

# ASPECTOS DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO DIREITO CANÔNICO E NO DIREITO COMUM BRASILEIRO

*Simone Cristina de Oliveira\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Considerações gerais; 3. O Direito Canônico como direito regulador do casamento matrimonializado no Brasil; 4. O instituto do casamento, a sua indissolubilidade e o instituto do divórcio não vincular no direito comum; 5. O Código Civil de 1916 e o instituto do desquite como forma de dissolução de sociedade conjugal; 6. A Lei do Divórcio e o instituto da separação judicial; 6.1 A Separação judicial na Lei do Divórcio; 7. O novo Código Civil e o instituto da separação judicial; 7.1 Modalidades de separação judicial na Lei n. 10.406/2002; 7.1.1 Separação judicial litigiosa; 7.1.1.1 Separação baseada no princípio da culpa; 7.1.1.2 Grave violação dos deveres do casamento; 7.1.1.3 Da separação judicial sem que se impute ao outro cônjuge alguma culpa; 7.1.1.4 Separação baseada no princípio da ruptura; 7.1.1.5 Ruptura da vida em comum; 7.1.1.6 Grave doença mental do outro cônjuge; 7.1.2 Separação consensual; 7.1.2.1 Efeitos da separação judicial; 7.3 Separação de fato; 8. O Direito religioso, inclusive o canônico, a Constituição e o Novo Código Civil; 10. Conclusão; 11. Bibliografia.

**RESUMO:** O presente artigo realiza uma análise teórica visando aferir a importância que o Direito Canônico exerceu na história da formação da família brasileira, e os limites que impôs aos costumes e ao direito, em termos de dissolução da sociedade conjugal, a título de divórcio não vincular. Busca também, demonstrar como evoluiu o instituto da separação no direito civil brasileiro pré-codificado e nas codificações civis de 1916 (Projeto Clóvis Bevilacqua) e de 2002 (coordenado pelo Prof. Miguel Reale), ou seja, o novo Código Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** família; casamento; direito canônico; direito civil; desquite; separação; divórcio.

---

\* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Cesumar – Centro de Ensino Superior de Maringá. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Instituição vinculado ao CNPq.

## ASPECTS OF THE MATRIMONIAL DISSOLUTION IN THE CANONIC LAW AND IN BRAZILIAN COMMON LAW

**ABSTRACT:** The present article undertakes a theoretical analysis aiming at measuring the importance that the canonic law has exerted on the history of Brazilian family formation, and the limits that it imposed onto the customs and law in terms of the dissolution of the matrimonial society, in reference to the non-biding divorce. In addition to that, it also attempts to demonstrate the evolution of the separation in the pre-coded Brazilian civil law and in the civil codifications of 1916 (Clovis Bevilacqua project) and 2002 (coordinated by Prof Miguel Reale), in other words, the new Civil Code.

**KEYWORDS:** family; marriage; canonic law; civil law; separation; divorce.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a questão da regulamentação do instituto do desfazimento da sociedade conjugal e as suas modalidades no direito brasileiro, desde as suas origens, no período colonial até a legislação vigente, sob o reflexo de duas legislações distintas: o Direito Canônico e o Direito Comum brasileiro.

A separação dos corpos e a divisão do patrimônio do casal, no casamento matrimonializado, foi obra de criação do Direito Canônico, tendo em vista que a Igreja Católica, a partir de 1.563, ou seja, após findo o Concílio de Trento instituiu como um de seus sacramentos a celebração do casamento católico, impondo a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A dissolução da sociedade conjugal permitida pela Direito Canônico, com a denominação de Divórcio não vincular, perdurou no nosso sistema jurídico, enquanto a religião católica, se manteve como religião oficial do nosso país, sendo que tal fato, somente deixou de prevalecer, com o advento da primeira Constituição Republicana de 1891.

O trabalho como se verá, é fruto de uma pesquisa direcionado para questionar a ação da Igreja Católica e a sua influência perante a vida social do Brasil – Colônia até o Brasil- República, e o confronto de seus posicionamentos acerca

da constituição e desconstituição da entidade familiar, ao longo de mais de três séculos em nosso país.

## **2. CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Desde as origens da história do homem, temos que foi de suma importância, a constituição regular das famílias, como forma fundamental para a perpetuação da espécie humana em nosso planeta terra.

As uniões humanas nos primórdios dos tempos certamente estavam escudadas em usos e costumes dos povos de uma certa região, elas inicialmente ocorriam somente dentro de um mesmo clã ou grupo social, e posteriormente, por questões da melhoria da própria genética humana em termos de descendência é que se buscou as ligações familiares exógenas, ou seja, fora do próprio grupo familiar.

Assim, temos que tanto as uniões humanas como as desuniões, tinham um caráter informal, não havendo nenhum registro histórico que o homem em sua origem, tinham regras rígidas a ser seguidas para se permitir uniões e separações dos casais.

Os doutrinadores e antropólogos sustentam, que o homem na sua origem, não tinha regras para o estabelecimento dos seus contatos íntimos, tudo indicando que eram totalmente livres, fato que os aproximava de uma verdadeira promiscuidade.

Somente após um bom período da história da humanidade, período em que ocorreu uma grande evolução nas relações familiares é que o homem, optou pela união monogâmica, ou seja, onde um homem somente poderia ter relações íntimas com uma mulher. E foi essa concepção de vida a dois, que acabou se estendendo para o Oriente Médio, atingindo a antiga Grécia e posteriormente o Império Romano, onde floresceu de forma definitiva a grande família patriarcal, que serviu de base para o moderno direito de família.

Essa idéia de constituição de família, inicialmente, estendeu-se para toda a Europa Ocidental, e posteriormente para outros quadrantes do nosso planeta, de tal sorte que hoje, são poucos povos tidos por civilizados que ainda permitem a prática da poligamia, dentre eles pode-se citar os seguidores de Maomé, que praticam a poliginia.

Na Idade Média, o cristianismo já tinha assentado, na Europa Ocidental, como concepção religiosa, de tal sorte que a Igreja Católica, tinha um pleno domínio sobre reis e monarcas e sobre seus súditos, e o casamento católico estava consolidado como um sacramento, como ato constitutivo de família, tendo como princípio fundamental a indissolubilidade, sendo certo de que imperava como princípio de união dos casais “o que Deus uniu o homem não separe”, de tal sorte que o divórcio vincular sofreu um declínio direto em razão desse forte posicionamento da Igreja Católica.

O Concílio de Trento da Igreja Católica, culmina por condenar a dissolubilidade do matrimônio, admitindo apenas a separação de corpos. Desse modo, tanto a legislação canônica tridentina, como o primeiro Código Canônico (1917) cria a idéia de *divortium imperfectum o semiplenum*, isto é, a concepção da *separatio tori, mensae et habitationis* (separação de cama, mesa e domicílio), a qual está mantida *in totum* no Código Canônico de 1983. A realidade é que com o instituto canônico da separação limitada, a Igreja Católica, conseguiu manter a proibição de novas núpcias para quem contraiu o casamento católico e posteriormente se separou.

O que se viu, foi que durante todo período colonial, todo período imperial e boa parte do período republicano brasileiro, em termos de casamento como ato constitutivo de família, o máximo que se conseguiu foi apenas separar os cônjuges e o seu patrimônio, mas nunca romper com o vínculo matrimonial obtido ao se convolar a núpcias perante a Igreja Católica Apostólica Romana e depois diante do próprio Estado brasileiro por um bom período de tempo.

### 3. O DIREITO CANÔNICO COMO DIREITO REGULADOR DO CASAMENTO MATRIMONIZADO NO BRASIL

O nosso país, tem sua origem, em um território, que se constituiu, inicialmente, como colônia de Portugal. Este país, para se constituir como reino, em 1.139, seu rei da época, D. Afonso I, declarou vassalagem ao Papa, onde para obter a garantia papal de sua real independência da Espanha, se comprometeu em manter a religião Católica Apostólica Romana, como única religião oficial no reino e posteriormente, recebendo em troca o poder do padroado<sup>1</sup>, esse compromisso também se estendeu às suas colônias, que foi o caso de sua única colônia no continente americano.<sup>2</sup>

Na verdade, desde a origem do reino, impôs-se o beneplácito régio, onde as determinações do Papa, somente poderiam ser cumpridas, no reino português, com o placet régio, ou seja, a legislação canônica, somente poderia ter aplicabilidade no reino, se houvesse autorização do el-rei<sup>3</sup>.

O reino de Portugal, admitia duas modalidades de casamento, em seu território, o casamento católico, nominado *de benedictione*, ou às portas da Igreja, onde sempre a solenidade era presidida por uma autoridade da Igreja Católica ou

---

<sup>1</sup> DEL PRIORE, Mary. *Religião e religiosidade no Brasil colonial* 4.ed. São Paulo: Editora Ática, 1997, p.3

<sup>2</sup> AMEAL, João. *Breve Resumo da Historia de Portugal*. Lisboa: Deo, s/d, p.18.

<sup>3</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.92-93.

então o casamento presumido, ou dos maridos conhecidos, onde por falta da presença da Igreja, os próprios pais dos noivos, em suas casas, reuniam os noivos, os familiares, os amigos, os vizinhos e conhecidos e declaravam seus filhos casados, que passavam a coabitar de forma pública ( de pública fama)<sup>4</sup>.

Somente, após o Concílio de Trento é que passou a se permitir apenas o casamento católico, de tal sorte que a outra modalidade, em que pese estivesse arraigada aos usos e costumes do reino, fora proscrito pelo poder católico, sendo taxado de casamento clandestino.

Dessa forma, por mais de três séculos ficou o Brasil sujeito, em assunto de casamento, às determinações do Concílio de Trento. Em 1703, foram baixas as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, por Dom Sebastião de Vide, que veio a ser utilizada, como legislação canônica complementar à legislação tridentina. Mesmo depois da declaração da independência, o nosso direito de família, continuou sob a égide do direito canônico, inclusive confirmado pelo Decreto Imperial de 03.11.1827.<sup>5</sup>

Inicialmente, a legislação tridentina, foi incorporado ao direito português, no ano de 1568, pelo Cardeal D. Henrique, como Príncipe Regente do futuro Rei Dom Sebastião, e este ao assumir o reino, ratificou integralmente, os atos do seu tio..e, portanto, a partir daquela data, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamentos, que havia sido elevado à condição de sacramento, tendo como característica especial a sua indissolubilidade, como também, tinha com exclusividade, para tratar de anulação de casamento, por intermédio de seus tribunais eclesiásticos.<sup>6</sup>

A batalha pela secularização do matrimônio teve seu início ainda no período imperial, mas tão-somente com a implantação da República, em 15.11.1889, foi instituído o casamento laico, no Brasil, por intermédio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Até então, prevalecia, em princípio, o casamento católico, tendo legislação anterior estabelecido, no entanto, o casamento misto e acatólico (Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, regulamentada sob n.3.069, em 17.04.1863), regulamentando casamento de pessoas de seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições da respectiva religião.

---

<sup>4</sup> HERCULANO, Alexandre. *Estudos sobre o Casamento Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1907, p.227.

<sup>5</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.39

<sup>6</sup> DOMINGUEZ, Lorenzo Miguélez. Código de Derecho Canónico e Legislação complementária, Madrid: La Editorial Católica S/A, MCMXLIX, art. 1.118: “El matrimonio válido rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte”.(Matrimonium validum ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissovi potest)

Por intermédio do referido Decreto, não só instaurou o casamento civil, como também o preceituou como o único reconhecido pelo Estado e que devia preceder a celebração religiosa. O Decreto n. 521, de 26 de junho daquele mesmo ano, determinou ainda que o casamento civil precedesse sempre às cerimônias religiosas, sob pena de seis meses de prisão e multa, para o celebrante do ato religioso, fato que foi repellido posteriormente pela primeira Constituição Republicana.<sup>7</sup>

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 permitiu a separação, mas a indissolubilidade do vínculo matrimonial foi mantida, ou seja, na prática, continuava a prevalecer o posicionamento da Igreja Católica, o que vale dizer, admitia-se apenas a separação pessoal, o divórcio *quoad thorum et cohabitationem*.<sup>8</sup>

O novo governo republicano, optou pela elaboração de uma nova constituição, incumbindo um poder constituinte, de tal sorte que a Constituição Federal de 1891, entrou em vigência em 24.02.1891, e só reconheceu como válido o casamento contraído no civil, nos termos do art. 72, § 4º, terminando com o privilégio que a Igreja Católica que detinha o controle das pessoas naturais, não só para casamentos, mas também para certidões de batismo e óbito e controle dos cemitérios.

O rompimento entre o poder católico e o Estado, ocorrido com a proclamação da República em 1889, somente veio a se restabelecer, na constituição de 1934, quando o Poder Constituinte, estendeu ao casamento religioso, os efeitos civis, sendo certo que isso se dava para qualquer tipo de credo regularmente constituído e não somente para a Igreja Católica.

Dessa forma, a possibilidade de ocorrer o casamento religioso com efeitos civis, acabou se mantendo em todas as demais seis constituições republicanas que foram colocadas em vigência.

#### **4. O INSTITUTO DO CASAMENTO, A SUA INDISSOLUBILIDADE E O INSTITUTO DO DIVÓRCIO NÃO VINCULAR NO DIREITO COMUM**

Desde a antiguidade, não era pacífico, nas legislações a permissão para romper o compromisso do vínculo do casamento. Quem optava por contrair o matri-

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.35

<sup>8</sup> SOARES, Oscar de Macedo. *Casamento Civil (Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 Comentado)*, 4.ed., Rio de Janeiro: Livraria Garnier, s/d. art. 88: "O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido".

mônio, sabia que estava assumindo um compromisso para toda a sua vida, pois o desfazimento desse ato somente poderia acontecer em situações muito especiais e difícil de configurar a hipótese permitida.

O aperfeiçoamento da dissolução do casamento, acabou ocorrendo com o Direito Romano, no entanto, com a decadência desse Império e o seu fracionamento, em especial na atual Europa Ocidental, os novos chefes de Estado, acabavam se submetendo aos ditames das exigências da Santa Sé, pois eram coroado pelo Papa e em razão disso se submetiam às regras da indissolubilidade do vínculo matrimonial imposto pelo Direito Canônico<sup>9</sup>.

Assim, no período medieval, praticamente, o instituto do divórcio vincular, acabou por desaparecer do cenário jurídico e político, de tal sorte, que somente veio a renascer com o iluminismo e a revolução vitoriosa francesa, que teve o respaldo daquele movimento cultural e assim mesmo, tão-somente, até a queda do Imperador Napoleão Bonaparte, na França.

Em que pese, ter sido restabelecido na legislação francesa em 1884, e posteriormente, ter recebido a guarida de diversas nações européias, tal instituto continuou a ser repellido pelo direito canônico e pelos países onde o credo católico gozava das graças da maioria da população.

Chegamos a adotar na legislação a expressão divórcio, como foi o caso do Decreto 181, 24.01.90, porém, era o divórcio não vincular, de tal sorte, que para evitar equívocos, optou-se por abandonar tal expressão em nossa futura legislação.

A influência do Direito Canônico, deixou marcas indelévels em nosso Direito Civil, em especial, no Direito de Família, tanto é verdade, que após a reconciliação entre a Igreja Católica e o Estado, chegaram ao consenso de que poderia conviver o casamento civil com o casamento religioso, de tal sorte que o Poder Estatal, estenderia os efeitos civis ao casamento religioso.

Ta posicionamento teve início no Direito Constitucional, mais precisamente, na Carta Constitucional de 1934<sup>10</sup>, perpetuando tal direito em todas as demais Constituições que sucederam àquela mencionada, estando isso garantido no §2. do art. 226 da vigente CF/1988.

Esse mesmo direito, acabou trasladando-se para o direito comum, iniciando com a lei 379 de 16 de janeiro de 1937, pelo D.L. 3.200/41 e finalmente, foi regulado pela Lei n. 1.110 de 23 de maio de 1950. Sendo certo de que a Lei de Registros Públicos trata do registro do casamento religioso para que obtenha os efeitos civis, nos arts. 71 *usque* 75.

---

<sup>9</sup> COLIN, Ambrose; CAPITAN, Henry. *Derecho Civil, Introducción, personas, estado civil, incapazes*. Cidade do México: Editorial Jurídica Universitária, 2002, p.128.

<sup>10</sup> FERREIRA, Waldemar. *O Casamento Religioso de Efeitos Civis*. São Paulo: Tipographia Siqueira, 1935.

Na lição de Washington Barros Monteiro<sup>11</sup>, temos que o casamento válido continua sendo o civil, no entanto, o casamento religioso equipara-se ao civil, se observados os impedimentos e as prescrições na lei, e o celebrante ou qualquer interessado, proceder, mediante pedido, o registro do mesmo perante o registro público.

Neste particular, o Brasil, por seu poder político, sempre foi um opositor a implantação em nosso direito interno do instituto do divórcio vincular, mantendo-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial desde a nossa descoberta em 22.04.1500 até 25.12.1977, ou seja, por quase cinco séculos.

## **5. O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O INSTITUTO DO DESQUITE COMO FORMA DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL**

A legislação incorporada ao Projeto do nosso Código Civil, no final do século XIX, estava muito arraigada às elites dominantes daquela época, constituída principalmente pela aristocracia rural brasileira, que havia ajudado a derrubar de forma definitiva a monarquia que já se encontrava agonizante, como forma de governo.

A realidade é que o nosso país de grande maioria católica, fato que repercutia diretamente na formação dos membros do nosso Congresso Nacional, onde muitos líderes inclusive eram da própria hierarquia da Igreja Católica, verificou-se que a indissolubilidade do vínculo matrimonial, seria mantida, no texto do nosso primeiro Código Civil.

A nossa elite era antídivorcista e ainda contava com o apoio e a vigília do clero católico, fato que tornava inevitável a manutenção do *statu quo ante*, em termos de rompimento do vínculo matrimonial.

Apenas, por cautela, tomou-se a providência de alijar do texto a expressão divórcio, contida na legislação anterior, ou seja, Decreto 181, 24.01.90, visando com isso eliminar qualquer tipo de mal entendido, optando-se pela expressão “desquite” para representar a dissolução da sociedade conjugal na codificação.

Assim, os trabalhos sobre a aprovação de nosso código

Civil, encerram-se no ano de 1916, onde fora encartado uma nova denominação para o Instituto da dissolução da sociedade conjugal, ou seja, o desquite. A realidade é que praticamente nada foi alterado, de tal sorte que tripé formado pelo Direito Canônico, o Direito Civil e o Direito Constitucional, estava inalterado, o casamento celebrado validamente continuava somente o civil, como forma de constituição de família em nosso país.

---

<sup>11</sup> MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p.102.



Continuava não se permitindo o rompimento do vínculo matrimonial, tanto no Direito Canônico como no Direito Civil, e a permissão do legislador comum, era apenas que se dissolvesse a sociedade conjugal, com a separação dos corpos e do patrimônio do casal, o que vale dizer, manteve-se o que já se tinha em nível de Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890.

O direito constitucional brasileiro, a partir da segunda constituição republicana, de 16 de julho de 1934, resolveu fechar questão com o vínculo matrimonial, onde no seu art. 144, *caput*, passou a constar que era indissolúvel, imposição que não veio a ocorrer com a constituição de 1891.

Essa situação jurídica tornou-se imutável, em todas Cartas Constitucionais seguintes, de sorte, que em 28 junho de 1977, veio a Emenda Constitucional n. 9, e eliminou do texto da Constituição, a indissolubilidade do vínculo matrimonial, dando origem a nova redação do art. 175, § 1º da Constituição Federal de 1969<sup>12</sup>, quando então assistiu-se, posteriormente a implantação do divórcio a vínculo, por intermédio da Lei n. 6.515/77, de 26.12.77.

## **6. A LEI DO DIVÓRCIO E O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

Eliminada a indissolubilidade do vínculo matrimonial, os congressistas brasileiros agiram rapidamente, apresentando o projeto de lei, que resultou na Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que após promulgada, veio a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, sendo ao mesmo tempo, uma lei material e processual.

Assim, temos que a Lei 6.515/77, que regulamentou o instituto do divórcio, revogou os arts. 315 a 328 do Código Civil de 1916, que cuidavam da dissolução da sociedade conjugal, de tal sorte que passou a nominar de separação judicial o que o Código Civil de 1916 denominava de desquite, tendo também disciplinado outros princípios de Direito de Família.

### **6.1 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NA LEI DO DIVÓRCIO**

---

<sup>12</sup> Art. 1º. O § 1º do art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com seguinte redação: “Art. 175...

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Art. 2º. A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição Federal, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data da Emenda.

A Lei do Divórcio, em seu art. 2º, prescreve a separação judicial como uma das causas de dissolução da sociedade conjugal, sem que ocorra a dissolução do vínculo do matrimônio. Portanto, a separação judicial dissolve a sociedade conjugal sem, entretanto, dissolver o vínculo do casamento. Neste particular se expressa Silvio Venosa<sup>13</sup>: “A separação judicial ou desquite dissolve a sociedade conjugal, sem desfazer o vínculo . Os desquitados ou separados judicialmente prosseguem com o vínculo, embora a sociedade conjugal tenha sido dissolvida.Desaparecem vários efeitos do casamento e outros terão seu conteúdo modificado.

O instituto da separação judicial surgiu inicialmente no Direito Canônico, na concepção da *separatio tori, mensae et habitationis*, o que vale dizer, na separação de cama, mesa e domicílio, porém sem atingir a ruptura do vínculo matrimonial, perdurando incólume o casamento, como um sacramento da Igreja.

O Decreto n. 181, de 24.01.1890, no seu artigo 88, prescrevia : “ o divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regime de bens, como si o casamento fosse dissolvido”

Como ressalta Rui Magalhães<sup>14</sup>, apesar do título, o divórcio de que falava esta legislação, não dissolvia o vínculo matrimonial, posto que o seu o artigo citado era explícito neste sentido.

O Código Civil de 1916, utilizando-se de expressão própria, agasalhou o instituto da separação judicial sob título de “desquite”, prescrevendo no antigo art. 315, que:

“Art. 315. A sociedade conjugal termina:

I- Pela morte de um dos cônjuges;

II- Pela nulidade ou anulação do casamento;

III- Pelo desquite amigável ou judicial.

Parágrafo Único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código (art. 10, segunda parte)”.

---

<sup>13</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil.Direito de Família*. 4.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2004, 217.

<sup>14</sup> MAGALHAES, Rui Ribeiro. *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.114.

O nosso direito de família sofreu ampla modificação, por intermédio da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que através do dispositivo. 54 revogou expressamente o art. 315 do Código Civil de 1916.

Temos que o art. 2º da mencionada Lei optou por substituir o vocábulo desquite pela expressão separação judicial, tendo incluído o instituto do divórcio pleno como causa de dissolução do vínculo conjugal e adotou uma pluralidade de casos de separação judicial, escudados na culpa e na ruptura da vida em comum do casal, que deixaremos de tratar de forma específica, tendo em vista que a doutrina nacional é pacífica no sentido de que toda parte de direito material da Lei do Divórcio, foi revogada pelo novo Código Civil de 2002.

## **7. O NOVO CÓDIGO CIVIL E O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

Como já era tradição do nosso direito, inclusive escudado no Direito Canônico vigente em nosso país, desde o Brasil Colônia, manteve-se a possibilidade do divórcio limitado, onde se permite separar os corpos, o patrimônio e o domicílio, mas não o rompimento do vínculo, e isto era permitido na legislação extravagante, ou seja Lei n. 6.515/77, de sorte que o novo Código Civil, manteve como uma das formas de se terminar a sociedade conjugal, o instituto da separação judicial, conforme se verifica do Inc. III, do art. 1.571, *in verbis*:

- “Art. 1.571. 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.

A realidade é que encontra-se pessoas que não estão ainda maduras para um rompimento completo dos vínculos do matrimônio, e optam apenas pela separação judicial, com o objetivo de se dar um tempo e verificar com mais segurança, em outro momento, a decisão definitiva, de restabelecer a sociedade conjugal ou buscar a separação definitiva.

### **7.1 MODALIDADES DE SEPARAÇÃO JUDICIAL NA LEI 10.406/2002**

Por simples leitura dos dispositivos encartados no Código Civil, coordenado pelo eminente Prof. Miguel Reale, temos que essa codificação, manteve a sistemática da Lei do Divórcio, de tal sorte, que a dissolução *inter vivos* da sociedade

conjugal se divide em culposa, remédio e por ruptura, de tal forma, que elas podem se consumir pela via judicial litigiosa ou consensual.

### 7.1.1 SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

A separação judicial litigiosa está baseada nos princípios da culpa e da ruptura da vida em comum do casal.

#### 7.1.1.2 SEPARAÇÃO BASEADA NO PRINCÍPIO DA CULPA

A espécie culposa, inicialmente, foi encartada no art. 5º, *caput*, da Lei nº 6.515/77, e na codificação civil vigente, foi inserida no art.1.572, *caput, in verbis*:

“Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

O Decreto n. 181, de 24 janeiro de 1890, como a codificação anterior, no seu art. 317, explicitava taxativamente as causas legais que permitida a propositura do instituto do desquite, constituindo *numerus clausus*.<sup>15</sup> “Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

Doutrina Silvio Rodrigues<sup>16</sup> que “tais pressupostos eram necessários e suficientes para alcançar êxito na ação de desquite. Necessários porque sem a presença Del qualquer deles não podia o juiz decretar o desquite. Por outro lado, não podiam ser alegadas outras razões, que não aquelas, para obter o desquite.”.

Portanto, pela simples leitura do texto legal, temos que não basta que se comprove que um dos cônjuges ou ambos tenham praticados atos cujo comportamento configure grave violação dos deveres do casamento é preciso ainda, que se prove que a prática deles, tornaram a vida do casal insuportável.

#### 7.1.1.3 GRAVE VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO

<sup>15</sup> “Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I- Adultério;

II- Tentativa de morte;

III- Sevícia ou injúria grave;

IV- Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos”.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo:Editora Saraiva, 2003, p.140-150, v.17

A vida em comum de duas pessoas no estado civil de casadas, importa em cuidados especiais, de tal sorte que os atos praticados por um deles não venha refletir de modo negativo ou humilhante na pessoa do outro, razão pela qual, procura o legislador estipular os principais atos que são peremptoriamente vedados a sua prática, sob pena de dar azo ao outro para pleitear a separação judicial de forma unilateral ou litigiosa.

Portanto, as pessoas ao contraírem as núpcias já têm consciência que estão obrigadas a manter o respeito mútuo no relacionamento conjugal, tanto no plano moral como no físico, dentro da visão da vida a dois ou relação monogâmica, sem que um sobreponha ao outro no exercícios dos direitos e deveres conjugais do dia a dia do casal.

Temos que os deveres das pessoas casadas estão regulados no art. 1.566, Inc. I a IV, do atual Código Civil brasileiro, a saber : (I) fidelidade recíproca (II), vida em comum, no domicílio conjugal (III), mútua assistência (IV) sustento, guarda e educação dos filhos .

Na lição de Washington Barros Monteiro, a fidelidade recíproca é “ o primeiro e o mais importante dos deveres recíprocos dos cônjuges.(...) em face da lei, basta uma só transgressão ao dever de fidelidade, quer por parte da mulher, quer por parte do marido, para que se configure o seu descumprimento. (...) do ponto de vista moral e jurídico, entre as infrações a este dever, sejam do homem ou da mulher, inexistente qualquer diferenciação, ambas atentam contra a lei, a moral e a religião, dissolvem o casamento e provocam a desagregação da família. Merecem, pois, idêntica reprovação.”

É da natureza do instituto do casamento, o dever de coabitação, pois é fundamental para a sustentabilidade da família, que marido e mulher coabitem sob um mesmo teto. São raros os casos que justificam o descumprimento dessa obrigação recíproca. O não cumprimento desse dever, autoriza ao outro cônjuge o pedido da separação judicial unilateralmente.

É evidente, que em alguns casos cessa este dever, quanto um dos cônjuges é obrigado a deixar o lar comum, por imposição do outro, por exemplo, quanto um é dado a prática de sevícias em face do outro. Não basta residirem debaixo de um mesmo teto é preciso que haja vida em comum, inclusive o cumprimento do *debitum conjugale*.

Também é tido por dever conjugal, o respeito à mútua assistência, o que vale dizer, os cônjuges se obrigam reciprocamente à prestar socorro material e imaterial um ao outro. É da essência do casamento, o *mutuum adjutorium*, um tem que socorrer o outro, em caso de necessidade, principalmente, nos momentos de dor e de doenças graves.

Finalmente, chega-se ao último dever estabelecido pela lei civil, ou seja, o sustento, guarda e educação dos filhos. Em primeiro lugar, têm os pais a obrigação de dar uma vida digna aos seus filhos dentro dos padrões econômicos que lhes permitem a vida. Não resta a menor dúvida, de que cabe principalmente aos pais, a obrigação de cuidar da sorte de seus filhos, orientando-os das malícias da sociedade para que se tornem bons cidadãos. Dessa forma, tem que lhes oferecer um lar onde a vida tem que ser harmoniosa e respeitosa, para ter como exemplos para a vida, em primeiro lugar, a dos próprios pais e em segundo lugar, lhes proporcionar uma instrução atual e de bom nível para que possam enfrentar a realidade da vida.

Portanto, basta que ocorra qualquer uma transgressão, a qualquer um desses deveres anteriormente mencionados, ou eles combinados, para que seja dado azo, para o exercício da pretensão de uma separação do casal de forma unilateral.

É evidente, que a mencionada transgressão, deve ter a característica de insuportabilidade da continuidade da vida em comum e a nossa lei civil, apresenta no seu art. 1573, os motivos que o legislador entende como caracterizadores, sem que isso seja os únicos fatos delimitadores, pois no parágrafo único do mesmo dispositivo, permite que o magistrado admita outros fatos como ensejadores da continuidade da vida em comum: (I) adultério; (II) tentativa de morte (III) sevícia ou injúria grave (IV) abandono voluntário do lar conjugal, durante 1(um) ano contínuo;(V) condenação por crime infamante; (vI) conduta desonrosa.

Oportuno aqui, a observação do jurista Eduardo de Oliveira Leite<sup>17</sup>, quando afirma: “ ainda que o parágrafo único ressalte a atuação do juiz, na consideração de outros fatores que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum, a enumeração pode dificultar uma correta aplicação da lei, como também gerar decisões contraditórias...”

#### **7.1.1.4 DA SEPARAÇÃO JUDICIAL SEM QUE SE IMPUTE AO OUTRO CÔNJUGE ALGUMA CULPA**

São as duas hipóteses previstas nos § 1º e 2º do art. 1.572 do Novo Código Civil, cujo conteúdo dos dispositivos, praticamente em nada, se alterou o que constava para a mesma matéria na Lei do Divórcio, contidos nos § 1º e 2º do art. 5º.

---

<sup>17</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado. Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.145.

### **7.1.1.5 SEPARAÇÃO BASEADA NO PRINCÍPIO DA RUPTURA**

O novo Código Civil, praticamente, seguiu os passos da Lei do Divórcio e também apresenta duas modalidades de ruptura: a primeira, como ruptura da vida em comum e a segunda como doença mental grave.

Nos termos do § 1º, do art. 1.572 do NCC, a separação judicial pode ser pedida “se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 1(um) ano, e a impossibilidade de sua reconstituição”.

Já o § 2º, do art. 1.572, autoriza que o cônjuge peça a separação judicial “quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 2(dois) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

### **7.1.1.6 RUPTURA DA VIDA EM COMUM**

A ruptura da vida em comum por mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição é a primeira hipótese de separação judicial litigiosa baseada no princípio da ruptura.

Nesta hipótese, não há que se cogitar da culpa do outro cônjuge, sendo suficiente apenas a demonstração de forma objetiva, da ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

O jurista Yussef Said Cahali<sup>18</sup>, ao tratar do assunto, apresenta três requisitos essenciais caracterizadores da separação de fato que possibilita a dissolução da sociedade conjugal:

“1º - a presença de um elemento material, representado pela ausência de vida comum, o que implica, via de regra, a separação de residências; 2º - a presença de um elemento intencional, voluntário, que é a intenção de vidas em separados, e que deve existir pelo menos da parte de um dos cônjuges; 3º - a continuidade desta separação de fato por um período não inferior a cinco anos (agora um ano)”.

A doutrina trata esta modalidade de separação, como separação falência, ou seja, a forma pela qual, se dissolve a sociedade conjugal, que já deixou de existir de forma contundente e nada justifica que ela continue a existir no papel.

---

<sup>18</sup> CAHALI, Yussef Said. Ob. cit., p. 421.

### 7.1.1.7 GRAVE DOENÇA MENTAL DO OUTRO CÔNJUGE

A doença mental grave é a segunda hipótese de separação judicial litigiosa baseada no princípio da ruptura sem que se impute culpa ao outro consorte. Da mesma forma que na situação anterior não se cogita de culpa, sendo suficiente a demonstração de que o cônjuge se encontra acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, e que isso torne impossível a continuidade da vida em comum, desde que, após uma duração de 2(dois) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Para que a doença mental enseje a dissolução da vida em comum deverá ser de natureza grave, de tal forma que impossibilite a continuidade da vida a dois. Neste particular, pondera Maria Zarantin Lotufo<sup>19</sup>:

“À primeira vista pode parecer cruel essa possibilidade de dissolução, já que uma das finalidades do casamento é a assistência mútua, a qual deveria permanecer mesmo nas situações dificultosas da vida. No entanto, se considerarmos essa realidade, tendo em vista um casal jovem em que o fato de um dos cônjuges ter que permanecer na companhia do outro lhe tira inúmeras possibilidades de realização de objetivos, chegamos à conclusão, que por uma questão de justiça, seria menos justo condená-lo a essa situação, do que impingir ao outro, alienado mentalmente, a separação forçada”.

Efetivamente, quando um dos cônjuges passa a sofrer de uma enfermidade mental de cura improvável, principalmente, quando diz respeito, a um casal jovem, não se justifica mais que um fique atrelado ao outro, somente por causa da promessa no dia do casamento, quando o enfermo não tem mais nenhuma ligação com a vida terrena e sim apenas uma vida vegetativa, onde não reconhece mais nem o seu cônjuge e nem os seus filhos.

No que diz respeito a tornar a doença impossível a continuidade da vida em comum, na lição de Mathias Coltro<sup>20</sup>, “ não constitui na mesma coisa que insuportabilidade da vida em comum, terá o juiz que examinar o caso concreto e aferir sobre ser ou não presente a hipótese diversa, ou seja, da possibilidade de

---

<sup>19</sup> LOTUFO, Maria Alice Zarantin. *Curso Avançado de Direito Civil. Direito de Família.* (Coord. Everaldo Cambier). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.142.

<sup>20</sup> COLTRO, Antonio Carlos Mathias; FIGUEIRO, Sálvio de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito Pessoal.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.374-377.



manutenção da vida a dois.(...) Anote-se, por fim, que se a doença manifestar-se em um dos cônjuges no prazo de três anos, a contar da data da celebração do casamento, poderá o outro pedir a sua anulação por erro essencial ( arts. 1.537,Inc.IV e 1.560, Inc. III, do NC C).

Sendo de ressaltar que o legislador civil, previu no § 3º do art. 1.572, uma espécie de sanção civil, de ordem patrimonial, para o cônjuge que pleitear a separação remédio, ou seja, o outro consorte leva todos os bens remanescentes que trouxe para o casamento, além de também receber a metade dos bens que foram adquiridos na constância do casamento, caso o regime permita,

### 7.1.2 SEPARAÇÃO CONSENSUAL

O Instituto da separação consensual, amigável ou por mútuo consentimento encontra-se prevista no art. 1.574, *caput* do atual Código Civil. A lei exige para a concessão da separação consensual que os cônjuges requerentes estejam casados há mais de 1(um) ano e manifestem perante o juiz a vontade mútua de pôr termo à sociedade conjugal.

Maria Helena Diniz ressalta<sup>21</sup> que:

“permite a norma jurídica que os cônjuges se separem consensualmente, propondo uma ação que tem por fim precípua legalizar a conveniência dos consortes de viverem separados. O procedimento judicial da separação consensual de requerimento conjunto é muito simples, bastando a observância do disposto no Código de Processo Civil, arts. 1.120 a 1.124, sob pena de nulidade. Os consortes devem requerê-la em petição assinada por ambos, por seus advogados ou por advogado escolhido de comum acordo, comunicando a deliberação de por termo à sociedade conjugal,sem necessidade de expor os motivos, convencionando-se as cláusulas e condições em que o fazem.”.

Nesta modalidade de separação não se cogita de causa, basta apenas o mútuo consenso dos consortes e o decurso de um ano de tempo de matrimônio contraído.

#### 7.1.2.1 EFEITOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

---

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil.Direito de Família* 19.ed.,,São Paulo: Editora Saraiva, 2004,p.262.

Temos que a separação judicial produz efeitos idênticos aos do instituto do divórcio vincular, com exceção apenas que não ocorre a dissolução do vínculo matrimonial. Os efeitos dizem respeito ao cônjuge, aos bens deles e em relação aos filhos, cujo parâmetro de variação ocorre no caso dela ser consensual ou litigiosa.

O principal efeito da sentença que decreta ou homologa a separação judicial é a dissolução da sociedade conjugal, que se opera com o trânsito em julgado da sentença. Nos termos do art. 1.575, temos que “ a sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens”..E, de acordo com o disposto no art. 1.576 do NCC, a sentença também extingue o dever de coabitação e fidelidade recíproca, e ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

É possível, que um dos cônjuges venha a precisar de pensão alimentícia, nem que for temporária para se manter até que consiga se colocar no mercado de trabalho, considerando que o estado civil de casado, principalmente em relação à mulher, acaba por afastá-la da possibilidade de trabalho fora do lar.

E, ainda, pode-se citar, como efeito, o teor do art. 1.578 do NCC, sustentando que ao cônjuge culpado pela separação perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente não acarretar: evidente prejuízo para a sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos união dissolvida; dano grave reconhecido na decisão judicial.

Por final, temos os efeitos quanto aos filhos do casal, onde consumada a separação, tem que ficar definida a guarda dos filhos e ainda o *quantum* da pensão alimentícia que será necessária para o seu sustento e educação.

### 7.3 SEPARAÇÃO DE FATO

Em contraposição às separações de direito, tanto a litigiosa como a consensual, a lei também reconhece a situação jurídica da separação de fato para os cônjuges na constância do casamento. Neste particular, tanto a Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 6º) quanto a Lei Civil ( § 2º., do art.. 1.580 do NCC), falam em “separação de fato” por mais de dois anos, como requisito para a obtenção da possibilidade do divórcio direto.

Portanto, por palavras simples, pode-se afirmar, em Direito de Família brasileiro, que a separação de fato, fica caracterizada para duas pessoas de sexos opostos, quando estão no estado civil de casadas, e não formalizaram, sua separação, por medida cautelar de separação de corpos, por separação judicial ou pelo instituto do divórcio<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de Fato entre os Cônjuges e efeitos pessoais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p.6-7.

Na doutrina de Lúcia Stela Lago<sup>23</sup>, existem dois elementos configuradores da separação de fato: um objetivo e outro subjetivo, ou seja, “O elemento objetivo-consiste na cessação material da coabitação entre os cônjuges. Normalmente se concretiza com o afastamento de um dos cônjuges do que foi o domicílio conjugal. O elemento subjetivo- o *animus*, ou a intenção unilateral ou bilateral dos cônjuges em dar por terminada a vida em comum e, por conseguinte, extinguir todo relacionamento matrimonial. A separação deve ter ocorrido por razões que não constituem verdadeiros casos de estado de necessidade ou força maior, expressões de alcances muito mais amplos que incluem razões diversas, como, por exemplo, quando um dos cônjuges deve ser internado por muito tempo em um centro assistencial, ou tenha sido transferido em seu trabalho para uma sucursal em outro país e não exista possibilidades de mudança material da família. A separação deve ser voluntária, desejada por si mesma.”

Temos então que a separação de fato pode se verificar pela vontade de ambos os cônjuges, ou de um deles de forma unilateral, sendo certo que basta um deles deixar de forma definitiva o lar conjugal, visando colocar fim ao seu casamento, negando-se de forma peremptória, a cumprir o dever de coabitação com o outro consorte, que estará configurada a separação de fato.

## **8. O DIREITO RELIGIOSO, INCLUSIVE O CANÔNICO, A CONSTITUIÇÃO E O NOVO CÓDIGO CIVIL**

O posicionamento do legislador constituinte na Constituição de 1934, onde procedeu-se uma abertura para o casamento religioso, não só para a Igreja Católica, como para todos os demais credos, permitindo ser estendido os efeitos civis ao casamento religioso, mantém-se intacto até o presente momento, nos termos § 2º do art. 226 da CF/1988.

Com a relação a legislação civil, o atual Código Civil, permite estender os efeitos civis ao casamento religioso que se habilitou antecipadamente, perante o registro civil, nos termos do art. 1.515 do NCC. Nesta hipótese temos a habilitação prévia (§ 1º. art. 1516 NCC). Têm-se o prazo de 90 dias para o feito da inscrição do casamento religioso.

Por outro lado, a lei civil ainda é benevolente, com os retardatários, pois no § 2º do art. 1.516, se permite ainda, a celebração do casamento religioso e

---

<sup>23</sup> LAGO, Lúcia Stella Ramos do. Ob. cit., p.9-10.

posteriormente, atendendo todas as exigências de habilitação prévia, perante autoridade competente, atendendo o prazo do art. 1.532, que é de 90 dias., e anexa todos os documentos exigidos pelo art. 1.525 do NCC, registrar o casamento religioso no civil.

Portanto, chegamos quase ao final do Século XX, onde a legislação comum (Direito Civil), através da legislação extravagante (Lei do Divórcio), permitindo a ruptura do vínculo matrimonial, ou apenas a dissolução da sociedade conjugal, sem a ruptura do vínculo e é o que prevalece no direito atual vigente, encartado no Novo Código Civil. No Direito Canônico, a questão da indissolubilidade do vínculo matrimonial, se mantém inalterada, desde o término do Concílio de Trento (1545-1563), conforme determinação do Código Canônico de 1983, no seu cânone 1.141, onde apenas por exceção, se admite a dissolução<sup>24</sup>: a) em casos de casamentos ratificados e não consumados, b) pelo privilégio Paulino; c) privilégio petrino.

Pois fora disso, apenas se permite *separatio tori, mensae et habitationis*, nos termos do cânone 1.151<sup>25</sup>, onde ressalta o padre Jesús Hortal, citado por Yussef Cahali<sup>26</sup>, que o adultério é reconhecido como causa de separação perpétua, mas deve-se tratar de um adultério verdadeiro, formal, certo, não consentido, nem perdoado, nem compensado pelo cônjuge inocente, sendo certo de que as causas mencionadas no cân. 1.153, são dão motivo para separação temporária e não perpétua, enquanto perdurar a causa.

## 10. CONCLUSÃO

A introdução do Instituto da separação do casal, em nosso país, deu-se de longa data, e foi implantado inicialmente, como um instituto do Direito Canônico, que tinha no casamento um Sacramento.

O instituto da separação foi nominado inicialmente, como divórcio não vincular, inclusive era a expressão constante dos cânones da Igreja Católica, desde o Concílio Tridentino, mantido pela legislação canônica complementar brasileira, nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, e que perpetuou no Código Canônico de 1917 e no atual Código Canônico de 1983.

---

<sup>24</sup> CIFUENTES, Rafael Lhano. *Novo Direito Matrimonial Canônico*. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Marques Saraiva, 2000, p.486 *et seq.*

<sup>25</sup> LIMA, Mons. Maurílio César de. *Introdução à História do Direito Canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 1999, p.329-333.

<sup>26</sup> CAHALI, Yussef Said. Ob. cit., p.27

Em que pese ter ocorrida a ruptura entre o Estado e a Igreja Católica com a Proclamação da República, ao se instituir o casamento laico obrigatório pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que também se referiu ao divórcio, porém foi no sentido de separação de corpos e de bens e domicílio, sem dissolução do vínculo matrimonial. A primeira legislação republicana manteve o instituto do Direito Canônico, não permitindo o divórcio a vínculo.

A codificação do nosso direito civil, materializada na lei 3.071, de 1.1.1916, da mesma forma optou por manter inalterada a situação imposta pela Igreja Católica, apenas não mais acatando a expressão divórcio do texto do decreto e encartando a palavra desquite.

Em termos evolutivo, na legislação do Direito de Família, nos deparamos com advento do divórcio no Brasil, onde a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que alterou o § 1º, do art. 175 da Constituição Federal de 1969, eliminando dessa forma, do nosso Direito Constitucional, a norma imperativa da indissolubilidade do vínculo conjugal.

Temos que a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, foi conseqüência daquela emenda, possibilitando a regulamentação do divórcio e da separação judicial, em termos mais modernos no nosso direito positivo. Há que se mencionar, a resistência violenta por parte da hierarquia da Igreja Católica, chegando alguns de seus membros a afirmar que a aprovação daquela lei seria o fim da família brasileira.

O instituto da separação, tanto no aspecto judicial como o de fato, é de fundamental importância para a dissolução do casamento, pois em ambos os casos de divórcio, previstos tanto na Lei 6.515/77, como no Novo Código Civil, há que se passar por elas, no primeiro, há que existir uma separação de direito de pelo menos um ano, com sentença transitada em julgado, ou sentença proferida em medida cautelar, preparatória da principal de separação e no segundo caso, se exige também uma separação de 2(dois) anos, mas neste caso, é apenas uma separação de fato.

Com a entrada em vigência do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002), os casos de dissolução da sociedade conjugal, passaram a ser regulados pelo Código Civil vigente. Por uma simples comparação entre o texto da Lei do Divórcio e o texto encartado no atual Código Civil, constata-se de que não houve alterações substanciais, naquilo que tínhamos e naquilo que passamos a ter em termos de separação judicial.

Assim, chegamos quase ao final do Século XX, onde a legislação comum (Direito Civil), permitia a ruptura do vínculo matrimonial, através do divórcio, ou apenas a dissolução da sociedade conjugal, sem a ruptura do vínculo. Enquanto, que no Direito Canônico, a questão da indissolubilidade do vínculo, se man-

tém inalterada, conforme determinação do Código Canônico de 1983, portanto só se permite a *separatio tori, mensae et habitationis*, nos termos do cânone 1.151.

## 11. REFERÊNCIAS

AMEAL, João. *Breve Resumo da Historia de Portugal*. Lisboa: Deo, s/d.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CIFUENTES, Rafael Lhano. *Novo Direito Matrimonial Canônico*. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Marques Saraiva, 2000.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. *Promulgado pelo Papa João Paulo II*. Notas e Comentários: Pe. Jesus S. Hortal. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

COLIN, Ambroise;CAPITAN, Henry. *Derecho Civil, Introducción, personas, estado civil, incapazes*. v. 1, Cidade do México: Editorial Jurídica Universitária, 2002.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; FIGUEIRO, Sálvio de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito Pessoal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DEL PRIORE, Mary. *Religião e religiosidade no Brasil colonial* 4.ed. São Paulo: Editora Ática, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. Direito de Família* 19.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DOMINGUEZ, Lorenzo Miguélez. *Código de Derecho Canónico e Legislação complementária*, Madrid: La Editorial Católica S/A, MCMXLIX.

FERREIRA, Waldemar. *O Casamento Religioso de Efeitos Civis*. São Paulo: Tipographia Siqueira, 1935.

HERCULANO, Alexandre. *Estudos sobre o Casamento Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1907.

LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de Fato Entre os*

*Cônjuges*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado. Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Mons. Maurílio César de. *Introdução à História do Direito Canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso Avançado de Direito Civil. Direito de Família*. (Coord. Everaldo Cambier). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHAES, Rui Ribeiro. *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família (Direito Matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WALDEMAR, I. Puhl. *A separação Conjugal no Brasil (Direito Canônico e Civil Comparado)*. Porto Alegre: Editora La Salle, 1952

SOARES, Oscar de Macedo. *Casamento Civil (Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1899 Comentado)*. 4.ed., Rio de Janeiro: Livraria Garnier, s/d.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 4.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2004.