

A SEPARAÇÃO DE FATO ENTRE OS CÔNJUGES E OS SEUS EFEITOS

*Maria Aparecida Singh Bezerra de Lima**

SUMÁRIO: 1. Breves Considerações; 2. Conceituação; 3. Causas da Separação; 4. A Separação Unilateral; 5. Separação Bilateral; 6. Efeitos Pessoais e Patrimoniais; 7. Reconciliação; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES

O rompimento de fato entre os cônjuges é na realidade social 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.

Nos dias hodiernos é expressivo o número de casais que se encontram inseridos neste modelo de descasamento, a exemplo desta afirmação Lúcia Stella Ramos do Lago, defende a tese de que mesmo assim o assunto não vem recebendo a devida atenção por parte do direito brasileiro, deixando destarte, desprotegidos os casais que pelos mais diversos motivos, encontram-se na situação de separados de fato.

Segundo Stella Ramos¹, a separação de fato funciona como espécie de válvula por onde escapam as pessoas casadas que não podem e em muitas das vezes não querem recorrer a separação judicial ou ao divórcio, e neste sentido pondera a autora: “Por definição, a separação de fato se situa à margem do direito, que impõe aos esposos uma comunidade de vida. Sob este ponto de vista, o princípio aparece cristalino: a separação de fato não altera, em nada, o direito, pois os cônjuges separados de fato permanecem sempre na situação de pessoas casadas”.

* Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau aposentado. Doutor e Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá. Professor da Faculdade de Direito de Curitiba. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro Fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

¹ Lago, L. S. R. do. Separação de Fato Entre Cônjuges. Efeitos Pessoais. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 3.

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.

No âmbito do nosso direito 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 divórcio².

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 fato³.

2. CONCEITUAÇÃO

Para conceituar a separação de fato, Teresa Arruda Alvim⁴, parte do pressuposto seguinte: “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”.

Para Orlando Gomes⁵: “Separação de fato é a cessação da vida em comum dos cônjuges sem intervenção do juiz”.

Tanto Orlando Gomes, como Teresa Arruda Alvim, apresentam dois elementos que configuram a separação de fato. Um que 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,

² 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 entre os nossos juristas. 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. (nossa conclusão)

³ 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, cuja elaboração tem vistas a dar à família condições para que questões dessa natureza não fiquem por muito tempo causando sofrimento e desarmonia nas relações familiares e prováveis conseqüências desagradáveis que envolvem além de questões pessoais, também as de ordem material. (nossa conclusão)

⁴ Alvim, T. A. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais, V.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 208 e 209.

⁵ Gomes, O, Direito de Família. 7, ed, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 303 e s.

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, José Lamartine Correia de Oliveira⁶, assevera 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 definitiva⁷, 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 estabelece⁸.

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.

⁶ Oliveira, J. L. C. de. e outro. Curso de Direito de Família. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 469 e s.

⁷ 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 nossa lei prevê para as pessoas o estado civil de solteiro, casado, viúvo, divorciado e separado judicialmente. (nossa conclusão).

⁸ Uma das consequências da separação de fato que pode ser apontada, refere-se a inovação da lei civil, cuja previsão do artigo 1.830 do Novo Código Civil Brasileiro, previsto para vigorar a partir de janeiro de 2003, estabelece que na condição de herdeiro (artigo 1.829, inciso 111, do mesmo diploma), 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. (nota da autora)

Stella Ramos⁹, em citação ao autor espanhol, Puig Brutau, em busca de uma definição jurídica para a separação de fato, destaca que: “a primeira dificuldade do tema reside em sua qualificação jurídica, porque, precisamente, se caracteriza por não estar previsto legalmente. E, paradoxalmente, o que, na realidade, é uma situação que afeta, de maneira fundamental, os pilares da vida matrimonial, chegando, muitas vezes, a destruí-la totalmente, é tratado pela lei em linhas gerais”.

As dificuldades observadas em relação ao tema da separação de fato, traduzem na verdade o descaso do legislador em relação ao fato social apresentado, cujo reflexo sentido nas relações familiares de repercussão na sociedade, faz deduzir a necessidade de medida que possa gerar a fonte jurídica formal¹⁰ para a orientação das condutas apresentadas neste tipo de situação conjugal, buscando deste modo, a realização harmônica e equilibrada das relações oriundas do casamento.

3. CAUSAS DA SEPARAÇÃO

De acordo com a doutrina jurídica vários são os motivos que provocam a separação de fato entre os cônjuges. Stella Ramos¹¹, ao enumerar os de maior frequência, faz referência aos 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 caso estão aqueles 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.

Dentre as pessoas casadas, dada esta situação cômoda, boa parte acaba vivendo em situação de separação de fato, porque entendem que o

⁹ Lago, L. S. R. do. Ob. cit. p. 8 e s.

¹⁰ Para esta conclusão, observamos os ensinamentos do professor Miguel Reale, cuja tese apresentada, visa demonstrar a importância do fato social para a criação do direito (teoria tridimensional: fato, valor e norma). Sobre o assunto consultar as obras do mesmo autor: Filosofia do Direito, Estudos de Filosofia e Ciência do Direito e Lições Preliminares de Direito, todas da Editora Saraiva.

¹¹ Lago, L. S. R. do. Ob. cit. p. 11 e s.

procedimento judicial além de oneroso, causa transtornos dos mais variados possíveis na vida das pessoas.

Finalmente, conclui-se que diante de tantos motivos que ensejam a separação de fato, correta está a expressão de Antunes Varela¹², “...o casamento falhado em que já não existe (ou nunca existiu) a comunhão plena de vida entre os cônjuges e não há razão para crer (nicht erwartet werden kann.) que eles venham a estabelecer ou a restaurar de novo.

4. A SEPARAÇÃO UNILATERAL

A separação unilateral se caracteriza pela atitude individualizada do cônjuge, que sem o consenso do outro abandona o lar. Neste tipo de separação o elemento subjetivo, ou seja, a vontade de romper com a vida em comum somente se discute em eventual processo judicial.

Esta separação é típica daqueles casos em que um dos cônjuges não suportando o peso da carga emocional e até mesmo física, numa atitude desesperadora, pressionado pelo sofrimento, acaba deixando o lar o que muitas vezes ocorre sem que o desertor tenha a mínima culpa em relação a atitude que toma. Situação esta que pode também ocorrer quando entre os cônjuges se estabelece um delongado isolamento afetivo, em que a submissão acaba ocorrendo imposição unilateral.

Estas são, portanto, circunstâncias que levam os casais a buscarem a separação de fato cuja caracterização se entende como forma de evasão unilateral, podendo configurar-se em separação de fato negativa e separação unilateral culposa.

5. SEPARAÇÃO BILATERAL

A separação bilateral ou amigável é aquela em que os cônjuges de comum acordo resolvem pactuar. Tem preferência entre os casais que no momento da separação não estão interessados em levar para justiça a apreciação da decisão do afastamento às regras do casamento.

Entretanto, se com a separação de fato amigável, posteriormente, restar para um dos cônjuges insatisfação sem que o outro tenha para isto concorrido, por ocasião do divórcio direto não há que se discutir a culpa do desertor. Porém se a separação se deu por conta e risco de cada cônjuge, e para tanto ocorreu a culpa concorrente, a separação litigiosa neste caso pode ser decretada com base na culpa recíproca.

¹² Varela. A. Dissolução da sociedade conjugal, n. 31, p. 88-89. Apud Cahali, Y. S. Divórcio e Separação. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p.273.

6. OS EFEITOS PESSOAIS E 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.

Arnoldo Wald¹³, ao tratar o assunto ensina que: “Os direitos de família são de caráter patrimonial ou extrapatrimonial. São extrapatrimoniais o direito do marido de fixar o domicílio do casal e o dever de fidelidade que existe entre marido e mulher. São patrimoniais os direitos reais e obrigacionais que emanam das relações familiares (...)”.

A essa definição, acrescenta Stella Ramos¹⁴, “(...) que os efeitos pessoais decorrentes da separação de fato entre cônjuges são aqueles atinentes estritamente às pessoas dos cônjuges, sem envolver aspectos relativos à filiação, bens, obrigações e sucessões.

Orlando Gomes¹⁵, ao apontar os efeitos da separação de fato, enumera como consequência 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 lei¹⁶.

¹³ Wald, A. Curso de Direito Civil Brasileiro > Direito de Família. 11 ed. Vol. IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 23.

¹⁴ Lago, L. S. R. do. ob. cil. p. 129 e s.

¹⁵ Gomes. O. ob. cil. p. 306.

¹⁶ Para a corroboração do exposto ver o encadeamento dos dispositivos pertinentes: Lei nº6.515/77, art. 5º, §1º; art. 40; alteração na lei nº 7.841/89 e artigo 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

No que tange a 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 o mestre Orlando Gomes¹⁷ que: “Com a separação de fato não se extingue o poder doméstico da mulher casada, mas, se está receber pensão não pode exercer-lo. E 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 paridade entre os cônjuges.

7. RECONCILIAÇÃO

A reconciliação dos separados de fato, consiste no reatamento manifestado de forma voluntária pelos mesmos. Consuma-se, portanto, conforme nos explica Teresa Arruda Alvim¹⁸, 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 elementos¹⁹: “a) efetivo arrependimento do desertor e desejo de retomar à 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, deve estar livre de encargos para ambas as partes.

8. CONCLUSÃO

Alinhados neste trabalho os aspectos relevantes da separação de fato, do exposto, resta nos a convicção de que embora a lei e a doutrina

¹⁷ Gomes, O. ob. cit. 308.

¹⁸ Alvim, T. ob. cit. p. 221.

¹⁹ Idem, idem, p. 221.

façam expressa referência à 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.

9. REFERÊNCIAS

- ALVIM, T. A. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, v. 2.
- BEVILAQUA, C. *Direito de família*. Campinas - SP: Red Livros Editora e Distribuidora, 2001.
- BITTAR, C. A. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- CAHALI, Y. S. *Divórcio e separação*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CARNEIRO, M. F. *Pesquisa Jurídica – metodologia da aprendizagem*, 2. edição, Curitiba: Juruá, 2001.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, São Paulo: Saraiva, 1991, v. 5.
- FEDERAL, Constituição Federal de 1998.
- GOMES, O. *Direito de família*, 7 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- LAGO, L. S. R. do. *Separação de fato entre cônjuges: efeitos pessoais*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, J. L. C. de. e outro. *Curso de direito de família*, 2. ed., Curitiba: Juruá, 1998.
- PINTO, A. L. de T. *et al. Código Civil Comparado*. São Paulo: Saraiva. 2002.

REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2000

RODRIGUES, S. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. 1. ed, São Paulo: Saraiva, 1978.

WALD, A. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.