

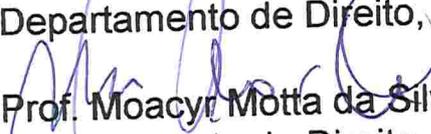
KÉSIA VIVIANE DA MOTA

**A SEPARAÇÃO JUDICIAL E O DIVÓRCIO
NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada, com conceito 10 (dez), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Prof. Josel Machado Corrêa
Departamento de Direito, UFSC


Prof. Moacyr Motta da Silva
Departamento de Direito, UFSC

Prof. Nicolau Apóstolo Pítsica
Departamento de Direito, UFSC

Florianópolis, 04 de dezembro de 1997.

AGRADECIMENTOS

A Deus, principalmente, por ser a fonte de paz e força para enfrentar os percalços da vida acadêmica.

Ao meu pai, José Adelino da Mota, por ser um exemplo de sabedoria e mestre de todos os seus filhos, grande incentivador de minhas ambições profissionais.

À minha mãe, Valdete Basílio da Mota, uma pessoa que merece profunda admiração, possuidora de uma força tamanha, que poucos poderiam alcançar, por ser o tipo de mulher que almejo ser.

Aos meus irmãos, Vasti Basílio, Joás Adelino, Valéria Mirtes, Silvia Raquel, Débora Basílio, Priscila Basílio e Gabriela Basílio da Mota, por serem companheiros dos momentos mais importantes da minha vida, melhores amigos que alguém poderia ter.

Aos professores e funcionários do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, pelo apoio

oferecido e, especialmente, aos membros do Colegiado do Curso, sem os quais não poderia estar vivendo este momento.

Ao meu orientador, prof. Josel Machado Correa, por estar sempre disposto prestar orientações, mesmo nos horários mais difíceis.

Aos amigos da 1ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital do Estado de Santa Catarina, pelo que ensinaram a respeito da prática forense em direito de família e pelo exemplo de coleguismo saudável.

Aos colegas, companheiros das alegrias e preocupações que envolvem o período de conclusão do curso e, principalmente, à Walquiria Machado Rodrigues, pela importante dica que deu para a redação da presente monografia.

A todos os amigos que ofereceram o "ombro amigo" quando eu precisei de apoio, especialmente ao Lauro Bernardino Coelho Júnior, ao Antônio Cláudio de Macedo Carneiro, ao Luis Daniel Pittini Strumiello, à Valkíria Quiroga Duran, à família Moreira e à família Estuqui.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	03
1.1 No Direito Constitucional	03
1.2 No Direito Civil	06
1.2.1 Antes da promulgação do Código Civil Brasileiro	07
1.2.2 O disposto no Código Civil	08
2. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO – ASPECTOS GERAIS	13
2.1 Dos Efeitos Jurídicos do Casamento	13
2.1.1 Surgimento da família legítima	13
2.1.2 Nascimento de deveres recíprocos	14
2.1.3 Vigência e irrevogabilidade do regime de bens	15
2.1.4 Deveres implícitos e outros efeitos	17
2.2 Separação Judicial e Divórcio: Conceitos	18
2.2.1 Espécies de separação	19

2.2.1.1	Separação Judicial por mútuo consentimento	19
2.2.1.2	Separação Judicial litigiosa	20
2.2.2	Espécies de divórcio	23
2.2.2.1	Conversão em divórcio da separação judicial	23
2.2.2.2	Divórcio direto	23
3.	SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO – ASPECTOS PROCESSUAIS	25
3.1	Medidas Cautelares	25
3.2	Separação Consensual	27
3.2.1	Natureza jurídica	28
3.2.2	Pressupostos	28
3.2.3	Legitimação	29
3.2.4	Competência	30
3.2.5	Requisitos da petição inicial	31
3.2.5.1	Assinatura dos cônjuges e do(s) advogado(s)	31
3.2.5.2	Prova do casamento	32
3.2.5.3	Cláusulas	32
3.2.5.4	Nome da mulher	34
3.2.6	Procedimento	35
3.2.7	Reconciliação do casal	37
3.3	Separação Judicial Litigiosa	37

3.3.1 Procedimento	39
3.3.1.1 Petição inicial	40
3.3.1.2 Audiência de conciliação	40
3.3.1.3 Citação e resposta do réu	42
3.3.1.4 Prova	45
3.3.1.5 Sentença	45
3.3.1.6 Uso do nome do marido	47
3.4 Conversão da Separação Judicial em Divórcio	47
3.4.1 Requisitos para conversão	48
3.4.2 Cláusulas obrigatórias	50
3.4.3 Audiência de conciliação	51
3.4.4 Processamento	52
3.4.5 Sentença	53
3.5 Divórcio Direto	54
CONCLUSÃO	56
BIBLIOGRAFIA	59

RESUMO

Cuida-se de trabalho de conclusão de curso, consistindo numa monografia a respeito da dissolução do vínculo matrimonial. Seu objetivo é o de apresentar ao leitor os aspectos gerais e os aspectos processuais das ações de separação judicial e de divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, privilegiando o direito processual, e apontando, inclusive, a sua evolução histórica. Tem a pretensão de identificar quais sejam as principais tendências do legislador ao tratar do assunto, assim como as contradições encontradas, cotejando o ensinamento dos doutrinadores sobre o tema e concluindo com a indicação de algumas propostas. Trata-se de um tema que será sempre atual, por serem, as ações de separação judicial e de divórcio, ações de estado. A dinâmica da sociedade brasileira em relação aos valores de família levam o legislador a ter a necessidade de adaptar-se constantemente. Embora o Brasil seja de tradição extremamente conservadora, verifica-se que os valores de família modificam-se rapidamente e o direito não pode deixar de amparar tal situação. O presente trabalho tem a meta de apresentar o que tem sido feito para alcançar tal intuito.

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa apontar os aspectos mais relevantes da separação judicial e do divórcio. Desnecessário seria aprofundar-se em questões pouco polêmicas em um trabalho de conclusão de curso cujo principal interesse é o de apontar novas tendências e novas propostas. Por esse motivo é que alguns pontos a respeito dessas ações não serão aqui abordados, privilegiando-se, assim, os mais importantes.

Este trabalho tem por finalidade apresentar ao leitor os aspectos da dissolução do vínculo matrimonial, no Brasil, através da separação judicial e do divórcio, dando maior importância aos aspectos processuais.

Trata-se de uma monografia, que dividir-se-á em três capítulos: no primeiro capítulo, pretende-se descrever a evolução histórica da dissolubilidade do vínculo no Brasil; o segundo capítulo

oferecerá um estudo a respeito dos aspectos gerais e o terceiro, dos aspectos processuais do assunto, que é tema do estudo que se fará. Afinal, como conclusão, indicar-se-á a opinião pessoal da autora sobre o que terá estudado, assim como uma análise geral do que estará descrito no desenvolvimento do trabalho.

O maior objetivo do presente trabalho de conclusão de curso é o de descrever os processos de separação judicial e de divórcio. A princípio, pode parecer ao leitor que trata-se de uma temática simples, não eivada de originalidade, porém as ações de separação e de divórcio multiplicam-se de forma considerável e são os principais intuitos dos clientes do Escritório Modelo de Assistência Judiciária (EMAJ) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), representando 75% das ações por eles promovidas.

Com esta constatação, verifica-se a relevância do tema para a sociedade e para o ordenamento jurídico pátrio. Grandes doutrinadores brasileiros estudam o assunto, oferecendo uma farta bibliografia a seu respeito; mas a dinâmica social provoca a sua constante atualização.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O fenômeno da dissolução do vínculo matrimonial no nosso país vem a ser um fato recente. Durante um prolongado período de tempo, o casamento foi indissolúvel. Ver-se-á no presente capítulo como se deu a introdução deste instituto na legislação pátria.

1.1 No Direito Constitucional:

É importante colocar, de forma sintética, a posição do direito de família dentro das constituições brasileiras, que até a atualidade, foram em número de sete.

A Constituição do Império, de 1824, não tratou do assunto. Naquela época, somente existia o casamento religioso, o nosso país vivia um período em que a religião católica apostólica

romana era a religião oficial e forte era a ligação entre o Estado e a Igreja.¹

Posteriormente, tivemos a Constituição da República, em 1891, que dedicou um item ao casamento civil. Já existia, nesta época, uma campanha divorcista no Brasil. Foi por insistência dos então partidários do instituto do divórcio que esta Constituição deixou em aberto o assunto.

Em 1893, o deputado Edson Coelho fez uma primeira tentativa de introduzir no país uma lei divorcista, mas o seu projeto de lei não foi bem sucedido. No final do século, o deputado Leite Oiticica também fez a sua tentativa, que restou infrutífera.

Em 1903, foi a vez da iniciativa do senador Martinho Garcez, que conseguiu aprovação da sua proposta numa primeira avaliação, mas a mesma passou a integrar matéria de discussão do Código Civil, sendo então derrotada. Em 1908, registrou-se a tentativa frustrada do deputado Alcidino Guanabara.²

Foram estas as manifestações da campanha divorcista, no Brasil, que acompanharam a Constituição da

1. AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Separação e Divórcio - teoria e prática. 4ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1997. p. 19.

2. FRANÇA, Rubens Limongi. A Lei do Divórcio Comentada e Documentada. São Paulo: Saraiva, 1978. p 35-36.

República, de 1891. Neste período, observou-se a desvinculação da Igreja em relação ao casamento.

A seguir, foi promulgada a Constituição da primeira era varguista, em 1934³. Esta Constituição dedicou um capítulo à família. Os deputados e senadores da Liga Eleitoral Católica conseguiram fazer com que fosse aprovado o princípio da indissolubilidade do vínculo, que adquiriu caráter de norma constitucional.⁴

A Constituição do Estado Novo, de 1937, trouxe um acréscimo em relação à anterior, no que tange a igualdade dos filhos naturais com os legítimos e a proteção da infância e da juventude pelo Estado. No entanto, nada trouxe de novo a respeito da dissolução do vínculo matrimonial.

Da mesma forma, a Constituição Liberal, de 1946, não modificou o estado em que se encontrava a campanha divorcista entre os brasileiros.

Em 1967, surgiu a Constituição Revolucionário-militar, que manteve o princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal. Dez anos depois, com a Emenda Constitucional n.º

3. AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit.

4. FRANÇA, Rubens Limongi. op. cit. p 36.

09, de 28 de junho de 1977⁵, o mesmo foi finalmente revogado. A partir deste momento, a dissolubilidade do vínculo adquirido pelo casamento passou a vigor no plano constitucional.

Este novo preceito constitucional veio a ser regulamentado no mesmo ano, precisamente seis meses depois, com a Lei n.º 6.515, de 28 de dezembro de 1977.

Finalmente, mister apontar o importantíssimo papel desempenhado pela Constituição Federal de 1988. Esta foi uma Constituição que desenvolveu de forma muito considerável o campo do divórcio no nosso país, pois reduziu os prazos para a conversão da separação judicial em divórcio, assim como multiplicou o número de casos de divórcio direto⁶, conforme podemos comprovar através do seu artigo 226 e parágrafos.

1.2 No Direito Civil:

O presente sub-item presta-se a examinar a evolução do instituto da dissolução do vínculo matrimonial no Brasil em esferas distintas do Direito Constitucional.

5. Emenda Constitucional n.º 09:

Art. 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 par. 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data da Emenda. (Ibidem, p. 31 e 39).

6. RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1997. 22 ed. atual. v.6. p. 201.

Não pode ser olvidada a influência da Igreja Católica, de presença tão constante no nosso Direito de Família. A sua conseqüência é a lentidão no desenvolvimento de tal ramo do direito. O Brasil, v.g., foi um dos últimos países a adotar a dissolubilidade do vínculo matrimonial.⁷

1.2.1 Antes da promulgação do Código Civil Brasileiro:

Como já fora dito, "nos primeiros séculos da história brasileira, a Igreja foi titular quase absoluta dos direitos sobre a instituição matrimonial"⁸. Esta influência perdurou durante muito tempo, sendo o Direito de Família da jurisdição eclesiástica; sua disposição e formação na esfera civil era mera reprodução do que estabelecia o Direito Canônico.

Os juristas do país lançaram mão de inúmeras tentativas, já naquela época, no intuito de modificar aquela situação estabelecida pelas tradições da Igreja, visando a secularização do instituto do casamento. Mas somente com o advento da República, havendo o decreto 119-A, de 7 de

7. ABREU, José. O Divórcio no Direito Brasileiro. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 08.

8. CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 8ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

janeiro de 1890, tornado leigo o Estado, foi que o matrimônio passou a perder o caráter confessional⁹. Mesmo assim, a influência da Igreja ainda manteve-se presente. Prova disso é que, apesar do número considerável de tentativas de abolir a indissolubilidade do vínculo matrimonial no país, somente muitos anos depois, em 1977, elas vieram a lograr êxito. O instituto do divórcio já era uma realidade em quase todo o mundo e, no Brasil, o Direito Canônico ainda estava presente na mentalidade dos parlamentares. Foi depois de intensa discussão e grande dificuldade que se conseguiu a implantação da dissolução do vínculo.

1.2.2 O disposto do Código Civil:

A discussão em torno do tema divórcio também esteve presente quando da elaboração do Código Civil. Na Câmara dos Deputados, em 1901, debateu-se a preferência entre o desquite e o divórcio. Foi um debate acirrado, mas prevaleceu a disposição do Direito Canônico, da indissolubilidade do casamento. Foi a regra do art. 315 do Código Civil, que passou a vigorar a partir do ano de 1917: "o casamento válido só se

9. Isto ocorreu com a promulgação do Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890. O Min. Campos Sales havia proposto a adoção do divórcio no Brasil, porém a lei limitou-se à implantação do casamento civil entre nós. (Ibidem, p.41).

dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida no art. 10, segunda parte. (ausência declarada judicialmente)".

Durante sessenta anos vigorou este dispositivo¹⁰. O inciso III, do artigo acima mencionado, dispunha a respeito da permissão do término do matrimônio através do desquite, amigável ou judicial. Ocorre que o vínculo não era dissolvido; a sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo fim ao regime de bens, mas o desquitado não poderia contrair novas núpcias.¹¹

Além disso, foi de notável importância, quando da promulgação do Código Civil Brasileiro, a introdução da palavra desquite. Até então apenas utilizava-se a expressão divórcio, ainda que não fosse admitido o rompimento do vínculo conjugal.

Com a utilização daquela expressão, tomou-se clara a distinção entre a separação judicial de corpos e de bens e o divórcio a vínculo, que trazia a possibilidade de novo matrimônio, embora somente aquela fosse permitida¹².

A Emenda Constitucional n.º 09 e a Lei 6.515, ambas de 1977, encarregaram-se de substituir a expressão desquite por separação judicial. A adoção da palavra desquite na legislação nacional fora

10. Com a Emenda Constitucional n.º 09, de 28 de junho de 1977, houve a alteração deste artigo.

11. *Ibidem*, p. 42.

12. RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 201.

uma conquista importante da nossa linguagem jurídica, mas foi modificada e passamos a copiar a forma utilizada na legislação estrangeira, sem que para isso houvesse qualquer motivo.¹³

Com o surgimento da Lei n.º 6.515, de 28 de dezembro de 1977, a popular lei do divórcio, o Código Civil, no que tange o direito de família, sofreu profundas modificações; seus artigos 315 a 324, que tratavam da dissolução da sociedade conjugal, assim como os artigos 325 a 328 e o par. 1º do artigo 1.605¹⁴, foram expressamente revogados pelo artigo 54 daquela lei.

No entanto, apesar de suas reconhecidas qualidades, a Lei do Divórcio era relativamente tímida, se comparada às legislações estrangeiras. Tal fato tem explicação na rigidez da campanha antivorcista. Em face de tamanha intransigência, os partidários do divórcio viram-se obrigados a fazer concessões, evitando assim uma total derrota¹⁵. Desta maneira, possibilitou-se apenas a conversão em divórcio de separação judicial com mais de três anos, e o divórcio direto para casos transitórios de separação de fato com mais de cinco anos

13. Este é o entendimento de Silvio Rodrigues, que afirmou, inclusive, que "não há qualquer razão para desprezar o nacional que é bom, para acolher o estrangeiro que é pior, apenas porque é importado." (Ibidem, p. 202-3)

14. Os artigos 325 a 328 tratavam da proteção da pessoa dos filhos e ao par. 1º do artigo 1.605 dizia respeito à questão da legitimidade da filiação.

15. Ibidem, p. 203.

desde que iniciada antes de 28 de junho de 1977 (data da Emenda Constitucional n.º 09).¹⁶

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, advieram profundas modificações em relação à Lei Federal de n.º 6.515. A redução dos prazos, conforme disposto no artigo 226, par. 6º, por exemplo, provocou alterações, especialmente, nos artigos 36, parágrafo único, I, e 40. A lei que regulamentou tal alteração foi a de n.º 7.841, de 17 de outubro de 1989, a qual reduziu de cinco para dois anos o tempo de separação de fato para o divórcio direto. Importante foi a revogação dos artigos 38, que impedia um segundo pedido de divórcio, e 40, par. 1º, que vinculava o pedido de divórcio às causas da separação litigiosa.

Ainda restava uma contradição: o prazo era de dois anos para o divórcio direto e de cinco para a separação judicial, ambos por separação de fato. Esta contradição foi sanada pela Lei n.º 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, que reduziu o último prazo acima mencionado de cinco para um ano.

Além disso, acrescentou-se o parágrafo único ao artigo 25, permitindo à mulher que, no divórcio por conversão, volte a usar o nome de solteira.¹⁷

16. RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 201.

17. Ibidem, p. 29-31

Conclui-se, afinal, que a questão do divórcio no Brasil é tão recente quanto tumultuada. A Lei do Divórcio, de 1977, foi indiscutivelmente elaborada às pressas, em meio à tensão provocada pela discussão árdua entre os divorcistas e os antidivorcistas¹⁸. A situação em que atualmente se encontra esta questão é resultado das disposições da Constituição Federal de 1988.

Houve, portanto, quase um século de campanha divorcista no nosso país. As tentativas constantes que foram feitas antes da promulgação da Lei do Divórcio pretendiam colocar na legislação pátria uma posição avançada no direito de família, mas pouco se alcançou. Somente com o advento da Constituição Federal em vigor é que tal avanço foi atingido e a campanha divorcista pôde chegar ao seu objetivo, seu fim.

18. ABREU, José. op. cit. p. VII.

2. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO - ASPECTOS GERAIS

2.1 Dos Efeitos Jurídicos do Casamento:

O Código Civil Brasileiro, no Título II do Livro I da Parte Especial¹⁹, trata dos efeitos jurídicos do casamento. Considerar-se-á, no presente item, a respeito desses efeitos.

2.1.1 A família considerada legítima:

O artigo 229 do mencionado código proclama: "Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Da leitura deste dispositivo, nota-se que o casamento válido cria a família legítima, a qual legitima os filhos havidos antes da sua realização. A partir daí, entende-se que o legislador

19. O Livro I da Parte Especial do Código Civil é o livro Do Direito de Família.

pretendia distinguir a família legítima da ilegítima.

Ocorre que tal distinção não mais pode existir atualmente, i.e., desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988. É o entendimento do ilustre doutrinador Silvio Rodrigues:

É verdade que esse quadro mudou com a Constituição de 1988, que, como vimos, tem sob sua proteção também a família constituída fora do matrimônio (art. 226, par. 6º). Mas, na realidade, para o legislador de 1916, a família nascida à sombra do casamento apresentava maior consistência e a sociedade lhe emprestava melhor condição de vida. A lei declara que o casamento cria a família legítima e legitima os filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos. O preceito tem pouco mais que um valor histórico, pois tanto a família legítima como a ilegítima estão sob a proteção do Estado, e os filhos, tanto os legítimos como os ilegítimos, são absolutamente iguais perante a lei.²⁰

2.1.2 Nascimento de deveres recíprocos:

No dizer de Yussef Said Cahali, com o matrimônio, os nubentes adquirem o estado conjugal, colocando-se assim como partícipes necessários e exclusivos da sociedade conjugal que se constitui²¹.

20. RODRIGUES, Silvio. op. cit. p. 116.

21. CAHALI, Yussef Said. op. cit. p. 62.

De tal acordo conjugal resultam direitos e deveres a serem exercidos pelos cônjuges. O legislador, no artigo 231 do Código Civil, enumerou os deveres principais de ambos os cônjuges, quais sejam:

Art. 231 São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal (art. 233, IV e 234);

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

2.1.3 Vigência e irrevogabilidade do regime de bens:

No entendimento do professor Silvio Rodrigues, "regime de bens é o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio".²²

Para Maria Helena Diniz, da mesma forma, "o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento".²³

De acordo com o artigo 230 do Código Civil, "o regime de bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável".

22. RODRIGUES, Silvio. op. cit. p. 117.

23. DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 241.

Não é possível que o regime matrimonial tenha início antes ou depois do ato nupcial, pois somente passa a vigorar a partir da data do casamento. Pode ocorrer, no entanto, que seja pactuado antes, mas é o matrimônio o seu termo inicial.

Não há que se falar, como no direito canônico, na prova da consumação do casamento. O Código Civil Brasileiro, "fazendo datar da celebração do casamento a vigência do regime de bens, evitou questões constrangedoras de prova, relativamente à consumação ou não do matrimônio".²⁴

Some-se a isto que, enquanto vigorar o casamento, inalterável permanecerá o regime matrimonial de bens, sendo vedada qualquer alteração²⁵. São as seguintes as principais razões apontadas por Silvio Rodrigues para justificar a irrevogabilidade do regime de bens:

A irrevogabilidade do regime de bens assenta em duas razões principais, a saber: a) defesa de interesses de terceiros; b) propósito de evitar que a influência exercida por um cônjuge sobre o outro possa extorquir a anuência deste, no sentido de alterar o convencionado no pacto antenupcial, com lesão de seu interesse e indevido benefício de seu consorte.²⁶

24. RODRIGUES, Silvio. op. cit.

25. "Todavia, a jurisprudência tem admitido algumas exceções ao princípio da irrevogabilidade do regime matrimonial, como se pode ver nas decisões exaradas na RF, 124:105; RT, 93:46; Adcoas, n. 90.289, 1.983." (DINIZ, Maria Helena, op. cit.).

26. RODRIGUES, Silvio. op. cit. p. 118.

2.1.4 Deveres implícitos e outros efeitos:

Subtrai-se da jurisprudência um rol de direitos e deveres, acrescidos aos elencados pela lei, também resultantes do matrimônio e que não podem ser violados.

Assim, por exemplo, o dever de sinceridade, o dever de tolerância, o dever de manter com o outro cônjuge uma certa comunhão espiritual, o dever de velar pela própria honra, a fim de não atingir, com o seu comportamento e por via indireta, a honra do companheiro, seu sócio solidário.²⁷

Finalmente, outros efeitos resultam do casamento e estão dispostos em outros capítulos do Código Civil. São eles: a) a legitimação dos filhos concebidos antes de sua realização (art. 229 c/c art. 353); b) o estabelecimento do vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro (art. 334); c) a emancipação do cônjuge menor de idade (art. 9º, par. 1º, II); d) direito hereditário ao cônjuge sobrevivente, além de algumas prerrogativas na sucessão aberta (art. 1.611); f) vantagens de ordem pessoal e patrimonial (legislação dos servidores e previdenciária); e) o acréscimo, ao nome da mulher, do sobrenome do marido (art. 240, parágrafo único).²⁸

27. CAHALI, Yussef Said. op. cit., p. 67.

28. Ibidem, p. 67 a 68.

2.2 Separação Judicial e divórcio: conceitos

Separação judicial e divórcio são formas de dissolução da sociedade conjugal, conforme disposto no art. 2º, incisos II e IV da Lei nº 6.515, de 28 de dezembro de 1977.²⁹

Ambos põem termo ao vínculo jurídico e dissolvem a comunhão universal de bens. Do mesmo modo, somente podem resultar de sentença judicial, pelas causas dispostas em lei.³⁰

É mister, porém, fazer a distinção entre os dois institutos. O divórcio, como dispõe o art. 24 da Lei nº 6.515/77, "põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso"; ocorre, portanto, a ruptura do vínculo, ensejando às partes a convolação de novas núpcias. Tal não acontece na separação judicial, em que os cônjuges apenas são dispensados dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, mas o vínculo não é desfeito, o que lhes retira a possibilidade de realizar novo casamento³¹, embora este possa ser restabelecido conforme reza o artigo 46 da Lei 6.515/77:

29. Art. 2º A sociedade conjugal termina:

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

(AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p. 34)

30. É um exemplo do chamado processo necessário, pois a dissolução do vínculo conjugal, no Brasil, só pode se obter através da intervenção do órgão judiciário. Na Islândia, o divórcio pode ser declarado, de modo excepcional, por decreto do Ministro da Justiça (Lei de 28.06.21) (CAHALI, Yussef Said. op. cit. p. 55)

31. Ibidem, p. 55.

Art. 46 Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação.

Em se tratando de dissolução por meio de divórcio, dispõe a respeito o caput do art. 33 da mencionada lei: "Se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal, só poderão fazê-lo mediante novo casamento".

2.2.1 Espécies de separação:

Os casos e efeitos da separação judicial encontram-se dispostos, na Lei nº 6.515/77, na Seção I do Capítulo I, que abrange os artigos 3º a 8º.

2.2.1.1 Separação judicial por mútuo consentimento:

O art. 4º dispõe a respeito da separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, i.e., da separação consensual. Considerada a mais civilizada e perfeita forma de separação³², é

32. ABREU, José. O Divórcio no Direito Brasileiro. São Paulo:Saraiva,1992, p.40.

admitida sem que seja questionada a sua causa. Os cônjuges concordam em pôr termo ao casamento e celebram um acordo.

Para a propositura da ação de separação consensual, é mister apenas que os cônjuges estejam casados há mais de dois anos, além do mútuo consentimento, obviamente.³³

Silvio Rodrigues aponta a maior vantagem desse tipo de separação, qual seja "a de ocultar a causa da separação". Ocorre, porém, que, no intuito de evitar os transtornos causados pela separação judicial litigiosa, muitas vezes um dos separandos vê-se obrigado a concordar com a separação consensual³⁴, embora não o queira.

2.2.1.2 Separação judicial litigiosa:

Ainda disciplinando a respeito da separação judicial, o artigo 5º da Lei do Divórcio dispõe sobre a separação judicial litigiosa. É a redação do caput do mencionado artigo: "A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe

33. RODRIGUES, Silvio. op. cit. p. 206.

34. Ibidem.

em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum". Trata-se da separação judicial requerida por apenas um dos cônjuges.

Por conduta desonrosa, pode-se compreender:

o alcoolismo, a prática de crime, a recusa em pagar os débitos da família, o uso de tóxicos, o namoro do cônjuge com estranhos, enfim, muitas daquelas hipóteses que antes eram compendiadas na rubrica de injúria grave pela jurisprudência brasileira.³⁵

Constitui também causa de separação judicial a violação grave dos deveres do casamento. Ensina, ainda, Silvio Rodrigues:

Se a violação é do dever de fidelidade, caracteriza-se o adultério; se a infrigência é do dever de vida em comum no domicílio conjugal, caracteriza-se o abandono ou a injúria; se há sevícia, caracteriza-se o descumprimento do dever de mútua assistência.³⁶

O par. 1º do art. 5º da lei em apreço dispõe: "A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição". Esta é uma das hipóteses de separação judicial por situação de fato. O par. 2º apresenta a segunda hipótese:

35. Ibidem, p. 220.

36. Ibidem.

O cônjuge pode ainda pedir separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

A esse respeito, comenta Silvio Rodrigues:

(...) cumpre considerar a inovação trazida pela Carta de 1988. Isso porque, se os cônjuges estiverem separados há mais de dois anos, parece-me fora de dúvida que o divórcio será concedido, com base no par. 6º do art. 226, (...), sem necessidade de articular moléstia mental do consorte (e obter-se apenas o desquite).³⁷

Finalmente, quanto à partilha dos bens, o par. 3º

determina:

No caso dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

37. *Ibidem*, p. 225.

2.2.2 Espécies de divórcio:

2.2.2.1 Conversão em divórcio da separação judicial:

A Lei Federal nº 6.515/77, em seu artigo 25, expõe uma das espécies de divórcio, qual seja a conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano.³⁸ Pode ser consensual ou litigiosa, conforme haja ou não acordo entre as partes.³⁹

De acordo com o dizer de Silvio Rodrigues, "no processo de divórcio não se pode cogitar de causa que determinou a separação judicial".⁴⁰

2.2.2.2 Divórcio direto:

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, inovou de forma considerável quando apresentou, no art. 226, par. 6º, a nova forma de

38. "O texto do art. 25, que, em sua primitiva redação, exigia o decurso de um prazo muito dilatado - de três anos - sofreu a primeira reforma pela Constituição de 1988 (art.226, par. 6º), que reduziu o prazo de três para 'mais de um ano'."

39. AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p. 35.

40. RODRIGUES, Silvio. op. cit. p.230.

divórcio direto: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, (...) comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Pode ser, também, consensual ou litigioso, conforme haja ou não acordo entre os cônjuges.⁴¹

São estas as duas espécies de divórcio, que são apontados neste capítulo de forma concisa, tendo em vista que a presente monografia pretende ater-se às questões de direito processual, tratando as questões de direito material apenas para proporcionar uma preparação prévia ao leitor. O próximo capítulo estudará os aspectos processuais do tema.

41. AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p. 35.

3. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

ASPECTOS PROCESSUAIS

3.1 Medidas Cautelares:

Tratando-se de dissolução de vínculo matrimonial, muitas serão as situações em que haverá necessidade de tomar providências a fim de assegurar interesses de uma das partes. O processo cautelar⁴² é o meio pelo qual se obtém a proteção judicial em tais situações.

A respeito da medida cautelar, escrevem Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira:

A medida cautelar tem uma finalidade em si própria. Como se percebe do nome, serve de garantia para que a pretensão principal possa ser alcançada e executada, e depende sempre dos resultados perseguidos nesta demanda, da qual é acessória.

42. O processo cautelar é disposto no Código de Processo Civil, nos artigos 796 e seguintes.

Constitui procedimento de cunho preparatório ou incidental, conforme seja proposto antes ou no curso do processo principal, e deste é sempre dependente.⁴³

Constituem objeto de medidas cautelares: "1º) a residência separada dos cônjuges, inclusive com alvará de separação de corpos; 2º) a guarda provisória dos filhos; 3º) os alimentos provisionais devidos reciprocamente e aos filhos; 4º) o resguardo dos interesses pecuniários da esposa".⁴⁴

3.1.1 Pressupostos da medida cautelar:

São basicamente dois os pressupostos da ação cautelar, de acordo com a cátedra de Humberto Theodoro Jr:

I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II – A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.

43. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 64.

44. CAHALI, Yussef Said. op. cit, p. 517.

A medida cautelar possui caráter preparatório, preventivo, provisório, não sendo, desta forma, lícito o seu ajuizamento como substitutivo da ação principal, salvo, excepcionalmente, nas hipóteses em que seja satisfativa.⁴⁵

Tornar-se-á ineficaz quando a ação principal não tiver prosseguimento ou se não for proposta no prazo de trinta dias, contados do ajuizamento da cautelar, ou mesmo com a sentença de improcedência da ação principal.⁴⁶

Por fim, é disposto no artigo 800 do Código de Processo Civil, a respeito do juízo competente nas medidas cautelares:

Art. 800 As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando, preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo Único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

São estes os aspectos mais relevantes a se apontar a respeito das medidas cautelares, que acompanham o processo de dissolução de vínculo matrimonial. Como fora dito, não é objetivo deste trabalho aprofundar-se neste tópico, sendo questão de pouca polêmica entre os estudiosos do direito.

45. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 65.

46. CAHALI, Yussef Said. op. cit, p. 517.

3.2 Separação Consensual:

Como pode-se concluir, pelo que o próprio nome diz, este instituto não reveste-se de litígio. Há um consenso entre o casal, um acordo. As partes concordam em pôr fim ao casamento e, para isso, não precisam alegar os motivos.

De acordo com o dizer do ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior, na "separação consensual, não há lide a ser composta por sentença.(...) Ao juiz cabe apenas homologar o ato bilateral, se observados os requisitos pela lei. O rito é o dos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil."⁴⁷

3.2.1 Natureza jurídica:

A separação consensual é de jurisdição voluntária, pois não há litígio e o magistrado apenas atua para a fiscalização da regularidade do acordo celebrado entre as partes.⁴⁸

Além disso, é negócio jurídico bilateral. Da mesma forma que o casamento, surge por meio de um acordo de vontades.⁴⁹

47. THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 393

48. Ibidem, p. 394

49. Derecho Processual Civil, Buenos Aires, EJE, 1957, III/22; PRATA, Edson. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio: Forense, 1978, p. 116, apud THEODORO JR, Humberto, op. cit, p. 394

3.2.2 Pressupostos:

Os pressupostos da separação judicial por mútuo consentimento são determinados pelo artigo 4º da Lei 6.515/77, o qual dispõe: "Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado".⁵⁰

São, portanto, pressupostos da separação consensual: casamento das partes por um período maior de dois anos e acordo entre as partes.⁵¹

Quanto ao primeiro pressuposto, comentam Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, juízes do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Não se vislumbra motivo para a longa espera de dois anos para a separação desejada pelas partes, quando o mesmo prazo de separação fática já servirá para obtenção do divórcio. Sem falar na contradição de se admitir a separação litigiosa após um ano de casamento, mas vedada a sua conversão em separação consensual, pela falta do transcurso do biênio.⁵²

50. "O disposto na CR 226, par. 6º, não reduziu o prazo de dois anos previsto no art. supra." (RJTJESP 152/272).

51. AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 118.

52. Ibidem, p. 119.

Os mesmos autores, no entanto, apontam qual seja a nova tendência da jurisprudência na solução deste problema:

(...) a jurisprudência vem admitindo, em tais casos, a medida cautelar de separação de corpos, abrangendo disposições sobre guarda de filhos menores e alimentos, com prorrogação do prazo de validade da medida, que seria de 30 dias, pelo tempo que faltar para a consumação dos dois anos necessários à propositura da ação principal.⁵³

3.2.3 Legitimação:

O par. 1º do art. 3º da Lei 6.515/77, deixa claro: "O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão".

Tratando-se de negócio jurídico bilateral, conforme entendimento do professor Humberto Theodoro Júnior, não poderá ser parte qualquer pessoa que não seja um dos cônjuges⁵⁴. E isto se dá não apenas por ser negócio jurídico bilateral, mas, principalmente, por se tratar de ação personalíssima, não admitindo intervenção de terceiros.

53. *Ibidem*

54. THEODORO JR, Humberto. *op. cit.*, p. 394.

3.2.4 Competência:

A doutrina de Yussef Said Cahali ensina que o foro privilegiado da mulher, determinado pelo artigo 100, inciso I, do Código de Processo Civil, não prevalece na ação de separação consensual:

Assim, (...), parece mais acertado aceitar-se competente para o processo de separação consensual o juízo da residência de qualquer dos cônjuges, desde que no Brasil, e estejam eles de acordo em ali fazer distribuir o pedido de separação.⁵⁵

Demonstra-se da mesma opinião Humberto Theodoro Júnior, quando aponta a competência do foro da mulher para a separação, fazendo a ressalva de que tal competência não é absoluta nem improrrogável.⁵⁶

Porém, a posição destes ilustres doutrinadores não é pacífica; encontra apoio na jurisprudência, mas não totalmente, assim como ocorre na doutrina.⁵⁷

55. CAHALI, Yussef Said. op. cit, p. 147 a 148.

56. THEODORO JR, Humberto. op. cit, p. 394.

57. Exemplo de jurisprudência favorável ao foro privilegiado da mulher é o da 3ª Câmara do TJSP (6.4.82, RT 562/77) e contra: é o da 1ª Câmara do TJMT (10.2.69, maioria, RT 416/310); e exemplo de doutrina a favor é a de Hélio Tornaghi (Comentários ao Código de Processo Civil, I, p. 334) e contra, além dos acima citados, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (op. cit. P. 41 a 45).

3.2.5 Requisitos da petição inicial:

O procedimento previsto para a separação consensual é o dos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, conforme dispõe o art. 34 da Lei 6.515/77.

3.2.5.1 Assinaturas dos cônjuges e do(s) advogado(s):

Mesmo que não seja necessário que a exordial seja escrita pelos cônjuges, a lei determina que por eles seja assinada.⁵⁸ Não sabendo ou não podendo assinar, os cônjuges poderão solicitar a outrem que assine por eles ou utilizar a procuração por instrumento público. É o que dispõe o par. 1º do art. 1.120 do CPC.

O(s) advogado(s) também deverão assinar a petição. Embora o CPC não disponha a esse respeito, a Lei do Divórcio, no art. 34, par. 1º, assim determina.

58. É o que diz o artigo 1.120 do CPC: "A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges".

3.2.5.2 Prova do casamento:

A petição inicial deve ser instruída com a certidão do registro civil do casamento. Somente assim pode-se comprovar a existência do matrimônio a ser dissolvido e o lapso de tempo maior de dois anos⁵⁹. É a inteligência do art. 1.121, caput, do CPC.

3.2.5.3 Cláusulas:

A petição de separação consensual deve atender aos requisitos do art. 282 do CPC e conter as cláusulas dispostas no art. 1.121 do mesmo codex, quais sejam:

- I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;
- II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores;
- III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;
- IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

É importante destacar aqui o que ensina o magistério de Yussef Said Cahali:

Maiores e capazes, os cônjuges desfrutam de certa liberdade na estipulação das referidas cláusulas,

59. CAHALI, Yussef Said. op. cit, p. 156.

seja quanto ao seu conteúdo pessoal, seja quanto ao seu conteúdo econômico. (...), 'o acordo deve ser escoimado de qualquer cláusula que possa induzir o reconhecimento de culpa por parte de qualquer dos cônjuges, ou que resulte uma situação de constrangimento pessoal para qualquer dos desquitandos'.⁶⁰

Nota-se que as cláusulas precisam atender a alguns critérios estabelecidos pela doutrina. Além da proibição de estipular-se cláusula que induza ao reconhecimento de culpa de algum dos cônjuges, também não pode haver "cláusula que sujeite à aprovação do outro, ao direito de livre locomoção, ou à prática de qualquer ato". Entende-se como não escrita qualquer cláusula nestes termos.⁶¹

Quanto a cláusula que determine a permanência dos separandos no mesmo domicílio conjugal, embora tenha a aparência de irregularidade, é admitida pela jurisprudência e tem o caráter de provisoriedade.⁶²

Todas as cláusulas do acordo, na separação judicial, devem ser examinadas pelo magistrado e a Lei do Divórcio, no art. 34, par. 2º, dispõe: "O juiz pode recusar a homologação e não

60. Ibidem, p. 161.

61. Ibidem, p. 163.

62. Ibidem, p. 164.

decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges".

3.2.6 Nome da mulher:

Outra cláusula a ser estabelecida no acordo é a que indica o nome que a mulher passará a adotar depois da separação. O art. 17 da Lei do Divórcio dispõe a respeito; o par. 2º trata especificamente da opção, que a mulher tem o direito de fazer, quando da separação consensual, pela conservação do nome de casada.

A mulher pode optar por conservar o nome de casada, assim como lhe é permitido renunciar ao mesmo, a qualquer tempo. O mesmo se aplica na ação de divórcio direto consensual.⁶³

3.2.7 Procedimento:

O procedimento da separação consensual, conforme determina o caput do art. 34 do Lei 6.515/77, é o procedimento

63. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 40.

especial, previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil.

Os cônjuges devem comparecer em pessoa perante o magistrado, exceto o incapaz, que é representado por outrem. O juiz confere a exordial, ouve o relato dos separandos a respeito das razões que os levaram a decidir por separarem-se e explica quais sejam as consequências de tal decisão. Pretende a lei que se provoque a reconciliação do casal, na tentativa de manter o casamento.⁶⁴

O nobre doutrinador Yussef Said Cahali expõe de forma mais detalhada a respeito da conciliação a ser provocada pelo magistrado:

(...) o juiz ouvirá pessoalmente cada um dos cônjuges, reunindo-os ao depois, se entender conveniente, em audiência reservada 'sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação da vontade' (CPC, art. 1.122, in fine, na redação que lhe deu a Lei 6.515/77); ocasião em que 'deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem', conforme complementa o art. 3º, da Lei do Divórcio.⁶⁵

64. THEODORO JR, Humberto. op. cit, p. 397.

65. CAHALI, Yussef Said. op. cit, p. 119.

Obtendo-se a conciliação, extingue-se o feito. Não ocorrendo a mesma, o juiz, após convencer-se de que os cônjuges realmente querem a separação consensual, manda reduzir a termo as declarações que forem feitas.

É importante a participação do Ministério Público, que atua na proteção dos interesses das partes e dos seus filhos, se houverem, apontando a existência de eventual cláusula abusiva.

Após ordenar a abertura de vista ao Ministério Público é que o juiz homologará o acordo, se não houver contra-indicação à medida.⁶⁶

A sentença de homologação de separação deve ser averbada à certidão de casamento no Registro Civil. Havendo partilha de bens imóveis, deve ser feito também o competente lançamento no Registro de Imóveis. É a inteligência do art. 1.124 do Código de Processo Civil.

Os efeitos do casamento cessam a partir do trânsito em julgado da sentença homologatória e a partilha de bens somente passa a ser oponível a terceiros quando a sentença for lançada no Registro Imobiliário.⁶⁷

66. THEODORO JR, Humberto. op. cit, p. 397 a 398.

67. Ibidem, p. 398.

3.2.8 Reconciliação do casal:

O vínculo matrimonial não é dissolvido com a separação judicial, seja ela consensual ou litigiosa. Em decorrência disso é que o casal separado pode restabelecer a capacidade conjugal a qualquer momento, desde que o requeiram ao juiz, nos autos da separação. É o que dispõe o art. 46 da Lei 6.515/77.

3.3 Separação Judicial Litigiosa:

A separação litigiosa, diversa da consensual, reveste-se, como seu nome explicita, de litígio entre as partes. A ação de separação judicial é uma ação ordinária proposta por um dos cônjuges contra o outro, com base numa das hipóteses previstas em lei.⁶⁸

Conforme dispõe o art. 5º da Lei 6.515/77, existem três espécies de separação judicial litigiosa, quais sejam: 1) por conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum; 2) por ruptura da vida em comum por um período de tempo maior

68. RODRIGUES, Silvio. op. cit, p. 219.

de um ano (consecutivo) e a impossibilidade da sua reconstituição;
3) por grave doença mental, manifestada depois do casamento, de um dos cônjuges, desde que torne impossível a continuação da vida em comum e que após uma duração de cinco anos, a doença tenha sido declarada como de improvável cura.⁶⁹

Pode-se subdividir a separação litigiosa, também, em duas espécies: 1) separação com culpa e 2) separação sem culpa.

O magistério de Silvio Rodrigues ensina que a separação contenciosa será o meio de que se utilizarão os cônjuges em três hipóteses:

- a) quando as partes não chegarem a acordo sobre algum dos pontos básicos da dissolução da sociedade conjugal (guarda dos filhos, pensão alimentícia, visita de filhos e divisão do patrimônio);
- b) quando, movido por razões psicológicas, um dos cônjuges persistir no propósito de mostrar sua inocência e o comportamento culposo do consorte, às vezes até com o intuito de liberar-se da pensão alimentícia;
- c) quando não conseguir a separação judicial, por força do disposto no art. 6º da Lei 6.515/77.⁷⁰

69. ABREU, José. op. cit, p. 42.

70. RODRIGUES, Silvio. op. cit, p. 221.

3.3.1 Procedimento:

De acordo com o art. 34 da Lei do Divórcio, a ação de separação litigiosa é de natureza contenciosa e pressupõe o contraditório; segue o rito ordinário. Um ato, porém, lhe é peculiar: e a prévia audiência de conciliação, que precede a citação.⁷¹

Por se tratar de ação de estado, o Ministério Público deve participar da ação de separação judicial em todas as suas fases, caso contrário seria passível de nulidade processual.⁷²

3.3.1.1 Petição inicial:

A petição inicial necessita observar os requisitos estabelecidos pelo art. 282 do CPC. Ao expor os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, o cônjuge autor do pedido deve fazer referência ao disposto no artigo 5º da Lei 6.515/77, mencionando, dentre os seus parágrafos, aquele que melhor descrever a situação em que se encontra. Também deve articular outros elementos que sejam de seu interesse. A exordial poderá conter a lista de filhos incapazes, com pedido de direito de

71. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 178.

72. É a inteligência do art. 81, II do CPC.

guarda e visitação; pedido de pensão alimentícia para tais filhos, sendo indicado o valor pleiteado e a maneira como deve ser cobrado; pedido de pensão para o cônjuge autor; lista dos bens do casal e a forma como pretende sejam partilhados; opção da mulher quanto ao uso do nome de casada ou, sendo o marido o autor, o pedido para que ela perca tal nome.⁷³

3.2.1.2 Audiência de conciliação:

Da mesma forma que ocorre na separação consensual, aqui também o magistrado deve provocar uma conciliação entre as partes, para que o casal se reconcilie ou para evitar os dissabores do litígio, convertendo a ação em amigável⁷⁴. Aplica-se, portanto, o disposto na Lei 6.515/77, no seu art. 3º, par. 2º, que diz: "o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário".

73. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 179.

74. Ibidem, p. 181.

O ilustre jurista José Abreu, a respeito deste dispositivo legal, ensina:

(...) deseja o legislador, antes de tudo, que se salve o casamento e, não se conseguindo o acordo terminativo da lide, que ao menos se consiga a conversão da separação, de judicial em consensual. (...). A primeira providência do juiz será a de ouvir os cônjuges, pessoal e separadamente, diz a lei. Evidentemente que esta primeira disposição é de indispensabilidade evidente, podendo acarretar a nulidade do processo se inobservada, como sempre vem acontecendo com a inatenção da fase preliminar, tese sufragada com veemência por nossos tribunais em seus julgados.⁷⁵

Atualmente, pouca utilidade tem a tentativa do juiz em conseguir a reconciliação do casal. Se é verdade que o autor da separação judicial optou pela jurisdição contenciosa por não obter êxito numa tentativa de acordo, pode-se concluir ser pouco provável a possibilidade de reconciliação, com a desistência do pedido de separação; no máximo, o que se pode conseguir, na audiência de conciliação, é a conversão da separação litigiosa em consensual.

3.3.2.3 Citação e resposta do réu:

A Lei do Divórcio não traz dispositivos a respeito da

75. ABREU, José. op. cit, p. 36.

resposta em ação de separação judicial litigiosa. As regras do Código de Processo Civil são então aplicadas, portanto. De acordo com o artigo 297 deste código, são três as formas de resposta do réu: contestação, reconvenção e exceção.

A respeito da citação do réu, a doutrina dominante aponta para a excepcionalidade da citação editalícia, que, obrigatoriamente, só deve acontecer depois de esgotados todos os meios possíveis para localizar o réu. A jurisprudência, no entanto, diverge muito no assunto. Alguns acórdãos têm abrandado o rigor convencional, admitindo a citação por edital com a simples declaração, pelo autor, de que a localização do réu é incerta e não sabida. Não havendo dolo por parte do autor, Yussef Said Cahali entende ser válida a citação editalícia.⁷⁶

Deve-se observar o que dispõe o Código de Processo Civil, no art. 9º, II, a respeito do curador especial, a ser nomeado pelo juiz, ao revel citado por edital. Importante destacar o comentário de Yussef Said Cahali, ao estudar o assunto:

(...) a separação judicial, ainda que a ordem pública tenha interesse na preservação da sociedade conjugal, é por excelência tutelar de interesses privados familiares, tanto que só ao cônjuge

76. CAHALI, Yussef Said. op. cit, p. 693 a 695.

assegura-se a faculdade de sua provocação; e só o outro cônjuge pode intervir como demandado.

Assim, só ao cônjuge autor se defere a faculdade de instaurar a lide ou renunciá-la; ao cônjuge demandado se assegura, do mesmo modo, a faculdade da confissão ficta ou expressa, (...).⁷⁷

Quanto à resposta do réu, o art. 297 do CPC dispõe:

"o réu poderá oferecer, no prazo de quinze dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação exceção e reconvenção". O art. 299 explica: 'a contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas; a exceção será processada em apenso aos autos principais".

Depois de indicar as preliminares, elencadas no art. 301, de acordo com o art. 300, "compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir".

A contrariedade versará sobre o fato em si mesmo, como sobre todos os outros fatos capazes de atenuar ou suprimir a gravidade ou consequências da alegação inicial; subdivide-se, assim, numa parte negativa e numa parte positiva: ou o réu simplesmente contradiz os fatos apontados pelo autor, e para tanto nenhuma nova articulação

77. Ibidem, p. 699.

se faz necessária (contraprova); ou articula ele próprio fatos positivos tendentes a demonstrar a realidade das infrações ou fatos apontados, e que seriam de modo a atenuar ou excluir a imputação (exceções peremptórias).⁷⁸

Na exceção, é feita a defesa de forma indireta, com a tentativa da rejeição da demanda do autor, nos limites da ação; a reconvenção, por sua vez, visa contra-atacar, formular uma demanda, pelo demandado, no mesmo processo, contra o seu demandante; trata-se de nova ação, em que o reconvinte pretende não somente a rejeição da demanda do autor, mas também a atuação, a seu próprio favor, de uma vontade concreta da lei na mesma lide promovida pelo autor.⁷⁹

3.3.2.4 Prova:

Quanto ao ônus da prova, o Código de Processo Civil determina:

Art. 333 O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

78. Pasquier, *Traité*; De Page, *Traité* apud CAHALI, Youssef Said, op. cit. p. 700

79. CAHALI, Youssef Said. op. cit. p. 700 a 701.

Como meios de prova, nas ações de separação judicial, são comuns a confissão, a apresentação de documentos, os depoimentos pessoais, os depoimentos testemunhais, as gravações telefônicas, as fotografias, as perícias, etc. Não sendo suficientes as provas, a ação pode ser decretada improcedente.⁸⁰

3.3.2.5 Sentença:

Em ação de separação judicial, assim como na de divórcio, a sentença de procedência é de natureza constitutiva (negativa), visto que determina a existência do direito pleiteado pelo autor e da culpa do réu, conseqüentemente, mas também extingue um estado jurídico anteriormente existente, com a dissolução da sociedade matrimonial.

Depois da audiência de instrução e julgamento, estando convencido, o juiz emite a sentença. Acrescente-se o ensinamento de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim:

Não se descarta a possibilidade do julgamento antecipado da lide, desde que suficientes os elementos carreados ao processo, ou em casos de revelia, (...). Sem falar nas hipóteses de extinção do

80. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 193 a 194.

processo sem julgamento de mérito, nas situações contempladas nos artigos 267 e 295 do Código de Processo Civil, ou na recusa de homologação da separação consensual (em que se pode converter a litigiosa), se inconveniente aos interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (artigo 34, par. 2º, da Lei 6.515/77).

A eficácia da sentença em separação judicial se dá a partir do seu trânsito em julgado, vez que passível de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo.⁸¹

Da análise do artigo 46 da Lei do Divórcio, conclui-se que a coisa julgada não possui caráter absoluto, pois permite-se aos cônjuges a reconciliação a qualquer tempo, nos termos em que fora constituída.

Finalmente, quanto ao efeito essencial da sentença, em ação de separação litigiosa, trata-se de reconhecimento judicial da responsabilidade do réu pelo fim do matrimônio. Assim sendo, cessam todos os efeitos jurídicos do casamento.

3.3.2.6 Uso do nome do marido:

A Lei do Divórcio determina a respeito do nome da mulher no seu artigo 17 e parágrafos:

81. Ibidem, p. 205 a 206.

Art. 17 Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, caput), voltará a mulher a usar o nome de solteira.

Par. 1º Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação, com fundamento nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º

Par. 2º Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.

A mesma determinação feita em relação à separação litigiosa aplica-se nas ações de conversão de separação em divórcio litigioso e de divórcio direto litigioso.

3.4 Conversão da separação judicial em divórcio:

Também denominada divórcio por conversão, trata-se de divórcio de forma indireta, visto que exige a separação judicial prévia; objetiva a dissolução do vínculo conjugal depois de, no mínimo um ano da separação judicial. É a redação do par. 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Existem duas formas de conversão de separação judicial em divórcio: consensual e litigiosa, conforme haja ou não

acordo entre o casal separado. A Lei do Divórcio não dispõe sobre o procedimento a ser adotado no forma consensual. A prática forense tem sido admitir o mesmo procedimento da separação consensual, mesmo que por paralelismo. Nos artigos 35 a 37, a mencionada lei regula o procedimento da forma litigiosa.⁸²

3.4.1 Requisitos para a conversão:

Para a interposição da ação de conversão de separação em divórcio, é preciso que tenha ocorrido o decurso de prazo superior a um ano da concessão da sentença definitiva de separação judicial, ou da medida cautelar correspondente, ou de decisão proferida em outro processo, que determine ou faça presumir a separação dos cônjuges e decisão sobre a partilha de bens.⁸³

No entanto, existe uma contradição quando se interroga a respeito de como se conta o prazo de um ano. Yussef Said Cahali cita o ensinamento de Limongi França, afirmando que a constituição não diz a maneira como deve ser contado o prazo.

82. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 244.

83. Ibidem, p. 245.

Acrescenta o emérito civilista que não obstante a remissão do art. 8º, feita no art. 25, o termo inicial da contagem é diverso do aludido naquele preceito: enquanto o art. 8º fala em data do trânsito em julgado da sentença e da data da decisão sobre a medida cautelar, o art. 25 se refere com clareza à data, não de qualquer trânsito em julgado ou preclusão, mas dos atos jurisdicionais decisórios, tanto da separação como da medida cautelar.

Em conclusão: é a partir daí, do dia destas decisões, que se conta de lege, o prazo agora de um ano exigido pela Constituição.⁸⁴

Quanto ao pressuposto da decisão sobre a partilha dos bens, o mesmo não é essencial. Em alguns casos, a partilha não é efetuada quando da separação, por exemplo, pela impossibilidade da venda de bem imóvel, pela crise no mercado imobiliário⁸⁵; em tais situações, os divorciandos podem formular cláusula de partilha de bens na petição inicial da conversão em divórcio da separação judicial.⁸⁶

84. FRANÇA, Limongi. A Lei do Divórcio, p. 112 apud CAHALI, Yussef Said. op. cit, p. 1.118 a 1.119.

85. Este exemplo surgiu a partir de constatação feita depois de algum tempo fazendo estágio na 1ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões do da Comarca da Capital do Estado de Santa Catarina. Com a atual crise no mercado imobiliário, por todos conhecida e incontestável, muitas partilhas não são efetuadas antes da conversão da separação em divórcio, pela impossibilidade da venda de bem imóvel. Alguns casais, inclusive, optam por desistir da venda do imóvel, buscando soluções alternativas, tais como: doação do imóvel aos filhos menores, com usufruto do cônjuge que tiver a guarda dos mesmos; usufruto da meação de um cônjuge ao outro a título de pensão alimentícia etc.

86. É a inteligência do art. 43 da Lei 6.515/77.

Finalmente, "se é controvertida a questão relativa ao cumprimento ou não de obrigação assumida pelo requerente, deve a conversão da separação em divórcio ser homologada, ressalvando-se às partes a discussão do assunto na ação que couber".⁸⁷

3.4.2 Cláusulas obrigatórias:

Além de observar aos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial na ação de conversão de separação judicial em divórcio deve ter, obrigatoriamente, as cláusulas seguintes:

a) esclarecimentos sobre a anterior separação judicial, sentença que a decretou, sua averbação no registro civil, e decurso do prazo mínimo de 1 ano desde a decisão em que se funda o pedido; b) referência à manutenção das cláusulas da separação quanto a guarda dos filhos, visitação, alimentos (aos filhos e/ou entre os divorciandos), e nome da mulher (perda, ou não, do nome de casada); c) ou eventual modificação das mencionadas cláusulas; d) partilha dos bens, caso não tenha sido anteriormente decidida; e) pedido de homologação judicial da conversão em divórcio.⁸⁸

87. RT, vol. 598/193.

88. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 252.

Se não houver menção às cláusulas da separação, as mesmas considerar-se-ão mantidas com a conversão em divórcio. Intencionando modificá-las, as partes, ou o requerente, deverão estipular novas cláusulas em substituição. Neste caso, o Ministério Público deverá participar do feito, a fim de examiná-las em proteção dos interesses das partes e dos filhos menores, se houverem.⁸⁹

3.4.3 Audiência de conciliação:

Na forma consensual da conversão de separação judicial em divórcio, não há que se falar em audiência de conciliação, já que as partes já estão em acordo e já que tiveram um prazo para uma eventual reconciliação.

Nem mesmo para a forma litigiosa é prevista a audiência preliminar. No entanto, é conveniente a convocação das partes, para conciliação, na hipótese de estar pendente a solução da partilha de bens.

89. Ibidem, p. 253.

3.4.5 Sentença:

Estando em ordem a petição, preenchidos os requisitos legais e ouvido o Promotor, vem a sentença homologatória da conversão.

Da denegação da homologação cabe apelação, com efeitos devolutivo e suspensivo. O Ministério Público também pode recorrer, exceto da sentença denegatória do pedido.

O art. 32 da Lei do Divórcio dispõe, a respeito dos efeitos da sentença definitiva do divórcio, que os mesmos serão produzidos somente depois do registro de sentença.⁹⁰

Tratando-se de litígio, estabelece o art. 37 e parágrafos da lei em apreço:

Art. 37 O juiz conhecerá diretamente o pedido, quando não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, e proferirá sentença dentro em 10 (dez) dias.

Par. 1º A sentença limitar-se-á à conversão da separação em divórcio, (...)

90. "O registro compreende atos de averbação no assento de casamento dos divorciados (...), e de inscrição no livro E, do Registro Civil da sede da Comarca em que tiver sido proferida a sentença do divórcio (...). Ainda, se na partilha existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro, será feita a averbação no Registro de Imóveis, junto à matrícula dos respectivos bens (...)" AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit, p. 263 a 264.

Par. 2º A improcedência do pedido de conversão não impede que o mesmo cônjuge o renove, desde que satisfeita a condição anteriormente descumprida.

3.5 Divórcio Direto:

Este item apenas apontará os aspectos do divórcio direto que ainda não foram mencionados anteriormente. Os itens antecedentes já colocaram muitas informações a respeito do instituto a ser estudado.

Fora dito que a Constituição Federal de 1988 reduziu de cinco para dois anos o prazo para o divórcio direto fundado em separação de fato. A Lei do Divórcio foi adaptada pela Lei 7.841, de 17.10.89, nos seguintes artigos:

- a) nova redação ao artigo 40: "No caso de separação de fato, e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação";
- b) revogação do artigo 38, que limitava o pedido de divórcio a uma vez;
- c) revogação do par. 1º do artigo 40, que atrelava o pedido de divórcio às mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos.⁹¹

91. Ibidem, p.299.

Conforme haja ou não acordo, o divórcio direto pode ser consensual ou litigioso. O divórcio consensual tem procedimento similar ao da separação consensual⁹² e o divórcio litigioso obedece ao procedimento ordinário⁹³.

O único fundamento do divórcio direto é a separação de fato por mais de dois anos, não importando a causa da separação⁹⁴.

Por fim, convém observar o que ensinam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim:

Distintas, sem dúvida, as duas situações - de "separação de fato" e de "ruptura da vida em comum", embora possam coexistir até certo ponto. Poder-se-ia dizer que o primeiro conceito é de maior abrangência, referindo-se ao simples decurso do prazo de vida conjugal dissociada, pelo afastamento de um ou de ambos os cônjuges da morada conjugal, sem a definitividade da "ruptura da vida em comum", que demanda a prática impossibilidade de reconciliação.⁹⁵

92. Lei do Divórcio, art. 40, par. 2º.

93. Lei do Divórcio, art. 40, par. 3º.

94. Constituição Federal, art. 226, par. 6º e Lei do Divórcio, art. 40.

95. AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Op. cit, p. 304.

CONCLUSÃO

Em face da análise teórica realizada no presente trabalho, a respeito dos institutos da separação judicial e do divórcio, pode-se concluir com algumas proposições fundamentais:

A primeira é a de que o direito brasileiro, no decorrer dos anos passados, não vislumbrou a importância que tem, para a sociedade, os temas de família. Atrelado às tradições, às superstições e aos preconceitos da maioria dos legisladores, o direito avançou de maneira extremamente lenta nestas questões.

O vínculo matrimonial, no país, foi de tal maneira protegido, que a solução buscada, por pessoas infelizes em seus relacionamentos, para pôr fim a um estado desconfortável, demorou muito tempo para ser efetivamente alcançada.

Analisando a evolução histórica da dissolubilidade do vínculo no país, verificou-se que houve muita dificuldade, muita

discussão e até mesmo, muita discórdia, entre os membros do Congresso Nacional, para que se alcançasse a meta desejada por tantos casais brasileiros.

Atualmente, embora tenha-se conseguido atingir muitos objetivos em prol de uma modernização para o direito de família, alguns obstáculos ainda precisam ser vencidos.

A segunda premissa é a de que, em decorrência dos fatores apontados acima, devido às circunstâncias tumultuadoras, no momento da sua elaboração, a Lei do Divórcio vigente apresenta contradições, tais como, e.g., a questão da exigência de um prazo de dois anos de casamento para a separação consensual e nenhum prazo para a separação litigiosa e conseqüentemente, a impossibilidade de converter a separação litigiosa em consensual se o prazo de dois anos não tiver sido ultrapassado.

Trata-se, provavelmente, de mera distração do legislador, que, no entanto, necessita ser corrigida para que se tenha um processo mais dinâmico nas causas de direito de família.

As circunstâncias vivenciadas pelo legislador, em 1977, já não ocorrem atualmente, vinte anos depois. Sendo assim, é o momento de buscar a correção de falhas havidas, tornando o

processo de dissolução do vínculo matrimonial mais identificado com a realidade social.

Uma terceira assertiva fundamenta-se na constatação de que nas causas de separação judicial e divórcio não existe a intervenção de profissionais capacitados para induzir o casal a uma tentativa de reconciliação. Tem-se apenas a existência da audiência de conciliação, que, efetivamente, pouco pode fazer para incentivar a mesma.

É importante a intervenção de tais profissionais, pois, de fato, assim como existem muitos casamentos precipitados, existem também separações e divórcios prematuros. O legislador deve buscar maneiras mais eficientes de solucionar este problema.

Uma quarta e última conclusão que se faz assenta-se na posição da mulher no direito de família. Enquanto é desprivilegiada em outros ramos do direito, por exemplo no direito penal, ela situa-se em vantagem considerável no direito de família, o qual sempre teve como preocupação a sua proteção. Exemplo disso é que a prática forense demonstra o grande número de ações de alimentos propostas por mulheres contra ex-maridos ou ex-companheiros em face da escassa quantidade proposta por homens.

BIBLIOGRAFIA

1. ABREU, José. **O Divórcio no Direito Brasileiro**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
2. AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Separação e Divórcio: teoria e prática**. 4ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.
3. BARRETO, Vicente (org) **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
4. CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 8ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
5. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 3ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
6. FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Prática das Ações de Alimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

7. _____ **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato.** 9ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
8. FRANÇA, Rubens Limongi. **A Lei do Divórcio Comentada e Documentada.** São Paulo: Saraiva, 1978.
9. INÁCIO FILHO, Geraldo. **A Monografia nos Cursos de Graduação.** 2ed. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1994.
10. MILHOMENS, Jônatas e ALVES, Geraldo Magela. **Manual Prático de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.
11. NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
12. _____ **Código Civil e legislação civil em vigor.** 14ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
13. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família.** vol. 6. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
14. THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

15. Universidade Federal do Paraná. Biblioteca Central.

Normas Para Apresentação de Trabalhos. 6ed.

Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná,

1996. 8v.:il.