



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

KÁTIA CRISTINA RUFINO DOS SANTOS

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA
SEPARAÇÃO DE FATO**

JUIZ DE FORA

2009

DIC 12
MEMO 100-11

KÁTIA CRISTINA RUFINO DOS SANTOS

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA
SEPARAÇÃO DE FATO**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao curso de ciências jurídicas da Faculdade de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Professora Mestre Joseane Pepino de Oliveira.

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Kátia Cristina Rufino dos Santos

Aluno

Os efeitos jurídicos da reparação de fato

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Maciel Braga

João Paulo de Azevedo

Joseane Pepino de Oliveira

Aprovada em 26 / 06 / 2009.

Dedico este trabalho a Deus, a meus pais, a
meu filho e principalmente a minha orientadora.

RESUMO

O rompimento de fato entre os cônjuges é na realidade um fenômeno facilmente contestável. A separação de fato constitui um expediente natural em que os cônjuges na tentativa de por fim à infelicidade conjugal, lançando mão dos meios legais, buscam muitas vezes o anonimato como forma de solução para os seus problemas conjugais. Dessa forma, convém ressaltar que na separação de fato não há qualquer participação do estado-Juiz, no sentido de que, não há qualquer tipo de intervenção do poder judiciário neste ato realizado pelos consortes. Em verdade, é uma liberalidade exercida pelos cônjuges, que por razões diversas resolvem por fim a vida conjugal. Esta é, portanto, a realidade demonstrada através da previsão legal vigente em nosso ordenamento jurídico, cuja orientação se volta para a desconstituição legal e não para a dissolução de fato. Quanto aos efeitos jurídicos da separação de fato, será abordado questões como a possibilidade do pedido de separação judicial com base na simples separação de fato, buscando definir a diferença quando a separação de fato caracteriza abandono do lar e quando implica apenas na ruptura da vida conjugal; da mesma forma, verificará a possível decretação do divórcio de direito, desde que os cônjuges estejam separados de fato por mais de dois anos, analisando o problema da "reconciliação" do casal e a influência na interrupção da contagem do prazo; em seguida enfocará a grande controvérsia em torno da expressa previsão legal que autoriza que autoriza os cônjuges separados de fato constituírem união estável com outrem, o que pode ocasionar grave turbacão familiar e patrimonial; ressaltará a influência da separação de fato em relação a obrigação alimentar entre marido e mulher e entre estes e seus filhos, e ainda, visando a proteção da prole do casal. Em virtude dessas considerações, oportuno se torna dizer, que os efeitos jurídicos da separação de fato não ficaram circunscritos exclusivamente na seara do Direito de Família. Abordar determinadas implicações jurídicas de separação de fato na esfera do Direito das Sucessões foi fundamental para o desenvolvimento completo do tema em questão, especificamente no que tange ao reconhecimento dos direitos sucessórios dos cônjuges separados de fato e a possibilidade do concubino do testador casado, mas separado de fato, ser nomeado herdeiro (observados os requisitos legais).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 SEPARAÇÃO DE FATO	7
2.1 ESBOÇO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	7
2.2 CONCEITO E PECULIARIDADES.....	12
2.3 ESPÉCIES DE SEPARAÇÃO DE FATO.....	13
2.4 DISTINÇÃO ENTRE SEPARAÇÃO: DE FATO, JUDICIAL E DE CORPOS	14
3 EFEITOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE FATO	16
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	16
3.2 SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	17
3.3 DIVÓRCIO DIRETO	18
3.4 UNIÃO ESTÁVEL.....	20
3.5 ALIMENTOS	21
3.6 PROTEÇÃO DOS FILHOS.....	24
3.7 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE.....	25
3.8 QUESTÕES PATRIMONIAIS.....	25
3.9 DEVERES CONJUGAIS	26
3.10 SEPARAÇÃO DE FATO E O DIREITO DAS SUCESSÕES.....	27
3.11 RECONCILIAÇÃO.....	29
CONCLUSÃO	30
BIBLIOGRAFIA.....	31

1 INTRODUÇÃO

Nos dias modernos é expressivo o número de casais que se encontram inseridos neste modelo de descasamento, isto é, o rompimento de fato. Vale ressaltar que na separação de fato não há qualquer participação do Estado-juiz, no sentido de que, não há qualquer tipo de intervenção do poder judiciário neste ato realizado pelos consortes. Em verdade, é uma liberalidade exercida pelos cônjuges, que por razões diversas resolvem por fim a vida conjugal.

No âmbito do direito brasileiro a separação de fato passou a ter relevância, por força da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que regulamentando o assunto do divórcio, concebeu a duração por mais de cinco anos da separação de fato como requisito de conversão em divórcio.

Admitindo-se a importância do instituto da separação de fato, cumpre ressaltar que em função da atual determinação legal, aquele lapso temporal passou daquela previsão de mais de cinco anos consecutivos e impossibilidade de reconstituição, para a exigência de mais de dois anos de ruptura da vida em comum, daí possibilitando-se a decretação do divórcio com base na separação de fato.

O trabalho será dividido em dois capítulos de conteúdo: no primeiro capítulo serão abordados os aspectos gerais da separação de fato, através de um esboço histórico da evolução legislativa, além trará a conceituação, análise das peculiaridades; no segundo capítulo tratará dos efeitos jurídicos da separação de fato no âmbito do direito de família, direito sucessório e direito processual.

2 SEPARAÇÃO DE FATO

2.1 Esboço histórico da evolução legislativa

A separação de fato prevê a possibilidade de sua conversão em divórcio caso a mesma tenha duração por mais de cinco anos.

Para Teresa Arruda Alvim: “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”. Já para Orlando Gomes: “Separação de fato é a cessação da vida em comum dos cônjuges sem intervenção do juiz” (apud DINIZ, 2004, p 84).

Tanto Orlando Gomes, como Teresa Arruda Alvim, apresentam dois elementos que configuram a separação de fato. Um é o elemento objetivo, considerado a própria separação, com o que os cônjuges passam a viver em tetos distintos, ou seja, deixam de cumprir o dever de coabitação, infringindo, destarte, uma das regras do casamento. Outro elemento a ser considerado é o subjetivo, manifestado mediante a expressa demonstração da vontade dos cônjuges em ver encerrada a vida em comunhão.

Assim, faltando o elemento subjetivo, não há que se falar em separação de fato, quando nas hipóteses os cônjuges não viverem juntos por motivos alheios às suas vontades, como, por exemplo, em razão do trabalho, doença, prisão, etc. Neste sentido, é importante ressaltar que ao optar por uma residência diversa da comum, o cônjuge que assim proceder, faz presumir a vontade de não estabelecer com o outro, vida em comum.

A separação de fato no que tange a sua definição pode ainda ser de caráter definitivo, bem como ter apenas intenção temporária.

Por definitiva, entende-se aquela que finaliza somente quando um dos cônjuges, em razão da opção pela medida furtiva vem a morrer e dado ao fato da inexistência da convivência comum, surge em consequência para o cônjuge sobrevivente um novo estado que passa a exigir a tomada de providências legais. Assim, para a necessária regularização da situação, fica o cônjuge sobrevivente, obrigado a procurar o judiciário, desta vez sem a possibilidade de justificativas que supostamente lhe serviram de base para a extinta separação de fato, sabendo-se ainda, que desta situação podem advir consequências que a lei estabelece.

Por outro lado, há que se considerar de caráter temporário, a separação de fato quando os cônjuges depois de certo lapso temporal restabelecem a vida em comum, ou resolvem judicialmente por fim à situação de foragidos da união comum, buscando para tanto a separação judicial ou o divórcio.

Das duas modalidades de separação de fato, sendo a temporária aquela que tem fim quando ocorre a reconstituição da vida conjugal ou o divórcio, logo é dado entender que a separação de fato definitiva, ocorre quando por nenhum dos cônjuges é tomada qualquer providência que possa modificar a situação, ou seja, o estado de separados de fato permanece até que sobrevenha a morte de um destes, fazendo, destarte, surgir o estado de viuvez para o outro, visto que a lei brasileira prevê para as pessoas o estado civil de solteiro, casado, viúvo, divorciado e separado judicialmente.

Uma das consequências da separação de fato que pode ser apontada, refere-se a inovação da lei civil, cuja previsão do artigo 1830 do Novo Código Civil Brasileiro, estabelece que na condição de herdeiro ao cônjuge sobrevivente, somente será reconhecido o direito sucessório se este ao tempo da morte do outro não estava separado de fato há mais de dois anos, caso em que só será reconhecido referido direito se para tanto forem apresentadas provas de que a convivência se tornara impossível e sem culpa do cônjuge sobrevivente e separado.

Por sua vez, a lei do Divórcio, nº. 6.515 de 26 de dezembro de 1977, em seu artigo 40 (redação original), estabelecia que “no caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa”.

A lei nº 6.515/ 77, denominada lei do divórcio, representa um marco teórico para o posicionamento da questão da separação de fato, assunto de poucos comentários. Porém do ponto de vista jurídico legal, deve se entender esta situação não só como fato novo nas relações familiares, pois, ao elevar a separação de fato como uma das causas da separação judicial ou do divórcio, torna-se notório o fato de que o legislador brasileiro admitiu com esta

inovação que a separação de fato é em muitas vezes o fundamento para uma separação de direito.

Esta flexibilização no prazo para a decretação do divórcio com fundamento na separação de fato, é o reflexo contido na Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 6º, cujo objetivo era mostrar às famílias condições para que questões dessa natureza não fiquem por muito tempo causando sofrimento e desarmonia nas relações familiares e prováveis conseqüências indesejáveis que envolvem além de questões pessoais, também as de ordem material.

Como se pode notar, no sistema do direito anterior a separação de fato, como condição do divórcio, não se exauria no simples fato da separação, mas sua causa. Além disso, constata-se que o divórcio direto se tratava de regra transitória, uma vez que, somente era aplicável nos casos em que a separação de fato tivesse início antes de 28 de junho de 1977.

A separação de fato se caracterizava por dois fatores, o primeiro diz respeito ao espaço de tempo decorrido de cinco anos consecutivos e outro a necessidade de se demonstrar a impossibilidade de reconstituição da sociedade conjugal, pondo em relevo a irreversibilidade da separação de fato para possibilitar o Divórcio Direto.

Com a promulgação da Constituição federal em 05 de outubro de 1988, passou a ser viável o divórcio direto, decretável a partir do simples pressuposto da separação de fato por mais de dois anos, independentemente de qualquer discussão a respeito da causa ou culpa (artigo 226, § 6º da Constituição Federal).

Dentre os principais deveres legalmente impostos ao casamento, desponta como condição básica de seu regular desenvolvimento a convivência conjugal sob um único teto. Na adequada exposição doutrinária de Lidia Basset, é requisito de caráter permanente, recíproco e ordenado para facilitar a execução das funções próprias da vida conjugal e alcançar deste jeito, com os demais princípios pertinentes ao casamento, a sua finalidade institucional. No entanto, nem sempre as uniões afetivas logram se estabilizar no tempo e, tem sido comum verificar que os casais promovem a cessação de sua vida conjugal, sem arrimo em qualquer medida judicial de prévia separação de corpos, separação judicial ou até mesmo no pleito do divórcio direto.

Numa visão bastante formal, o casamento com seus efeitos materiais e pessoais só findariam realmente, diante de alguma das hipóteses elencadas pelo artigo 267 do Código Civil, ou nas disposições contidas no 3º artigo da Lei do Divórcio.

Contudo, a cessação informal da coabitação tem importância jurídica muito além da mera constatação histórica do fim da vida conjugal. Embora decreto judicial posterior dê conclusão formal ao casamento, é de inquestionável valia a constatação processual de um casal haver se libertado informalmente dos seus vínculos maritais. Está longe de configurar mera diferença semântica cada um dos vocábulos ordinariamente utilizados, ora para definir constância do casamento, outras vezes para retratar efetiva convivência conjugal.

Há comunidade de vida e, portanto, convivência nupcial entre casais unidos por seus laços de afeição, não importando o grau e a intensidade deste afeto, porquanto, dentro deste amplo e complexo acervo humano de vínculos, toda a longa classe de sentimentos tão extremos e instáveis, já é suficientemente capaz de explicar porque almas e corpos se aproximam, ainda que atraídas por atitudes humanas que buscam no oscilante magnetismo da atração ou rejeição, o equilíbrio de uma eterna busca daquela que acreditam ser a verdadeira felicidade.

De outra parte, não há convivência conjugal embora possa persistir a constância da sociedade nupcial, quando as partes se afastam do convívio comum, num estado de separação de fato, pela suspensão do relacionamento sexual ou da coabitação entre eles, sem qualquer provimento judicial. Apenas que, para a ocorrência de real separação de fato, se faz preciso que os cônjuges já não mais coabitem sobre o mesmo teto, não sendo possível confundi-la com a separação de leitos, esta, presente quando casais dão termo informal ao seu relacionamento sexual e, embora sigam residindo na mesma habitação, buscam leitos situados em cômodos distintos da residência familiar.

Através de uma reflexão jurídica, permite apreender de plano que a locução conviver, quando aplicada a casais, significa ter relacionamento marital de marido e de mulher, levando uma vida em comum, ou, vivendo em comunidade de vida, em dever proveniente das núpcias, e que assim, impõe a coabitação.

Assim, interrompida a convivência conjugal, já impregnada pela certeza da separação do casal ser irreversível, retroagem no tempo os efeitos econômicos de seu casamento, pois a falta de unidade associativa faz adquirir importante sentido de que nesta nova ordem de princípios e de idéias, cada qual dos consortes volta a ter a livre administração e disposição de seus bens e que o outro par já não guarda qualquer interesse que possa ser atribuído de eficácia judicial adesiva.

É regra prevalente do direito pátrio a livre administração e disposição dos bens entre os cônjuges, apenas que em certas situações, sempre no interesse do conjunto familiar, o direito substantivo exige o consentimento do outro cônjuge para a disposição de bens imóveis,

ou para a constituição de certas dívidas, cuja cobrança os credores podem executar os bens pertencentes ao acervo matrimonial.

É segurança estabelecida pelo art. 235 do Código Civil, onde, por exemplo, fica vedado ao marido, sem o consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, assim como pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos.

Sucedo que, se por um ângulo, para sensível parcela doutrinária, a informal separação fática já liberta os bens futuros da sua comunicação conjugal, indiferente à formal ruptura judicial do casamento, também precisa ser doutrinariamente considerado que a mera separação de fato não gerou a liberação automática dos compromissos contratuais do casal firmados durante a convivência do casal.

Torna-se então importante formular interpretação inversa da regra recolhida do artigo 272 do Código Civil, pois, se incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento; o contrário senso serão comunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa sucedida durante a constância e plena convivência do casamento.

Por sinal, negócios imobiliários conjugais juridicamente supridos diante da injustificada recusa do cônjuge discordante, são deferidos no preponderante interesse da família, desobrigando os bens próprios do marido, como reza o § único do artigo 245 do Código Civil.

Portanto, o argumento do término conjugal é insuficiente para justificar a recusa em firmar a escritura definitiva de mútuo comprometido durante a convivência marital, para a compra daquele imóvel destinado a servir de futuro domicílio familiar, ainda que o cônjuge discordante já tenha se afastado.

A razão que argumenta, de não desejar continuar vinculado por um contrato que irá lhe impor a obrigação de pagamento de prestações de um empréstimo sobre um imóvel que não irá lhe servir de morada, mostram-se impertinentes e injustificáveis, sendo comprovadamente abusiva, injusta e arbitrária a negação de consentimento do marido, porquanto, a supressão judicial que autoriza a mulher à prática do ato que seu marido se opõe, obriga apenas os bens próprios da esposa.

2.2 Conceito e peculiaridades

Cumpra observar, preliminarmente, que a separação de fato consiste em um fenômeno sociológico.

A separação de fato será dividida em duas situações distintas, mas, que se unem para a caracterização desse instituto. Assim, haverá a separação propriamente dita, passando os consortes a viverem em casas distintas, e ainda, ocorrerá à ruptura da vida em comum, que se relaciona com a vontade de um ou de ambos os cônjuges de criarem esta separação. Desse modo, “em doutrina e rigorosamente, os dois conceitos ou situações – separação de fato e ruptura da vida em comum – não se confundem, embora possam completar-se” (CAHALI, 2005a, p. 1040).

Fossem os autores da Lei 7841 de 1989 conhecedores da doutrina do direito comparado e dos princípios na lei 6515/77, seria lícito ao intérprete concluir que com a revogação do art. 40 §1 da lei do divórcio, que fazia remissão ao art.5, §1, ter-se-ia pretendido reduzir o fundamento do divórcio direto à “separação de fato” exclusivamente em seu aspecto material, objetivo, livre de qualquer vinculação à concomitante “ruptura da vida em comum”. (CAHALI, 2005a, p. 1042)

Constata-se que a separação não representa por si só causa suficiente para o rompimento do vínculo ou da sociedade conjugal, conforme se constata ao analisar os artigos 1571 e seguintes do Novo Código Civil.

A característica principal da separação de fato é a não intervenção do Estado, quando por razões diversas, os cônjuges resolvem por fim a vida conjugal.

Não se pode esquecer, que contraído validamente o casamento surgem para os cônjuges uma série de direitos e obrigações que deverão ser observadas por ambos, tais como a fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento; guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

Conforme se pode observar, o casamento cria para os cônjuges o dever de coabitação, que representa não só a convivência sob o mesmo teto, mas implica também no cumprimento do débito conjugal, que está relacionado com a obrigação de satisfação sexual entre os consortes.

Qualquer que seja o conteúdo irrogado ao conceito de vida em comum, a respectiva obrigação se cumpre no pressuposto da existência de um domicílio do casal: a cessão de coabitação, pela retirada de qualquer dos cônjuges ou pela dissolução do lar comum, pelo afastamento recíproco e concomitante, caracteriza a separação de fato do casal. (CAHALI, 2005a, p. 393)

Em virtude dos conceitos acima abordados, constata-se que a separação de fato é na realidade a exteriorização da vontade dos cônjuges (de pelo menos um deles), representada pela separação considerada em si mesma, quando os antigos parceiros passam a residir em domicílios distintos, com a intenção de encerrarem a vida conjugal.

2.3 Espécies de separação de fato

A separação de fato poderá ter caráter definitivo ou temporário, decorrente de acordo (bilateral) ou de atitude de um só dos cônjuges (unilateral).

A separação de fato será bilateral quando decorrente da vontade de ambos os cônjuges que, de forma amigável, resolvem por fim a vida em comum. Neste caso, via de regra, não poderá se configurar abandono de lar, em virtude da vontade ser manifestada em conjunto pelos consortes, através de um acordo firmado entre os mesmos, que poderá ser verbal ou escrito.

A separação de fato consensual, a princípio, tem eficácia na pretensão de qualquer dos consortes visando a decretação da separação judicial por abandono do lar. No entanto, caso seja ajustada a separação, e um dos cônjuges desaparece, neste caso, haverá a possibilidade do ajuizamento da ação de separação judicial com base no abandono do lar.

Por outro lado, a separação de fato poderá decorrer de ato unilateral, quando há abandono do lar que um dos cônjuges leva a efeito, ou quando um deles se vê forçado a deixar outro porque este não vem cumprindo com os deveres matrimoniais. Vale ressaltar, que o abandono do lar é uma das causas ensejadoras do pedido de separação judicial atribuindo a culpa ao cônjuge que abandona o lar, desde que este abandono seja voluntário, intencional, malicioso, injusto, inescusável e sem explicação plausível.

A separação de fato temporária, é aquela que não se tem por objetivo extinguir a vida conjugal, em virtude de ser proveniente de determinadas circunstâncias da vida, que impõe uma privação aos cônjuges, separando-os por determinado período, como por necessidade

profissional, por motivo de saúde, no caso de cumprimento de pena, prestação de serviço militar, dentre outras.

Em contrapartida, a separação de fato poderá ter caráter definitivo, neste caso, os cônjuges de comum acordo ou unilateralmente decidem pôr fim a vida conjugal.

Evidencia-se que a separação de fato, seja ela unilateral, ou bilateral, influenciará substancialmente a vida dos cônjuges, por tais razões, em ambos os casos, diversas implicações jurídicas serão suscitadas. A principal diferença entre estas duas espécies de separação de fato, além, de obviamente, na separação unilateral a vontade ser decorrente de apenas um dos cônjuges, enquanto que na separação bilateral decorre de ambos, está na possibilidade do pedido de separação judicial, por abandono de lar, desde que seja injusto e voluntário, e tenha decorrido o prazo de um ano, no caso da separação de fato ser unilateral, pois se for bilateral, por ser proveniente da vontade de ambos os cônjuges, via de regra, não poderá acarretar no pedido de separação judicial com base no abandono do lar.

2.4 Distinção entre separação: de fato, judicial e de corpos

Inegavelmente, a separação de fato (assim como a separação de corpos e a separação judicial) visa à ruptura dos laços conjugais, em virtude do desaparecimento da *affectio societatis*, ou seja, os motivos, objetivos e ensejos que despertaram no casal o desejo de se casarem, visando a comunhão de vidas em todos os seus aspectos, materiais, espirituais, físicos e sociais, deixaram de existir, desejando os cônjuges se separarem, rompendo a vida em comum. Dessa forma, essas três espécies do gênero separação apesar de terem objetivo semelhante, se apresentam de maneiras distintas, sendo necessária para uma melhor compreensão do tema ora proposto, uma breve diferenciação entre os referidos institutos.

A separação de corpos poderá ser requerida pela parte, comprovando sua necessidade, antes de mover a ação de separação judicial, a de anulação, a de nulidade do casamento, a de divórcio direto, ou a de dissolução da união estável.

Como se pode notar, a separação de corpos é uma providência cautelar.

Neste sentido, deve-se dizer que em virtude do caráter provisório desta medida cautelar, só conservará sua eficácia no prazo de trinta dias ou na pendência do processo principal, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, ou seja, proposta a medida

cautelar de separação de corpos, dentro do prazo de trinta dias, qualquer das partes deverá interpor a ação principal, se tal medida for preparatória, pois se for incidental, proposta quando a ação principal já estiver em curso, conforme dito anteriormente, esta preservará sua eficácia até a extinção (com ou sem julgamento do mérito) do processo principal.

A separação de corpos representa medida de natureza essencialmente cautelar, cabível apenas com caráter preparatório ou incidental; é requerida como pretensão autônoma, de natureza satisfativa, deve ser indeferida, com a extinção do processo pela impossibilidade jurídica do pedido. (DINIZ, 2005, p.457)

A separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal não rompendo o vínculo matrimonial, de maneira que nenhum dos consortes poderá casar-se novamente. Dessa forma, pode-se dizer que a separação judicial é uma medida preparatória da ação de divórcio – conversão, que pode também ser chamado de Divórcio Indireto.

Convém assinalar, que a separação judicial, é aquela realizada através do poder judiciário, podendo ser pedida por ambos os cônjuges consensualmente, ou de maneira litigiosa, quando efetivada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes, ante as causas previstas em lei. A denominação judicial está relacionada com a necessidade da prolação da sentença pelo juiz competente, seja homologatória, se a separação for consensual, ou decisória, no caso da separação ser litigiosa.

A separação judicial acarretará na separação de corpos e partilha de bens, e ainda, põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Oportuno se torna agora distinguir a separação de corpos da separação judicial.

De fato, é de verificar-se, que a separação de fato é um ato eminentemente extrajudicial, ou seja, é uma liberalidade exercida pelos cônjuges sem qualquer intervenção do poder judiciário, por outro lado, a separação judicial e a separação de corpos são atos judiciais, que deverão a princípio serem requeridos ao poder judiciário, para que o juiz, analisando o caso em concreto, aplicando a lei, defira ou não o pedido dos cônjuges.

Ademais, a separação de corpos é uma medida cautelar, que depende de um processo principal, todavia, a separação judicial é um processo autônomo, independente, principal, já a separação de fato, não é um processo autônomo, nem medida cautelar, pois conforme exposto anteriormente, é um ato decorrente da vontade de um ou ambos os cônjuges, sem qualquer intervenção do órgão jurisprudencial.

3 EFEITOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE FATO

3.1 Considerações Preliminares

Toda ação tem uma reação, partindo desse princípio consagrado pela física, adaptando-se ao mundo jurídico, mais especificamente ao tema ora proposto, poder-se-ia dizer que a ação seria a própria separação, a atitude de um ou de ambos os cônjuges, que resolvem por fim a vida conjugal, sem recorrer ao poder judiciário, de forma extrajudicial; já a reação seria as conseqüências, os efeitos jurídicos deste ato realizado pelos consortes reconhecidos pelo Direito.

Tendo em vista que o casamento gera uma série de conseqüências jurídicas, seu desfazimento, mesmo que de fato, inevitavelmente também implicará na ocorrência de determinados efeitos jurídicos. Assim, quando os cônjuges extrajudicialmente, por ato unilateral, ou bilateral, decidem por fim a vida conjugal, tal ato, influenciará na vida dos consortes e de sua família. Dessa maneira, com a separação de fato do casal, será possível o pedido de separação judicial, de divórcio direto; a constituição de união estável; influenciará no patrimônio do casal, na obrigação alimentar, na proteção dos filhos, na presunção de paternidade e nos deveres conjugais. Essas inúmeras conseqüências são na realidade, o resultado deste ato jurídico praticado pelos cônjuges, ou seja, são os principais efeitos jurídicos da separação de fato, os quais serão minuciosamente analisados, abordando seus aspectos mais relevantes a luz da legislação vigente, da doutrina e da jurisprudência.

3.2 Separação Judicial

A separação judicial, além dos demais casos previstos em lei, poderá ser decretada à partir da efetiva prova da ocorrência da separação de fato, seja por não haver mais vida em comum, ou por abandono voluntário do lar conjugal, desde que preenchidos os demais requisitos peculiares a cada uma dessas espécies de separação.

De acordo com a doutrina jurídica vários são os motivos que provocam a separação de fato entre os cônjuges. Dentre os de maior frequência, estão os casos de natureza econômica, mediante os quais as partes supondo gastos insuportáveis evitam o procedimento judicial; outro motivo justifica-se na esperança que têm os cônjuges de uma posterior reconciliação; por outras vezes preocupados em não tornar pública a situação por temor a sociedade em que vivem, os cônjuges preferem uma separação de fato ao divórcio ou separação judicial.

É ainda bastante comum os cônjuges suportarem uma separação de fato, evitando, portanto, uma decisão legal, em razão de questões de ordem familiar, sociais e até mesmo religiosa, neste último caso, o casal que embora vivendo sob o mesmo teto, suportam um casamento meramente aparente. Existem também situações em que a separação de fato é preferida ao divórcio ou à separação judicial, porque aquela não interfere na dissolução do vínculo conjugal.

Com a inovação legal assim possibilitada, aliás, o instituto da separação judicial perde muito de sua relevância, pois terá deixado de ser a antecâmara o prelúdio necessário para conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível relevasse natural cônjuges desavidos inclusive pelos aspectos econômicos na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal. (DINIZ, 2005, p.50)

Dentre as pessoas casadas, dada esta situação cômoda, boa parte acaba vivendo em situação de separação de fato, porque entendem que o procedimento judicial além de oneroso, causa transtornos dos mais variados possíveis na vida das pessoas.

A dissolução da sociedade conjugal, fundada na separação de fato, nesta modalidade de separação judicial (por ruptura) implica na conjunção de três elementos: 1º) ausência de vida comum, via de regra, com separação de residências; 2º) a intenção de viver separado,

vontade manifestada por, pelo menos, um dos cônjuges; 3º) a continuidade da separação de fato pelo prazo de um ano, sem a possibilidade de reconstituição.

Importante ressaltar que nas duas modalidades de separação judicial, com base na separação de fato, seja por abandono voluntário do lar, seja por ruptura da vida em comum, em virtude da redação do parágrafo único do artigo 1573 do Código Civil que possibilita ao juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum, sem fazer qualquer menção a prazos mínimos, ou por outros motivos abordados pelos doutrinadores, como a possibilidade de constituição de união estável, durante a separação de fato, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, independentemente do argumento, certo é que a doutrina moderna vem defendendo o posicionamento de não mais considerar necessário o transcurso do prazo legal de um ano para que seja possível o pedido de separação judicial.

3.3 Divórcio Direto

O Divórcio Direto era transitório, excepcional, só sendo cabível nos casos em que a separação de fato (com duração de cinco anos) tivesse início anterior à data da publicação desta Emenda, qual seja, 28 de junho de 1977.

Com a Constituição de 1988 e a lei 7.841/89, que alterou a Lei do Divórcio, o sistema passou a ser híbrido, em relação à possibilidade de escolha dos consortes pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano, ou pelo divórcio direto, após dois anos da separação de fato, iniciada a qualquer tempo, consagrando o divórcio direto como forma ordinária de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, sendo esse sistema preservado pelo atual Código Civil.

O reconhecimento da separação de fato como causa ensejadora do divórcio representou um importante avanço para o Direito, no sentido de que passou a possibilitar a ruptura do vínculo conjugal sem a necessidade da prévia decretação da separação judicial, é o chamado Divórcio Direto, bastando à comprovação da separação de fato por dois anos ininterruptos.

Assim, a opção pelo Divórcio Direto, revela-se mais vantajosa para os cônjuges separados de fato, tendo em vista que acarreta a dissolução definitiva tanto da sociedade como do vínculo conjugal.

O Divórcio Direto poderá se apresentar de duas maneiras, de forma consensual (requerido por ambos os cônjuges), ou litigiosa (requerido por um dos cônjuges).

No Divórcio Direto Consensual, o pedido será formulado por ambos os cônjuges.

Contudo, o Divórcio Direto Litigioso prevalece no ordenamento jurídico em vigor, quando o pedido for formulado por apenas um dos cônjuges.

Convém ressaltar que o único requisito necessário para a decretação do divórcio será a comprovação da separação de fato pelo período de dois anos. Em relação aos elementos que caracterizam a separação de fato, os mesmos já foram examinados quando analisado o conceito e peculiaridades da separação de fato.

Não se concilia com o conceito técnico adotado de separação de fato, que autoriza o divórcio direto, a eventual restrição do relacionamento pessoal entre os cônjuges que permanecem coabitando o domicílio comum, com "separação" limitada a utilização de cômodos distintos da residência, pois o conceito de coabitação no domicílio conjugal é mais abrangente do que a simples utilização em comum do quarto do casal não se exaurindo a convivência entre o marido e mulher na simples prestação recíproca do débito conjugal. (CAHALI, 2005a, p. 1042)

Conforme se pode notar, o requisito essencial para decretação do divórcio direto é a separação de fato do casal pelo prazo de dois anos. Diante do exposto, será analisado esse requisito sob o aspecto do momento em que esse prazo deverá se completar, e como será a fluência do mesmo.

Portanto, se houver reconciliação do casal, por um período de vida em comum, restará prejudicado o prazo anteriormente decorrido, e passará a contar (o novo prazo) do zero, pois haverá a interrupção do prazo e não a simples suspensão. Importante ressaltar, que a reconciliação capaz de interromper o prazo da separação de fato, é aquela acompanhada da restauração da convivência no domicílio comum, juntamente com a intenção dos consortes em restabelecer a vida conjugal. Por essas razões, encontros esporádicos do casal, ainda que na moradia antes comum, não interromperão a fluência do prazo da lei.

Não há de se atribuir semelhante eficácia aos encontros fortuitos do casal, ainda que na moradia antes comum, caracterizado pela eventualidade, envolvendo diálogos a respeito de interesses comuns da família e da prole e mesmo tendo por objetivo tratativas para uma frustrada reconciliação. (CAHALI, 2005a, p. 1049)

3.4 União Estável

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, diferenciando-a das relações oriundas do comportamento adúlterino. Caracterizando esta última como união de pessoa casada com terceiro, durante a convivência conjugal, à qual ficou reservada a denominação de concubinato.

No influxo do dispositivo conjugal constitucional adveio a lei nº8971 de 29/09/1984 a disciplinar o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, sem definir, contudo, a moldura jurídica do instituto da união estável, o que veio a acontecer apenas com a lei nº9278 de 10/05/1996. (FIUZA, 2004, p 1581)

Tem-se que, para a configuração da união estável, mister a presença dos seguintes elementos essenciais:

Diversidade de sexos.

Notoriedade da convivência, pois o relacionamento secreto, clandestino, com o cultivo apenas de relações sexuais, não pode ter estabilidade e produzir efeitos jurídicos.

Continuidade, ou seja, sem interrupções, e durabilidade, no sentido de que não sejam relações eventuais. Vale ressaltar que a lei não exige prazo mínimo para o reconhecimento da união estável, bastando estarem presentes seus requisitos para sua configuração.

Constituição de família. Convém notar que a lei menciona apenas a necessidade de ser com objetivo de constituição de família. Contudo, “a união estável existe diante da constituição de família e não simples objetivo de constituição de família, já que, se assim não fosse, o mero namoro ou noivado, em que há o objetivo de formação familiar, será equiparado a união estável”(MONTEIRO, 2004, p. 31).

Convém notar que não será possível a constituição de união estável sob tetos distintos sem justificativa plausível, pois “pode acontecer, entretanto, que não convivam sob o

mesmo teto, desde que tenham justa causa para tanto, como necessidades profissionais, pessoais ou familiares que impeça a unicidade familiar”. (MONTEIRO, 2004, p. 31).

Para que seja possível a constituição da união estável, será imprescindível que as partes envolvidas não estejam impedidas de casar, salvo, se embora casados, estejam separados de fato ou judicialmente. Dessa forma, descreve o § 1º do artigo 1723 do atual Código Civil: “A união estável não se constituirá os impedimentos do artigo 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente” o § 2º do mesmo artigo complementa “as causas suspensivas do artigo 1523 não impedirão a caracterização da união estável”.

Em decorrência dessa expressa determinação legal, os cônjuges que estiverem separados de fato, poderão constituir união estável.

Convém notar que na “união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

3.5 Alimentos

Os alimentos tanto poderão ser um direito, para quem tem a prerrogativa de exigí-los, quanto uma obrigação, para quem tem o dever de prestá-los.

Importante constar, que em face da igualdade constitucional prevista no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que determina que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, realçada no Código Civil em vigor, a obrigação de prestar e o direito de exigir alimentos passou a ser recíproco entre os cônjuges, não havendo distinção de sexo.

A obrigação alimentar poderá ser decorrente do parentesco, do casamento ou da união estável. Convém ressaltar que serão analisados especificamente os alimentos provenientes do casamento, vez que é em decorrência do desfazimento extrajudicial deste instituto, que surge a obrigação alimentar derivada da separação de fato.

A finalidade da prestação alimentícia é o de atender à necessidade de uma pessoa que não pode prover à sua própria subsistência. Importante ressaltar que na fixação dos alimentos deverá sempre se observar as necessidades do alimentado em relação às possibilidades do alimentante. É o consagrado binômio da necessidade-possibilidade.

Nota-se, que quando os cônjuges estiverem casados, e convivendo sob o mesmo teto, logicamente, não será coerente o pedido de alimentos, pois este, durante o casamento, se apresenta sob a forma do dever da mútua assistência. Desse modo, após a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, ou ainda, depois de ocorrer a separação de fato do casal, o dever de mútua assistência será convertido na prestação de alimentos.

Separados os cônjuges, por cessão de fato ou de direito a convivência sobre o mesmo teto, a obrigação de socorro e assistência entre eles resolve-se na obrigação específica de prestação de alimentos entre ambos, adquirindo assim um conteúdo próprio, a separação de fato representa uma condição para que aquela obrigação originária difusa degenera em obrigação alimenta (CAHALI, 2005b, p. 281).

Caio Mário da Silva Pereira também entende da seguinte forma:

Em caso de separação judicial de fato ou marido ou a mulher prestará a pensão alimentar. Na Constancia da coabitação, não se enfatiza essa obrigação, pois que a convivência sobre o mesmo teto traz o necessário corolário de assistir os cônjuges, nesta hipótese, a recusa do necessário a vida ou ao lar se traduzirá como ruptura justificativa da separação. (2004, p. 164)

A obrigação de prestar alimentos e o direito de exigi-los, somente será possível após a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, mesmo que seja de fato, pois enquanto casados haverá para os mesmos o dever de mútua assistência.

Quando um dos consortes resolve abandonar o lar, por motivo justo, ou seja, quando o outro cônjuge, houver dado causa a esse abandono do lar conjugal, o cônjuge desertor, fará jus a receber uma pensão alimentícia do outro, desde que dela necessite, e que ainda, a pessoa obrigada a prestar os alimentos tenha meios suficientes para tal. Dessa forma, nota-se que apesar do cônjuge ter se retirado do lar conjugal, somente o fez, em decorrência das atitudes do outro consorte, não podendo este último ser beneficiado com a isenção do pagamento da pensão alimentícia. No entanto, vale ressaltar que caberá ao cônjuge desertor provar o justo motivo de sua retirada do lar conjugal.

Assenta este entendimento no ato de que o abandono voluntário do lar caracterizasse pela falta de motivos justos e relevantes; assim, só os cônjuges desertores poderá (dizer e provar) os motivos que levaram ao abandono do domicílio comum; exige-se do cônjuge que permaneceu no lar, que demonstra a voluntariedade da deserção imputada ao faltoso seria pretender que se faça prova de fato negativo, ou seja, de que não deu causa ao abandono; daí a presunção da voluntariedade da conduta daquele que abandona o lar e transfere residência para outro lugar (CAHALI, 2005b, p. 320).

Por outro lado, se não houver motivo justo, e mesmo assim um dos consortes abandonar o lar conjugal, neste caso, via de regra, não poderá pleitear alimentos do outro cônjuge que permaneceu no domicílio comum, pois o Direito veda que a pessoa se beneficie de sua própria torpeza.

Além, da regra geral prevista no § 2º do artigo 1694 do código Civil/2002, o artigo 1704 em seu § único, prevê a possibilidade, especificamente na separação judicial, do cônjuge culpado, ter direito aos alimentos indispensáveis a sua sobrevivência, assim prescreve: “se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”. Assim, o § 2º do artigo 1694, deverá, no caso de separação de fato sem justo motivo, ser interpretado em consonância com o § único do artigo 1704 a partir dessa observação deduzir-se-á que na separação de fato, assim como ocorre na separação judicial, para que o cônjuge culpado (aquele que abandona o lar sem justo motivo) tenha direito de pleitear alimentos ao cônjuge inocente (o que permanece no lar conjugal) mister se faz que não tenha parentes em condição de prestá-los, nem condição para o trabalho.

No que tange à separação de fato acordada pelos cônjuges, visando a dissolução de fato da sociedade conjugal, poderá qualquer dos cônjuges demandar ação de alimentos em face do outro, desde que seja respeitado o binômio da necessidade-possibilidade. Neste caso, não há relevância da culpa da separação, nem mesmo se levará em conta se o motivo foi justo ou injusto, pois a decisão de se separarem advém da vontade de ambos os cônjuges, de forma amigável, consensual. Convém apontar, que os alimentos são irrenunciáveis, em virtude de sua própria natureza e por força do artigo 1707 do atual Código Civil. Por essa razão, se os cônjuges que estiverem se separando de fato celebrarem um pacto de “encerramento da vida conjugal”, não poderão neste acordo renunciar o direito a alimentos. No entanto, poderão os cônjuges não exercer o direito de exigir os alimentos, desde que deles não necessitem. Nota-se ainda, que no caso de pedido de alimentos decorrente de separação de fato convencional, serão devidos não só os alimentos naturais, como também os civis, pois nenhum dos cônjuges será tido como culpado.

Convém assinalar, sobretudo, que a obrigação alimentar entre os cônjuges, após a dissolução do matrimônio (de fato ou de direito) não permanecerá eternamente, de modo que, com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, o dever de prestar alimentos se extinguirá (artigo 1708 do Código Civil/2002). Todavia, poderá haver situações em que os cônjuges separados de fato permaneçam sem se relacionarem com ninguém, neste caso, a

jurisprudência vem consolidando o entendimento que depois de prolongada separação de fato não haverá mais, entre ambos os cônjuges, o dever de prestar alimentos ou o direito de exigi-los.

3.6 Proteção dos filhos

Quando o casamento chega ao fim, seja por uma dissolução de fato ou de direito, por mais inevitável que fosse as partes envolvidas diretamente, ou seja, os cônjuges e os filhos passam por um momento bastante conturbado, tendo em vista que tal ato repercutirá na esfera social, pessoal e patrimonial da vida dos consortes e de sua família.

O poder familiar consiste no “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. (RODRIGUES, 2004, p. 356).

Em relação ao dever de sustento e educação dos filhos, o artigo 1.568 do Novo Código Civil expressamente diz que: “os cônjuges são obrigados a concorrerem na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”. Desse modo, uma vez separados de fato, independentemente quem esteja com a guarda, ambos os cônjuges, obrigatoriamente, deverão contribuir para o sustento e educação dos filhos.

Caso algum dos cônjuges não cumpra com sua obrigação, o outro terá o poder-dever, visando à preservação dos interesses do menor, de representar os filhos menores de 16 anos ou assisti-los quando maior de 16 e menor de 18 anos, propondo ação de alimentos para que o cônjuge faltoso seja obrigado judicialmente a cumprir com sua obrigação oriunda do poder familiar.

3.7 Presunção de paternidade

Diante da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade, o Novo Código Civil assenta a filiação em uma série de presunções fundadas no princípio de que durante o casamento, normalmente, os cônjuges mantêm relações sexuais, além disso, em virtude do dever de fidelidade, em tese, a mulher só poderá relacionar-se sexualmente com o seu marido, logo a filiação com origem no matrimônio, faz surgir uma presunção de terem sido concebidos na constância do casamento pelos cônjuges, sendo a paternidade presumida.

Vale ressaltar, que essa presunção legal de paternidade é relativa, ou seja, *juris tantum*, admitindo prova de contrário, podendo para tanto ser proposta pelo pai em ação negatória de paternidade. Contudo, perante terceiros, será absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém visto ser a ação para esse fim privativa do pai.

3.8 Questões patrimoniais

A separação de fato, evidentemente só ocorre em razão de ter havido antes um casamento juridicamente reconhecido. Assim, em virtude de se tratar de relacionamento familiar, dadas as características do instituto pertinente, desencadeiam-se efeitos tanto da ordem patrimonial como pessoal.

Orlando Gomes, ao apontar os efeitos da separação de fato, enumera como conseqüência as seguintes: 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.

A separação de fato como pré-requisito para o divórcio, justifica-se no fato de que os cônjuges separados de fato, tenham oportunidade para a reconciliação ou então permitir aos mesmos que façam uma avaliação da situação para somente após, tomarem providências perante a lei.

Para o requerimento do divórcio com base na separação de fato os cônjuges tinham que estar separados de fato há mais de cinco anos pelo menos. Com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 6º, este prazo foi reduzido, passando-se a permitir o divórcio com base na separação de fato por mais de dois anos, sem que para isso tenha que se indagar de causa ou culpa, bastando somente a comprovação da separação de fato por mais de dois anos, conforme determina a lei.

Em relação questão dos alimentos, a sua prestação durante a separação de fato decorre do dever de mútua assistência entre cônjuges e de sustento dos filhos.

Com relação ao poder doméstico, aqueles enumerados no artigo 247 do Código Civil, pondera-nos Orlando Gomes que: “Com a separação de fato não se extingue o poder doméstico da mulher casada, mas, se está 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 dela própria”.

Desta classificação, conclui-se que em razão da determinação do princípio da igualdade constitucional, os efeitos produzidos com a separação de fato, ganham na realidade prática conotação diferenciada da posição clássica apresentada na doutrina, haja vista, a imposição da lei maior que estabelece a igualdade entre os cônjuges.

3.9 Deveres conjugais

Perante a Lei o homem e a mulher passam a possuir os mesmos direitos e deveres na vida conjugal, visto que, para isso é necessário que haja um representante que efetue na forma da lei, a constituição familiar para que possa estabelecer direitos perante a justiça.

Dos laços afetivos surge direito e deveres mútuos, o que frequentemente são os motivos ensejadores das separações dos casais. Nesses motivadores de separações, o dever de fidelidade, é considerado como sendo o de maiores alegações entre as partes.

O dever de fidelidade é assim como muitos doutrinadores colocam, como sendo um dos principais pilares da relação matrimonial. Contrário á essa prática, surge a figura jurídica

do adultério, que não vem a ser considerado um crime, mas tão somente motivador nas ações de separação judicial litigiosa.

O casamento está regulamentado no Código Civil, onde está estabelecido também os deveres dos cônjuges que está disposto no artigo 1556, onde a Lei se atenta aos deveres mais importantes, ou seja, aqueles que são necessários para a estabilidade conjugal, que pode gerar o direito de pedido de separação litigiosa.

Dispõe o art. 1556 do Código Civil: "O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro."

A lista dos deveres do casamento está protegida, pela Lei Civil, os quais implicam no cumprimento de: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos.

3.10 Separação de fato e o direito das sucessões

Conforme se pode prever, a separação não implicará na ocorrência de efeitos jurídicos exclusivamente na esfera do Direito de Família, repercutirá também em determinadas questões específicas do Direito das Sucessões.

Nota-se ainda, que o cônjuge, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a ser considerado, conforme expressa determinação do artigo 1845 deste diploma legal, herdeiro necessário, não podendo ser privado da parte legítima (indisponível), salvo nos casos expressamente previstos em lei.

Desse modo, para que o cônjuge tenha direito na herança legítima, não poderá estar separado de fato há mais de dois anos, salvo, prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Igualmente, haverá possibilidade do cônjuge separado de fato há mais de dois anos, ainda assim receber a herança, desde que prove que a convivência tornou-se impossível por culpa do cônjuge falecido.

Ainda que o casal estivesse separado de fato há mais de dois anos quando ocorreu o óbito do hereditando, poderá o cônjuge sobrevivente ser chamado a sucessão se provar que a convivência conjugal se tornou impossível sem culpa dele, isto é, que o responsável pela separação de fato foi o de cujos. (VENOSA, 2004, p.115)

Não raro, os cônjuges permanecem separados de fato durante uma vida toda, assim, tendo em vista a previsão legal, o direito de suceder do cônjuge separado, desde que não tenha culpa por esta separação, em momento algum será atingido, independente do lapso temporal corrido. A situação torna-se ainda mais controvertida caso o cônjuge separado de fato que houver falecido tenha constituído união estável com outrem, pois haverá uma grande dificuldade em se atribuir à herança ao cônjuge sobrevivente e ao companheiro.

Pode o de cujos ter falecido em união estável que pode ser reconhecida na separação de fato: a questão será definir quem será o herdeiro; o cônjuge ou o companheiro. Ainda bastasse esse aspecto pode o cônjuge sobrevivente provar que a separação ocorreu porque a convivência se tornara impossível sem sua culpa neste ponto, poderão se abrir discussões muito mais profundas que o legislador poderia ter evitado. Aliás, esse dispositivo em sua totalidade será um ponto de discórdia e terá muita importância o trabalho jurisprudencial. (VENOSA, 2004, p.116)

A maior crítica que se faz a este dispositivo é em relação à excessividade do lapso temporal, tendo em vista que o cônjuge, via de regra, só terá direito a herança se for separado de fato há menos de dois anos (art. 1.830 do Código Civil/2002), por isso, não haveria razão para estender o prazo para o testador casado poder nomear sua concubina herdeira ou legatária para cinco anos de separação de fato.

Além disso, mais uma vez o Código Civil, colocou em relevo a difícil constatação da culpa pela separação de fato. Assim, para que seja possível a nomeação da concubina, além do prazo de cinco anos, mister se faz que o testador não seja culpado pela separação de fato, o que representa uma imposição totalmente desnecessária, principalmente com a tendência do Direito de Família moderno de não dar maior ênfase à culpa no desfazimento das relações matrimoniais.

A referência a culpa é uma ressalva incabível, ou um excesso de puritanismo, separados de fato o casal por um quinquênio não cabe apurar de quem a culpa, como se tratasse de dissolução da sociedade conjugal que a disposição veda é que o marido ou a mulher testem fazer de seu (ou de sua) amante ou se o casal é separado de fato de mais de cinco anos não é hora de apurar a culpa. (PEREIRA, 2004, p. 203)

Constata-se que as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, vêm causando infundáveis discussões doutrinárias. Nota-se que na esfera do Direito das Sucessões, foram introduzidas significativas modificações, que como se pode observar, estão intimamente relacionadas com a efetivação da separação de fato. Tais alterações deverão ser analisadas à luz do Direito moderno, tendo em vista o posicionamento jurisprudencial a ser consolidado pelos tribunais pátrios, no que tange à interpretação dos artigos 1801, III e 1831, do atual Código Civil.

3.11 Reconciliação

A reconciliação dos separados de fato, consiste no reatamento manifestado de forma voluntária pelos mesmos. Consuma-se, no resultado que deve advir de realidade concreta e não simples promessa de votos de arrependimento.

Tem a reconciliação natureza de ato jurídico em sentido estrito, para o qual devem concorrer os seguintes elementos: “a) efetivo arrependimento do desertor e desejo de retomar a vida em comum; b) aceitação, pelo preterido, da proposta de recomposição conjugal”.

Para que a reconciliação se estabeleça, não se admite a sua subordinação a termo ou condição, devem estar livre de encargos para ambas as partes.

CONCLUSÃO

Alinhados neste trabalho os aspectos relevantes da separação de fato, do exposto, resta a convicção de que embora a lei e a doutrina façam expressa referência a esta figura, de qualquer modo, seus traços são ainda bastante imprecisos. O reconhecimento da separação de fato perante o ordenamento jurídico, conforme se observa, representa a base para a dissolução do casamento civil. Para que a separação de fato apresente os seus efeitos, necessário se faz a presença do elemento intencional, ou seja, um ou ambos os cônjuges devem manifestar o desejo de romper a vida em comum, passando a viver em casas distintas ou ainda sob o mesmo teto, porém descumprindo os deveres inerentes à situação de casados.

Enfim, a separação de fato se define na linguagem jurídica como sendo a cessação, a ruptura da vida em comum, cuja situação fática para produzir os efeitos legais independe de justificativa, bastando apenas que um dos cônjuges ou ambos decidam romper os laços de união.

Por outro lado, embora a separação de fato se caracterize por esta situação fática, sua incidência nas relações conjugais, exige maior preocupação por parte dos operadores do direito, conseqüentemente, sua elevação a uma categoria juridicamente determinada.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL, Constituição federal, código civil, código do processo civil. Organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Mello Braga Tapai. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.
- _____. **Dos alimentos**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. V. 5. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. V. 6. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIUZA, Ricardo ; SILVA, Regina Beatriz Tavares da ET AL. **Novo Código Civil Comentado** 3. Ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 7ªed., 1992.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6. 35. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 5. Ed., São Paulo: Atlas, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. v. VII. 15. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Instituições de direito civil: direito da família**. v. V. 14. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil**. V. I. 20. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. V. 6. 28. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Direito civil: direito das sucessões**. V. 7. 26. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v. VI. 4. Ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Direito Civil: direito das sucessões**. V. VII. 4. Ed., São Paulo: Atlas, 2004.