do Código Civil, abrange tanto o caráter moral como o material. É o que diz o jurista Sílvio de Salvo Venosa: **“A mútua assistência também é derivada da união material e espiritual.”**<sup>40</sup>

Seguindo o pensamento, continua o i. doutrinador anteriormente citado:

**“Consubstancia-se na mútua assistência a comunidade de vidas na alegria e nas adversidade. No campo material, esse dever traduz-se na obrigação de um cônjuge prestar alimentos**

---

<sup>40</sup> Sílvio Salvo Venosa, Op. Cit., p. 133.

**ao outro, não devendo essa obrigação ser vista hoje exclusivamente como ônus do marido.”<sup>41</sup>**

Ainda sobre a matéria em tela:

**“A palavra assistência não pode ser tomada no sentido restrito de fornecimento de materiais como alimentos, vestuário, educação, ou cuidados pessoais na enfermidade, como pretende uma posição mais reducionista da doutrina. A assistência compreende também ‘o socorro na desventura, o apoio na adversidade e o auxílio constante em todas vicissitudes da existência’ (Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 585); ou seja, a mútua assistência abrange também o aspecto moral, o desvelo, próprio do companherismo, nas situações difíceis, a participação nas alegrias e tristezas da vida, na felicidade e momentos difíceis desfrutados em comum.”<sup>42</sup>**

Mediante tal dever, ficou demonstrado que os consortes devem manter uma relação de solidariedade, proporcionando assistência quando necessário, ministrando cuidados no caso de alguma moléstia, participando ativamente e se interessando nos assuntos referentes ao seu cônjuge, como também, desfrutando conjuntamente dos prazeres da vida, com a presença de eventual prole.

Além desse conforto moral e espiritual, persiste também o dever de colaboração material consistente no auxílio referente à alimentação, vestuário, transporte, medicamentos, inclusive lazer. Diante do moderno direito de família, tratam-se esses de deveres comuns e recíprocos entre ambos os cônjuges, onde cada qual deve contribuir na medida de suas possibilidades.

O descumprimento do dever em questão, configura causa para motivar o eventual ajuizamento da separação judicial litigiosa, com base no artigo 5º da lei nº 6.515/77. Além da sanção civil, a não observância do referido dever, configura

---

<sup>41</sup> Sílvio Salvo Venosa, Op. Cit., p. 133.

<sup>42</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Op. Cit., p. 61.

também o crime de abandono material da família, previsto no artigo 244 do Código Penal.

#### **2.4.1.4 Sustento, guarda e educação dos filhos**

Também expresso no artigo 231 do Código Civil, no inciso IV, o dever para com a prole, não é um dever que impõe reciprocidade entre os cônjuges, mas sim um dever dos cônjuges para com os filhos. É do mesmo teor o artigo 22 da lei n.º 8.069/90 (ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente), e o artigo 384, I e II do Código Civil, reforça a presente idéia ao prescrever que compete aos pais a direção, criação e educação dos filhos menores, como também o direito a guarda.

Verifica-se que a finalidade de tal inciso é a preservação e a integridade da família.

Salienta-se que o sustento e a educação dos filhos são verdadeiramente obrigações, e deverão ser cumpridas de acordo com as possibilidades dos pais, enquanto que a guarda manifesta-se comumente como direito, sendo que os primeiros só serão privados desse direito mediante decisão judicial que comprove a existência de motivo justo.

Para compreender o que realmente deseja o legislador quando estatuiu tal inciso, é necessário mencionar o que vem a ser, sustento, guarda e educação.

O sustento consiste na subsistência material, caracterizada pelo fornecimento de vestuário, alimentação, medicamentos, ou seja, todo o necessário para a manutenção de uma vida digna.

A guarda significa ter os filhos em companhia, sobre vigilância. No entanto, o internato não quebra o dever em questão visto que os pais tomam tal decisão em benefício e proveito do filho.

Já o dever de educação defere aos pais a obrigação de prover o ensino básico ou elementar e os graus subseqüentes, na medida das suas condições econômicas. Esta inserido no dever de educação a orientação espiritual.

No que tange as sanções, do ponto de vista penal, a infração do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, sujeita o cônjuge infrator às penalidades previstas no artigo 244 (abandono material da família) e no artigo 246 (abandono intelectual) ambos do Código Penal.

A omissão desses deveres também tem implicações no campo civil, como a imposição de prestar alimentos a prole, no valor fixado pelo juiz, através de procedimento judicial. A pensão alimentícia também será fixada no caso de separação judicial onde o cônjuge que não ficou com a guarda do filho, pagará uma quota determinada pelo magistrado ou acordada entre os separandos.

#### **2.4.2 Quanto aos efeitos patrimoniais**

Para que o casamento perdure, e se torne realmente uma união feliz, necessário se faz, o cultivo da mútua afeição. Há de subsistir entre os cônjuges a intenção de permanecerem sempre juntos, com a finalidade de buscar a concretização do projeto de vida familiar, inclusive mediante a conquista de um patrimônio comum.

Interesses se põem em confronto, quanto a administração e atos de disposição do patrimônio, representado tanto pelos bens que cada um dos cônjuges trouxe consigo para enriquecer o lar como também os adquiridos na constância da vida em comum.

Diante de tal situação a lei prevê modelos de regimes matrimoniais de bens. Fica aos nubentes, certa margem de escolha, através da celebração do pacto antenupcial. Não obstante, a lei estabelece os preceitos básicos que devem ser observados, sob pena de não serem consideradas como escritas quando forem *contra legem*. Tais regras encontram-se nos artigos 256 e 257 do Código Civil.

Insta ressaltar ainda que na falta de contrato ou na nulidade desse, aplica-se o regime de comunhão parcial de bens, prescrito no artigo 258 do Código Civil.

Verifica-se dessa forma que, quando o casamento está perfeito e acabado, o regime de bens estatuído pelos nubentes passa a vigorar, e os atos referentes aos bens do casal seguirão as regras ali estabelecidas.

#### 2.4.2.1 Do regime de bens

Nos dizeres de Washington de Barros Monteiro, regime de bens significa: **“... o complexo de normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o matrimônio.”**<sup>43</sup>

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira: **“Os regimes de bens constituem, pois, os princípios jurídicos que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges, na constância do casamento...”**<sup>44</sup>

A essência das relações econômicas entre casados reside, efetivamente, no regime de bens. Em razão disso, a importância de estipular-se um regime de bens recai na necessidade de estabelecer normas especiais para reger as relações jurídicas no plano econômico visto que a vida em comum tem repercussões no campo material. Portanto, admite-se que o regime de bens é um assunto que freqüentemente gera complicações, mas sua existência, diante das relações conjugais impõe-se como necessidade imperativa.

Salienta-se que no direito brasileiro, existem quatro regime de bens quais sejam: comunhão universal, comunhão parcial, o de separação e o dotal.

Para melhor entendimento, faz-se necessário relembrar de maneira sucinta e em breves linhas o que vem a ser cada um dos regimes matrimoniais citados acima.

O regime da comunhão universal está disposto no Código Civil nos artigos 262 usque 268 e, em regra geral, consiste no regime em que todos os bens, adquiridos pelos cônjuges, tanto antes como depois do matrimônio se comunicam.

---

<sup>43</sup> Washington de Barros Monteiro, Op. Cit., p. 149.

<sup>44</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Op. Cit., p. 118.

Nos dizeres do artigo 262 do Código Civil: **“O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes.”**

Conceituando-se o regime de bens em questão, manifesta-se Pontes de Miranda:

**“A comunhão universal caracteriza-se pela fusão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e das próprias dívidas, salvas algumas exceções ao princípio da universalidade da *comunicatio bonorum et debetorum*. A comunhão parcial quase se limita aos bens adquiridos ou fruídos na constância da sociedade conjugal.”<sup>45</sup>**

Dessa forma, fica conceituado o regime de comunhão parcial de bens, onde o patrimônio dos cônjuges funde-se em um só, com exceção dos casos de exclusão de bens e dívidas da comunhão universal, dispostos no artigo 263 do Código Civil.

Pode-se até mesmo afirmar, que em tal regime de bens, marido e mulher passam a figurar como “condôminos”. No entanto, trata-se de condomínio peculiar visto que não pode ser dividido antes da dissolução da sociedade conjugal, e, com o advento desta, o “condomínio”, impreterivelmente, extingue-se. Além do que, a união dos bens, abrange, não só os bens presentes, mas os bens futuros, independentemente de qual seja o título de aquisição, como também, as dívidas passivas dos consortes.

No regime de comunhão universal, quanto a administração dos bens, antes da Constituição Federal de 1.988, competia ao marido a chefia da sociedade conjugal, sendo ele o responsável pela administração dos bens do casal (artigo 274, 1ª parte do Código Civil). Com a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, a sociedade conjugal deixou de ser chefiada pelo marido, sendo obrigação de ambos os cônjuges a administração dos bens comuns.

---

<sup>45</sup> Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família; Direito Matrimonial, Volume II. 3. ed., SP: Max Limonad, 1947, p. 256.

Do expressado, fica clarividente que um dos cônjuges somente poderá agir sozinho na administração dos bens do casal quando o outro estiver impedimento. Não obstante, nada impede que através de pacto antenupcial fique estipulado que a um dos consorte compete a administração dos bens do casal.

Diante do artigo 2º c/c o artigo 3º da lei n.º 6.515/77, a extinção ou dissolução de todas as formas de regime de bens, inclusive o regime da comunhão universal, ora aqui tratado, ocorre pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial, como ainda pelo divórcio. Salieta-se que essas, são as formas expressas de extinção dos regimes de bens. No presente trabalho, será discutido se a separação de fato também é instituto hábil para dissolver o regime de bens instituído pelo casamento.

O regime da comunhão parcial também está inserido no Código Civil, nos artigos 269 usque 275. De maneira geral, o mencionado regime consiste na comunicação de todos os bens adquiridos pelos cônjuges depois do casamento, excluindo-se dessa forma os bens que cada cônjuge possuía ao se casar, como também os que vieram a ser adquiridos após o casamento mediante doação, sucessão ou sub-rogação dos bens particulares.

De forma sucinta, Sílvio Rodrigues, após conceituar o que vem a ser regime de comunhão parcial de bens, resume: **“Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.”**<sup>46</sup>

No entanto, como já foi dito, e de acordo com o que impõe o Código Civil, mesmo após o casamento, existem bens que são incomunicáveis. Dessa forma, os bens que são excluídos da comunhão estão previstos nos artigos 269, 270<sup>47</sup> e 272 do Código Civil.

Doutrinariamente, o regime de comunhão parcial pode ser “legal” ou “convencional”. Considera-se como convencional a comunhão que resulta de

---

<sup>46</sup> Sílvio Rodrigues, Op. Cit., p. 184.

<sup>47</sup> Caio Mário da Silva Pereira entende que, de acordo com o artigo 270, I do Código Civil os débitos anteriores ao casamento não se comunicam, posto que os patrimônios dos cônjuges, existentes à época, conservam-se separados, e as dívidas integram o patrimônio. No entanto, as dívidas feitas antes do casamento irão se comunicar quando adquiridas para os aprestos do casamento, ou se o outro cônjuge participar da vantagem obtidas por elas, sendo responsável na proporção do proveito auferido. Não obstante, as dívidas adquiridas posteriormente as núpcias, obrigam os bens do casal, salvo as oriundas de ato ilícito. Op. Cit., p. 129.

qualquer espécie de estipulação pela qual os nubentes mencionem a comunhão parcial dos bens.

Já o denominada legal, é aquela previsto no *caput* do artigo 258 do Código Civil, alterado pela lei n.º 6.515/77, onde o regime de comunhão parcial de bens deverá ser o constante quando não há convenção entre os nubentes, mantendo-se silentes. Da mesma maneira será imposto o regime de comunhão parcial de bens quando a convenção, mesmo sendo existente, estiver eivada de alguma nulidade.

Assim, o regime de comunhão universal, que anteriormente era tido como o regime legal de bens foi substituído pelo regime da comunhão parcial.

Como já foi exposto anteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1.988, que igualou o homem e a mulher em direitos e deveres, a administração dos bens comuns do casal caberá a ambos e cada um isoladamente deverá administrar os seus bens particulares, necessitando da anuência do outro apenas para a alienação de bens imóveis.

Oportuno elucidar ainda que ocorrendo qualquer um dos casos de extinção do regime de comunhão parcial, os bens comunicáveis irão para cada consorte respectivamente ou aos seus herdeiros, como o que ocorre no regime de separação. Quanto ao patrimônio comunicável, serão distribuídos segundo as regras prescritas para o regime de comunhão universal, ou seja, serão divididos.

Já o dito regime de separação de bens que esta estatuído nos artigos 276 e 277 do Código Civil, conforme ensina Washington de Barros Monteiro, é conceituado da seguinte maneira:

**“Eis o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também comunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento.”<sup>48</sup>**

---

<sup>48</sup> Washington de Barros Monteiro, Op. Cit., p. 178.

No mesmo diapasão, manifesta-se Pontes de Miranda:

**“Regime de separação é o que os patrimônios dos cônjuges permanecem incomunicáveis, de ordinário sob a administração exclusiva de cada parte, que só precisa de outorga uxória do outro para a alienação dos bens de raiz. Não se comunicam freqüentemente, as dívidas contraídas antes ou depois do matrimônio. Por elas é responsável o cônjuge que as trouxe ou que as contraiu.”<sup>49</sup>**

Assim, embora tendo unido suas vidas através do casamento, os cônjuges continuam cada qual sendo donos daquilo que era seu, e também consistirá em propriedade exclusiva e individual, os bens que cada consorte adquirir na constância do matrimônio.

Ademais, como os bens não se comunicam, as dívidas contraídas por cada consorte, tanto antes como depois do casamento são exclusivas do cônjuge adquirente.

Da mesma maneira que o regime de comunhão parcial de bens, o regime de separação de bens também é dividido doutrinariamente em “legal” e “convencional”.

Constata-se que o regime será de separação de bens na sua espécie legal, quando for imposto pela lei, o que ocorre nos casos do descritos no artigo 258, parágrafo único do Código Civil. Impreterivelmente, é obrigatória a observação do regime de separação de bens quando tratar-se dos casos elencados no mencionado artigo.

Não obstante, o regime de separação de bens convencional ocorrerá quando a separação for adotada pelos cônjuges em pacto antenupcial. Doutrinariamente, ainda existe uma subdivisão do regime de separação de bens convencional, em “puro” e “limitada”.

---

<sup>49</sup> Pontes de Miranda, Op. Cit., Vol. II, p. 269.

Quanto a subdivisão intitulada como pura, denominada também como absoluta, é aquela irrestrita, onde se estabelece a incomunicabilidade de todos os bens, tanto os adquiridos antes como depois do casamento, incluindo também nessa incomunicabilidade os frutos e os rendimentos. Em suma, para tudo vige o princípio da incomunicabilidade.

Já na subdivisão caracterizada como limitada, também descrita como relativa, a incomunicabilidade vige apenas em relação aos bens presentes, comunicando-se todavia, os bens futuros, os frutos e os rendimentos adquiridos na constância do matrimônio. Na prática, essa forma de separação não se diferencia do regime de comunhão parcial de bens.

No regime de separação de bens, a administração dos bens cabe a cada cônjuge, que administrará os bens de sua propriedade, necessitando da anuência do outro apenas para alienar bens imóveis. No entanto, o legislador, no artigo 233, II do Código Civil possibilita que se estipule em pacto antenupcial, que a administração dos bens da mulher caiba ao marido. Nesse caso a mulher terá hipoteca legal sobre os bens imóveis do marido, como prescreve o artigo 827, I do mesmo Código. Indo mais além, o legislador também admite, através do artigo 260, II do Código Civil, que a mulher constitua o seu consorte como procurador para que o mesmo lhe administre os bens.

No que tange a extinção do regime de separação de bens ressalta-se o citado abaixo:

**“Com o término da sociedade conjugal por separação judicial cada consorte retira seu patrimônio, e, por morte de um deles, o sobrevivente entrega aos herdeiros do falecido a parte deste, e se houver bens comuns, os administrará até a partilha.”<sup>50</sup>**

Finalmente, o legislador, nos artigos 278 usque 311, estabelece o regime dotal, o qual representa, em nosso direito um instituto ultrapassado visto que não faz parte de nossos hábitos e costumes. Ademais, sua supressão do Código Civil,

---

<sup>50</sup> Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 191.

não causaria nenhum prejuízo, diante do desuso de tal instituto. No entanto, far-se-á breve exposição do que vem a ser tal regime de bens.

Sílvia Rodrigues esclarece:

**“Regime dotal é aquele em que um conjunto de bens, chamado *dote*, é transferido ao marido, para que este utilize os frutos e rendimentos produzidos por tal patrimônio, para ocorrer aos encargos da vida conjugal. Tal patrimônio é incomunicável, devendo os bens que o compõem, ou seu valor, serem devolvidos ao ensejo da dissolução da sociedade conjugal.”<sup>51</sup>**

Verifica-se assim, que a finalidade principal do dote é proporcionar condições financeiras ao marido. Para respaldar tal fim, o dote é eivado de características especiais como a inalienabilidade e a incomunicabilidade.

A administração dos bens dotais cabe ao marido que receberá os seus frutos e rendimentos, competindo a ele, agir em juízo na defesa dos mencionados bens.

No regime dotal a mulher nunca poderá administrar os bens dotais e se isso ficar estipulado no pacto antenupcial, o regime adotado pelos nubentes será o de separação com cláusula de inalienabilidade durante a vigência da sociedade conjugal e não mais o regime dotal.

Salienta-se que com o fim da sociedade conjugal, o dote deverá ser restituído pelo marido à mulher ou aos seus herdeiros, imediatamente ou no prazo de um mês contados da extinção do casamento. É o que menciona o artigo 300 do Código Civil.

Ainda sobre regime de bens e de acordo com o artigo 230 do Código Civil, uma vez estabelecido o regime matrimonial entre os nubentes, o mesmo passa a ser irrevogável. Por exemplo, caso os nubentes fixem mediante pacto antenupcial que o regime de bens será o de separação, não poderão mais tarde, modificá-lo para o de comunhão. Do exposto, fica demonstrada a característica de

---

<sup>51</sup> Sílvia Rodrigues, Op. Cit., p. 192.

imutabilidade do regime de bens, visto que o mesmo, após instituído, deverá perdurar até o final da sociedade conjugal.

Tal preceito tem como objetivo preservar o interesse dos nubentes, impossibilitando que um dos cônjuges tire proveito do outro. Visa também proteger o interesse de terceiros que eventualmente acordem com o casal ou somente com um dos cônjuges, mas acreditam que os bens de ambos responderão pela dívida, diante do estatuído pelo regime matrimonial.

Dessa forma, fica impedida qualquer alteração das disposições que regem a relação econômica entre os cônjuges, tendo em vista garantir a segurança jurídica.

Salienta-se que o princípio da irrevogabilidade, constante no Código Civil pátrio somente se perfaz após o casamento. Até a sua celebração, é admitida toda e qualquer modificação das relações econômicas dos cônjuges, expressadas através do regime de bens.

No entanto, grande quantidade de países admitem a ocorrência de alterações no regime de bens mediante acordo entre as partes, mesmo após a celebração do matrimônio. É o que ocorre na Alemanha e Suíça. Na França também é admitida as modificações, mas devem ocorrer mediante sentença judicial. Verifica-se assim, que a tendência do direito contemporâneo é no sentido de admitir excepcionalmente a modificação do regime matrimonial.

Orlando Gomes, manifesta a sua tendência diante da possibilidade de alterar o regime de bens na constância do casamento, fundamentando o seu entendimento da seguinte maneira:

**“Porque proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão?**

**Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências. Assim é que a mudança somente deve ser autorizada se requerida por ambos os cônjuges, justificadamente. Seu acolhimento deverá depender de decisão judicial, verificando o juiz se o pedido foi manifestado livremente e se motivos plausíveis aconselham**

**seu deferimento. Finalmente, só é de ser acolhido se não for feito com o propósito de prejudicar terceiros, cujos interesses, em qualquer hipótese, se ressalvam – para o que se deve exigir a publicidade necessária através da obrigação de transcrever a sentença no registro próprio. Protege-se, desse modo, o interesse de quem quer que tenha contra qualquer dos cônjuges um direito cujo título seja anterior ao registro da mudança do regime.”<sup>52</sup>**

Não obstante o entendimento ora manifestado, o Supremo Tribunal Federal já vem manifestando acerca da possibilidade de estabelecer mediante convenção antenupcial, que em caso de superveniência de filhos, o casamento com separação de bens se converterá em casamento com comunhão. A ementa transcrita abaixo, comprova o mencionado:

**“O regime de bens é inalterável. Tal princípio, porém, não é ofendido pela convenção antenupcial que estabeleça que, em caso de superveniência de filhos o casal com separação de bens se converta em casamento com comunhão de bens.”<sup>53</sup>**

No mesmo sentido prescreve Maria Helena Diniz, comentando a ementa transcrita acima:

**“O Supremo Tribunal Federal (RF, 124:105) entendeu que o princípio da inalterabilidade do regime matrimonial de bens não é ofendido por pacto antenupcial que estipule que, na hipótese de superveniência de filhos, o casamento com separação se converta em casamento com comunhão.”<sup>54</sup>**

---

<sup>52</sup> Orlando Gomes, Op. Cit., p. 174.

<sup>53</sup> Revista Forense, 124/105.

<sup>54</sup> Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 141.

Da mesma maneira, não constitui violação ao princípio da imutabilidade do regime adotado a circunstância de um dos consortes, casado pelo regime de separação, constituir o outro procurador com o fim de administrar e dispor de seus bens. A ementa do julgado transcrita a seguir demonstra o mencionado: **“Separação completa – procuração outorgada por um dos cônjuges ao outro com poderes ilimitados – admissibilidade.”**<sup>55</sup>

Salienta-se que o princípio já citado não é o único que rege a matéria ora em questão, visto que existe o princípio da variedade de regime de bens caracterizado pela diversidade de regime matrimoniais existentes, onde a lei não dispõe de um só regime, mas oferece aos nubentes quatro tipos diferentes.

Ademais, existe o princípio da autonomia da vontade que também orienta a referida matéria. Tal princípio consiste na possibilidade dos nubentes em escolher o regime de bens de sua preferência, vinculando-se apenas a sua vontade. Tem assim os nubentes, ampla liberdade. Tanto é verdade que podem os cônjuges com a maior autonomia e discricionariedade até mesmo combinar os regimes de bens existentes, ou estabelecer cláusulas de sua livre escolha e redação, desde que não atentem contra os princípios da ordem pública, e não modifiquem a estrutura da família e a finalidade do casamento. Tal ocorrência deve ser efetuada mediante pacto antenupcial.

Interessante observar que quando as partes não optam pela combinação de regimes e aderem ao regime de comunhão parcial de bens, se torna desnecessária a observância do procedimento citado, qual seja, a confecção de um pacto antenupcial, posto que tal regime de bens decorre naturalmente diante do silêncio das partes.

Excepcionalmente, o princípio da autonomia será quebrado, e o regime de bens será legal em contraposição com o convencional. Trata-se das hipóteses constantes no artigo 258 do Código Civil, que já foram explicitas no presente item. Salienta-se ainda que o mencionado, também representa exceção ao princípio da imutabilidade do regime de bens. Isso porque, no caso do *caput* do citado artigo, quando a convenção anteriormente feita for nula, o regime de bens acordado será modificado, sendo imposto o regime de comunhão parcial, mesmo que o

---

<sup>55</sup> Revista dos Tribunais, 93/46.

casamento já tenha ocorrido e o regime de bens erroneamente estabelecido esteja vigendo.

Da mesma maneira, será modificado o regime de bens na constância do casamento quando os nubentes não observarem a imposição legal do regime de separação de bens, descrito no parágrafo único do artigo 258 do Código Civil.

Em sua obra, Washington de Barros Monteiro faz outra ressalva:

**“Se bem que a lei prescreve o princípio da imutabilidade do regime, exceções existem a regra. A mais importante diz respeito à comunhão de aqüestos. Efetivamente, adquiridos na constância da sociedade conjugal, pelo esforço comum de ambos os cônjuges, casados no estrangeiro pelo regime de separação, comunicam-se os bens.”<sup>56</sup>**

Corroborando para o anteriormente citado, ministra Arnaldo Wald:

**“O apego do legislador ao regime de comunhão universal se revelava na faculdade concedida ao estrangeiro que se naturalizava brasileiro de mudar o regime de bens, estabelecendo a comunhão (art. 7º, § 5º, do Dec. 4.657, de 04.09.1942), abrindo assim importante brecha no princípio da imutabilidade do regime. A referida disposição foi alterada pelo art. 49 da Lei 6.515, de 26.12.1977, que concede, agora, ao estrangeiro que se naturaliza, a faculdade de adotar o regime da comunhão parcial de bens.”<sup>57</sup>**

Como se vê, o princípio da imutabilidade do regime de bens sofreu uma mitigação. A comunicação dos bens, da maneira que foi exposta acima, foi inserida na nossa legislação e tem sido por nós admitida visando proteger o cônjuge, que em razão da sociedade de fato, forma conjuntamente com o seu consorte um patrimônio, comungando mutuamente de todas as dificuldades e

---

<sup>56</sup> Washington de Barros Monteiro, Op. Cit., p. 152.

<sup>57</sup> Arnaldo Wald, Op. Cit., p. 115.

aflições. Muito embora isso ocorra, muitas vezes os bens adquiridos ficam apenas no nome do marido, não refletindo justiça a possibilidade do mesmo em ficar com todo o patrimônio construído por esforço de ambos. É por isso que o legislador possibilita ao estrangeiro casado, quando se naturaliza, a adoção do regime de comunhão parcial de bens. Para tanto, transcreve-se o texto legal que admite tal modificação, inserido na Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 7º:

**“§ 5º O estrangeiro casado, que se naturaliza brasileiro, pode, mediante expressa anuência do seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.”**

Para finalizar o presente item, e resumindo todo o mencionado, ressalta-se novamente que o regime de bens deve ser escolhido antes do casamento, por convenção ou pacto antenupcial, que deve ter a forma de escritura pública. No silêncio das partes, ou diante da nulidade da convenção, prevalece o disposto no *caput* do artigo 258 do Código Civil onde vigorará o regime de comunhão parcial.

Salienta-se ainda que segundo o artigo 230 do Código Civil, o regime de bens entra em vigor desde a data do casamento. Verifica-se dessa forma que o *dies a quo* do regime matrimonial é a data do casamento.

## **CAPÍTULO 3**

### **DAS CAUSAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL**

#### **3.1 O artigo 2º da lei n.º 6.515/77**

Inicialmente deve-se deixar claro que a sociedade conjugal deve originar-se com o propósito de perdurar por toda a vida. Não obstante, existem vícios, ocorrências, e vontades que fazem com que tal sociedade se dissolva. A primeira vista, acredita-se que as possibilidades de extinção da sociedade conjugal estão previstas expressa e taxativamente na lei. Destarte, quando se indaga acerca da separação de fato, existe grande discussão e polêmica sobre a matéria, questionando-se a possibilidade da separação fática, ser causa de dissolução da sociedade conjugal.

Tratando do assunto, a lei n.º 6.515/77 editada para regulamentar a Emenda Constitucional nº 09 de 28 de junho de 1.977, foi estatuída tendo como função precípua regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dar outras providências. Ao fazê-lo, revogou expressamente em seu artigo 54, os artigos 315 a 324 do Código Civil, constantes no Livro I, Título IV, Capítulo I, qual seja, “Da dissolução da sociedade conjugal”. Da mesma maneira, revogou também o artigo 1.605, § 1º do mesmo instituto. Dessa forma, a nova lei concatenou todos os dispositivos legais que tratam da matéria em um único texto de lei, acrescentando ainda, o que entendia necessário.

Especificamente no que tange à dissolução da sociedade conjugal, faz-se necessário explicitar o artigo 2º da mencionada lei:

**“Art. 2º - A sociedade conjugal termina:**  
**I – pela morte de um dos cônjuges;**

**II – pela nulidade ou anulação do casamento;**

**III – pela separação judicial;**

**IV – pelo divórcio.**

**Parágrafo único. O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.”**

Verifica-se que no mesmo dispositivo, existem casos de dissolução da sociedade conjugal, como casos de extinção do vínculo matrimonial. Para explicitar a diferença, menciona-se o ilustre doutrinador Pinto Ferreira:

**“Com efeito, o *casamento* é um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, porquanto regula a vida dos cônjuges, as suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A *sociedade conjugal* é o complexo de direitos e obrigações que alicerça a vida em comum dos cônjuges. Embora contida no casamento, é um instituto jurídico menor do que o matrimônio, regulando, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho e da indústria de ambos os cônjuges ou de cada um deles. Por essa razão é que não se pode confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal.”<sup>58</sup>**

Verifica-se assim que o casamento é muito mais amplo que a sociedade conjugal, existindo a possibilidade de se extinguir a sociedade conjugal e perdurar o vínculo matrimonial. Entretanto não se pode dizer que seja possível extinguir o vínculo matrimonial e persistir a sociedade conjugal visto que aquele abrange esse. Toda vez que uma das causas de dissolução da sociedade conjugal tiver por fim romper o vínculo matrimonial, a sociedade conjugal também deixará de existir.

---

<sup>58</sup> Pinto Ferreira, Divórcio no Brasil, In Enciclopédia Saraiva do Direito, Volume 29, p. 139 apud Jorge Shiguemitsu Fujita, Curso de Direito de Família; Direito de Família. 1. ed., SP: Juarez de Oliveira, 2000, p. 113.

Destarte, pode-se destacar que a morte de um dos cônjuges como o divórcio e a nulidade ou anulação do casamento não dissolvem meramente a sociedade conjugal, vão mais longe, extinguindo o vínculo matrimonial existente entre os consortes.

Em contraposição, salienta-se que a separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal, posto que, muito embora tenha o condão de extinguir a sociedade conjugal, deixa íntegro o vínculo matrimonial.

Oportuno elucidar que nos casos de rompimento do vínculo matrimonial, tornar-se possível a celebração de novas núpcias. Tal fato não abrange aqueles casos que somente dissolvem a sociedade conjugal, o que ocorre com a separação judicial. Para essa ocorrência, a convolação de novas núpcias é impossível até que ocorra o rompimento do vínculo matrimonial, posto que esse persiste diante da mera dissolução da sociedade conjugal.

Salienta-se novamente que, diante do expressado, é perfeitamente possível haver a dissolução da sociedade conjugal sem que ocorra o rompimento do vínculo matrimonial.

Em suma, o artigo 2º da lei n.º 6.515/77, (também intitulada como a lei do divórcio), tentou explicitar quais são as formas de dissolução da sociedade conjugal, separando entre essas, as causas que rompem o vínculo matrimonial, daquela que dissolve a sociedade conjugal.

Ademais, trata-se de lei que inovou de maneira importante o direito de família, instituindo o divórcio e, conseqüentemente, quebrou o princípio da indissolubilidade do casamento, adotado pela Igreja Católica, e perpetuado pelo Código Civil de 1.916. Além do mais, deu nova denominação ao antigo desquite, renomeando-o como separação judicial.

Passar-se-á agora a um breve relato sobre cada uma das formas de dissolução da sociedade conjugal.

### **3.1.1 Morte de um dos cônjuges**

Como já expressado anteriormente, tal causa de dissolução da sociedade conjugal tem como característica precípua não somente dissolver a sociedade conjugal, mas também extinguir o vínculo matrimonial até então existente entre os consortes. Nesse sentido manifesta-se Pontes de Miranda: **“Morto um dos cônjuges, cessa a sociedade conjugal e rompe-se o vínculo do matrimônio.”**<sup>59</sup>

Dessa forma, através do óbito passa o outro consorte ao estado de viuvez, podendo convolar novas núpcias a qualquer tempo. Notadamente existem algumas restrições quando o consorte viúvo for a mulher, caso em que deverá esperar o prazo estabelecido no artigo 183, XIV do Código Civil, qual seja de 10 (dez) meses para consolidar o novo casamento, exceto quando der à luz antes de findo o prazo mencionado. O aludido é estabelecido tendo em vista evitar o conflito de paternidade, posto que nos 10 (dez) meses posteriores a dissolução do casamento, a paternidade é presumida.

Necessário dizer que, para a produção do efeito dissolutivo, a morte deve ser real, comprovada mediante certidão de óbito. Salienta-se ainda que, de acordo com o artigo 88 da lei n.º 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), é possível a obtenção do assento de óbito através da admissão por juízes togados quando a pessoa estiver desaparecida nos casos expressos na lei.

Não obstante a existência de certidão de óbito, essa não produzirá o rompimento do vínculo matrimonial quando concedida em razão de pessoa desaparecida.

Verifica-se assim, que ao ausente, pessoa que se afastou de seu domicílio sem dar notícias, não se aproveita a presunção de morte<sup>60</sup> para fim de decretação do rompimento do vínculo matrimonial, posto que inexistente qualquer dispositivo de lei nesse sentido.

---

<sup>59</sup> Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família; Direito Matrimonial, Volume II. 3. ed., SP: Max Limonad, 1947, p. 377.

<sup>60</sup> Segundo Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro; Direito de família, 5º Volume. 15. ed., SP: Saraiva, 2000, p. 200, conceitua morte presumida: “... a morte presumida, na qual se considera alguém como falecido em virtude de seu desaparecimento por longo tempo.” Sobre a matéria, ressalta-se que a morte presumida só traz efeitos sucessórios.

Da mesma maneira, inexistente qualquer espécie de ação para declarar a ruptura do vínculo matrimonial devido a ausência, tanto quando declarada ou quando presumida. Destarte, o cônjuge do ausente somente poderá casar-se novamente mediante pedido de divórcio após o desaparecimento do cônjuge por período superior a 2 (dois) anos. Ademais, a ausência também é causa de separação judicial, mas a sua concessão não possibilita convolar novas núpcias, apenas a sua conversão em divórcio autoriza o novo casamento visto que, como já foi dito, a separação judicial apenas proporciona a dissolução da sociedade conjugal e não o rompimento do vínculo matrimonial.

Nesse sentido:

**“Portanto, entre nós, a ausência prolongada do cônjuge, ou a declaração da morte presumida, representam causa e fundamento para a ação de separação judicial ou de divórcio. E não causa de automática dissolução do vínculo matrimonial.”<sup>61</sup>**

Comunga do mesmo entendimento, entre outros, Orlando Gomes: **“A morte presumida não dissolve, porém, o casamento. Para esse efeito, não vale a presunção.”<sup>62</sup>**

Conclui-se dessa forma, que a ausência, nem mesmo quando a morte presumida for declarada é motivo que autoriza o rompimento do vínculo matrimonial, visto que as suas causas são taxativas. No entanto, como já expressado acima, o cônjuge do ausente poderá facilmente perquirir a separação judicial (quando a ausência perdurar por um ano ou mais), alcançando-se dessa forma a dissolução da sociedade conjugal, ou ainda, pode-se requerer o divórcio (quando a ausência perdurar por mais de 2 anos), obtendo-se assim o rompimento do vínculo matrimonial. Salienta-se novamente que apenas o divórcio possibilita a convalidação de um novo casamento.

---

<sup>61</sup> Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação. 9. ed., SP: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68.

<sup>62</sup> Orlando Gomes, Direito de Família. 12. ed., RJ: Forense, 2000, p. 208.

Essa ainda é a corrente dominante, não obstante, existem outras como a defendida por Walter Ceneviva:

**“O parágrafo único (artigo 2º da Lei do Divórcio) refere-se a casamento válido. Reproduz parcialmente o parágrafo único do artigo 315. Enquanto este cuidava da morte dos cônjuges, negando aplicação à presunção de morte do ausente estabelecida pela segunda parte do artigo 10 do Código Civil, a nova não exclui tal presunção. A presunção é alegável vinte anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória (artigo 481) e após prova de que o ausente contaria oitenta anos de nascido e que de cinco datam notícias suas (artigo 482). Deve-se entender, em consequência da alteração introduzida, que o casamento válido pode também dissolver-se pela morte presumida de um dos cônjuges, declarado ausente.”<sup>63</sup>**

*Data máxima venia*, o entendimento manifestado não expressa a realidade ou a justiça, não devendo ser amparado pelos juristas e estudiosos do direito.

Em suma, fica demonstrado que a morte de um dos cônjuges ocasiona a dissolução tanto da sociedade conjugal como do vínculo matrimonial. Não obstante, no que diz respeito ao ausente, a matéria não é pacífica, mas a doutrina pende para a corrente que não admite a ausência como causa de rompimento do vínculo matrimonial, mesmo que exista o assento de óbito.<sup>64</sup>

Finalmente, cita-se alguns efeitos existentes sobre o tema em questão. Ocorrendo a morte de qualquer dos cônjuges, o viúvo herdará os bens do consorte quando inexistem descendentes ou ascendentes. Especificamente, quando a morte for do cônjuge varão, a viúva tem o direito de continuar a usar o nome do marido.

---

<sup>63</sup> Walter Ceneviva, *Instituições do divórcio no Brasil*, p. 248, apud Yussef Said Cahali, *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>64</sup> Inobstante vários posicionamentos contrários, o Projeto do Código Civil em seu artigo 7º faz menção a morte presumida, admitindo que o desaparecimento de um dos cônjuges poderá autorizar novo casamento do outro nubente.

### 3.1.2 Nulidade ou anulação do casamento

Consiste essa, na causa de término da sociedade conjugal prevista no inciso II do artigo 2º da lei do divórcio.

Antes de iniciar propriamente o assunto em tela, necessário se faz deixar claro que a nulidade do casamento em nada se correlaciona com a sua inexistência.

No primeiro, como ficará claro mais abaixo, o casamento produzirá efeitos civis até a declaração de nulidade tanto para a prole resultante do casamento, como para o cônjuge que estiver de boa-fé e também para terceiros que contrataram com um dos cônjuges ou ambos, acreditando ser válido o vínculo matrimonial. Ademais, a declaração de nulidade do casamento deve ser provocada pela parte interessada através de ação ordinária, observando o princípio da iniciativa da parte.

Já o casamento inexistente, não produz nenhum efeito e a sua declaração pode ser fornecida *ex officio*, sempre que o magistrado se deparar com alguma causa de inexistência, qual seja identidade de sexos, celebração sem observância dos artigos 192 a 194 do Código Civil e ausência total de consentimento. Essas causas exprimem a falta de elementos essenciais para a formação do casamento, sendo assim, insuscetíveis de ratificação ou prescrição, tornando o casamento inexistente.

No que diz respeito ao casamento nulo e anulável, quanto as suas causas, manifesta-se Washington de Barros Monteiro:

**“Como se frisou, a infração dos impedimentos mencionados no artigo 183, ns. I a VIII, do Código Civil, torna o casamento nulo, enquanto a violação dos indicados no mesmo artigo, ns. IX a XII, o torna apenas anulável.”<sup>65</sup>**

---

<sup>65</sup> Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito de Civil; Direito de Família, 2º Volume. 34. ed., SP: Saraiva, 1997, p. 82.

Dessa monta, fica demonstrado que, quando ocorrer violação dos impedimentos denominados dirimentes públicos ou absolutos, previstos no artigo 183, incisos I a VIII do instituto supra citado, tratar-se-á de casamento nulo. Assim, mesmo que existam todos os elementos essenciais para o matrimônio, configurando-se qualquer das infrações de um dos preceitos legais obrigatórios, o casamento será nulo de pleno direito.

Diversamente, ocorrendo violação dos impedimentos constantes no artigo 183, IX a XII do Código Civil, o casamento poderá ser anulado.

Muito embora a matéria diga respeito à nulidade, as regras atinentes à nulidade em geral não se aplicam quando existe nulidade relativa ao casamento como veremos a seguir.

Notoriamente, quando ocorre uma nulidade absoluta, essa pode ser declarada de ofício pelo juiz. No entanto, a sentença de nulidade do casamento, só será concedida quando requerida por qualquer interessado (o próprio cônjuge, seus ascendentes, descendentes, irmãos ou cunhados, parentes colaterais e o primeiro cônjuge do bigamo) ou pelo Ministério Público através de ação ordinária. Dessa forma, não pode ser declarada *ex officio* pelo magistrado.

Ademais, como já mencionado, a nulidade do casamento não deixa de produzir efeitos civis em relação à prole, ao cônjuge que estiver de boa-fé<sup>66</sup>, e a terceiros que eventualmente tenham contratado com um dos consortes.

Dessa forma, os efeitos do pronunciamento de nulidade não retroagem a data da celebração do casamento. Verifica-se aqui outra disparidade visto que em regra, a nulidade absoluta tem efeito *ex tunc* sendo que os efeitos da declaração retroagem a data da celebração do ato, diferentemente do que ocorre quando a nulidade é constatada em matéria de casamento.

Salienta-se que além dos efeitos expostos acima, existe outro efeito do casamento nulo no que tange a mulher. Até dez meses após a sentença, salvo se nascer algum filho, não poderá a mesma contrair novo casamento. Esse efeito também é observado quando o casamento é anulado.

---

<sup>66</sup> Mesmo o casamento estando eivado de nulidade, um dos cônjuges ou ambos acreditam válido ao contraí-lo.

Não obstante, com a sentença de nulidade não ocorre simplesmente a dissolução da sociedade conjugal, como também extingue o vínculo matrimonial persistindo para o consorte de boa-fé todos os direitos inerentes a dissolução do casamento como pensão alimentícia caso necessite.

No que diz respeito a anulação do casamento, os casos de ocorrência como já observados, se verificam quando ocorre violação de um dos impedimentos denominados privados ou relativos, prescritos no artigo 183, IX a XII do Código Civil.

Para tais ocorrências, a lei não quer o matrimônio possibilitando o seu desfazimento mas, até a declaração de anulação o casamento é virtualmente válido, produzindo todos os efeitos.

Constata-se que as causas que fundamentam a anulação do casamento não constituem razões de grande prejuízo para a sociedade tanto é que o ato pode ser ratificado, tornando-se perfeito desde a data de sua celebração posto que nesse caso, os efeitos retroagem.

Assim, o casamento anulável pode ser confirmado expressa ou tacitamente sendo que a última forma de ratificação mencionada ocorrerá quando as pessoas interessadas não propuserem a ação ordinária para a anulação durante o prazo prescrito em lei.

O pedido de anulação do casamento, como citado acima deve ser formulado por pessoa interessada, qual seja, o cônjuge prejudicado, ou o representante legal do menor que deveria assisti-lo.

Diversamente do que ocorre com a nulidade, que em regra não está sujeita a prazo prescricional, para a anulação de casamento, deve ser observado o prazo legal para a propositura da ação (artigo 178, § 1º; § 4º, II; § 5º II e III; § 7º I do Código Civil).

Ressalta-se ainda que após a declaração de nulidade do casamento como após a sua anulação, podem os consortes convolar novas núpcias, salvo no que tange a mulher que fica impedida durante dez meses, exceto se der a luz a filho nesse período.

No que diz respeito aos efeitos da anulação do casamento citamos Orlando Gomes:

**“A sentença anulatória não dissolve apenas a sociedade conjugal; dissolve o casamento. Suas conseqüências são iguais a do divórcio. Do mesmo modo que nesta, pode haver declaração de culpabilidade.”<sup>67</sup>**

Demonstrado fica, os efeitos da anulação do casamento, e, para efeitos de guarda e pensão alimentícia do cônjuge deve-se analisar a culpabilidade dos consortes.

### **3.1.3 Separação judicial**

Como anteriormente explicitado, a separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mas não extingue o vínculo matrimonial. Dessa forma, impossibilita que qualquer dos cônjuges separandos, case-se novamente.

Para explicar a separação judicial, Arnaldo Rizzardo leciona da seguinte maneira:

**“Das considerações acima depreende-se que a separação judicial consiste na dissolução da sociedade conjugal em vida dos cônjuges, decretada e homologada pelo juiz, sem extinção do vínculo matrimonial.”<sup>68</sup>**

---

<sup>67</sup> Orlando Gomes, Op. Cit., p. 209.

<sup>68</sup> Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, Volume II. 1. ed., RJ: Aide, 1994, p. 381.

Com o intuito de aprofundar mais o assunto, buscando a história da separação judicial, transcreve-se o texto abaixo:

**“Ao lado do divórcio, algumas legislações prevêm a denominada *separação judicial* (...), instituto que tem por efeito a dissolução da sociedade conjugal, sem dissolução do vínculo. Corresponde tal instituto ao denominado *divórcio canônico* (por oposição ao divórcio vincular), tradicionalmente descrito como a *separatio quoad thorum et mensam*, separação de cama e mesa. Trata-se de instituto que surge no Direito Canônico para liberar dos deveres de coabitação pessoas cuja convivência se tenha tornado muito difícil sem que, porém, se reconheça a qualquer delas o direito a novas núpcias. Nos países de formação católica, tal instituto aparece freqüentemente como modalidade alternativa.”<sup>69</sup>**

Destarte, não poderia deixar de salientar que a separação judicial admite duas espécies; a litigiosa e a consensual.

Primeiramente, a separação litigiosa é aquela que resulta de sentença proferida na ação proposta por um dos cônjuges contra o outro consorte.

Trata-se de processo judicial, e independe do tempo de matrimônio. Nessa espécie de ação, fundamental é que o autor da mesma embase o seu pedido com uma das causas que possibilitam a separação judicial.

Já a separação consensual se resume naquela realizada por consentimento mútuo dos consortes que, casados há mais de 2 (dois) anos, resolvem por fim a união. Nessa espécie de separação não existe a necessidade de apresentar qualquer justificativa ou motivo que fundamente o pedido. Basta demonstrar ao juízo, que os cônjuges pretendem separar-se e que o casamento perdurou por no mínimo dois anos.

A concessão da separação consensual será ofertada mediante sentença homologatória após a oitiva do Ministério Público.

---

<sup>69</sup> José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, Curso de Direito de Família. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2000, p. 426.

Por fim, salienta-se que, preenchido o requisito temporal, essa espécie de separação poderá ocorrer durante o transcorrer de uma separação litigiosa, quando então os cônjuges, por mútuo consentimento, concordarem com a separação.

Esse foi um breve relato do que vem a ser separação judicial. A matéria será tratada mais a frente, em capítulo separado e de modo mais detalhado visto que a separação judicial guarda grande correlação com a separação de fato, objeto de estudo do presente trabalho.

### 3.1.4 Divórcio

Já foi citado que o divórcio foi introduzido na legislação brasileira pela Emenda Constitucional nº 09 de 28 de junho de 1.977, que posteriormente foi regulamentada pela lei nº 6.515/77. Mas, ao texto original foram acrescentadas modificações. É o que fez a Constituição Federal de 1.988 e as leis 7.841/89 e 8.504/92, as quais serão analisadas abaixo.

Jorge Shiguemitsu Fujita expressa-se de maneira sucinta e precisa ao conceituar o divórcio:

**“O *divórcio* é a dissolução de um casamento válido, extinguindo-se, deste modo, o vínculo matrimonial, que se realiza através de uma sentença judicial, possibilitando as pessoas de se casarem novamente.”<sup>70</sup>**

Tal conceito elucida claramente o que vem a ser divórcio.

---

<sup>70</sup> Jorge Shiguemitsu Fujita, Curso de Direito de Família; Direito de Família. 1. ed., SP: Juarez de Oliveira, 2000, p. 117.

Destarte, na legislação brasileira, após as alterações acima mencionadas, passou a existir somente o divórcio indireto que pode ser consensual ou litigioso e o divórcio direto que também se perfaz de maneira consensual e litigiosa.<sup>71</sup>

O divórcio indireto consensual consiste na possibilidade de se converter a separação judicial litigiosa ou consensual em divórcio, mediante o consenso do outro consorte. O único requisito que se faz necessário para o pedido de conversão da separação judicial em divórcio é que aquela perdure por mais de um ano, ou seja, o trânsito em julgado da decisão da separação judicial ou da medida cautelar correspondente (alvará de separação de corpos) devem datar mais de um ano. Salienta-se que, a data da concessão da medida cautelar somente poderá ser considerada como *termo a quo* quando a separação judicial já tiver sido decretada.

No que diz respeito ao divórcio indireto, também existe a forma litigiosa, onde da mesma maneira, exige-se uma separação judicial (consensual ou litigiosa) com mais de um ano. Todavia, essa espécie de divórcio indireto se difere do consensual posto que o outro consorte não concorda com o divórcio. O dissenso existente será dirimido mediante processo de jurisdição contenciosa. Tratando-se dessa espécie de divórcio, o juiz não poderá entrar no mérito do pedido e nem mesmo negá-lo visto que a conversão é obrigatória, salvo se a parte contrária alegar alguma das hipóteses previstas no artigo 36 da lei nº 6.515/77, qual seja, falta do transcurso do lapso temporal de 1 (um) ano da separação judicial, ou descumprimento de umas das obrigações assumidas pelos consortes na separação judicial. Apenas nesses casos a conversão poderá ser negada.

No entanto, uma vez negado o pedido, nada impede que o mesmo seja reformulado após o cumprimento da causa que fundamentou a negatória.

---

<sup>71</sup> Maria Helena Diniz, entende não mais existir o divórcio direto litigioso, alegando em sua obra já citada, p. 256 que: "... a Lei n. 7.841/89, no artigo 3º, revogou o artigo 40 § 1º, da Lei n. 6.515/77, conseqüentemente, o § 3º desse mesmo artigo, embora não tenha sido expressamente revogado, tem, no nosso entender, vigência, mas perdeu sua *eficácia*, por não ter mais condições fáticas e técnicas de atuação, não podendo produzir efeitos jurídicos concretos. Com a revogação do § 1º, que delimitava os casos de adoção do procedimento ordinário, o § 3º perdeu a aplicabilidade e a incidência normativa..."

No que diz respeito ao divórcio direto, poderá ser promovida a ação direta de divórcio quando existir mais de 2 (dois) anos de separação de fato. Segundo o artigo 40 da lei do divórcio, deverá ficar comprovado o tempo da separação.

Assim, constitui um pré-requisito para a concessão do divórcio direto no Brasil, o lapso temporal de 2 (dois) anos, que será requerido na forma consensual quando os cônjuges comungam do interesse em se divorciarem, formulando conjuntamente o pedido, ou concordando com o pedido feito por um dos consortes. Diversamente, verifica-se o divórcio direto litigioso quando, mesmo transcorrido o prazo supra citado, um dos consortes não concordar com o pedido formulado na ação de divórcio. Esse dissenso ocorre a respeito de uma das causas arroladas na lei n.º 6.515/77 em seu artigo 5º *caput* (divórcio-sanção), § 1º (divórcio-falência) e § 2º (divórcio-remédio), analisadas minuciosamente no Capítulo IV, item 3.1.

Diversamente do divórcio direto consensual onde necessário se faz apenas a demonstração do transcurso de 2 (dois) anos da separação de fato, o divórcio direto litigioso, além da comprovação do decurso do prazo mencionado, exige também a demonstração da causa que fundamenta o pedido.

Salienta-se que o divórcio deve ser concedido por meio de ação judicial. Previamente deverá o juiz tentar uma conciliação entre as partes. Restando infrutífera, deverá o juiz apenas homologar o que foi pedido quando tratar-se de divórcio por mútuo consentimento, ou averiguar a causa indicada quando tratar-se de divórcio litigioso. Comprovando-a, oferecerá sentença dissolvendo a sociedade conjugal e declarando se um dos divorciados ou ambos são culpados pela ruptura. Isso para efeito de guarda dos filhos menores, pensão alimentícia ao divorciando não culpado caso esse necessite e manutenção do nome de casado.

Tanto a sentença homologatória como a constitutiva que concede o divórcio extinguem os deveres recíprocos entre os cônjuges e o regime de bens entre os mesmos, cessa o direito sucessório e procede-se a partilha do patrimônio comum. Contudo não cessa os deveres relativos a prole como também a assistência ao ex-consorte quando o mesmo não tenha meios para prover a própria manutenção.

Como já mencionado, o divórcio não extingue apenas a sociedade conjugal como também rompe o vínculo matrimonial, cessando os efeitos civis do casamento religioso, possibilitando novo casamento aos divorciados, inclusive entre eles mesmos posto que após o divórcio não se admite reconciliação.

Ressalta-se ainda que a sentença oferecida na ação judicial que requer o divórcio tem efeito *ex nunc*, ou seja, os efeitos do casamento perduram até a declaração de sua dissolução. Somente após averbada no Registro Público competente é que a sentença de divórcio produzirá os seus efeitos, mas não retroagirá.

Hodiernamente, o divórcio pode ser requerido inúmeras vezes pela mesma pessoa diversamente do que estabelecia em sua íntegra o artigo 38 da lei nº 6.515/77, o qual possibilitava apenas o pedido único de divórcio.

Depois de analisadas as formas de divórcio, podemos dizer que o referido faz cessar a separação judicial quando trata-se de divórcio indireto alterando o estado civil dos consortes de separados judicialmente para divorciados. Ademais, tratando-se de divórcio direto, ocasiona-se a extinção da separação de fato, sendo que os nubentes deixam o estado civil de casados (visto que a separação de fato não modifica o estado civil dos cônjuges), passando a ostentar a situação de divorciados.

Segundo Orlando Gomes:

**“O direito ao divórcio extingue-se:**

- a) por seu exercício;**
- b) pelo perdão;**
- c) pela renúncia;**
- d) pelo decurso de tempo.”<sup>72</sup>**

Assim, uma vez exercido o divórcio, o seu direito de requerê-lo é extinto se o casamento válido é dissolvido ou se o requerido através de ação ordinária for

---

<sup>72</sup> Orlando Gomes, Op. Cit., p. 291.

negado. Dessa forma, não poderá mais ser intentada ação de divórcio com a mesma causa, o que não impede a propositura da ação fundamentada em outra causa.

Quanto ao perdão, pode ele ser configurado antes de proposta a ação ou no seu transcorrer e consiste em fato extintivo do direito de promover a ação, posto que o consorte releva a causa que motivaria o pedido e se predispõe a continuar com a vida em comum.

A renúncia atinge o próprio direito implicando em desistência da ação.

Finalmente, muito embora não exista prazo prescrito em lei para a propositura da ação, entende-se que decorrido prazo razoável da causa que possibilitaria o divórcio, o mesmo não poderá mais ser intentado com base nesse fundamento, entendendo-se ocorrer um desistência tácita.

Verifica-se que o divórcio na legislação brasileira é um instituto relativamente novo e que traz grandes discussões. Para muitos, o divórcio deveria ser restringido pois o Brasil necessita do fortalecimento do vínculo matrimonial, da estabilidade familiar e não do divórcio que configura um fator de enfraquecimento da família<sup>73</sup>.

### **3.2 Considerações sobre o presente capítulo**

No Capítulo em questão, tentou-se demonstrar os fundamentos e efeitos das causas de dissolução da sociedade conjugal expressas na lei. Constatou-se ainda quais das referidas causas extinguem não só a sociedade conjugal como também o vínculo matrimonial.

Tal estudo relatado tem como finalidade, estabelecer os parâmetros e diretrizes das causas de dissolução da sociedade conjugal elencadas no texto legal, possibilitando a comparação de tais institutos com a separação de fato, e a comprovação da similaridade.

---

<sup>73</sup> Entendimento comungando por Maria Helena Diniz. Op. Cit., p. 256.

Deixou-se para capítulo à parte, a matéria mais especificada sobre a separação judicial. Isso porque a separação de fato em muito se assemelha com a separação judicial sendo que a maioria de seus efeitos e conseqüências jurídicas são manifestados de forma idêntica.

Oportuno elucidar novamente que a separação de fato não está elencada no contexto do artigo 2º da lei nº 6.515/77, que trata das causas de dissolução da sociedade conjugal. Diante do mencionado, faz-se de grande importância o presente Capítulo em todos os seus itens, posto que através da análise de todas as causas de dissolução da sociedade conjugal, fica mais fácil qualificar a separação de fato, estabelecendo os seus efeitos e conseqüências jurídicas.

## **CAPÍTULO 4**

### **DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

#### **4.1 Histórico**

A terminologia “separação judicial” foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 9, ocorrida em 1.977, e posteriormente completada pela lei n.º 6.515/77.

Tal terminologia surgiu em substituição ao termo anteriormente utilizado denominado “desquite”, que foi introduzido no direito brasileiro pelo Código Civil de 1.916. Salieta-se que apenas o termo foi modificado, visto que a separação judicial como o anteriormente denominado desquite, tem a mesma finalidade, qual seja, dissolver a sociedade conjugal sem o rompimento do vínculo matrimonial, de maneira que os consortes não possam convolar novas núpcias.

Ressalta-se novamente que a emenda e a lei já citadas, foram de grande valia visto que além de adotar a terminologia separação judicial em substituição ao antigo desquite que também representava a mera separação de corpos com a permanência do vínculo conjugal, também introduziu no Brasil a dissolução do vínculo matrimonial através do divórcio, possibilitando um novo matrimônio aos divorciados.

#### **4.2 Conceito e finalidade**

Washington de Barros Monteiro menciona:

**“A separação judicial, desconhecida do direito romano, introduzida em nosso direito em substituição ao antigo desquite, têm origem canônica (*separatio quoad thorum et mensa*). Ela põe ponto final a vida em comum, dissolve a comunhão conjugal e separa os cônjuges. Entretanto, conserva intacto o vínculo, de modo que lícito não será a qualquer deles, *si et in quantum*, contrair novas núpcias. A separação constitui um abrandamento ao princípio da indissolubilidade, mas ainda não acarreta a desintegração do vínculo.”<sup>74</sup>**

Já foi aludido várias vezes que a separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal, mas não rompe o vínculo matrimonial e dessa forma, torna-se impossível que os separados casem-se novamente.

A separação judicial, ante o mencionado tem como finalidade principal separar judicialmente os consortes, servindo também como medida preparatória para a ação de divórcio salvo quando existe uma separação de fato, onde é necessário apenas observar o prazo de dois anos para então propor o divórcio direto, não existindo necessidade de separação judicial.

### **4.3 Formas de separação judicial**

O direito brasileiro sempre adotou a separação de corpos, extinguindo a sociedade conjugal mas não dissolvendo o vínculo matrimonial.

Contudo, também não tem o condão de romperem o vínculo matrimonial, a separação judicial litigiosa como a consensual posto serem espécies do gênero separação judicial.

Assim, a separação judicial litigiosa, antigo desquite litigioso, representa a separação de corpos dos consortes a pedido de um dos cônjuges a qualquer momento, independentemente do tempo de casamento já transcorrido.

---

<sup>74</sup> Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito de Civil; Direito de Família, 2º Volume. 34. ed., SP: Saraiva, 1997, p. 200.

Insta desde logo salientar que a separação judicial litigiosa pode ser pedida a qualquer momento por um dos cônjuges, diferentemente do que ocorre na separação judicial consensual, a qual só poderá ser requerida pelos cônjuges que tiverem mais de 2 (dois) anos de casados, como se verá mais a frente.

A separação consensual, anteriormente conhecida como desquite por mútuo consentimento ou desquite amigável é a utilizada pelos cônjuges quando os mesmos concordam entre si que a vida matrimonial acabou. Nessa espécie de separação não é necessário expor as razões que motivaram os nubentes a tal atitude. É necessário apenas demonstrar a vontade de ambos em se separar, necessitando ainda que os mesmos já tenham completado pelo menos dois anos de casamento.

Passa-se a analisar cada forma de separação judicial, detalhadamente.

#### **4.3.1 Da separação judicial litigiosa**

Trata-se de uma medida que pode ser proposta por qualquer dos cônjuges, através de um processo contencioso, utilizado a qualquer momento, independentemente do tempo de casamento.

A separação judicial litigiosa é personalíssima e deve seguir o rito ordinário. Tendo em vista ser essa uma ação personalíssima, só pode ser intentada por um dos nubentes, sendo exceção o caso previsto no artigo 3º, § 1º da lei n.º 6.515/77, que faz referência ao cônjuge incapaz. Nesse caso em especial, o curador, que será o ascendente ou irmão do incapaz poderá interpor a medida judicial. Ainda em razão da característica citada acima, falecendo um dos litigantes o processo se extingue, visto que a morte põe fim a sociedade conjugal e até mesmo, dissolve o vínculo matrimonial, não existindo necessidade de prosseguir com a ação de separação, em qualquer de sua formas.

Salienta-se que a separação judicial poderá ser requerida em três hipótese, enumeradas no artigo 5º, *caput*, § 1º e § 2º da lei n.º 6.515/77. A primeira é tida como separação judicial com culpa visto que, para a sua decretação existe a necessidade de analisar qual dos cônjuges deu causa para o rompimento

conjugal. As outras duas espécies de separação previstas nos parágrafos do referido artigo são tidas como separação judicial litigiosa sem culpa, visto que não existe a necessidade de se analisar a culpa dos cônjuges no que tange a separação. Nessas espécies de separação judicial, a única exigência do legislador é demonstrar claramente a presença dos requisitos por ele exigidos.

Passa-se a analisar cada uma das espécies de separação judicial citadas acima:

a) A primeira é a separação litigiosa por justa causa denominada separação-sanção, prevista no *caput* do artigo 5º da lei n.º 6.515/77. Nos dizeres do legislador:

**“A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”**

Verifica-se assim que o legislador, ao promulgar a referida lei, citando como causa para a separação-sanção, conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, mencionou genericamente as causas que possibilitam o pedido da separação-sanção, abrangendo maiores possibilidades que as hipóteses tradicionais previstas no revogado artigo 317 do Código Civil, quais sejam, adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave (que fica em uma zona não determinada, entre a conduta desonrosa e entre os atos que importam em violação dos deveres matrimoniais) e abandono voluntário do lar conjugal durante 2 (dois) anos.

Destarte, o legislador legitimou qualquer dos cônjuges a promover a separação do tipo sanção quando estejam presentes as causas já mencionadas, quais sejam, conduta desonrosa ou ato que importe em grave violação dos deveres do casamento.

No que tange ao primeiro motivo que fundamenta a separação-sanção, conduta desonrosa, o legislador não foi feliz, visto que não estabelece um critério

preordenado, não conceituando o que vem a ser conduta desonrosa. Trata-se de uma expressão indeterminada e nada objetiva, e, trouxe grande alteração nos motivos que fundamentam a separação-sanção, visto que deixou a mercê do órgão julgante, caracterizar conduta desonrosa, o que pode acarretar grande instabilidade jurídica diante do caráter subjetivo que cada magistrado pode dar a expressão.

Ademais, é de clareza ímpar, que o legislador, inserindo a citada expressão ampliou vastamente as causas da separação-sanção, como também, mudou significativamente a filosofia de dissolução. Importante é mencionar que o juiz, na apreciação dos casos concretos, deve se basear nos modelos de conduta condenáveis de acordo com os princípios do direito.

Quanto a segunda causa de separação-sanção prevista no *caput* do artigo citado, qual seja, qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, o legislador quis proteger os deveres matrimoniais, possibilitando ao cônjuge que sofreu a violação, a opção de intentar a separação-sanção.

Tal hipótese que motiva essa espécie de separação tem como razão de ser, a necessidade de serem respeitados os deveres matrimoniais, como condição de sobrevivência da sociedade conjugal. Da mesma forma, visa preservar a estabilidade de toda a sociedade.

Dessa forma, a grave violação dos deveres matrimoniais consiste na quebra de um dos deveres previstos no artigo 231 do Código Civil. Assim, sempre que ocorrer a violação de um dos deveres prescritos no citado artigo, implicará em motivo para eventual pedido da separação-sanção.

Muito embora a matéria já tenha sido anteriormente abordada no presente trabalho (Capítulo 2, item 2.4.1), faz-se necessário um breve comentário, mencionando algumas situações interessantes no que diz respeito a quebra dos citados deveres, enfocando a sua relação com a separação-sanção.

O dever de fidelidade, explicitado no artigo 231, I do Código Civil não se restringe apenas a infidelidade física (conjunções carnis), mas sim, a qualquer ato de deslealdade com o outro cônjuge, o que também faz configurar quebra do dever de fidelidade.

Dessa forma, ocorrendo a prática de atos diferentes da conjunção carnal, fica configurado o “quase-adultério”, denominado por alguns autores como injúria grave, que, além de ser conduta desonrosa, também consiste em grave violação do dever de fidelidade, sendo fundamento que motiva o pedido de separação-sanção.

Ressalta-se que não é apenas o quase-adultério que configura a injúria grave. Nos dizeres precisos de Yussef Said Cahali: **“Mas, além das infrações conjugais ligadas a fidelidade, atos outros comportam o qualificativo de injurioso, na medida em que também violam outros deveres do casamento.”**<sup>75</sup>

Verifica-se assim que qualquer atitude de um cônjuge para com o outro que implica em quebra de um dos deveres do casamento, configura a injúria grave, possibilitando o pedido da separação. Dessa forma, mesmo a quebra de deveres implícitos acarreta a possibilidade do pedido de separação como por exemplo, a quebra dos deveres de respeito, através de sevícias<sup>76</sup> e agressões, como também a infração ao dever lealdade, entre outros.

Salienta-se que os atos de descontrole emocional não configuram a injúria grave,<sup>77</sup> visto que não existe a intenção de injuriar. Assim, desde que o ato praticado não tenha por fim ofender o outro consorte, a injúria grave não se configura e assim não existe fundamento que motiva o pedido de separação.

Interessante questão existe no que diz respeito ao adultério casto, que se configura no caso de uma mulher casada receber sêmen de um estranho, ou de um homem casado doar sêmen a outra mulher, que não a sua esposa. Tal prática é conseqüência da modernidade, causando grande polêmica e sérias dúvidas no âmbito jurídico.

Diante do assunto, surgiram várias discussões na doutrina, predominando o entendimento de que o uso de tal técnica não configura a infidelidade visto que

---

<sup>75</sup> Yussef Said Cahali, *Divórcio e Separação*. 9. ed., SP: Revista dos Tribunais, 2000, p. 360.

<sup>76</sup> Sevícia consiste em qualquer tratamento fora do normal com ofensas físicas ao outro consorte.

<sup>77</sup> Parece ser essa a corrente mais pautada. No entanto já se decidiu diversamente, como o julgado da 6ª Câmara do TJSP e a RT 267/154, onde ficou expresso que para a configuração da injúria grave basta apenas a gravidade da atitude do consorte diante da educação e da honestidade do consorte que a recebe, não necessitando do “*animus injuriandi*”.

não existe a conjunção carnal, como também não existe a intenção de satisfazer o libido com outra pessoa.

Não obstante o entendimento de que tal prática não configura a conjunção carnal só prevalecerá quando o outro consorte manifestar a sua anuência, mesmo tacitamente, posto que a prática de tal ato sem a autorização do cônjuge, configura motivo para o pedido de separação judicial.

Por fim, faz-se necessário salientar que no que tange ao adultério, o cônjuge infiel não está impossibilitado de propor a ação de separação-sanção com base no adultério do outro cônjuge, sendo que a única consequência será o reconhecimento da culpa de ambos os cônjuges, se for feito o pedido reconvenicional pelo demandado. Assim, predomina a tese de não compensação do adultério, ou seja, uma culpa não elimina a outra, ficando dessa forma ultrapassado o entendimento predominante no direito anterior, baseado no direito canônico onde, se ambas as partes praticassem adultério, nenhuma delas teria direito a separação com base nesse fundamento, vigia assim a compensação.

Posteriormente, de acordo com o artigo 231, II do Código Civil, a vida em comum no domicílio conjugal é outro dever do casamento, e a quebra ao dito dever de coabitação consiste em fundamentação ao pedido de separação-sanção.

Dessa forma, a ruptura da vida em comum por culpa exclusiva de um dos cônjuges, através do abandono voluntário ou da permanência dos nubentes sobre o mesmo teto mas sem a manutenção de relações sexuais (desde que não exista motivo justo, como uma doença que impossibilite tal prática), fundamenta o pedido de separação judicial, sendo plenamente plausível.

Faz-se necessário mencionar que o revogado artigo 317, IV do Código Civil, quando tratava do abandono, exigia que o mesmo fosse prolongado, estabelecendo o limite mínimo de continuidade de dois anos. A lei n.º 6.515/77 não repetiu o mencionado acima e dessa forma é pacífico que inexistente tempo, podendo a separação judicial ser interposta logo que se configurar o abandono voluntário. Assim, o biênio deixou de ser exigido.

A mútua assistência está prescrita no artigo 231, III do Código Civil, e, como sendo um dos deveres do matrimônio, a sua quebra acarreta como sanção a possibilidade do pedido de separação judicial.

Como já mencionamos, a mútua assistência consiste tanto na assistência material como espiritual. Dessa forma, o cônjuge que não observa o citado não obedece um dos deveres do matrimônio.

Menciona-se que o abandono também entra como quebra do dever de mútua assistência posto que o consorte que sai voluntariamente de seu lar deixa de prover assistência ao outro consorte.

Da mesma maneira, consiste em motivo para o pedido de separação judicial, a quebra do dever previsto no artigo 231, IV do Código Civil, qual seja, o dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Dessa forma, os cônjuges devem prover o sustento da família, sob pena de ser decretada a separação judicial do casal imputando ao cônjuge faltoso, a culpa pelo mencionado. Ademais, os cônjuges que faltarem a esse dever podem sofrer conseqüências de ordem penal, como também no âmbito cível, a extinção ou suspensão do pátrio poder.

Ressalta-se que, se em uma das causas acima mencionadas, o cônjuge ofendido perdoar o cônjuge faltoso, ou mesmo, praticar atos que importem em perdão, não poderá o mesmo pedir separação judicial com base nesse fato, visto que, muito embora tenha existido a falta, não ficou caracterizada a insuportabilidade da vida em comum, requisito exigido pelo legislador para a concessão da separação-sanção. Da mesma maneira, o pedido de separação-sanção deve ser indeferido se ficar provado que o cônjuge-requerente concorreu ou ainda impeliu o cônjuge faltoso para que cometesse o ato.

Como citado acima, o legislador subordinou as causas da separação judicial com base no artigo 5º, *caput* da lei n.º 6.515/77, à insuportabilidade da vida em comum. Dessa forma, a lei deixa latente que não basta que um dos cônjuges tenha praticado conduta desonrosa ou ato que importe em grave violação dos deveres do casamento. É necessário que, em razão desses fatos, a vida em comum tenha se tornado insuportável.

Com o intuito de demonstrar a necessidade e importância de tal requisito exigido pelo legislador, cita-se Vicente Miranda, que diz:

**“Ao estabelecer tal requisito levou o legislador em conta um dado da experiência: o casamento é uma instituição que se caracteriza pela união íntima de duas pessoas formando uma comunhão de vida; haverá, por certo, tendo em vista a imperfeição humana, falhas por parte de ambos os cônjuges, algumas leves, outras graves; aquelas e estas, por si só, não são suficientes para causar o desfazimento do matrimônio. O que provoca, na realidade, a dissolução da sociedade conjugal é aquele mal-estar que nasce ou nascerá como decorrência da falta conjugal cometida; se não ocorrer este mal-estar, nenhum dos cônjuges se interessará em pedir a separação.”<sup>78</sup>**

Verifica-se assim a necessidade de demonstrar claramente que em razão da falta cometida por um dos consortes, a vida em comum tornou-se insuportável.

Como sanção ao cônjuge culpado, visto que essa é uma espécie de separação onde existe a análise de qual dos nubentes foi o culpado pela separação, fica o mesmo obrigado a pagar alimentos ao cônjuge inocente, caso o mesmo necessite. Ademais, na existência de filhos, o cônjuge culpado perde a guarda dos mesmos, sendo seu dever pagar alimentos aos filhos menores, podendo exercer o direito de visita.

Não obstante, se ficar comprovada a culpa recíproca dos cônjuges pela separação, os filhos em regra ficaram com a mãe, de acordo com o que menciona o artigo 10, § 1º da lei n.º 6.515/77, salvo se ficar explicitado algum motivo grave que cause prejuízo aos filhos, podendo o juiz, nessa hipótese, regular de maneira diversa. Menciona-se ainda que, sendo a mulher culpada pela separação, fica a mesma impedida de continuar a usar o nome do marido.

b) Já a segunda hipótese de separação judicial litigiosa, denominada separação-falência, encontra-se descrita no artigo 5º, § 1º da lei n.º 6.515/77:

---

<sup>78</sup> Vicente Miranda apud Yussef Said Cahali, Op. Cit., p. 403.

**“A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição.”**

Dessa forma, a mencionada separação ocorrerá quando um dos cônjuges requerer a medida alegando ruptura da vida em comum por mais de um ano. Essa espécie de separação para alguns doutrinadores tem como fim regularizar a separação de fato, visto que o casal já se encontra nesse estado por mais de um ano.

Faz-se necessário mencionar que, diversamente da separação-sanção, a separação-falência não necessita demonstrar a culpa, ou seja, para ser decretada tal espécie de separação não é preciso analisar porque o ambiente conjugal deixou de existir. A causa de tal circunstância é apenas de interesse dos nubentes, não cabendo a terceiros, indagar o motivo ou as circunstâncias que levaram os consortes a se separarem de fato. As únicas exigências prescritas pelo legislador no texto legal para essa espécie de separação foi a necessidade de demonstrar que os nubentes estão realmente separados de fato a mais de um ano, e, a impossibilidade do casal refazer a vida conjugal. O mencionado é tão verídico que tanto o cônjuge, vítima da separação como aquele que é o responsável por ela podem requerer a medida judicial, diversamente da separação-sanção onde apenas o cônjuge ofendido é que pode requerer a separação. Para demonstrar o mencionado, cita-se o julgado:

**“Ruptura da vida em comum por mais de cinco anos – propositura pelo cônjuge culpado – irrelevância – legitimidade ‘ad causam’ reconhecida – carência afastada – inteligência do § 1º do artigo 5º da lei n.º 6.515/77”<sup>79</sup>**

---

<sup>79</sup> Revista dos Tribunais 616/156.

Salienta-se que o tempo de ruptura anteriormente mencionado, qual seja, um ano, deve ser contínuo, consecutivo<sup>80</sup>, não se somando períodos menores para a formação do período legal. No entanto:

**“Admitindo, entretanto, que o afastamento nem sempre gera inimizade, é de se atentar em que não quebra a consecutividade o encontro, seja eventual, seja deliberado, dos cônjuges, uma vez que as circunstâncias de fato não permitam concluir pelo reatamento das relações ou restabelecimento, ainda que temporário, da vida em comum.”<sup>81</sup>**

Assim, muito embora o dispositivo anteriormente citado deixe a entender que os cônjuges devam estar separados, o que inclui que os mesmos não morem mais juntos, existem renomados doutrinadores que entendem diversamente. Novamente citamos Caio Mário da Silva Pereira, que diz:

**“Por outro lado, a ruptura da vida em comum não exige afastamento físico ou material. Tal seja o ambiente doméstico e o relacionamento pessoal dos cônjuges, que será lícito configurar a ruptura, não obstante permaneçam os cônjuges residindo sob o mesmo teto.”<sup>82</sup>**

Da mesma maneira se expressa Arnaldo Wald: **“Significando vida em comum o mesmo que relacionamento sexual, não é preciso que o casal esteja separado de fato para que ocorra a sua ruptura, podendo viver sob o mesmo teto.”<sup>83</sup>**

---

<sup>80</sup> A lei n.º 8.408 de 13/02/92 reduziu o prazo anterior que era de 5 (cinco) anos, para estabelecer o prazo atual que é de 1 (um) ano.

<sup>81</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil; Direito de Família, Volume V. 11. ed., RJ: Forense, 1998, p. 150.

<sup>82</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Op. Cit., p. 150.

<sup>83</sup> Arnaldo Wald, Curso de Direito Civil; O novo Direito de Família. 12. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1999, p. 146.

Dessa forma fica claro, como entende alguns doutrinadores, que a ruptura da vida em comum não quer dizer separação de residências.

Inobstante esse entendimento, a doutrina tradicional traça o seu ensinamento de maneira diferente visto que entende necessária a ruptura definitiva dos cônjuges o que inclui o afastamento físico sendo necessário que os nubentes deixem de residir conjuntamente, configurando assim uma separação de fato. Para os adeptos dessa corrente, a simples quebra do dever de cumprimento do *debitum conjugale* por mais de um ano, não possibilita o pedido de separação-falência, visto que não caracteriza a ruptura da vida em comum. Pelo contrário, tal ocorrência consiste em quebra de um dos deveres do casamento que poderá possibilitar o pedido de separação-sanção, previsto no *caput* do artigo 5º da lei n.º 6.515/77, se o mencionado causar insuportabilidade da vida em comum.

De uma maneira sensata e equilibrada, tentando ponderar os dois extremos, manifesta-se Yussef Said Cahali:

**“A questão, assim, terá de ser resolvida no exame do elemento anímico e das circunstâncias de cada caso, na medida em que os elementos provados demonstrem não só a existência de uma efetiva separação material de fato, ainda que permanecendo ambos sob o mesmo teto, mas também caracterizando-se aquela por uma total ruptura da vida em comum do casal, sob os demais aspectos; assim, se houver medida cautelar de separação de corpos, com autorização, inobstante, de permanecerem os cônjuges precariamente no mesmo domicílio conjugal, hipótese que não é de excluir-se pelas contingências econômicas e dificuldade de habitação, e que tem sido admitida, conforme se viu anteriormente, até mesmo em caso de separação consensual.”<sup>84</sup>**

Assim, fica demonstrada a necessidade do órgão julgante em analisar o caso concreto e em razão dele estabelecer o que vem a ser ruptura da vida em comum, decretando ou não a separação-falência.

---

<sup>84</sup> Yussef Said Cahali, Op. Cit., p. 427.

Destarte, além do requisito referente ao tempo, de caráter material, o legislador impõe outra condição, agora de caráter psíquico, para a obtenção da separação-falência, qual seja, a impossibilidade da reconstituição da vida em comum. Trata-se de um dispositivo de difícil comprovação e de grande caráter subjetivo. Arnaldo Wald também entende ser de difícil comprovação o mencionado requisito, mas menciona:

**“A impossibilidade, no entanto, se demonstra, a nosso ver, pelo simples pedido do autor que, ao solicitar a separação, estará manifestando o desejo de não mais voltar à companhia do outro cônjuge.”<sup>85</sup>**

Ressalta-se ainda que o pedido de separação-falência não é peremptório, podendo o juiz negá-lo se entender que a concessão do pedido causará algumas das conseqüências previstas no artigo 6º da lei n.º 6.515/77.

Finalmente, a concessão do pedido de separação-falência dará a guarda dos filhos menores ao cônjuge em cuja companhia estava os filhos durante a separação fática, ficando o outro cônjuge obrigado a pagar pensão alimentícia aos mesmos, e, se necessário fica o mesmo obrigado a pagar alimentos ao outro cônjuge. Ademais, o requerente perde a meação dos bens remanescentes trazidos pelo outro cônjuge ao casamento (artigo 5º, § 3º da lei n.º 6.515/77) e, se for a mulher a requerente da separação fica a mesma impossibilitada de usar o nome do marido, de acordo com o artigo 17, § 1º da lei n.º 6.515/77.

c) Finalmente, a última forma de separação judicial litigiosa é a chamada separação-remédio e esta prevista no artigo 5º, § 2º da lei n.º 6.515/77 nos seguintes termos:

**“O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada**

---

<sup>85</sup> Arnaldo Wald, Op. Cit., p. 147.

**após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida como de cura improvável.”**

Pela análise da lei, verifica-se que tal separação ocorre quando um dos cônjuges requer a medida por estar o outro acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que cause a impossibilidade da continuação da vida em comum, exigindo ainda que, após a duração de cinco anos, a doença seja reconhecida como de cura improvável.

Assim, o primeiro requisito exigido pelo legislador é a presença de grave moléstia mental, abrangendo assim os loucos de todo o gênero, citados como incapazes no artigo 5º, II do Código Civil. A exigência legal se mostra de classificação subjetiva visto que para alguns a enfermidade pode ser grave e para outros essa gravidade pode não estar claramente demonstrada. Compete ao requerente fazer a prova de todos os requisitos exigidos pelo legislador, inclusive provar a gravidade da insanidade mental do outro consorte, o que será feito por laudo psiquiátrico. Salienta-se que, tendo em vista o princípio da livre convicção do juiz, o julgador, mesmo diante do diagnóstico médico poderá tirar suas próprias conclusões.

O segundo requisito reside na oportunidade da manifestação da grave doença mental, qual seja, após o casamento. Assim, muito embora a origem da doença possa ter ocorrido antes do casamento, faz-se necessário que a sua manifestação tenha ocorrido após o matrimônio. Dessa forma, fica descaracterizado o pedido de separação-remédio quando a doença que macula o outro cônjuge já havia se manifestado antes do casamento. Ressalta-se que na ocorrência de doença anterior ao casamento e no caso de desconhecimento do outro nubente, poderá ser pedida a anulação do casamento no biênio posterior a celebração do ato (artigo 178, § 7º, I do Código Civil) baseado em erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge (artigo 219, II do Código Civil).

Repetindo o pressuposto constante no artigo 5º, § 1º da lei n.º 6.515/77, o legislador caracteriza como terceiro requisito da separação-remédio, a impossibilidade da vida em comum. Salienta-se que o mencionado requisito quer demonstrar a necessidade de ficar comprovado que a vida em comum não pode

mais ocorrer em razão da doença. No que tange a esse requisito deve-se comprovar a descontinuidade da vida em comum.

O último requisito exige que a doença tenha perdurado por cinco anos e que, tenha sido reconhecida como de cura improvável. Assim, verifica-se que o legislador não quis dizer incurabilidade, não se exige um diagnóstico de ausência de cura. O legislador exige apenas que a moléstia mental do paciente tenha cura improvável. No entanto, mesmo sendo o legislador menos exigente, a comprovação se torna difícil visto que o mencionado tem grande caráter subjetivo.

Unindo-se ao exposto, o legislador também exige um fator temporal, sendo assim, faz-se necessário demonstrar ainda que a doença de cura improvável perdura por cinco anos. No entanto, manifesta-se Kipp-Wolff: **“Exige a lei que a enfermidade tenha uma duração mínima de cinco anos, embora não seja necessário que o mesmo teor de gravidade tivesse persistido durante todo o período.”**<sup>86</sup>

Verifica-se assim, que a doença não deve ser de cura improvável durante o decorrer dos cinco anos. É preciso provar apenas que a doença se prolonga pelo lapso temporal exigido pela lei e que, no seu atual estágio, a sua cura é improvável.

Dessa forma, a separação-remédio constitui em outra espécie de separação judicial onde não se indaga ou analisa a culpa dos cônjuges, visto que se verifica apenas a existência ou inexistência dos pressupostos exigidos pela lei para a procedência ou improcedência do pedido de separação.

No que tange a tal separação, muitas são as críticas, alegando-se que o dispositivo legal é descaridoso, visto que o casamento deveria ser tanto para os bons como para os maus momentos, e a doença não deveria ser motivo que justificasse o pedido de separação. Ademais, atenta contra um dos sentimentos mais nobres, a solidariedade, como também, quebra a razão de ser do dever de mútua assistência, que constitui um efeito pessoal do casamento e que deveria ser observado.

---

<sup>86</sup> Kipp-Wolff apud Yussef Said Cahali, Op. Cit., p. 444.

No entanto, as críticas não devem proceder, visto que se bem aplicado, o instituto possibilita soluções honestas e justas.

Além do que, o legislador procurou dar maior proteção patrimonial ao cônjuge vítima da doença; tanto é que será revertido ao cônjuge que não houver pedido a separação, o remanescente dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado pelos nubentes permitir, também a meação dos bens adquiridos pela sociedade. Ademais, deve-se deixar claro, que em muitos casos, a doença do consorte pode até mesmo causar perigo ao requerente, o que não macula o pedido de separação como ato Descaridoso.

Salienta-se que o instituto citado acima e prescrito no artigo 5º, § 3º da lei n.º 6.515/77 tem caráter indenizatório e é aplicável tanto nas hipóteses previstas nos § 1º e § 2º do mencionado artigo. Ao instituir o mencionado parágrafo, o nosso legislador demonstrou cautela, amenizando a injustiça alegada por muitos doutrinadores. Pode-se dizer que o legislador teve a mesma intenção ao fazer menção do disposto no artigo 6º da lei do divórcio. Tal dispositivo garante ao juiz a faculdade de negar o pedido de separação-remédio quando o órgão judicante verificar que a concessão do pedido de separação causará agravamento nas condições pessoais e na saúde do cônjuge ou ainda, o juiz também poderá negar o pedido quando, a concessão do pedido causar conseqüências morais de excepcional gravidade aos filhos menores do casal.

Verifica-se dessa maneira que, o mesmo que ocorre com a separação-falência, ocorre com o pedido de separação-remédio. Nas duas espécies de separação litigiosa sem culpa o fundamento do pedido não tem caráter peremptório visto que o juiz poderá julgar improcedente a separação, e isso ocorrerá quando se verificar uma das ocorrências previstas no artigo 6º da lei n.º 6.515/77.

A decisão que concede a separação-remédio dará ao requerente a guarda dos filhos menores e o mesmo cônjuge ficará também obrigado a pagar alimentos ao cônjuge adoentado. No caso da requerente ser a mulher, perderá o direito ao uso do nome do marido.

#### 4.3.1.1 Procedimento judicial

Nas ações de separação judicial, de acordo com o artigo 155, II do Código de Processo Civil, o processo deverá correr em segredo de justiça e, diante do mencionado, em qualquer publicação, as partes deverão ser identificadas apenas pelas letras iniciais de seus nomes e nunca por extenso.

O foro competente para a propositura da separação judicial, é o domicílio da mulher como prescreve o artigo 46 da lei n.º 6.515/77. Como já foi citado, trata-se de ação personalíssima, só podendo ser intentada por um dos cônjuges, salvo no caso de incapacidade onde o pedido poderá ser intentado por curador, ascendente ou irmão.

O pedido de separação judicial deve ser fundado em uma das hipóteses analisadas anteriormente. Trata-se de hipóteses taxativas não sendo possível abrandamentos, visto que a ocorrência dos mesmos pode deteriorar ainda mais o instituto do casamento.

Após formulado o pedido de separação judicial através da petição inicial, será marcada audiência de conciliação onde o juiz, com o intuito de impedir separações evitáveis, tentará previamente a conciliação do casal. Dessa forma, tendo por base o artigo 3º, § 2º da lei n.º 6.515/77, o juiz deverá ouvir pessoal e separadamente cada cônjuge, e se necessário reunindo-as em sua presença, sempre objetivando uma reconciliação.

Restada infrutífera a tentativa de conciliação deverá o juiz tentar a conversão da separação litigiosa em consensual. Negada a conversão, só então deverá o juiz proceder com o trâmite normal da separação litigiosa.

Salienta-se que o não comparecimento de um dos cônjuges a audiência de conciliação representa a impossibilidade de reconciliação por parte do faltoso como também caracteriza a intransigência do mesmo em converter a separação de litigiosa para amigável.

Muito embora exista a audiência de conciliação, que tem como fundamento e objetivo principal a possibilidade de oferecer as partes, um momento em que elas possam transigir, obtendo assim a reconciliação, a doutrina moderna tem

entendido, que em qualquer momento do processo e não só na audiência reservada a isso, deverá o juiz indagar sobre a possibilidade de reconciliação, ou conversão da separação litigiosa em consensual. Salieta-se que a não observação do mencionado acima não ocasiona invalidade do processo, posto que tal medida é apontada pela doutrina, tratando-se apenas de cautela ou expediente não exigido em lei.

Feito o pedido de separação judicial, deve-se provar o alegado, sendo que o ônus da prova fica a cargo do requerente. Após regular citação, será aberto prazo para a parte contrária responder a ação, sendo admitido a reconvenção. Após o período de instrução, o juiz, com base nas provas colhidas, julgará procedente ou improcedente o pedido de separação judicial.

No caso de procedência da ação, a sentença decretará a dissolução da sociedade conjugal estabelecendo ainda a partilha dos bens. No que tange a guarda dos filhos, se a separação se deu com base no “*caput*” do artigo 5º da lei do divórcio a guarda dos filhos ficará com o cônjuge que não houver dado causa a separação. Se ambos os cônjuges forem os responsáveis pela separação, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se tal solução causar prejuízo moral aos mesmos. Ocorrendo o mencionado, os menores ficarão sob a guarda de pessoa notoriamente idônea da família de um dos cônjuges.

Fundamentada no artigo 5º, § 1º da lei n.º 6.515/77, a guarda dos filhos menores ficará com o cônjuge que já os tinha em sua companhia.

Sendo a separação prevista no artigo 5º, § 2º da lei do divórcio, a guarda dos menores será concedida ao requerente, por estar apto a assumir as responsabilidades advindas do direito-dever de guarda.

Os separados judicialmente ainda tem a obrigação de contribuir na proporção de seus recursos para a criação dos filhos menores. Assim, os pais que não ficaram com a guarda dos filhos tem o dever de pagar pensão alimentícia aos mesmos. Além do mencionado, o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao seu consorte, se esse necessitar, pensão alimentícia. Ademais, se vencida na separação-sanção, a mulher deixará de usar o nome do marido. Nos casos de separação-sanção e separação-remédio, se a mulher for a

requerente, também não terá direito ao uso do nome do marido. Nos outros casos, a mulher poderá optar pela conservação do nome do marido.

Sendo improcedente a ação, os nubentes não poderão renovar o pedido de separação judicial litigiosa usando como fundamento os motivos já alegados.

#### **4.3.2 Da separação consensual**

Trata-se de mais uma espécie de separação judicial. No entanto, se difere das outras visto que não existe litígio, o que existe é um acordo entre as partes, que concordam com a separação. Tanto é verdade que o pedido é feito por ambos os cônjuges, não precisando mencionar os motivos que fundamentam a separação.

Através da separação por mútuo consentimento, os separandos querem por fim a uma convivência, legalizando a sua situação, e passando a viver como separados.

Para explicitar a conceituação da separação consensual, manifesta-se Arnaldo Rizzardo:

**“Cuida-se da separação em que se prescinde da menção de qualquer fundamento para o ajuizamento do pedido.**

**Ambos os cônjuges exprimem, de comum acordo, a vontade de se separarem, não invocando nenhuma causa legal para embasar o pedido.**

**Diferentemente da separação judicial, em que não raramente há a devassa da vida íntima e conjugal dos esposos, não se alega a menor particularidade que determinou o propósito da dissolução da sociedade matrimonial.”<sup>87</sup>**

---

<sup>87</sup> Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, Volume II. 1. ed., RJ: Aide, 1994, p. 398.

No mesmo diapasão:

**“A separação consensual é aquela realizada por mútuo consentimento dos cônjuges casados há mais de dois anos, inexistindo necessidade de se apresentar qualquer justificativa ao juízo, dependendo de sentença homologatória, após ser ouvido o Ministério Público. Essa forma de separação poderá também existir durante o transcorrer de uma separação litigiosa.”<sup>88</sup>**

Fica caracterizado assim o que vem a ser a separação consensual, ressaltando sempre que essa espécie de separação só pode ser requerida por mútuo consentimento dos cônjuges que estejam casados há mais de 2 (dois) anos, não existindo a necessidade de expor a razão da separação.

#### **4.3.2.1. Procedimento judicial**

Essa espécie de separação judicial só pode ser requerida após dois anos de casamento. Se o casal, antes de completar dois anos de casado, quiser separar-se, deverá proceder de maneira litigiosa e nunca consensualmente.

Como já foi mencionado, o pedido de separação por mútuo consentimento é feito por ambos os cônjuges, sendo que, nessa petição, deverá conter, além da certidão de casamento do casal, a descrição dos bens que aos mesmos pertencem e a respectiva partilha, o acordo relativo à guarda, à visita e à manutenção dos filhos menores, como também a pensão alimentícia do marido a mulher<sup>89</sup>, se esta não tiver bens suficientes para se manter.

---

<sup>88</sup> Jorge Shiguemitsu Fujita, Curso de Direito de Família; Direito de Família. 1. ed., SP: Juarez de Oliveira, 2000, p. 122.

<sup>89</sup> Como a CF/88 consagrou a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, entende-se que a mulher também deve ser obrigada a arcar com os alimentos ao homem, quando esse deles necessitar.

Ademais, devem se manifestar a respeito do nome da mulher, sendo que é possível, dependendo do acordo entre as partes, que a mesma continue a usar o nome do marido.

Salienta-se ainda que a partilha dos bens do casal poderá ser feita posteriormente, na fase executória, se ambos ainda não acordaram sobre essa questão.

Feito o pedido de separação por mútuo consentimento, o juiz, objetivando uma reconciliação dos separandos, ouvirá as partes separadamente, ou se achar necessário em conjunto, podendo ainda chamar os advogados para participar dos entendimentos. Nesse momento, o juiz indagará se as partes estão conscientes do ato que praticam e se concordam com as condições avençadas, mandando reduzir tudo a termo. Restando infrutífera a tentativa de conciliação, que é preceito de ordem pública e a sua não observância causará nulidade do processo, será ouvido o Ministério Público, como fiscal da lei, e o juiz, em seguida poderá desde já homologar o acordo, sendo que as partes, quando puderem, assinarão o termo de acordo na presença do juiz. Não podendo ou não sabendo assinar é lícito que terceira pessoa assine em seu lugar. Ressalta-se que, se as assinaturas dos cônjuges ou do rogado não forem feitas na presença do juiz, deverão ser obrigatoriamente reconhecidas por tabelião. Faz-se necessário também, a assinatura do(s) advogado(s) que representa(m) as partes.

Ofertada a sentença que homologa o acordo, será esperado o trânsito em julgado da mesma, sendo necessário que posteriormente se proceda a devida averbação no Registro Civil competente. No caso da partilha abranger bens imóveis, é necessário que se proceda a averbação também no Registro Imobiliário.

É de observar-se que a sentença homologatória tem caráter transitório, podendo perder toda a sua eficácia quando os separados peticionarem ao juiz dizendo que restabeleceram a sociedade conjugal, ou seja, reconciliaram-se. Essa reconciliação também deve ser averbada no Registro Civil.

Não obstante o mencionado, poderá o juiz, não homologar desde já o acordo, marcando outra audiência. Isso deve ocorrer sempre que o juiz perceber alguma hesitação no que tange a separação por parte de um dos cônjuges.

Procedendo dessa maneira, o juiz, na segunda audiência ouvirá novamente os separandos, mandando tomar por termo o que disserem.

Salienta-se que é lícito ao juiz recusar a homologação, não decretando assim a separação judicial. Tal fato ocorrerá quando o juiz verificar que a convenção feita entre os separandos não preserva suficientemente o interesse de um dos cônjuges ou dos filhos.

Em razão do exposto, menciona-se:

**“Vale dizer, a separação judicial por mútuo consentimento não é arbítrio dos cônjuges, porém ato judicial complexo, em que a vontade dos desquitados somente produz efeito liberatório quando se lhe seguir a aprovação da autoridade judiciária. E esta, nos termos da Lei n.º 6.515/77, não é de mera testemunha do que os cônjuges querem, mas tem presença positiva e atuante, uma vez que a ausência de atuação jurisdicional a nada conduz.”<sup>90</sup>**

Dessa forma, diferente do que muitos pensam, a separação consensual não fica ao arbítrio dos cônjuges. Necessariamente, deve ela passar pelo crivo do judiciário, que analisará se o acordo feito entre as partes é conveniente para todos os interessados.

Sabe-se que vige no nosso sistema jurisdicional o princípio do duplo grau de jurisdição. Mesmo sendo jurisdição voluntária, como o que ocorre na separação consensual, as partes também poderão fazer uso do segundo grau de jurisdição, que terá apenas caráter fiscalizador. Dessa forma, só será verificado novamente se o órgão judicante respeitou as formalidades processuais exigidas para tal ação e que se encontram nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil. O acordo homologado não poderá ser modificado pelo Tribunal, não se admitindo também, como citado abaixo, a retratação unilateral de qualquer dos cônjuges: **“Acordo de desquite ratificado por ambos os cônjuges não é retratável unilateralmente.”<sup>91</sup>**

---

<sup>90</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Op. Cit., p. 154.

<sup>91</sup> Súmula 305 do STF.

No caso do juiz de primeiro grau negar a homologação do acordo, o recurso ao Tribunal (segundo grau de jurisdição) poderá ser feito com o intuito de reformar ou anular a sentença. Reformando, o Tribunal homologará o acordo, anulando-a, o juiz de primeiro grau deverá oferecer nova sentença.

#### 4.4 Dos efeitos jurídicos da separação judicial

Para clarificar o entendimento da matéria, cita-se Yussef Said Cahali:

**“A dissolução da sociedade conjugal produz *efeitos genéricos* de natureza pessoal e patrimonial, interessando aos cônjuges, à prole e a terceiros; a separação judicial, conforme tenha sido decretada produz *efeitos específicos*, em razão de mútuo consentimento, no pressuposto da culpa unilateral ou recíproca, ou sem o pressuposto da culpa de qualquer dos cônjuges.”<sup>92</sup>**

Dessa forma, fica demonstrado que a separação judicial causa tanto efeitos específicos como efeitos genéricos. Os efeitos específicos não são sempre os mesmo para todas as espécies de separação judicial, e por isso mesmo é que são chamados de específicos. Tais efeitos foram tratados vagamente quando explicitou-se cada espécie de separação.

No que tange aos efeitos genéricos, que são os efeitos pessoais e patrimoniais, salienta-se que esses resultam de qualquer separação judicial, independentemente do seu fundamento ou forma.

Tratando-se dos efeitos jurídicos da separação judicial não se pode deixar de mencionar que, muito embora exista o trânsito em julgado da sentença, não ocorre coisa julgada absoluta.

---

<sup>92</sup> Yussef Said Cahali, Op. Cit., p. 725.

Assim, a lei confere ao juiz a possibilidade de modificar, sempre que entender necessário, a decisão proferida quando essa fizer menção à guarda e sustento dos filhos, como também a pensão do outro cônjuge.

Insta ressaltar mais uma vez que a separação judicial não rompe o vínculo matrimonial, o que somente ocorrerá com o divórcio. O instituto ora estudado apenas extingue a sociedade conjugal, causando modificação após o trânsito em julgado da sentença ou da data que foi concedida a separação de corpos<sup>93</sup>. Em razão do mencionado é que não pode o separado judicialmente, casar-se novamente. Apenas o divorciado tem essa prerrogativa.

Analisaremos aqui as modificações referentes aos efeitos pessoais e patrimoniais dos separados.

#### 4.4.1 Quanto aos efeitos pessoais

Como já foi explicitado anteriormente, o casamento provoca efeitos para os nubentes, inclusive de ordem pessoal que estão previstos no artigo 231 do Código Civil e são: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos.

A matéria a ser tratada aqui não causa mais grande dificuldade ou polêmica<sup>94</sup> visto que a própria lei determina quais os efeitos pessoais que se extinguem com a separação judicial e, conseqüentemente, deixa claro quais são os efeitos pessoais que perduram.

Dessa forma, faz-se necessário mencionar o que a lei preceitua no artigo 3º da lei n.º 6.515/77: **“A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.”**

---

<sup>93</sup> Trata-se de uma medida cautelar, preliminar da ação que tem por fim a dissolução da sociedade conjugal. Consiste no afastamento do marido de seu domicílio, e é sempre aconselhável diante do perigo e inconveniente dos nubentes em permanecerem sob o mesmo teto.

<sup>94</sup> Anteriormente, o artigo 322 do Código Civil, revogado pela lei do divórcio, não fazia referência ao término do dever de fidelidade, e, em razão disso, para alguns doutrinadores, tal dever perdurava, apenas o dever de coabitação é que se extinguiu.

Diante do mencionado fica claro que o legislador fez com que perdurasse os deveres referentes a mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos. Inobstante, também fica claro que os deveres de fidelidade recíproca e coabitação, que faz menção ao dever de vida em comum no domicílio conjugal não mais existem após a decretação da separação judicial.

Elucidando a matéria, cita-se Washington de Barros Monteiro:

**“É obvio que, com a separação judicial, deve cessar essa mútua convivência. Incompreensível seria que judicialmente separados, como se o casamento fosse dissolvido, continuassem a manter a vida em comum, como se nada houvesse acontecido.**

**De modo idêntico, a separação põe termo ao dever de fidelidade, a que os cônjuges, até então, se achavam sujeitos, por força do disposto no artigo 231, nº I, da lei civil.”<sup>95</sup>**

Assim, verifica-se que, separados os cônjuges, tornam-se um em relação ao outro, pessoas estranhas, e em razão disso, algumas obrigações antes existentes, extinguem-se. É o que ocorre com os deveres de coabitação (condição de duas pessoas morarem juntas, sob o mesmo teto), e fidelidade recíproca que, trazidos pelo casamento como efeitos pessoais, não perduram após a separação judicial.

Inobstante, mesmo sendo minoria, existe uma corrente, seguida por Arnaldo Wald que entende que o dever de mútua assistência também se extingue, tanto na separação judicial litigiosa como na consensual ou amigável. Os adeptos de tal corrente alegam que a partir da decretação da separação judicial, abre-se lugar a uma dívida de valor reajustável, que perde o caráter alimentar ou de assistência, passando a ter caráter de obrigação, sendo que, no caso da separação litigiosa, o montante da dívida é fixada pelo juiz, e, tratando-se de separação amigável, o valor é fixado pelas partes.

---

<sup>95</sup> Washington de Barros Monteiro, Op. Cit., p. 201.

#### 4.4.2 Quanto aos efeitos patrimoniais

Quando homem e mulher se unem em matrimônio, especificam desde já o regime de bens que vigorará em relação aos mesmos. Com a dissolução da sociedade conjugal através da separação judicial, como já foi citado anteriormente no artigo 3º da lei n.º 6.515/77, é posto fim ao regime de bens que prevalecia quando o casamento estava em vigor.

Dessa forma, no que tange ao âmbito patrimonial, a maior consequência da separação judicial é a cessação do regime de bens. O mencionado ocorre tendo em vista que os interesses patrimoniais recíprocos não mais existem.

Diante do exposto, procede-se a partilha, sendo que será revertido a cada um dos separados os bens que não se comunicaram com o casamento, sendo que os bens comunicáveis são divididos em consonância com as regras do regime de bens estabelecido no momento do casamento. Salienta-se ainda que, no caso da separação judicial com causa culposa, o cônjuge que não houver dado causa, ficará com o remanescente dos bens que levou para o casamento, sem o prejuízo da meação dos aqüestos, se o regime de bens possibilitar (artigo 5º, § 3º da lei do divórcio).

No entanto:

**“É certo que, enquanto não realizada a partilha, subsiste *de fato* a sociedade conjugal no que concerne aos efeitos patrimoniais do casamento, em consonância com o regime matrimonial de bens em extinção.”<sup>96</sup>**

Entende-se dessa forma que, diante da concessão da separação de corpos ou após o trânsito em julgado da sentença que concedeu a separação judicial, o regime de bens está cessado no que tange aos bens que serão adquiridos. No entanto, no que se refere aos bens adquiridos na constância do casamento e

---

<sup>96</sup> Yussef Said Cahali, Op. Cit., p. 767.

ainda não partilhados, a sociedade conjugal perdura, vigorando ainda o regime de bens em relação aos mencionados bens.

## **CAPÍTULO 5**

### **DA SEPARAÇÃO DE FATO**

#### **5.1 Noções gerais**

Como já exposto na introdução do presente trabalho, a separação de fato não é um instituto tão novo como aparenta ser.

Sua origem remonta muito antes da admissão do divórcio no Brasil. Como sabemos, a extinção do vínculo matrimonial só foi instituída na legislação brasileira por meio da Emenda Constitucional nº 09 de 28 de junho de 1.977, regulamentada pela Lei Federal n.º 6.515/77, editada em 26 de dezembro de 1.977. Até essa época, apenas o desquite era possível. Os cônjuges que não mais pretendiam viver na esfera familiar ao lado do seu consorte, ao invés de se desquitarem, preferiam somente separar-se de fato visto que em geral, os efeitos ocasionados pela separação de fato correspondiam ao desquite. Ademais, a separação de fato era um acontecimento mais discreto e não ocasionava despesas diante da não necessidade de pagar custas e honorários advocatícios, visto que nessa espécie de separação o órgão jurisdicional não intervém.

Mesmo após 1.997, quando o divórcio foi inserido na legislação brasileira, a separação de fato ainda se fazia presente entre nós posto que aquele instituto só poderia ser concedido uma única vez, e, para suprir essa limitação da lei, os nubentes que já haviam se divorciado, apenas separavam-se de fato. Após a separação de fato, o separado de fato constituía nova família sem ter o seu estado civil legalmente regulamentado.

Após a modificação da lei, passando a admitir a possibilidade do divórcio por inúmeras vezes, a intervenção judicial tornava-se mais interessante. Decorrido 1 (um) ano de separação judicial, seria concedido o divórcio mediante ação intentada pelos interessados. Inobstante, mesmo com essa possibilidade, a separação de fato não deixou de existir posto que hodiernamente, o divórcio

também é concedido diretamente após comprovação de 2 (dois) anos de separação de fato.

Dessa forma, constata-se que a separação de fato é uma forma de romper o relacionamento entre os nubentes, não deixando de ser, implicitamente, uma das causas de dissolução da sociedade conjugal. Mesmo não expressa no artigo 2º da lei n.º 6.515/77, a separação de fato coloca um ponto na vida em comum dos cônjuges, modificando faticamente a situação desses, posto que perante a sociedade não ostentam mais o *status* de casados.

Corroborando para o entendimento manifestado, transcreve-se um trecho dos ensinamentos de Segismundo Gontijo:

**“Na verdade o casamento não se perfaz com a mera assinatura de um termo no livro do cartório do registro civil; entre seus elementos constitutivos, definidos no artigo 231 do CC, estão a *vida em comum* e a *mútua assistência*. Inexistindo convivência, naturalmente inexistirá constância do casamento com o conseqüente fim da sociedade conjugal e do regime de bens. Uma das conseqüências lógicas da separação de fato será a da ausência das condições para o desenvolvimento válido e regular da sociedade conjugal e, até mesmo, do casamento, pois se revelará impossível o cumprimento dos respectivos deveres fundamentais naquela situação anômala que, por sê-la, deverá ser remediada por uma futura decisão judicial. Essa situação será tudo o que quiser, menos *constância da sociedade conjugal*.”<sup>97</sup>**

Todavia, a modificação ocorre apenas no plano fático, real, posto que juridicamente, perante a lei e os órgãos públicos, os nubentes continuam casados.

Introduzindo ainda a matéria em tela, pode-se afirmar que não só a separação de fato como também todas as outras formas de dissolução da sociedade conjugal, ocasionam uma debilidade e um desarranjo no casamento, instituto que durante respeitável lapso temporal foi uma figura de destaque

---

<sup>97</sup> Segismundo Gontijo, Do regime de Bens na Separação de Fato. SP: Revista dos Tribunais, Volume 735, 1986, p. 141.

perante a sociedade de um modo geral. A sua constituição era bem vista e a sua dissolução resultava numa aberração perante os padrões culturais e éticos da sociedade brasileira. Tais preceitos éticos, culturais e morais não mais persistem, ameaçando a estabilidade que antigamente vigia na sociedade.

Finalmente, menciona-se que as separações de fato não representam números ínfimos na sociedade brasileira, e em razão disso devem ser analisadas pelos juristas e regulamentadas pelo legislador, fazendo com que inexistam as presentes lacunas na legislação civil brasileira, quando tratar-se de separação de fato. Enquanto o citado não se torna realidade, necessário se faz analisar as jurisprudências e as escassas doutrinas que tratam da matéria, tentando obter um trabalho hermenêutico pelo qual se estabelecerá diretrizes sobre os pontos essenciais, como por exemplo, os efeitos pessoais e patrimoniais da separação de fato.

Ainda como introdução da matéria em questão destacar-se-á aqui a passagem de um texto que reflete o que ocorre quanto a separação de fato:

**“Pouco importa que a lei não tenha previsto a separação de fato como forma de dissolução da sociedade conjugal, nem tenha regulado outro efeito dela decorrente senão o de dar azo à separação ou ao divórcio, pois o fato social se impôs, em mais um exemplo daquilo que MARIA BERENICE DIAS chamou de ‘revolta dos fatos contra os Códigos’, e com ele, inúmeras situações que colocam à prova a normatização tradicional, acirrando o eterno conflito entre o novo e o velho, entre o justo e o formalmente lícito, obrigando os operadores do direito a revistar e interpretar alguns institutos.”<sup>98</sup>**

É o que se tenta fazer no presente trabalho, analisar e compreender o espírito do direito para estabelecer conclusões acerca da matéria vertente.

---

<sup>98</sup> Marco Túlio Murano Garcia, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM, Volume 1, nº 3 out./dez., Editora Síntese, 1999, p. 81.

## 5.2 Conceito e causas

Primeiramente, insta esclarecer que a separação de fato é uma figura de caráter impreciso por não ser definida no texto legal. Ademais, não é qualquer rompimento da vida conjugal que pode ser denominada separação de fato.

Destarte, para que se origine a separação de fato é imprescindível que exista um elemento objetivo e um elemento subjetivo ou intencional. O primeiro, qual seja, o objetivo, manifesta-se na cessação da coabitação dos consortes. Já o elemento subjetivo é expressado pela intenção voluntária em extinguir o relacionamento conjugal e a vida em comum. Salienta-se ainda, que como citado abaixo, Ney de Mello Almada elenca ainda como pressuposto natural, o casamento válido.

Dessa forma, pode-se constatar que a separação de fato ocorre sempre que um dos nubentes ou ambos não persistem mais na intenção de viver em comum com o seu consorte.

Fazendo-se um paralelo, verifica-se que a separação de fato nada mais é que a forma de dissolução do casamento romano onde, inexistindo a continuidade da *affectio maritalis*, o casamento deixava de existir.

Segundo Ney de Mello Almada:

**“Entende-se por separação de fato a situação resultante da quebra da coabitação, praticada por um dos cônjuges, ou por ambos, à revelia de intervenção judicial, e em caráter irreversível.”**

**Do enunciado se depreendem dois elementos fundamentais: a) subjetivo, o intento de cindir a vida em comum; b) objetivo, o divórcio corpóreo. É pressuposto natural o casamento válido, não se reconhecendo nos separandos um estado civil novo, como ocorreria na separação judicial ou no divórcio .”<sup>99</sup>**

---

<sup>99</sup> Ney de Mello Almeida, *Separação de Fato*; In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos Constitucionais, civis e processuais*, Coordenado por Tereza Arruda Alvim, Volume 2. SP: Revista dos Tribunais, 1995, p. 208.

Dando a sua contribuição ao conceito de separação de fato, manifesta-se Euclides Benedito de Oliveira:

**“Entende-se por separação de fato a ruptura da vida em comum, em caráter prolongado e contínuo, que denote intenção de rompimento da sociedade conjugal. Prolongando-se por mais de um ano, serve de motivo para a separação judicial, independente de quem seja o cônjuge culpado (Lei n.º 6.515/77, artigo 5º, § 1º). Se superior a dois anos, motiva o divórcio direto (Lei n.º 6.515/77, artigo 40).”<sup>100</sup>**

Por fim, elucida Antônio Chaves:

**“Invoca nesse sentido acórdão do STF no RE 77.204, Juriscível n. 43, p. 128, passando a definir a separação de fato ‘como o estado existente entre os cônjuges caracterizado pela suspensão, por ato ou iniciativa de um ou de ambos os cônjuges, do relacionamento sexual ou coabitação entre eles, sem qualquer provimento jurisdicional’.”<sup>101</sup>**

Verifica-se assim que a separação de fato consiste na ruptura da sociedade formada entre os cônjuges através do casamento, mas sem a intervenção do órgão jurisdicional. Faticamente a separação existe, no entanto juridicamente o casamento ainda perdura tanto é que os consortes mantêm o *status* de casado posto que perante os órgãos públicos a situação jurídica continua a mesma.

Salienta-se que a voluntariedade da separação é característica marcante e pode ocorrer por iniciativa de um dos cônjuges, denominada separação de fato unilateral, ou pelo consenso de ambos, caracterizando a separação de fato bilateral ou consensual. Todavia, faz-se necessário além da voluntariedade, o

---

<sup>100</sup> Euclides Benedito de Oliveira, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM, Volume 2, nº 5, abr./jun., Editora Síntese, 2000, p. 150.

<sup>101</sup> Antônio Chaves, Tratado de Direito de Família; Direito de Família, Volume 5, Tomo 2. 2. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1993, p. 132.

caráter de definitividade, ou seja, a decisão sobre a separação deve ser tomada com ânimo de irreversibilidade.

Do exposto, conclui-se que a separação ocasionada eventualmente, como as internações, as ausências para fim de trabalho ou as viagens esporádicas que, mesmo durando longos períodos, não caracterizam a separação de fato posto que inexistem a voluntariedade e a irreversibilidade. É o entendimento manifestado por Yussef Said Cahali:

**“E, por outro lado, não representam ruptura da vida em comum, no sentido da lei, as separações temporárias do casal ditadas pelas circunstâncias, como a necessidade profissional ou de saúde, os afastamentos não determinados por uma animosidade, e remarcados pelo propósito de retorno tão logo que possível.”<sup>102</sup>**

Outra situação em que a voluntariedade e a irreversibilidade se manifestam decisivamente na comprovação ou não da existência de uma separação de fato consiste na situação fática onde os cônjuges, mesmo sem manterem relações inerentes ao casamento não deixam de morar na mesma residência por motivos econômicos ou outros. Inobstante morarem “juntos”, a separação de fato poderá existir desde que exista a voluntariedade de um ou ambos os cônjuges em romper a coabitação e o ânimo de irreversibilidade. O único problema que tal situação poderá ocasionar será quanto à prova do tempo da separação de fato para efeito de se obter a separação judicial com base no artigo 5º, § 1º da lei n.º 6.515/77, que exige 1 (um) ano de separação de fato e/ou o divórcio direto, que exige 2 (dois) anos de separação de fato como prescreve o artigo 40, *caput* da mesma lei.

Muito embora mais ligada a psicologia ou sociologia e não tanto ao ramo do direito, é possível elencar algumas causas que fundamentam a separação de fato. Para tanto, recorre-se ao texto escrito por Marco Túlio Murano Garcia, constantes em um dos artigos inseridos na Revista Brasileira de Direito de Família:

---

<sup>102</sup> Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação. 9. ed., SP: Revista dos Tribunais, 2000, p. 427.

- “a) desejo de evitar escândalos;**
- b) pedido dos filhos que querem mitigar as angústias e desgastes próprios do pleito judicial;**
- c) preocupação com os gastos inerentes ao processo de separação; e**
- d) praticidade da solução.”<sup>103</sup>**

Sobre a matéria ora discutida, Ney de Mello Almada trata das causas da separação de fato da seguinte maneira:

**“Aludindo-se às mais gerais, pode-se ressaltar a generalizada inconformação das novas gerações aos compromissos perpétuos, impulsionada por sensível liberação de antigos cerceios éticos. Por outro prisma, força é admitir que o amor constitui, hoje, sentimento acometido por deformações impingidas pela reinante saturação da sexualidade, sucumbindo, a pouco e pouco, seu substrato espiritual e romântico.”<sup>104</sup>**

Pode-se mencionar ainda outras causas que levam os cônjuges a optarem pela separação de fato como a esperança de reconciliação, evitar a publicidade de fracassos matrimoniais, respeito ao caráter religioso do casamento que apenas em raras exceções admite a ocorrência da separação.

Assim, fica claro que a separação de fato é um instituto mais prático, rápido, econômico e menos desgastante para os consortes como para a prole, caso existente.

### **5.3 Espécies**

Tendo em vista a iniciativa da parte, a separação de fato pode ser:

---

<sup>103</sup> Marco Túlio Murano Garcia, Op. Cit., p. 80.

<sup>104</sup> Ney de Mello Almada, Op. Cit., p. 208.

a) unilateral: quando a separação de fato ocorre por vontade única e exclusiva de um dos consortes, sem a anuência ou consentimento do outro. Para a sua ocorrência, não precisa necessariamente de existir um motivo que fundamente a separação de fato.

Ao se referir a essa espécie de separação de fato ora enfocada, leciona Orlando Gomes:

**“A separação unilateral sucede, não só pelo abandono puro e simples do lar que um dos cônjuges leva a efeito, como também quando um deles se vê forçado a deixar o outro porque esse não vem cumprindo deveres matrimoniais.”<sup>105</sup>**

Verifica-se assim que como dito acima, a causa pode inexistir e o consorte sai da sua esfera doméstica sem motivo predominante, como pode a separação de fato unilateral consistir em insuportabilidade da vida conjugal posto que o outro consorte não cumpre com os deveres matrimoniais.

Muito embora a separação de fato unilateral no mais das vezes tenha caráter reprovável correspondendo ao abandono do lar, pode eventualmente se basear em justa causa, como o citado acima (não cumprimento dos deveres matrimoniais).

Em regra, quando o cônjuge sai de casa sem motivo justificado, age culposamente visto que é ele o único responsável pela separação de fato. No entanto, para se pleitear futura ação de separação judicial com fulcro na separação de fato ou requerer o divórcio direto, basta a comprovação do transcurso do lapso temporal exigido por lei. É o que nos ensina Yussef Said Cahali:

**“Como a separação judicial, no caso, fundamenta-se exclusivamente na prolongada e irreversível separação de fato, nenhuma verificação precisa ser feita a respeito do**

---

<sup>105</sup> Orlando Gomes, Direito de Família. 12. ed., RJ: Forense, 2000, p. 305.

**procedimento culposo de qualquer dos cônjuges como causa de separação.”<sup>106</sup>**

Inobstante, ao cônjuge inocente se aproveitará a conduta culposa do outro consorte para efeito de estipulação de guarda dos filhos, pensão alimentícia e quanto a manutenção do nome de casado.

b) bilateral: também conhecida como separação de fato amigável, consistente na concordância conjugal sobre a separação fática. Nessa situação também não cabe discutir culpa, mesmo porque ambos concordaram com a quebra da vida em comum, e dessa forma, a culpa se manifesta concorrente, diante da falência do matrimônio por desajustes conjugais ocasionados pelos dois consortes. Assim, nenhum dos nubentes poderá invocá-la.

Salienta-se que tendo em vista o consenso entre os separandos, em regra, origina-se o “pacto de separação”, o qual tem por finalidade precípua, evitar discussões posteriores. A confecção desse pacto consiste em um instrumento particular em que se assenta disposições geralmente relativas a ordem econômica (caráter patrimonial); guarda, visita e alimentos dos filhos menores.

Tal pacto, por ser uma regulamentação que rege situações posteriores a separação de fato, tem eminentemente natureza jurídica de contrato. No entanto, a admissibilidade do “pacto” tem sido temperada. Tendo em vista tratar-se, no mais das vezes de direito indisponível, o acordado entre os nubentes servirá apenas de parâmetro para as decisões do magistrado quando interposta a ação ordinária. Todavia, para que se proteja os direitos em questão, não prevalecerá o “pacto de separação” quando o avençado entre os consortes for contrário a lei ou ainda, quando representar prejuízo a um dos consortes ou aos filhos do casal. Nesse sentido: **“São tolhidas as capitulações que venham contrapor-se ao *status* matrimonial, que é indisponível, bem assim as que impliquem detrimento a um dos cônjuges ou aos filhos.”<sup>107</sup>**

Constata-se assim, que as regras descritas no referido pacto com caráter prejudicial aos filhos ou a um dos cônjuges não são válidas, como também não o

---

<sup>106</sup> Yussef Said Cahali, Op. Cit., p. 421.

<sup>107</sup> Ney de Mello Almada, Op. Cit., p. 211.

são as normas que modificarem o estado civil do casal visto que, mesmo com a separação de fato, os nubentes ainda permanecem “juridicamente casados”. Dessa forma, as relações de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro não sofrem alteração nenhuma e, conseqüentemente persistem os impedimentos matrimoniais.

#### **5.4 Efeitos jurídicos da separação de fato**

Recorre-se novamente aos brilhantes ensinamentos de Orlando Gomes:

**“A separação de fato produz os seguintes efeitos jurídicos:**

- a) autoriza o divórcio;**
- b) converte o dever de sustento em obrigação alimentar;**
- c) faz cessar o poder doméstico da mulher;**
- d) altera o exercício do pátrio poder;**
- e) modifica, em relação aos filhos, sua guarda;**
- f) afasta, em determinadas circunstâncias, a presunção de paternidade.”<sup>108</sup>**

No que diz respeito ao efeito representado pela letra “a”, salienta-se que a separação de fato não autoriza apenas o divórcio após o lapso temporal de 2 (dois) anos de separação de fato (artigo 40, *caput* da lei do divórcio) mas também autoriza a separação judicial com fulcro no artigo 5º, § 1º da lei n.º 6.515/77 após o transcurso de 1 (um) ano da data em que a separação de fato originou-se. A esse requisito, deve-se adicionar a impossibilidade da reconstituição da sociedade conjugal.

---

<sup>108</sup> Orlando Gomes, Op. Cit., p. 306.

Quanto ao item “b”, pode-se dizer que o dever de sustento se transforma em obrigação alimentar quando o outro cônjuge necessite. Tal pensão pode ser acordada entre os consortes através do “pacto de separação” ou impostos pelo magistrado quando proposta ação de alimentos pelo cônjuge necessitado. Ressalta-se que o nubente que abandonou o lar não poderá requerer pensão alimentícia visto que tornou-se culpado pela separação de fato caso inexistir justa causa que fundamente a sua saída do lar conjugal.

No que tange a letra “c”, primeiro é necessário ressaltar que o poder doméstico está disposto no artigo 247 do Código Civil, e, para compreender a matéria, transcreve-se o trecho abaixo:

**“Com a separação de fato não se extingue o *poder doméstico* da mulher casada, mas, se está a receber pensão não pode exercê-lo. É compreensível a suspensão, tendo em vista que deixa de viver sob o mesmo teto e já recebe, na pensão, o que precisa para atender às despesas domésticas da família ou a ela própria.”<sup>109</sup>**

Assim, a mulher deixa de exercer a administração e direção da casa, não mais necessitando de utilizar os subterfúgios previstos no artigo 247 do Código Civil quais sejam, fazer empréstimos ou comprar a crédito. Isso é claro, se a mesma recebe do consorte o valor referente a satisfação das necessidades da casa, dos filhos e dela mesma, quando necessite.

O exercício do pátrio-poder sofre transformações com a separação de fato do casal visto que com a ruptura da vida em comum, o pai e a mãe não mais exercerão em conjunto o pátrio-poder. No entanto, ambos ainda são responsáveis pelos filhos e responderão pelos seus atos.

Inevitavelmente a guarda dos filhos deverá ficar com um dos cônjuges. Geralmente, recai sobre a figura materna, sendo que será reservado ao cônjuge varão o direito de visita e o dever de prestar alimentos, mas nada impede que o inverso fique acordado. Salienta-se ainda que a guarda de fato poderá até mesmo

---

<sup>109</sup> Orlando Gomes, Op. Cit., p. 308.

ser concedida a terceira pessoa, da confiança dos nubentes e nesse caso, tanto a mãe como o pai ficarão obrigados a arcar com a pensão alimentícia para sustento da prole.

Finalmente, quanto a presunção de paternidade aplica-se a implicitamente a regra constante do artigo 338, II do Código Civil, que consiste em mera presunção *juris tantum* (relativa) visto que se baseia apenas em possibilidades.

Assim, presumem-se concebidos na constância do casamento, os filhos nascidos dentro de 300 dias após a separação de fato do casal porque a gestação não vai além desse prazo. Por tratar-se de presunção relativa como dito acima, a paternidade fica suscetível de ser contestada através de prova em contrário produzida em ação própria, de uso exclusivo do pai.

No presente item também deve-se constar os efeitos jurídicos do casamento que perduram mesmo após a separação de fato, ressaltando-se ainda mais alguns efeitos que se modificam e não elencados no texto citado acima. Para tanto faz-se importante transcrever os dizeres abaixo:

**“... a mulher não pode pretender voltar a usar o nome de solteira porque a separação de fato não inova o estado civil que continua sendo o de casados; os vínculos de afinidade não se rompem; não sofrem alterações os impedimentos matrimoniais; reflete-se na pensão alimentícia entre os cônjuges; nela vige a obrigação quanto aos filhos (sua infração é cominada, também, no CP, artigo 244, caracterizado que fica o crime de abandono material) ...”<sup>110</sup>**

Demonstra-se assim que o estado civil de casado permanece aos consortes separados meramente de fato, tanto é que a mulher não pode deixar de usar o nome de casada voltando a assinar o nome de solteira. Ademais, os vínculos de afinidade e os impedimentos matrimoniais perduram, como dito no item anterior.

---

<sup>110</sup> Segismundo Gontijo, Op. Cit., p. 148.

No entanto a separação de fato proporciona ao cônjuge necessitado alimentos no valor determinado pelos próprios consortes e eventualmente transcritos em pacto de separação.

Como ficará mais detalhadamente explicado em item próprio, todos os deveres em relação aos filhos perduram tanto para o pai como para a mãe, separados de fato.

## **5.5 Efeitos pessoais da separação de fato**

Nos capítulos anteriores do presente trabalho, ficou claro que com o advento do casamento válido, origina-se efeitos pessoais constantes no artigo 231, incisos I a IV do Código Civil, quais sejam fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; e sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Ao analisar a separação judicial, transcreveu-se o artigo 3º da lei n.º 6.515/77, a qual menciona que, no que tange aos efeitos pessoais a separação judicial acarreta apenas a extinção dos deveres referentes a coabitação, fidelidade recíproca e mútua assistência em seu caráter moral e espiritual. Do exposto, chegou-se a conclusão de que mesmo após a separação judicial os deveres de mútua assistência na vertente material e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores perduram.

Na presente apreciação, far-se-á um paralelo das análises obtidas para se concluir quais dos efeitos pessoais obtidos com o casamento permanecerão após a separação de fato dos consortes.

### **5.5.1 Da fidelidade recíproca**

Já ficou explicitado no presente trabalho que a separação de fato nada mais é que uma dissolução da sociedade conjugal sem a intervenção do órgão

jurisdicional, diferenciando-se das outras espécies elencadas em lei, apenas por não ser expressamente reconhecida no texto legal.

Encarando dessa forma a separação de fato, não parece crível persistir o dever de fidelidade entre os cônjuges. Seria ilógico manter os cônjuges unidos a um dever que na realidade não se faz mais necessário posto que faticamente, o casamento não existe mais.

A fidelidade recíproca é um dever instituído pelo casamento. Dessa forma, nada mais justo que extinguindo-se o casamento e o anseio dos nubentes em relação ao instituto, termine também o dever de fidelidade.

Ademais, o respeito e a dignidade que se buscava entre os cônjuges através da fidelidade não tem mais razão de ser, sendo esse mais um motivo que reforça o entendimento até agora manifestado.

Corroborando para o entendimento ora suscitado:

**“A cisão conjugal acaba por erodir os liames afetivos, base da união monogâmica, dentro da qual o monopólio sexual tem razão de ser. Ora, inconciliavelmente distanciados marido e mulher, não se vê a que título exigir-se fidelidade recíproca, no plano estritamente jurídico.”<sup>111</sup>**

Verifica-se assim a irrealidade de manter o dever de fidelidade recíproca evidenciado quando o casamento é vigente. Os cônjuges separados de fato não mais anseiam manter a prática sexual entre si. Dessa forma, entendendo que o dever de fidelidade deve perdurar mesmo após a separação de fato dos nubentes, seria exigir uma castidade sem base fundamental, o que não deve ser abarcado em nosso Direito.

No mesmo sentido manifestam-se os nossos tribunais:

---

<sup>111</sup> Ney de Mello Almada, Op. Cit., p. 215.

**“Desquite litigioso – Ação proposta pela mulher – Sevícias e injúrias graves atribuídas ao marido – Reconvenção deste – Adulterio – Inocorrência – Casal separado de fato – Ação procedente – reconvenção repelida.”<sup>112</sup>**

Evidencia-se assim que o dever de fidelidade recíproca instituído com o casamento não deve perdurar quando ocorre a separação de fato. Da mesma maneira, a separação judicial também põe término ao dever de fidelidade.

Não obstante todo o mencionado, deve-se deixar claro que existe entendimento contrário. Transcreve-se abaixo o entendimento do ilustre doutrinador Washington de Barros Monteiro:

**“O dever de fidelidade perdura enquanto subsista a sociedade conjugal. Terminada esta, porém, pela morte, anulação do matrimônio, ou separação judicial, readquire o cônjuge, juridicamente, plena liberdade sexual. Do ponto de vista moral é claro que não.**

**Se os cônjuges se mantiverem apenas separados de fato, sem dissolução da sociedade conjugal, perdura o dever de fidelidade, em todo o seu vigor.”<sup>113</sup>**

Mesmo existindo parecer divergente, representa entendimento minoritário, devendo persistir o parecer citado outrora. A ocorrência da separação de fato implica em quebra do dever de fidelidade recíproca. *Data máxima vênia*, entender de forma contrária seria um verdadeiro contra-senso.

### **5.5.2 Da vida em comum no domicílio conjugal**

---

<sup>112</sup> Revista dos Tribunais 433/87.

<sup>113</sup> Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito de Civil; Direito de Família, 2º Volume. 34. ed., SP: Saraiva, 1997, p. 117.

Também denominado coabitação, o dever de vida em comum no domicílio do casal, enunciado no Capítulo 2, item 2.4.3.1, do presente trabalho, decorre do casamento válido e tem fundamento legal no artigo 231, II do Código Civil. Trata-se de um dever onde os consortes não tem somente a obrigação de compartilharem a mesma residência, como também o efetivo exercício das relações sexuais, ocasionando o denominado *debitum conjugale*.

Da essência do casamento faz parte o dever de coabitação. Sem esse, não existe o “lar conjugal”, e quando suscitada a pergunta se tal dever perdura após a separação de fato, a doutrina se mostra unânime:

**“A separação de fato põe término aos laços afetivos que unem o casal e, uma vez extintos, não se os pode exigir. Relação sexual não é obrigação, como assinala a sentença. Ao contrário, é afeto que se dá quando existe; que se não dá quando deixou de existir.”<sup>114</sup>**

Ainda sobre a matéria, continua o mesmo autor ao dizer que, existindo a relação sexual entre os separados de fato, sem a concordância de um deles, mediante violência, fica caracterizado o crime de estupro:

**“Pode o marido cometer delitos de natureza sexual contra a esposa em determinadas ocasiões, v.g., (...); quando há separação de fato, como no caso presente.”<sup>115</sup>**

Evidencia-se que o dever previsto no artigo 231, II do Código Civil, incluindo não somente a convivência sobre o mesmo teto, mas também a união carnal manifestada pelo *debitum conjugale* não devem perdurar quando a separação fática torna-se realidade na vida dos consortes.

---

<sup>114</sup> Antônio Chaves, Tratado de Direito de Família; Direito de Família, Volume 5, Tomo 1. 2. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1990, p. 279.

<sup>115</sup> Antônio Chaves, Op. Cit., Tomo 1, p. 279.

Dessa forma, torna-se defeso ao marido, durante a situação separatória, exigir da esposa a prestação sexual. Em outras palavras, o casal fica liberado do *debitum conjugale*, e sendo a mulher constrangida a manutenção de relacionamento sexual, configura-se o crime de estupro.

Reforçando o entendimento manifestado, transcreve-se a lição de Ney de Mello Almada:

**“... é obvio que fica suspenso enquanto durar a situação separatória, pois seu inadimplemento corresponde, precisamente, à parte essencial do conceito da separação de fato, opondo-se mutuamente coabitação e separação.”<sup>116</sup>**

No mesmo diapasão:

**“Na separação de fato, cada um de per si passa a viver sua própria vida, cindindo-se a proteção que o viver em conjunto oferece. Dividem-se os interesses materiais e morais, imediatos e mediatos que a coabitação enseja.”<sup>117</sup>**

Sem grandes discussões doutrinárias ou jurisprudências, constata-se que esse é um entendimento pacífico. A separação de fato põe término aos laços afetivos que circundam o casal. A convivência sobre o mesmo teto complementada com a comunhão sexual são expressões de amor, que se extinguem com a separação fática dos cônjuges, sendo assim coerente os apontamentos ora manifestados.

Ademais, não se pode deixar de mencionar que a separação judicial tem o mesmo efeito pessoal que a separação de fato quanto ao dever aqui mencionado. A separação judicial também extingue o dever de coabitação, relativo a ambos os consortes.

---

<sup>116</sup> Ney de Mello Almada, Op. Cit., p. 214.

<sup>117</sup> Segismundo Gontijo, Op. Cit., p. 149.

### 5.5.3 Da mútua assistência

Trata-se de dever recíproco entre os cônjuges onde cada qual contribuirá de acordo com as suas possibilidades. Consiste não só a assistência material como também a assistência moral.

Verifica-se assim que o dever de mútua assistência é bipartido. Como dito acima, e já explicado neste trabalho, a assistência material consiste na prestação de alimentos enquanto que a assistência moral consiste em prestações outras, contidas dentro dos deveres implícitos como solidariedade, participação nos assuntos referentes ao outro consorte, demonstração de cuidados e carinhos, etc.

Confrontando a assistência moral e a separação de fato, facilmente verifica-se que esse dever não perdura após a separação fática. Isso porque, os nubentes não convivem mais juntos, e, o dever em questão é inerente a convivência. Torna-se impossível os consortes manterem relações afetivas, demonstração de cuidados e atenções ao outro cônjuge. Assim, por impossibilidade absoluta da situação, deixa de existir a assistência moral.

No que tange a assistência material, o entendimento se torna divergente ao acima enunciado. A assistência material consiste na prestação de alimentos, ou seja, nos dizeres de Ney de Mello Almada, consiste em dever de socorro.

O casamento é um ato de amor, e como tal não se deve admitir que o cônjuge que exerça um mister e em contrapartida obtenha remuneração, deixe o seu consorte que não tenha como sobreviver ao desamparo, sem condições nem mesmo para se alimentar.

Verifica-se assim, que é cabível e até mesmo necessário persistir o dever de assistência material e para estipulá-lo, usasse por analogia as regras inerentes a separação judicial.

Quando a separação for unilateral, o cônjuge que saiu do lar ou que deu causa a separação deverá pagar pensão alimentícia ao cônjuge que dela necessitar. Salieta-se que, como na separação judicial, o cônjuge que não deu causa a separação não está obrigado a prestar alimentos.

Ocorrendo a separação bilateral, deve ser estipulado no “pacto de separação” qual o valor da pensão que o cônjuge necessitado receberá.

Reforçando o exposto, faz-se uso novamente da lição preciosa sobre a separação de fato de Ney de Mello Almada:

**“O pensionamento alimentar ao filho tem lugar como se dá na separação judicial. Como cediço, na constância da coabitação, pesa sobre os genitores o dever de sustento da prole, externado sob forma difusa; com a separação, todavia, passa a traduzir-se em prestações pecuniárias periódicas, as pensões alimentares, arbitradas de comum acordo pelos pais ou, caso contrário pelo julgador. Não se mostra diferente a situação da mulher ou do marido que necessite de amparo alimentar, vindo a ser abandonado(a). Têm direito a vindicar uma pensão, até mesmo com supedâneo na isonomia consagrada na Constituição da República de 1988, artigo 226, § 5º.”<sup>118</sup>**

No mesmo diapasão, manifesta-se Caio Mário da Silva Pereira, admitindo a possibilidade de conceder-se alimentos ao cônjuge separado de fato:

**“Em caso de separação judicial ou de fato, o marido prestará à mulher pensão alimentícia (v. nº 427, *infra*). Na constância da coabitação, não se enfatiza esta obrigação, pois que a convivência sob o mesmo teto traz o necessário corolário de se assistirem os cônjuges.”<sup>119</sup>**

Caracterizada fica a necessidade de prestação alimentícia ao cônjuge necessitado, adicionando por analogia como mencionado acima, que o consorte que irá receber o valor não tenha sido o culpado pela separação de fato.

---

<sup>118</sup> Ney de Mello Almada, Op. Cit., p. 213.

<sup>119</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil; Direito de Família, Volume V. 11. ed., RJ: Forense, 1998, p. 107.

Inobstante, existem entendimentos que não admitem a prestação de alimentos, se requeridos após prolongada separação de fato. É o entendimento manifestado por Segismundo Gontijo constante do texto abaixo:

**“Identicamente, nossos tribunais procedem à *releitura* de vários dispositivos legais pertinentes a esta matéria e vêm, dentre outras modificações jurisprudências, negando direito a alimentos às mulheres desde há muito separadas de fato e que nestes longos períodos sobreviveram sem necessitar de pensão ...”<sup>120</sup>**

Dessa forma, quando a separação de fato prolonga-se por muito tempo, não se verifica a necessidade de conceder alimentos a um dos cônjuges que até então não tinha precisado.

Em suma, a assistência material perdura mesmo após a separação de fato, exceto na situação acima exposta, qual seja, separação de fato prolongada onde o consorte nunca necessitou da pensão. Muitas vezes, a separação de fato ocorre e o nubente passa a viver com outra pessoa. Configuraria grande injustiça, ser concedida a pensão alimentícia nessa situação. Nessas hipóteses, a melhor solução e a mais justa reside no fato em não perdurar o dever de mútua assistência material.

Em suma, o dever de mútua assistência no seu caráter material, deve sempre prevalecer, salvo nas situações expressadas acima onde a injustiça se torna manifesta. No que diz respeito a assistência moral, também denominada de assistência espiritual não deve o mesmo persistir tendo em vista o distanciamento de vidas e a inexistência de convivência entre os cônjuges.

#### **5.5.4 Do sustento, guarda e educação dos filhos**

---

<sup>120</sup> Segismundo Gontijo, Op. Cit., p. 145.

Trata-se de um dever que não decorre somente do casamento mas também do pátrio-poder. Pode-se ir mais longe, mencionando que o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e maiores inválidos pode ser originado até mesmo independentemente do casamento.

Configurando-se meramente a paternidade, sem que exista sociedade conjugal ou vínculo matrimonial, existe os deveres em questão.

Verifica-se assim, que tal dever está elencado entre os deveres originados pelo casamento simplesmente porque a união matrimonial visa a procriação. Todavia, os deveres relacionados aos filhos são inerentes ao pátrio-poder e a dissolução da sociedade conjugal não extingue tal poder-dever.

Diante do exposto, não existe polêmica sobre a matéria. O dever de guarda, sustento e educação dos filhos não de perdurar posto que decorrem do pátrio-poder. Seria ilógico tal dever se extinguir em decorrência da separação de fato dos genitores. Ademais, se tal dever existe até mesmo quando os genitores do menor não são nem mesmos casados, porque não perduraria com a separação de fato dos mesmos? Se pode o mais, deve-se poder o menos.

Assim, tanto o pai como a mãe exercerão os direitos inerentes ao pátrio-poder, no entanto, existirão algumas modificações posto que os cônjuges não praticarão mais todos os atos conjuntamente. Uma das alterações consiste justamente na companhia. Faticamente, os cônjuges geralmente acordão que a genitora fica com a guarda dos filhos, e em regra, o cônjuge varão será privado da guarda dos mesmos, enfraquecendo assim, os poderes paternos posto que exercerá apenas o direito de visita.

Nesse sentido, transcreve-se abaixo a citação consagrada por Antônio Chaves:

**“Quando se tratar de separação de fato a tendência é manter as coisas como estão até que se dissolva a sociedade conjugal através da separação judicial ou do divórcio, quando então, averiguada a culpabilidade ou não de ambos os cônjuges, decidir-se-á a quem incumbe a guarda dos filhos menores.”<sup>121</sup>**

---

<sup>121</sup> Antônio Chaves, Op. Cit., Tomo 2, p. 408.

Dessa forma, até a solução judicial, a guarda dos filhos compete àquele que mantinha o poder sobre os filhos menores.

Ademais, o genitor que durante a separação de fato não obtiver a guarda do filho obriga-se a prestar alimentos mensalmente para fim de subsistência, incluindo alimentação, vestuário, saúde, lazer, e educação. Todavia, o genitor que permanece com os filhos menores não está dispensado de arcar com os ônus inerentes a criação dos mesmos. Da mesma maneira, deverá contribuir não só moralmente e espiritualmente, mas também materialmente, posto que o dever de sustento e educação dos filhos incumbe a ambos os genitores.

Salienta-se que a circunstância de permanecer o filho sob a guarda de terceira pessoa que não o pai ou a mãe, não ilide a responsabilidade dos genitores quanto a prestação de alimentos.

Em regra a guarda é concedida ao cônjuge não culpado da separação de fato unilateral. Quando ocorrer separação de fato bilateral ou amigável, a guarda do filho menor ficará com o cônjuge designado no pacto de separação, ressaltando a possibilidade do juiz em modificar o estatuído quando entender mais vantajoso ao menor, tanto no que diz respeito ao seu bem estar moral, espiritual e material. Nesse sentido: **“Como a eficácia do pacto é relativa, o Juiz nele entrevê apenas um vetor de atuação, sendo-lhe lícito contrariar-lhe disposição para melhor adjudicar a guarda.”**<sup>122</sup>

Sem mais, fica claro que o dever de guarda, sustento e educação dos filhos perdura para ambos os genitores após a separação de fato do casal.

## **5.6 Dos efeitos patrimoniais da separação de fato**

O caráter patrimonial do casamento está justamente manifestado no regime de bens e em razão disso, surgem várias discussões sobre a matéria.

---

<sup>122</sup> Ney de Mello Almada, Op. Cit., p. 213.

### 5.6.1 Do regime de bens

Como introdução, transcreve-se o magistério de Segismundo Gontijo:

**“Esse reconhecimento da importância e da força da separação de fato mais uma vez realça a que é a consequência jurídica dessa mesma ruptura da vida em comum: a de pôr termo à sociedade conjugal e ao regime de bens.”<sup>123</sup>**

Verifica-se novamente que a separação de fato tem a característica de dissolver a sociedade conjugal. Todavia, como ficou demonstrado acima, põe termo também ao regime de bens estabelecido entre os cônjuges.

Como já ficou incutido no presente trabalho, o regime de bens é imutável, e o texto acima não nega essa característica. A imutabilidade do regime de bens é princípio fundamental que rege a matéria, e não pode ser quebrado.

Quando ocorre a separação de fato, o regime de bens não muda, ele simplesmente deixa de existir visto que o casamento não perdura.

O regime de bens se origina com o casamento. Durante a sua vigência deve ele persistir imutável, no entanto, após a extinção do casamento não existe mais porque o regime de bens continua posto que o fim principal se extinguiu. São essas as lições obtidas quando o assunto faz menção ao regime de bens, quando a separação de fato torna-se presente na vida dos consortes:

**“... não deixou de ser imutável: ele foi fulminado junto com a sociedade conjugal por aquela ruptura, como ocorre nos casos de morte, anulação do casamento, separação judicial e divórcio. Ou seja, a rigor, aquele regime perdurou imutável enquanto durou!”<sup>124</sup>**

---

<sup>123</sup> Segismundo Gontijo, Op. Cit., p. 145.

<sup>124</sup> Segismundo Gontijo, Op. Cit., p. 145.

Dessa forma, os cônjuges deverão repartir apenas o patrimônio amealhado durante a vigência da sociedade conjugal, observando o regime de bens estabelecido quando o casamento foi formalizado. Após a separação de fato, os patrimônios que os nubentes vierem a adquirir são bens próprios, não se estendendo ao outro consorte quando ocorrer a partilha.

Não obstante, deve-se elencar o entendimento contrário expressado por Eduardo de Oliveira Leite: **“Logo, a separação de fato, por si só, não acarreta a extinção do regime de bens adotado no casamento.”**<sup>125</sup>

Para o doutrinador a separação de fato não é causa de extinção da sociedade conjugal. Dessa forma e em consequência do mencionado, o mesmo não admite a extinção do regime de bens quando a separação fática se torna presente na vida dos consortes. Ademais, o i. doutrinador acrescenta que, extinguindo-se o regime de bens, o princípio da imutabilidade que rege a matéria em questão estaria sendo ferido.

*Data máxima vênia*, a opinião do conceituado mestre, não deve perdurar. Deve-se optar pelo primeiro entendimento elencado no presente item. A justificativa do regime de bens é a existência real da vida em comum, e sendo a separação de fato causa de dissolução da sociedade conjugal, fica claro que o regime de bens se extingue. Dessa forma, não existe sentido em aplicar o regime de bens aos consortes, que não partilham mais a mesma vida.

Nesse sentido, manifesta-se os nossos tribunais, entendem que o patrimônio amealhado por cada consorte, após a separação de fato do casal, é patrimônio exclusivo desse. Em demonstração do ora suscitado, transcreve-se a ementa abaixo:

**“Comunhão de bens – Imóvel adquirido após a separação de fato do casal, quando o marido mantinha concubinato com outra mulher – Bem que não integra a meação da ex-esposa (STJ).”**<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Eduardo de Oliveira Leite, Temas de Direito de Família. SP: Revista dos Tribunais, 1994, p. 92.

<sup>126</sup> Revista dos Tribunais 749/251.

Destarte, o pensamento que deve acompanhar os estudiosos do direito é que, sem a sociedade conjugal, a comunhão de bens não deve perdurar. A partir do momento em que a separação de fato se tornou realidade na vida cotidiana dos consortes, o regime de bens não deve mais perdurar, sendo que o patrimônio adquirido é de propriedade exclusiva do mesmo.

## CONCLUSÃO

Trata-se de uma tendência hodierna a separação de fato, figura que representa a notória crise pela qual o direito de família vem passando. Faticamente, existe um grande aumento do número de casais que, ao invés de buscar a separação judicial ou o divórcio, simplesmente põe fim a sociedade conjugal através do rompimento da vida em comum. Tal situação é denominada separação de fato, onde os consortes, por não mais existir o *animus* de permanecerem casados, deixam de manter a convivência diária, não sustentando mais diante da sociedade, o *status* de casado.

Para os estritamente legalistas, do ponto jurídico, os efeitos jurídicos adquiridos com o casamento dos cônjuges em nada se modifica visto que aos olhos da lei nada foi modificado posto que não ocorreu a intervenção estatal. No entanto, não é crível que o direito fique tão estático, chegando ao ponto de não reconhecer as situações fáticas existentes na sociedade. Ante o mencionado, entende-se que o “fato” não pode ficar a margem do direito, devendo-se incorporar a esse. É o que ocorre no caso vertente.

Seria inverdade dizer que a lei não menciona nada sobre a separação de fato. A lei instituiu como “efeito” da separação de fato o de ser causa para a concessão da separação judicial e do divórcio. Porém, tal menção legal não estabelece a fundo o que vem a ser a separação de fato pois inexistente no texto legal definição a respeito da matéria como também estipulação expressa de seus efeitos e conseqüências.

Dessa forma, fica evidenciado que a separação de fato constitui um instituto a mercê de normas. No entanto, através das interpretações com base em julgados e doutrinas existentes, por meio das diretrizes oferecidas pelos princípios gerais de direito, e pela evolução dos costumes, garante-se possibilidades para que o hermeneuta preencha as lacunas existentes na lei, delimitando, muito embora de maneira ainda tímida, os efeitos pessoais e patrimoniais da separação

de fato. Essa situação prevalecerá até que advenha regras específicas que trate do assunto em questão.

Verifica-se assim, que os problemas existentes na legislação brasileira quando se refere ao assunto tratado no presente trabalho são reais e de difícil solução. A legislação civil brasileira é antiga, e ao ser formulada não se cogitou a possibilidade da ocorrência dessa espécie de dissolução da sociedade conjugal.

Como visto anteriormente, as interpretações ocorrem, mas nem sempre obtêm-se um único parecer. A matéria em questão é polêmica e admite que sejam sustentadas várias correntes tendo em vista o óbice legal.

Destarte, durante o presente trabalho, tentou-se elencar as opiniões menos conflitantes e as que mais se assemelham ao direito como um todo.

*Data vênia*, concluiu-se que a separação de fato tem os efeitos assemelhados com a separação judicial, muito embora tratando-se de institutos totalmente diferentes na essência, principalmente porque na primeira, inexistente a atuação do órgão jurisdicional o que na segunda, trata-se de característica marcante e de existência indubitável.

Ademais, em consequência ao citado acima, ressalta-se que a separação de fato, diante de suas características, é causa de dissolução da sociedade conjugal mesmo não estando elencada em um dos incisos do artigo 2º da lei n.º 6.515/77.

Finalmente, no que tange aos efeitos pessoais, ficou demonstrado que apenas a mútua assistência em seu caráter material, e o dever de guarda, sustento e educação dos filhos menores deve persistir. A coabitação, fidelidade recíproca e a mútua assistência em seu caráter moral não devem perdurar, por serem incompatíveis com o “espírito” da separação de fato.

Quanto aos efeitos patrimoniais, ou seja, no que diz respeito ao regime de bens estabelecido com o casamento, não deve o mesmo perdurar. A convivência entre os cônjuges não mais existe, não devendo existir a partilha dos bens amealhados única e exclusivamente por esforço próprio de cada consorte.

Dessa forma, através do árduo e despretencioso trabalho, fica demonstrado que a separação de fato ocasiona efeitos jurídicos inegáveis. Com

isso, devem os juristas e legisladores estarem sempre alertas diante da necessidade de despertar alguma atenção ao tema, posto que trata-se de matéria divergente e, de incontestável ocorrência nos dias atuais.

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira, **Direito Romano; Instituições de Direito Romano; B) Parte Especial: Direito das Obrigações; direito de família; direito das sucessões**. 6. ed., RJ: Forense, 1997.

ALMADA, Ney de Mello, **Separação de Fato; In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos Constitucionais, civis e processuais**, Coordenado por Tereza Arruda Alvim, Volume 2. SP: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL, **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. xx ed., SP: Saraiva, ano.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Súmula n.º 350**. Acordo de desquite ratificado por ambos os cônjuges não é retratável unilateralmente.

CAHALI, Yussef Said, **Divórcio e Separação**. 9. ed., SP: Revista dos Tribunais, 2000.

CHAVES, Antônio, **Tratado de Direito de Família; Direito de Família**, Volume 5, Tomo 1. 2. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1990.

CHAVES, Antônio, **Tratado de Direito de Família; Direito de Família**, Volume 5, Tomo 2. 2. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1993.

DINIZ, Maria Helena, **Código Civil Anotado**. SP: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro; Direito de família**, 5º Volume. 15. ed., SP: Saraiva, 2000.

### **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE??????????????????**

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. SP: Nova Fronteira, 1995.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu, **Curso de Direito de Família; Direito de Família**. 1. ed., SP: Juarez de Oliveira, 2000.

GARCIA, Marco Túlio Murano, **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM, Volume 1, nº 3 out./dez., Editora Síntese, 1999.

GOMES, Orlando, **Direito de Família**. 12. ed., RJ: Forense, 2000.

GONTIJO, Segismundo, **Do regime de Bens na Separação de Fato**. SP: Revista dos Tribunais, Volume 735, 1986.

LAGO, Lúcia Stella Ramos do, **Separação de Fato entre os Cônjuges, Efeitos pessoais**. SP: Saraiva, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Temas de Direito de Família**. SP: Revista dos Tribunais, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Tratado de Direito de Família; Origem e Evolução do Casamento**, Volume I. Curitiba: Juruá, 1991.

LIMA, Mons. Maurílio Cesar de, **Introdução à História do Direito Canônico**. SP: Loyola, 1999.

MIRANDA, Pontes de, **Tratado de Direito de Família; Direito Matrimonial**, Volume I. 3. ed., SP: Max Limonad, 1947.

MIRANDA, Pontes de, **Tratado de Direito de Família; Direito Matrimonial**, Volume II. 3. ed., SP: Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito de Civil; Direito de Família**, 2º Volume. 34. ed., SP: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Euclides Benedito, **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM, Volume 2, nº 5, abr./jun., Editora Síntese, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; e MUNIZ, Francisco Ferreira, **Curso de Direito de Família**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil; Direito de Família**, Volume V. 11. ed., RJ: Forense, 1998.

REVISTA FORENSE, **Revista Jurídica**, 124/105, editora, ano.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, **Revista Jurídica**, 93/46; 433/87; 616/156; 749/251, editora, ano.

RODRIGUES, Sílvio Rodrigues, **Direito Civil; Direito de Família**, 6º Volume. 24. ed., SP: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, Volume II. 1. ed., RJ: Aide, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil, Direito de Família**, 5<sup>o</sup> Volume. SP: Atlas, 2001.

WALD, Arnaldo, **Curso de Direito Civil; O novo Direito de Família**. 12. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1999.