

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**A VIA ADMINISTRATIVA PARA A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO
VÍNCULO MATRIMONIAL COMO TENDÊNCIA DE FLEXIBILIZAÇÃO NA
DISPOSIÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL**

JADNA PACHECO DOS SANTOS

FLORIANÓPOLIS

2008

JADNA PACHECO DOS SANTOS

**A VIA ADMINISTRATIVA PARA A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO
VÍNCULO MATRIMONIAL COMO TENDÊNCIA DE FLEXIBILIZAÇÃO NA
DISPOSIÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: MSc. Renata Raupp Gomes

FLORIANÓPOLIS

2008



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**A via administrativa para a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial como tendência de flexibilização na disposição da relação conjugal**”, elaborada pela acadêmica **Jadna Pacheco dos Santos** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10,0 (dez)**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2008.

Prof.ª MSc. Renata Raupp Gomes

Prof.ª MSc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Prof. Marcus Vinícius Motter Borges

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, fonte de luz, amor e sustentação constante durante o percurso de vida, e força preeminente na transposição dos obstáculos.

Aos meus pais e irmão, pela dedicação incondicional e por representarem meu porto seguro na incessante luta por meus objetivos.

Ao meu namorado, Guilherme S. Pinter, que me oferece apoio e carinho, e com o qual compartilho todos os momentos de minha vida, felicidades, adversidades e realizações.

À minha família, e, em especial, aos meus avós, exemplos de vida e que sempre me acolheram com ternura e carinho.

Às minhas amigas Michele, Andréia e Izabel, que, embora por vezes distantes, mostram-se como eterno auxílio e companheirismo durante a jornada de minha vida.

Aos amigos da faculdade, especialmente à Luciana Corbetta Reis, que acompanhou todo desenvolvimento deste trabalho, oferecendo apoio necessário e amizade incondicional.

À minha professora orientadora, Renata Raupp Gomes, pela atenção, paciência e dedicação que demonstrou durante a orientação do presente trabalho.

Aos amigos do gabinete, Anne, Roberta, Rafaela, Tatiana e Isabel, pela eterna compreensão e pelo exemplo de união e amizade que sempre demonstraram.

A todos aqueles que de algum modo contribuíram para a concretização desta monografia.

RESUMO

O tema deste estudo monográfico, submetido à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, diz respeito ao surgimento da via administrativa como parte de uma tendência de flexibilização dos procedimentos de dissolução conjugal que vem se instaurando no ordenamento brasileiro. Por meio do estudo da legislação civil e processual civil atual, das inovações trazidas pela Lei n. 11.441/07 com a via administrativa para a dissolução do vínculo, com amparo na doutrina de autores de Direito de Família e nas decisões judiciais dos Tribunais pátrios, o presente trabalho busca evidenciar mudanças ocorridas na forma de considerar as questões referentes ao âmbito familiar, e o início de uma alteração no paradigma vigente. No intuito de facilitar a compreensão dessas alterações, procede esse trabalho, primeiramente, à análise dos dispositivos constantes do diploma civil e processual civil que cuidam da matéria, de forma a proporcionar um estudo detalhado do tratamento legal destinado aos procedimentos de separação e divórcio judiciais. Posteriormente, passa à apresentação da alternativa criada pela Lei n. 11.441/07, a qual permite a hipótese de desconstituição da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial pela via administrativa, privilegiando, destarte, a autonomia da vontade externada pelos cônjuges e lhes oferecendo um resultado célere e eficaz para a formalização do término conjugal. Por derradeiro, aponta as mudanças incidentes no conceito de família e em sua função como ente social, como fator relevante no contexto de flexibilização na disposição da relação conjugal. Esclarece como vem ocorrendo a aplicação das leis pelos operadores do direito, a fim de demonstrar a inoperância do instituto da culpa, que já não conta com qualquer repercussão prática dentro do contexto em que se insere; da permanência da separação judicial no ordenamento, que há muito vem sendo abandonada pelos cônjuges como opção para a formalização do ocaso conjugal; bem como de outros entraves existentes à célere dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial. Traz, ainda, à lume propostas de reforma legislativa, caracterizando a imprescindibilidade de conformação da lei às situações concretas que a rodeiam. Assim, a contribuição que a respectiva pesquisa pretende trazer é a constatação de alterações na maneira de se identificar e julgar assuntos concernentes ao ente familiar, de sorte que se oportuniza o surgimento de um novo paradigma no Direito de Família consubstanciado na tendência de flexibilização dos procedimentos de separação e divórcio, o que deve ser diretamente acompanhado pela legislação em vigor.

Palavras-chave: dissolução da sociedade conjugal, dissolução do vínculo matrimonial, via administrativa, tendência de flexibilização, paradigma vigente, alterações, reformas legislativas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 OS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO JUDICIAIS.....	10
1.1 BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE SOCIDADE CONJUGAL E VÍNCULO MATRIMONIAL	10
1.2 SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	12
1.2.1 Conceito e Modalidades	12
1.2.2 Separação consensual.....	16
1.2.3 Separação litigiosa	23
1.2.3.1 Separação por conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento....	24
1.2.3.2 Separação por ruptura da vida em comum	28
1.2.3.3 Separação por grave doença mental	30
1.2.3.4 Procedimento judicial de separação litigiosa.....	32
1.3 DIVÓRCIO JUDICIAL	36
1.3.1 Breve Histórico	36
1.3.2 Conceito, modalidades e aspectos gerais	37
1.3.3 Divórcio indireto	40
1.3.3.1 Forma consensual judicial	41
1.3.3.2 Forma litigiosa	43
1.3.4 Divórcio direto	44
1.3.4.1 Forma consensual judicial	46
1.3.4.2 Forma litigiosa	48
2 A LEI N. 11.441/2007: SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO PELA VIA ADMINISTRATIVA ...	50
2.1 OS OBJETIVOS PERSEGUIDOS PELA LEI	50
2.2 O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	54
2.2.1 Requisitos exigidos pela lei	54
2.2.2 Questões pontuais referentes à separação e ao divórcio administrativos.....	61
2.2.3 O processamento de separação e divórcio em cartório	73
3 PERSPECTIVAS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO: A TENDÊNCIA DE FLEXIBILIZAÇÃO NA DISPOSIÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL	80
3.1 AS MUDANÇAS NO CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA FUNÇÃO ATUAL.....	80
3.2 A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO JUDICIAIS NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO ...	87
3.3 A PRESCINDIBILIDADE DA PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL NA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL	103
3.4 A LEI N. 11.441/07 COMO REFLEXO DA NOVA TENDÊNCIA.....	110
3.5 PROPOSTAS DE REFORMA LEGISLATIVA NO ÂMBITO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
ANEXO I – RESOLUÇÃO N. 35, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	126

ANEXO II – PORTARIA CG N. 01/2007, DO ESTADO DE SÃO PAULO	133
ANEXO III – CIRCULAR N. 01/2007, DO ESTADO DE SANTA CATARINA	144
ANEXO IV – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 22/99.....	147
ANEXO V – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 413/2005	149
ANEXO VI – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 33/2007	151
ANEXO VII – PARECER DO DEPUTADO JOSEPH BANDEIRA	153

INTRODUÇÃO

A família tem sido alvo de significativas transformações nos últimos tempos e, bem assim, de discrepantes regramentos por parte da legislação brasileira. São vislumbradas mudanças nos mais diversos âmbitos de sua estrutura, quais sejam, em sua composição, no aspecto econômico relativo a sua organização, em seu conceito como instituição basilar da sociedade, bem como na própria função que desempenha nesse meio.

O sistema constitucional vigente inaugurou uma nova era no Direito de Família, com a instituição de princípios e diretrizes mais atentos à preservação da dignidade humana, à liberdade do cidadão e à isonomia existentes entre os membros do ente familiar, de forma a destacar a supremacia dos laços afetivos estabelecidos entre os mesmos sobre interesses meramente formais.

Com vistas à concretização desses preceitos, repensou-se a forma de interpretar tanto os institutos formadores da família, como aqueles que a desconstituem, a fim de que se pudesse, ao máximo, assegurar a integridade física e, mormente, a dignidade de seus integrantes. Surgiu, por conseguinte, uma nova óptica sobre os procedimentos de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, aspirando a uma maior legitimidade dos componentes familiares para decidirem acerca de seu destino e, também, a uma valorização do desejo externado pelos cônjuges.

Nesse trabalho, será abordada a temática do Direito de Família, especificamente, no que concerne à tendência de flexibilização dos procedimentos de separação e divórcio, tendo-se como parte desse processo a via administrativa, recém inaugurada no ordenamento pátrio, para a finalização do vínculo conjugal.

O tema reveste-se de atualidade e relevância no meio jurídico, haja vista a construção que vem se fazendo de um paradigma a ser seguido pela legislação em vigor. É, da mesma forma, assunto de extrema realidade prática, uma vez que, além de fazer parte do cotidiano social, tem contado, paulatinamente, com a aceitação e concretização dos operadores do direito.

A dissolução matrimonial é questão tormentosa e de interesse de toda a sociedade, pois não raramente o procedimento que a envolve delonga-se no tempo, e produz efeitos nos mais diversos campos da seara familiar: sejam eles patrimoniais, pessoais ou sociais. Correntemente, tem-se conseqüências desastrosas aos direta e indiretamente envolvidos, evidenciando um quadro de adversidades e acusações mútuas.

A legislação vigente tem contribuído para a edificação dessa visão ao manter em seu bojo normas tomadas pela ineficácia. O instituto da culpa, ainda preservado como um dos fundamentos da separação litigiosa, já não carrega consigo o empirismo de outrora. Os efeitos práticos advindos de sua declaração e acarretados ao denominado vencido são praticamente nulos, e a jurisprudência, tendo constatado tal fato, não mais intenta sua perquirição.

No mesmo norte, a dupla via para a desconstituição do vínculo matrimonial aparenta-se atualmente inócua, vez que a esmagadora maioria manifesta preferência pelo divórcio direto, que é procedimento dotado de objetividade, sem menção a quaisquer causas, bastando os dois anos de separação de fato. Isso porque o procedimento judicial apresenta-se deveras moroso, e incapaz de atender com presteza o pleito dos cônjuges.

Nesse contexto, emerge, por sua vez, a possibilidade de se separarem ou divorciarem os consortes mediante escritura pública, desde que estejam em consenso e preencham os requisitos constantes da Lei n. 11.441/07. Abrem-se, destarte, novas portas aos casais receosos pela inoperância judicial e, ineditamente, materializa-se legalmente a tendência de flexibilizar esses procedimentos, assegurando um resultado útil e célere às partes.

Diante do exposto, afigura-se inarredável o estudo desse panorama que se instaura no ordenamento pátrio e que conta com o apoio de grande parte dos juristas brasileiros. Nesse diapasão, o presente trabalho monográfico pretende, por conseguinte, contribuir efetivamente para a compreensão dessas alterações ocorridas, demonstrando, desta feita, a imprescindibilidade de uma reforma legislativa e de um posicionamento uniforme dos operadores do direito na materialização de uma óptica direcionada para a realização da dignidade da pessoa humana e que proporcione aos cônjuges a liberdade de decidirem pela manutenção ou não do *status* de casados.

Para atingir seu objetivo, o presente trabalho será edificado em três capítulos. É cediço que, para a proposição de mudanças, faz-se necessário o conhecimento aprofundado da lei em vigor, o que será explicitado no primeiro capítulo, através da explanação dos institutos da separação e divórcio, nas suas diversas modalidades, e na respectiva aplicação como procedimentos judiciais.

O segundo capítulo traz uma análise acurada da Lei n. 11.441/07, que avança ao propor a dissolução do vínculo conjugal por escritura pública a ser lavrada em cartório. Em se

tratando de norma incipiente, intenta-se a elucidação de questões polêmicas que se estabeleceram na seara notarial e entre os diversos autores que se dispuseram a tratar do assunto.

O terceiro e último capítulo inicia uma delimitação dos contornos da nova tendência de flexibilização dos procedimentos de dissolução do vínculo conjugal, inserindo-a, preliminarmente, no contexto de mudanças vivenciadas pelo instituto da família. Seguidamente, passa ao estudo da separação e do divórcio na contemporaneidade, apontando as falhas legislativas e a insuficiência empírica de determinados dispositivos. Uma análise crítica da novel legislação que trata do procedimento de dissolução pela via administrativa também é proposta, a fim de ampliar sua hipótese de incidência. E, por fim, direciona a pesquisa para as reformas legislativas acerca do tema, as quais se encontram em fase de apreciação pelo Congresso Nacional.

Por derradeiro, quanto ao método de abordagem adotado, consistirá no método dedutivo, visto que adequado para levar a uma conclusão lógica acerca da existência de uma tendência de flexibilização na disposição da relação conjugal, tendo-se como ponto de partida legislativo a via administrativa para a desconstituição do vínculo. O procedimento empregado na formulação da pesquisa acadêmica será a revisão bibliográfica, compreendendo esta a leitura, a análise e o fichamento do material bibliográfico. Serão trazidos, também, exemplo de legislação vigente em outro país e pesquisa jurisprudencial, no que concerne à temática desse novo paradigma.

1 OS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO JUDICIAIS

1.1 BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE SOCIDADE CONJUGAL E VÍNCULO MATRIMONIAL

São numerosos e complexos os efeitos proporcionados pelo matrimônio, irradiantes nos diversos âmbitos que rodeiam a vida conjugal, quais sejam, o campo social, pessoal e patrimonial.

Consoante leciona Yussef Said Cahali (2005, p. 53): “adquirindo o estado conjugal, os nubentes colocam-se como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que se constitui”. Pode-se dizer, portanto, que dessa relação nascem direitos e deveres não só de ordem moral, como material, os quais foram objeto de enumeração pelo legislador, no Código Civil de 2002, artigo 1.566.¹ Todavia, a lei optou por eleger tão-somente aqueles considerados indispensáveis à estabilidade conjugal, estando, por conseguinte, longe de estancar o rol de direitos e obrigações que surgem com o nascimento de uma relação matrimonial.

Formam-se, assim, com o casamento, a sociedade e o vínculo conjugal, abarcando cada qual implicações diferentes, a começar pelo instituto que os dissolve.

A sociedade conjugal é, por Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 185), conceituada como “(...) o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”.

O casamento seria, por assim dizer, um instituto de maior amplitude quando comparado à sociedade conjugal, uma vez que àquele é dada a finalidade de regulamentar as relações estabelecidas entre os consortes, tais como as obrigações, morais e materiais, que entre os mesmos se instalam, bem como destes para com os filhos. O aspecto patrimonial, consubstanciado no regime matrimonial de bens, nos frutos civis e industriais advindos do enlace conjugal, residiria no âmbito da sociedade conjugal (FERREIRA, *apud* DINIZ p. 137).

¹ Assim dispõe o art. 1566, do Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos”.

Tendo em conta o conceito em tela, poder-se-ia delinear o vínculo matrimonial como um instrumento de formalização do laço que une e envolve os cônjuges e da sociedade conjugal que entre eles se estabelece.

Desse modo, vem o artigo 1.571, *caput*, do Código Civil², listar as causas terminativas da sociedade conjugal, figurando dentre elas a separação judicial e o divórcio. A separação judicial tem somente o condão de dissolver o compromisso assumido entre os cônjuges referente aos deveres do casamento, não detendo o poder de assegurar aos mesmos a possibilidade de contraírem novo matrimônio. Rompe-se, então, apenas a sociedade conjugal, mantendo-se a integridade do vínculo matrimonial.

Nesse norte, preconiza Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 249) que “tratando-se de separação judicial, a extinção da sociedade conjugal não pressupõe o desfecho do vínculo matrimonial; ela põe termo às relações do casamento, mas mantém intacto o vínculo, o que impede os cônjuges de contrair novas núpcias”.

Desta feita, o artigo 1.576, *caput*, do Código Civil de 2002, elenca como efeitos da separação judicial pôr “termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”. Persistem, entretanto, outros deveres, constantes do artigo 1.566, do Código Civil: mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos (GONÇALVES, 2006, p. 192).

O regime estabelecido pelo Código Civil de 1916³ prescrevia a indissolubilidade, durante a vida dos cônjuges, do casamento contraído, salvo os casos de anulação ou de nulidade, de maneira que a separação judicial, ou, como anteriormente denominada “desquite”, vinha finalizar somente a sociedade conjugal, mantendo o vínculo, e, obstando, assim, aos desquitados a convolação de novas núpcias a qualquer tempo.

Contudo, a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, veio alterar esse panorama representado pelo Código revogado, instituindo, para tanto, o divórcio no Brasil, que

² De acordo com o art. 1.571, *caput*, do Código Civil: “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”.

³ Disciplinava o art. 315, do Código Civil de 1916: “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”.

encontraria regramento na Lei n. 6.515, de 26 de janeiro de 1977 (Lei do Divórcio) e, mais tarde, receberia amparo do Código Civil de 2002.

Visando, portanto, a uma dissolução permanente do liame conjugal, o atual Código Civil relaciona, no parágrafo único, do art. 1.571⁴, o divórcio e a morte, natural ou presumida, de um dos cônjuges como causa de dissolução do vínculo matrimonial, preconizando que, de ambas as formas, restará dissolvido o casamento válido.

Em sendo assim, permitiu-se a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio, o qual colocaria um fim definitivo ao matrimônio e autorizaria a contração de um novo enlace pelos divorciados.

No ordenamento pátrio vigente, existe, por conseguinte, a possibilidade de se obter a dissolução da sociedade conjugal sem o ocaso do vínculo matrimonial. Nada obstante, o rompimento deste trará, necessariamente, como conseqüência, o termo da sociedade conjugal (DINIZ, 2004, p. 230).

Adiante, adentra o presente trabalho em um estudo minucioso acerca dos procedimentos de finalização da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial _separação e divórcio_, ressaltando as peculiaridades de cada um dos institutos.

1.2 SEPARAÇÃO JUDICIAL

1.2.1 Conceito e Modalidades

O Código Civil de 2002 manteve a separação judicial como instrumento opcional de finalização da sociedade conjugal, o qual corresponde, em linhas gerais, ao instituto denominado desquite pelo Código revogado e pela Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio). Desta feita, a partir da separação traça-se um rumo em direção à dissolução do vínculo matrimonial.

⁴ Dispõe o parágrafo único, do art. 1.571, do Código Civil: “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente”.

Necessário salientar, quanto à Lei do Divórcio, que permanecem em vigor as disposições concernentes ao âmbito processual, até que lei posterior venha disciplinar devidamente a matéria, restando derogadas pelo atual Código Civil⁵ tão-somente as normas de direito material relacionadas à separação e ao divórcio (VENOSA, 2006, p. 169).

Com as alterações advindas da Carta Magna e da legislação civilista vigente, a separação judicial deixou de ser um prelúdio necessário do divórcio, podendo os interessados por ela optarem, com a conversão em divórcio após um ano, ou pelo divórcio direto, decorridos dois anos de separação de fato.

Extraí-se da acepção trazida por Rizzardo (2007, p. 227) que “(...) a separação judicial consiste na dissolução da sociedade conjugal em vida dos cônjuges, decretada e homologada pelo juiz, sem extinção do vínculo matrimonial”.

A expressão “separação judicial” traduz, como um significado geral, a dissolução da sociedade conjugal, a qual se poderá concretizar por mútuo consentimento ou por meio da forma litigiosa, como se verá adiante. Nada obstante, por vezes é empregada com fins a designar isoladamente a separação litigiosa, o que acaba por implicar embaraços aos leigos na matéria. Daí afirmarem alguns doutrinadores que mais adequada aparentava a denominação adotada pelo Código anterior, em que a palavra “desquite” figurava como gênero das espécies de separação_ amigável e judicial (RIZZARDO, 2007, p. 228).

Somente os cônjuges estão habilitados ao requerimento da separação. O caráter pessoal da ação vem estampado no artigo 1.576, do Código Civil, o qual determina: “o procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão”.

Todavia, como exposto, são aceitas representações quando incapaz for o cônjuge, seguindo-se a ordem eleita pela lei: primeiramente curador, e, na falta deste, o ascendente, e, após, o irmão (RIZZARDO, 2007, p. 230).

⁵ Como também o fez a Constituição Federal de 1988.

As modalidades de separação judicial podem, em princípio, ser elencadas em duas: separação judicial por mútuo consentimento (artigo 1.574, do Código Civil) e separação judicial litigiosa, por iniciativa de um cônjuge frente ao outro (artigo 1.572 e 1.573 do Código Civil).

Embora não tenha a lei transposto como causa terminativa da sociedade conjugal a simples separação de fato, mesmo quando livremente acordada pelo casal, inegáveis são seus reflexos nos deveres e obrigações recíprocos, bem como as conseqüências acarretadas no âmbito conjugal (CAHALI, 2005, p. 70).

A respeito, sintetiza Rizzardo (2007, p. 228):

Duas as formas de separação: de um lado, está aquela realizada por mútuo consentimento, em que ambos os cônjuges, mediante acordo, a requerem conjunta e simultaneamente; de outra parte, está a litigiosa, que normalmente é conhecida ou invocada com a denominação que se dá à separação em geral, isto é, separação judicial, onde apenas um dos cônjuges a postula, atribuindo uma conduta ou um fato pelo menos culposo ao outro cônjuge. Praticamente no mesmo pé de igualdade quanto aos efeitos está a separação de fato. Os cônjuges simplesmente rompem a união conjugal sem a legalização ou a chancela judicial. Cessam os deveres, como o de fidelidade, que não mais se justifica, enquanto a falta de coabitação pode emprestar fundamento para ingresso judicial da separação.

A separação efetivada pela forma litigiosa desdobra-se em duas subespécies, quais sejam, a que busca fundamento na culpa de um dos cônjuges (art. 1.572, *caput*) e a que encontra amparo no princípio da ruptura (art. 1.572, §§ 1º e 2º).⁶

Depreende-se, logo, do novo diploma civil, que as modalidades de separação judicial variam de acordo com a situação que as envolve, estando as mesmas intimamente ligadas com as causas ensejadoras de seu requerimento.

Importa frisar, porém, que, em se tratando de separação consensual ou por mútuo consentimento, descabe mencionar qualquer causa para a separação. Isso porque, o simples relato da motivação, ou a própria responsabilização a um dos separandos, desnatura a consensualidade, que é característica primordial dessa forma de dissolução (RIZZARDO, 2007, p. 239).

⁶ Dessa forma, preconiza o art. 1.572, *caput*, §§ 1º e 2º: “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. § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º O cônjuge pode ainda pedir 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 dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

A primeira causa estampada pela lei, invocadora da separação litigiosa fundada na culpa, reside em determinados fatos que importam grave violação dos deveres conjugais, inviabilizando a vida em comum, e que podem, dessa maneira, ser atribuídos a um dos consortes⁷. Em complemento ao então exposto, o artigo 1.573⁸, do Código Civil, sugere alguns fatos que acabam por engendrar a impossibilidade da comunhão de vida, ressalvando que ao juiz caberá a análise de outros igualmente hábeis à referida implicação.

Ato contínuo, dispõe a norma acerca da segunda causa, a qual reflete a ruptura da vida em comum dos cônjuges, representada pelo rompimento da comunhão há mais de um ano consecutivo e pela impossibilidade de reconstituição (artigo 1.572, § 1º).

Por fim, a denominada separação-remédio⁹ encontra amparo na terceira e última causa disciplinada pela lei, no parágrafo segundo, do artigo 1.572, do Código Civil. Trata-se, por conseguinte, da alternativa que se oferta a um dos cônjuges de pleitear a separação litigiosa, invocando, para tanto, a condição em que se encontra o outro _ doença mental grave, manifestada após o casamento, que implique a impossibilidade do prosseguimento da vida em comum, desde que, após decorridos dois anos, exista reconhecimento de ser a cura improvável.

Arremata, portanto, Rizzardo (2007, p. 240): “em resumo temos o ato que constitua violação grave aos deveres do casamento, inviabilizando a vida em comum; a ruptura da vida em comum; e a doença mental grave de um dos cônjuges”.

As diversas causas refletem, por conseguinte, situações em que, ora a separação decorre de mero desinteresse recíproco do casal, sem qualquer infração aos deveres conjugais e, conseqüentemente, imputabilidade de culpa (artigo 1.572, §§ 1º e 2º); ora fundamenta-se no

⁷ Preconiza o art. 1.572, do Código Civil: “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”.

⁸ Especifica o art. 1.573, do Código Civil, que “podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

⁹ Leciona Washington de Barros Monteiro: “Como *remédio* apresenta-se a separação embasada na grave doença mental do cônjuge, manifestada após o casamento, de cura improvável e com duração superior a cinco anos, segundo a Lei do Divórcio, e a dois anos, conforme o Código Civil de 2002 (respectivamente, art. 5º, § 2º, e art. 1.572, § 2º). E são classificadas como *ruptura* as separações que se fundam no mútuo consentimento (Lei do Divórcio, art. 4º, e Cód. Civil de 2002, art. 1.574) e na ruptura da vida em comum por um ano consecutivo (Lei do Divórcio, art. 5º, § 1º, e Cód. Civil de 2002, art. 1.572, § 1º)”(2007, p. 240).

cometimento de ato voluntário, injurídico e violador dos deveres conjugais, o que faz insuportável a vida a dois (hipótese constante do *caput*, do art. 1.572).

Destarte, muito embora a legislação abra às partes oportunidades de um desenlace conjugal sem apuração de culpa, as mesmas se mostram bastante incipientes. O avanço nesse âmbito é imprescindível, haja vista o imenso número de relações em que um dos cônjuges, desejoso em pôr termo a um relacionamento falido, vê-se compelido a continuar, seja porque inexistente o mútuo consentimento necessário à separação, ou porque reina a impossibilidade de enquadramento nas causas elencadas pelo art. 1.572 e seus parágrafos (RIZZARDO, 2007, p. 242).

A propósito, avança Rizzardo (2007, p. 242):

A separação deve ser facilitada, com o que se conseguirá maior autenticidade nos casamentos. Em vista da simples conveniência da união matrimonial, por não atender a mesma os objetivos do casamento, que perde todo o sentido que o instituiu, autoriza-se a separação, que se formalizará mediante o pedido de um dos cônjuges. Servirá como fulcro do pedido o simples interesse da parte, ou a mera pretensão de separar-se, se um dos cônjuges discorda do encaminhamento em conjunto, ou não aceita a separação amigável, nem emerge alguma das causas do art. 1.572 ou de seus parágrafos. A rigor, faleceria qualquer amparo legal. Mas nada restou do casamento. Marido e mulher mantêm uma união puramente externa. Então, haveria de abrir-se a lei positiva para autorizar a separação pela mera vontade de um dos envolvidos, perdurando as demais hipóteses como atualmente vêm previstas.

O contexto atual reclama um enquadramento da legislação em vigor, a fim de que esta se amolde aos anseios da população, a qual não encontra lógica na manutenção_ forçada pela burocratização_ de relações puramente artificiais. São muitos os entraves que a norma traz ao alcance da dissolução da união matrimonial, o que detalhadamente será analisado nos itens posteriores, nos procedimentos das diversas modalidades de separação judicial.

1.2.2 Separação consensual

A separação consensual reflete uma situação em que ambos os cônjuges, de comum acordo, externam o desejo de se separarem, não alegando em seu requerimento qualquer causa justificadora. Assim é que, “diferentemente da separação judicial, em que não raramente há a

devassa da vida íntima e conjugal dos esposos, não se alega a menor particularidade que determinou o propósito da dissolução da sociedade matrimonial” (RIZZARDO, 2007, p. 245).

Em não sendo necessária a elucidação dos fundamentos para o ajuizamento do pedido de separação consensual, apresenta-se igualmente despicienda a produção de provas, as quais se afiguram constantemente em expedientes inconvenientes ao casal.

A doutrina destaca a separação consensual como modalidade de separação-remédio, visto que inexistente o pressuposto da culpa de um dos cônjuges, como causa para a sua concessão (CAHALI, 2005, p. 109).

Está-se, pois, diante de hipótese em que, concordantes e testemunhas do falecimento da relação, os cônjuges unem esforços para que esta seja pacificamente finalizada, mantendo-se a integridade psicológica de ambos e a própria dignidade do núcleo familiar.

Na acepção de Rizzardo (2007, p. 245),

constitui essa forma de separação, sem dúvida, um negócio jurídico bilateral, com a declaração livre e consciente das vontades, em que as partes estabelecem cláusulas e assumem obrigações, considerando-as válidas desde que sigam os requisitos fundamentais que regem os atos ou negócios jurídicos, ou não ofendam as normas de ordem pública, a moral e os bons costumes.

Dessa forma, disciplina o artigo 1.574, do Código Civil: “dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”.

Conclui-se, do disposto, que somente é permitida tal modalidade aos casais que restaram casados há mais de um ano. Cuida-se, aqui, de um período de prova, em que o legislador aguarda a devida ciência pelos consortes acerca do matrimônio, de maneira a evitar que um aceleramento possa vir a finalizar uma relação ainda nos seus primeiros meses ou anos de existência (VENOSA, 2006, p. 178).

Trata-se, destarte, de ferramenta utilizada pelo legislador com o intuito de obstaculizar aos casais que se encontram ainda nos primeiros meses de convivência a dissolução de uniões que já de início apresentam fragilidades, as quais poderão, mais tarde, ensejar uma separação. Visa-se antes ao adiamento de uma situação que, se inevitável, terá seu ocaso tão logo que a lei permitir.

Segundo Rizzardo (2007, p. 248),

o objetivo da lei, ao exigir que permaneçam os cônjuges casados pelo menos um ano, é oportunizar uma experiência mais prolongada do convívio e um amadurecimento maior, pois em inúmeras vezes os casais decidem pela separação em situações de crises momentâneas, continuando, após a conviverem normalmente.

Além do requisito temporal, extrai-se da norma a exigência de que deva o pedido ser exteriorizado por meio da vontade plenamente livre dos cônjuges, o que deverá ser analisado pelo juiz quando da oitiva das partes em audiência.

O processo de separação por mútuo consentimento vem regulado pelo artigo 34 da Lei n. 6.515/77 e pelos artigos 1.120 a 1.124, do Código de Processo Civil, observando-se, também, o parágrafo único, do artigo 1.574, do Código Civil.¹⁰ Dentre os dispositivos supracitados, estabelece o artigo 1.122, do CPC que o juiz, na tentativa da conciliação, “ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade”. Consigna, dessa forma, a legislação processual, o terceiro requisito, consubstanciado na necessidade de que seja expreso perante o juiz o consentimento encontrado pelos consortes.

O artigo 1.574, parágrafo único, do Código Civil, adverte que “o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”. Tal recusa de homologação deve ser fundamentada pelo juiz, que indicará, no mesmo momento, as alterações pertinentes a serem destinadas às cláusulas prejudiciais, podendo a parte inconformada interpor recurso de apelação ao Tribunal de Justiça.

Vislumbra-se, nesse caso, o quarto requisito a ser observado pelas partes: a separação não deverá interferir prejudicialmente no interesse dos filhos, nem no de qualquer dos cônjuges.

Para fins de ilustração do quadro referido, ensina Rizzardo (2007, p. 249) que, “(...) incorreria no indeferimento da separação quando se reduz extraordinariamente a pensão alimentícia, não oferecendo o cônjuge que fica com a guarda as condições mínimas para suprir a deficiente pensão”.

¹⁰ Dispõe o art. 34, da Lei n. 6.515/77: “A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário. § 1º - A petição será também assinada pelos advogados das partes ou pelo advogado escolhido de comum acordo. § 2º - O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. § 3º - Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles. § 4º - Às assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião”.

Em digressão sobre a recusa de homologação facultada ao juiz, afirma Maria Berenice Dias (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 67-68):

Dito poder discricionário – chamado pela doutrina de ‘cláusula de dureza’ – confere ao magistrado afrontar a vontade das partes, que vêm a juízo desvencilharem-se do casamento. Tal hipótese, ao que parece, representa verdadeiro retorno à indissolubilidade do casamento, princípio abandonado com o advento da Lei do Divórcio. Não dá para imaginar que motivo seria invocável *ex officio* para negar a separação e impor a manutenção do vínculo. Difícil identificar que interesses mereceriam ser preservados a ponto de obrigar que casamentos desfeitos não tenham seu término chancelado pelo Estado. No máximo, para evitar prejuízo enorme, poderia ser obstaculizada a partilha de bens, mas não o decreto de separação.

A petição inicial, a ser assinada por ambos os cônjuges e por seus respectivos advogados, ou por apenas um escolhido de comum acordo¹¹, deverá ser instruída com a certidão de casamento (que comprovará o lapso temporal exigido pela lei) e com o pacto antenupcial, se houver (permitindo-se então a verificação do regime de bens adotado e sua observância).

Pelo parágrafo primeiro, do artigo 1.120, do diploma processualista civil, “se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles”, e, em complemento, o §2º estabelece que “as assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião”.

Deverá, por imposição legal, a petição conter: “I – descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; II – o acordo relativo à guarda dos filhos e ao regime de visitas; 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”. Se os cônjuges não chegarem a um consenso sobre de que modo se dará a partilha dos bens, esta poderá ser realizada após a homologação da separação consensual, conforme estabelecido no Livro IV, Título I, Capítulo IX, do Código de Processo Civil.¹²

A citada permissão da norma, concernente na possibilidade de que seja a partilha posterior à separação, como igualmente o faz o artigo 1.581¹³, do Código Civil, em relação ao divórcio, vai, aparentemente, de encontro ao que determina o artigo 1.575, *caput*, do Código Civil,

¹¹ Imposição constante do art. 1.120, *caput*, do Código de Processo Civil, e do art. 34, §1º, da Lei n. 6.515/77.

¹² Trata-se de disposições constantes do art. 1.121, do Código de Processo Civil (nos incisos e no parágrafo primeiro, respectivamente).

¹³ Assim disciplina o art. 1.581, do Código Civil: “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

uma vez que este define que “a sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens”. Nada obstante, conforme se defluiu da análise das normas em comento, resta evidente que o sistema adotado pelo ordenamento vigente é o de que a divisão de bens não é obrigatória para se atribuir o estado de separados aos consortes (GONÇALVES, 2006, p. 199).

Isso porque, razão não haveria para que se negasse a decretação da separação, obrigando os cônjuges, que não mais desejam a convivência em comunhão, a permanecerem casados à custa de desavenças referentes à partilha dos bens. Tal imposição só contribuiria para aumentar a divergência, e em nada auxiliaria no alcance do comum acordo, de forma que a decretação da separação, com a posterior homologação da partilha, é medida que se impõe.

A respeito, ensina Cahali (2005, p. 160):

Se comprovado (‘apurado’) que o acordo sobre a partilha dos bens não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, o juiz *cindir*á o pedido, deixando de homologar a partilha apresentada; e, homologando apenas a separação pessoal, esta cindibilidade do pedido não afronta a sistemática legal. Aliás, o *princípio da cindibilidade do acordo de desquite convencional* não só está ínsito na disciplina processual do instituto, pela possibilidade expressa da instauração do juízo sucessivo tendente à partilha dos bens descritos ou inventariados, como também atende ao próprio espírito e à finalidade da lei, na medida em que interesse algum recomenda seja recusada homologação à *separação de corpos convencional* (com cessação da vida em comum e do dever de fidelidade), remanescendo a pendência tão-só quanto à partilha dos bens comuns.

Contudo, tem-se na descrição dos bens requisito imprescindível, consistente na especificação dos móveis e imóveis, com todas as suas características essenciais e valores (MONTEIRO, 2007, p.268), a fim de que o quadro patrimonial do casal reste claramente definido, evitando-se possíveis turbulências tardiamente, não somente no que toca à partilha, como também em relação a terceiros (VENOSA, 2006, p. 182).

Em semelhança à precaução supracitada, se faz necessária a advertência, na petição, sobre a inexistência de bens de propriedade do casal, com o intuito de que não se venha, posteriormente, deliberar sobre esse aspecto em virtude de omissão (RIZZARDO, 2007, p. 254).

O casal deverá descrever, minuciosamente, a guarda dos filhos, se compartilhada ou não, bem como o direito de visitas, incluindo-se no detalhamento situações como férias escolares e feriados tradicionais. Entretanto, a ausência de estipulação acerca da guarda dos filhos não configura qualquer obstáculo à homologação da separação judicial. Isso porque, o juiz poderá

homologar tão-somente a separação pessoal dos cônjuges, deduzindo que estes não chegaram a um consenso acerca da guarda, aplicando quanto aos filhos a regra do artigo 1.584, do Código Civil, e, assim, concedendo a guarda dos infantes “a quem revelar melhores condições para exercê-la” (GONÇALVES, 2006, p. 200).

Deverá, ainda, o acordo conter fixação do montante a ser destinado, a título de pensão, ao cônjuge que necessitar de auxílio. Todavia, a omissão nesse ponto igualmente não configura óbice à separação consensual, visto que o silêncio será considerado como se aquele não necessitasse da referida quantia, por dispor de meios suficientes a sua subsistência.

A petição esclarecerá, no que toca ao nome dos separandos, se haverá alteração de qualquer um deles para o nome utilizado quando do estado civil de solteiro, entendendo-se, na omissão, que optaram pela conservação. Trata-se da única cláusula que poderá ser unilateralmente modificada (GONÇALVES, 2006, p. 200).

Além das cláusulas obrigatórias estipuladas pela lei, pode o acordo de separação fixar outras advindas da livre deliberação dos cônjuges, dada sua natureza de negócio jurídico, contanto que sejam observadas as normas de ordem pública, a moral e os bons costumes (GONÇALVES, 2006, p. 199).

Será, por fim, a petição de separação apresentada ao juiz, que, procedendo à oitiva dos consortes, observará se o fazem por meio de livre deliberação, sem hesitação.¹⁴ Convencido disso, o magistrado ordenará que se reduzam a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público¹⁵ no prazo de cinco dias, a homologará. Havendo dúvidas quanto ao desejo dos separandos, o juiz marcará data, com quinze a trinta dias de intervalo, para que voltem os mesmos e ratifiquem o pedido¹⁶. Se, ante tal fixação, não retornar qualquer dos cônjuges a fim de proceder

¹⁴ Depreende-se da letra da lei o forte intento do legislador em manter a união matrimonial, impondo, na separação consensual, a oitiva dos consortes por parte do juiz. Contudo, há que se ter em mente que a atividade do julgador, nesse momento processual, deve ser restrita à certificação sobre a capacidade e espontaneidade do consentimento externado pelos cônjuges. Não se tentará, portanto, saber das causas, pois tal interferência feriria o próprio espírito da separação consensual, na qual se prima pela intensa disponibilidade dos separandos.

¹⁵ A exigência de que seja ouvido o Ministério Público tem fulcro no art. 82, II, do CPC, em que está disposto que o *Parquet* intervirá nas causas referentes ao estado das pessoas e ao casamento, exercendo tal mister apenas como fiscal da lei. A ausência de oitiva do Ministério Público no procedimento da separação consensual é causa de nulidade.

¹⁶ A petição, quando designada nova data, não é autuada. Assim, comparecendo posteriormente os cônjuges a fim de expressarem sua desistência pela separação, lhes será devolvida a petição, sem autuação.

à ratificação, o processo será então arquivado (artigo 1.122, do CPC). A audiência de ratificação é, assim, facultativa ao magistrado, que seguindo os próprios critérios avaliará a necessidade.

Ao juiz não é permitida a inquirição sobre as causas, como o exigia o Código de Processo Civil de 1939, as quais, geralmente, mostram-se remotas e acabam por aguçar antigos ressentimentos. Demandará, por outro lado, acerca dos motivos, fazendo com que os cônjuges exponham apenas as razões que acarretaram a inviabilidade ou impossibilidade da sociedade conjugal, sem adentrar nos aspectos desencadeadores (RIZZARDO, 2007, p. 251).

Ora, ao magistrado, investido da jurisdição estatal para a chancela formal da dissolução matrimonial, não interessa a ciência de razões que não digam respeito à certeza de que estão os cônjuges convictos do que diante dele pleiteiam_ apenas a certificação de que estão certos do que o fazem importa ao juiz.

O artigo 1.123, do estatuto processual, ressalva a opção que é dada aos cônjuges de converterem a separação litigiosa em consensual, a qualquer momento durante seu curso; isto porque, “na impossibilidade de manutenção do casamento, é sempre mais conveniente a solução amigável, ou seja, a separação-remédio” (VENOSA, 2006, p. 184).

Ao final, o magistrado proferirá sentença meramente homologatória, sem qualquer menção a causas ou motivos. Cumprirá, por conseguinte, tão-somente o que dispuserem os ditames legais.

Consoante destaca Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 268), “ao juiz compete apreciar os requisitos de fundo e de forma, verificar a regularidade do procedimento, e apreciar a validade das deliberações quanto aos filhos do casal”.

O pedido somente adquirirá publicidade após a assinatura das partes e a lavratura pelo escrivão, sendo permitida a retratação unilateral até esse momento. Logo, assinado o termo, “o pedido torna-se *irretratável* pela *manifestação unilateral* de um só dos cônjuges” (GONÇALVES, 2006, p. 201).

Por fim, tem-se no artigo 1.124, do Código de Processo Civil que, “homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados”.

A sentença homologatória, porém, terá perdida sua eficácia em caso de reconciliação do casal, permitida pelo artigo 1.577, do Código Civil. Esse diploma preceitua que os consortes poderão restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, nos termos e condições em que fora constituída, desde que o façam por ato regular em juízo. A reconciliação será, do mesmo modo, averbada no Registro Civil, e em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido anteriormente e na pendência do estado de separado, independente do regime de bens¹⁷.

1.2.3 Separação litigiosa

Preconiza o artigo 1.572, *caput*, do Código Civil que a qualquer dos consortes é permitida a proposição de ação de separação judicial, atribuindo ao outro o cometimento de ato consistente em grave violação dos deveres do casamento e que acarrete a insuportabilidade da vida em comunhão. O pedido, por sua vez, pode ser realizado a qualquer momento após a celebração do matrimônio.

A doutrina classifica tal modalidade como separação-sanção, visto que um dos cônjuges imputa culpa ao outro, sobre o qual incidirão, conseqüentemente, sanções. Estas podem, sinteticamente, ser caracterizadas em duas: a perda do direito de alimentos, exceto os indispensáveis à sobrevivência¹⁸, bem como a perda do direito de conservar o sobrenome do outro¹⁹.

A Lei do Divórcio estampava, genericamente, as causas de separação litigiosa²⁰, revogando, assim, o artigo 317, do Código Civil de 1916, que dispunha, especificamente, as seguintes causas: adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos.

Seguindo a linha do diploma revogado, o Código Civil de 2002, em complemento ao *caput*, do artigo 1.572, delineou os mesmos fatos citados naquele, como aptos a caracterizar a

¹⁷ Assim preceitua o art. 1577, em seu § único.

¹⁸ Regra constante dos arts. 1.694, § 2º, e 1.704, § único, do Código Civil.

¹⁹ Dessa forma preceitua o art. 1.578, do Código Civil.

²⁰ O art. 5º, *caput*, da Lei n. 6.515/77, mencionava que: “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum”.

impossibilidade da vida em comum, reduzindo, no entanto, o lapso temporal exigido para a configuração do abandono do lar para um ano ininterrupto, e acrescentando outros à lista, como a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa²¹.

Sobre o retorno das causas anteriormente enumeradas pelo Código Civil de 1916, Venosa (2006, p. 193) comenta:

[...] o Código de 2002 representou, nesse aspecto, um injustificável e odioso retrocesso. Parece que o legislador do país não se contenta em dar passos à frente, pois lhe apraz também voltar ao passado. De há muito estão de acordo os juristas que as causas de separação, sob a forma de sanção, devem ser genéricas e representar o mínimo possível uma tipificação estrita. Era essa a linha definida, como vimos, na Lei 6.515. No entanto, o Código de 2002 volta atrás e reintroduz o sistema do Código Civil de 1916, com um elenco de causas que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão.

Trata-se, portanto, de rol meramente exemplificativo, uma vez que o parágrafo único, do artigo 1573, do Código Civil, possibilita a consideração de outros fatos que venham a acarretar a impossibilidade da vida a dois.

O artigo 1.572, em seu parágrafo primeiro, traduz ainda outra espécie de separação litigiosa, requerida por um dos cônjuges, consubstanciada na ruptura da comunhão de vida há mais de um ano, desde que provada a impossibilidade de sua reconstituição. Doutrinariamente, menciona-se tal modalidade como separação-falência.

E, por fim, o parágrafo segundo, do mesmo dispositivo, apresenta o que se denomina separação-remédio, configurada pelo estado de enfermidade de um dos cônjuges_ doença mental grave_ manifestado após o enlace conjugal e que transforme a vida em comum impossível. Exige-se também que, decorridos dois anos, seja reconhecida a improbabilidade de cura da moléstia.

Faz-se mister, por conseguinte, breve digressão, em separado, acerca de cada espécie.

1.2.3.1 Separação por conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento

Ao permitir o diploma civil, em seu artigo 1.572, *caput*, a decretação da separação judicial fundamentada no cometimento de atos, por um dos cônjuges, que configurem grave

²¹ Todos as causas estão elencadas no art. 1.573, do Código Civil.

violação aos deveres do matrimônio e acarretem a insuportabilidade da vida em comunhão, deferiu ao magistrado largo poder discricionário na avaliação dessas condutas típicas, bem como na própria constatação da culpa. Não é suficiente, pois, que o ato importe violação aos respectivos deveres, sendo igualmente necessária a prova de que sua prática tornou a união conjugal insuportável.

O primeiro dever cuja infração caracteriza causa de separação litigiosa, de acordo com o código civilista, é a fidelidade recíproca²². Sua violação conduz ao adultério, que, na lição de Gonçalves (2006, p. 207), traduz “(...) a mais grave das faltas, não só por representar ofensa moral ao consorte, mas também por infringir o regime monogâmico e colocar em risco a legitimidade dos filhos”. Para sua caracterização, não é preciso que haja repetição na prática, bastando uma só ocorrência. Há que se constatar, igualmente, a intencionalidade do agente em ferir o dever conjugal.

Em segundo lugar, vem disposto na lei o dever de vida em comum no domicílio conjugal, o qual, quando violado, implica o abandono voluntário do lar conjugal. Caracteriza-se este pela intenção e pelo *animus* de um dos cônjuges de não mais retornar à residência comum, não havendo motivo justificador para tal ato. O requisito temporal de um ano, imposto pela lei²³, pode ser relegado pelo magistrado, se visualizada a irremediabilidade da situação. Para Venosa (2006, p. 196), “um curto espaço de abandono, por vezes, pode configurar a perda definitiva da *affectio maritalis*. A definição caberá ao juiz no caso concreto”.

A infringência ao terceiro dever, a mútua assistência, pode induzir ao cometimento de sevícia ou injúria grave. Tem-se, nesse caso, infração ao dever de respeito à integridade física do outro cônjuge, e negação ao dever de mútua assistência. A sevícia compreende todo o tipo de violência corporal, colocando em risco a saúde e incolumidade física do cônjuge ofendido, ao passo que as injúrias graves podem ser visualizadas através de palavras ofensivas à dignidade do cônjuge, bem como da própria violação aos deveres conjugais.

²² Os deveres conjugais vêm enumerados no art. 1.566, do Código Civil.

²³ Disciplinam o *caput* e o inciso IV, do art. 1.573, do Código Civil: “Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;”.

O quarto dever_ de sustento, guarda e educação dos filhos_, uma vez inobservado, além de implicar os crimes de abandono material e abandono intelectual e a perda do poder familiar, constitui também causa para a separação judicial, tendo em vista o comprometimento da estrutura matrimonial.

E, por fim, a violação ao quinto dever elecando pela lei, o respeito e consideração mútuos, poderá caracterizar injúria grave, nos moldes anteriormente mencionados.

Contudo, há que se salientar, ainda, outros fatos enumerados pela norma, além dos já comentados (adultério, sevícia, injúria grave e abandono do lar durante um ano), como hábeis a tornar insuportável a vida em comunhão. Estão todos mencionados no art. 1.573, do Código Civil, cabendo, nesse momento, especial menção à tentativa de morte, à condenação por crime infamante e à conduta desonrosa.

A tentativa de morte, com fins a acarretar a separação judicial, prescinde a condenação do agente no juízo criminal, podendo a comprovação do atentado ser realizada nos próprios autos da separação.

De outra banda, paira certa dificuldade na visualização do que o Código resolveu nomear como “conduta desonrosa”, haja vista a generalidade da expressão. Na concepção de Rizzardo (2007, p. 302), “nada mais representa tal conduta que os atos atentatórios à boa fama, à honra, à dignidade ou bom nome não só do outro cônjuge, como da própria família”.

A condenação por crime infamante constitui ainda outro motivo que impossibilita a vida em comum. Trata-se de delito de extrema gravidade, repercutindo negativamente no âmbito social_ dados os propósitos vis de quem o praticou_ e provocando a repulsa do consorte, capaz de tornar insuportável a sociedade conjugal.

Arrematando as disposições concernentes à separação litigiosa, disserta Gonçalves (2006, p. 219):

Segundo se infere da redação do art. 1.572 e 1.573 do Código Civil de 2002, [...], a gravidade da infração dos deveres conjugais conduz à insuportabilidade. O adultério, a tentativa de morte, a sevícia, a injúria grave, o abandono voluntário do lar conjugal, bem como a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa, quando representem desrespeito e falta de consideração ao outro cônjuge, caracterizam grave violação dos deveres do casamento e, ao mesmo tempo, evidenciam a impossibilidade da comunhão de vida, que não precisa ser demonstrada pelo autor. A conjugação dos dois elementos serve de causa para a separação, embora seja necessária apenas a prova de um dos atos que

importem grave violação dos deveres do casamento. A insuportabilidade está relacionada a esses fatos ou causas.

Analisando-se a conjuntura atual em que está inserido o matrimônio, melhor faria o legislador se regressasse a insuportabilidade como mais uma causa de separação, avaliando-a através de critérios como o temperamento dos cônjuges, a instrução, os hábitos, a linguagem, as características do meio social de cada um, a personalidade, os costumes e outros diversos fatores. Infindável é o número de situações em que tais aspectos acabam por influenciar diretamente na convivência diária de cônjuges de meios totalmente diferentes, de maneira que, inexistindo infração dos deveres conjugais por um deles, ou acordo entre ambos, legalmente não haverá viabilidade de separação (RIZZARDO, 2007, p. 294).

Assim, estar-se-ia uma vez mais limitando o leque de possibilidades de alcançarem os cônjuges a separação, supervalorizando o regramento legal, em detrimento da realidade fática em que os mesmos se inserem.

Conforme Rizzardo (2007, p. 295), “nenhum princípio ético ou moral, e mesmo legal, pode impor que se mantenha uma união onde desapareceram o respeito, a compreensão, a amizade, o companheirismo. Seria forçar uma união puramente externa (...). A instabilidade real da vida em comum recomenda a separação”.

Após a eleição das hipóteses que podem caracterizar a insuportabilidade da vida em comum, o diploma vigente defere ao juiz a faculdade de relevar, para a aferição das causas da separação em comento, outros fatos igualmente hábeis a engendrar a impossibilidade da união conjugal²⁴. É nesse sentido a observação de Rizzardo (2007, p. 284): “a lei é objetivamente clara. Estabelece a infração a deveres conjugais, fornecendo uma exemplificação. Mas não é absorvida a quantidade, nem o tipo de infrações, existindo outras classes que a vida prática faz surgir a cada dia”.

Destarte, importa ressaltar que a sistematização de infrações dos deveres conjugais é questão que merece extrema cautela. Não raras são as uniões que se mostram inviáveis sem merecimento de atribuição de culpa aos consortes. A inviabilidade decorre, nesses casos, da própria incompatibilidade de gênios, da decomposição do grupo familiar, da total ausência da *affectio maritalis*. Enfim, há uma gama de aspectos envolventes, os quais independem de qualquer

²⁴ Permissão exposta no § único, do art. 1.573, do Código Civil.

imputação de culpa para existir e que tornam a convivência conjugal insuportável (RIZZARDO, 2007, p. 293).

Além disso, mister observar que comumente, quando da análise dos motivos implicantes da separação, extrai-se da decadência da união matrimonial a inexistência de culpa exclusiva de um dos cônjuges capaz de determinar a separação tal como o requer a lei. Não há, por conseguinte, transigência de ambos os pólos, sendo incabível, por parte da Justiça, a negativa de deferimento da separação, mantendo-se forçadamente aquele tipo de relação. A concessão da separação é medida que se impõe, atuante como mera declaração do falecimento de um casamento para a qual não resta melhor solução (RIZZARDO, 2007, p. 295).

Ao Poder Judiciário não é dada, assim, a função de avaliar interinamente o lar dos consortes, a fim de atribuir o *status* de vencedor ao cônjuge considerado “inocente” na relação, e sim, atestar o fracasso de uma união, liberando ambas as partes para a busca de outros interesses. Ademais, em épocas em que a realidade diária tem demonstrado a necessidade de se flexibilizarem os instrumentos de dissolução da união conjugal, tornando mais célere o alcance do resultado pelos cônjuges.

1.2.3.2 Separação por ruptura da vida em comum

Trata-se a separação por ruptura da vida em comum de modalidade doutrinariamente conceituada como separação-falência, espécie de separação-remédio, a qual busca uma solução para o fato concreto. Não há eleição de causas, sendo suficiente a comprovação da ruptura por mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição, conforme se depreende do artigo 1.572, parágrafo primeiro.

Venosa (2006, p. 197) adverte que “a lei exige que o prazo seja consecutivo, sem interrupções. Lapsos pequenos de abandono do lar, por exemplo, não podem ser considerados”. Todavia, na concepção de Gonçalves (2006, p. 224), tendo-se suprimido a expressão

“consecutivo” do texto trazido pela Lei do Divórcio²⁵, permitiu-se a interpretação de que resta autorizada a soma dos períodos de separação para a contabilidade do prazo requisitado.

A separação por ruptura da vida em comum tem por fundamento circunstâncias puramente objetivas, referentes à irreversibilidade da separação de fato pelo tempo requerido pela lei, não comportando qualquer digressão a respeito de eventual procedimento culposo adotado por um dos consortes a revelar uma causa para a separação judicial. Para Gonçalves (2006, p. 224), “a caracterização da ‘ruptura’ não é condicionada a nenhum outro fator material ou à violência física ou moral. Não importa sequer saber quem tomou a iniciativa da ruptura conjugal”.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 252), diz respeito a situações em que o ambiente conjugal sucumbiu por motivos de conhecimento restrito dos consortes, ou destes e de terceiros, erradicando a comunhão outrora existente, podendo tanto ser postulada pelo cônjuge que é vítima do afastamento, como por aquele responsável pela ruptura.

Complementando o aludido conceito, Cahali (2005, p. 405) afirma ser

a separação judicial do art. 1.572, § 1º, [...] uma faculdade que se concede ao próprio cônjuge infrator ou de conduta desonrosa, que tenha abandonado o outro cônjuge, ou tenha sido por este abandonado: cessada a coabitação pelo prazo da lei, possibilita-se àquele a extinção de uma sociedade que só existiria formalmente, ante a omissão ou desinteresse do ofendido em promover-lhe antes o rompimento definitivo.

A dissolução da sociedade conjugal baseada na separação de fato tem por pressupostos, segundo Cahali (2005, p. 408):

[...] 1º) a presença de um elemento material, representado pela ausência de vida comum, o que implica, em regra, a separação de residências; 2º) a presença de um elemento intencional, voluntário, que é a intenção de vidas em separado, 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).

É de se ressaltar que, não obstante estejam os consortes convivendo sob o mesmo teto, pode restar caracterizada a dissolução da sociedade conjugal, em virtude da inexistência de vida em comum, não compartilhando os cônjuges as atividades diárias como se fossem marido e mulher. É situação que merecerá investigação probatória, a fim de evitar o acontecimento de possíveis fraudes.

²⁵ Preconizava o § 1º, art. 5º, da Lei n. 6.515/77: “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”.

O elemento intencional constitui igualmente requisito à decretação da separação, porquanto, comumente, ocorre de a ausência prolongada do ambiente conjugal ser conseqüência de fatos outros, que não o desejo dos cônjuges_ como o é em casos de enfermidade, ou necessidade profissional.

Por derradeiro, a demonstração da irreversibilidade da segregação, tal como apregoada pela lei, comprova peremptoriamente a falência do casamento, bastando, entretanto, que um dos cônjuges mantenha insistentemente sua intenção em separar-se definitivamente, para que o respectivo requisito esteja configurado (GONÇALVES, 2006, p. 226).

De realce relembrar que o Estado deve antes priorizar a intenção dos cônjuges em pôr fim a uma situação insustentável, buscando métodos e envidando esforços para o seja feito da maneira menos gravosa, atendendo, assim, à finalidade da lei_ que não deve ser a de impingir sofrimento maior aos cônjuges, do que aquele que ambos já vêm sofrendo com a dissolução do enlace conjugal.

1.2.3.3 Separação por grave doença mental

Cuida-se de modalidade de separação constante do parágrafo segundo, do artigo 1.572, do Código Civil, fundada na noção de que, em vista das circunstâncias em que os consortes se encontram, o matrimônio não mais satisfaz as suas finalidades, merecendo, para tanto, a dissolução.

Depreende-se da norma, os seguintes pressupostos para a configuração da referida hipótese: 1) doença mental grave; 2) que a cura da moléstia seja improvável; 3) que tenha a doença se manifestado após o casamento; 4) que tenha se estendido por mais de dois anos; 5) que torne impossível a vida em comum.

A gravidade da doença poderá ser atestada pelo magistrado através de parecer de perito nomeado em juízo e, ainda, com base nas próprias condições pessoais do enfermo, cabendo ao julgador definir se a moléstia se enquadra ou não no conceito exteriorizado pela lei. Da mesma

forma, há que se aduzir quanto à provável incurabilidade da doença, a qual, com o auxílio do perito, será igualmente analisada pelo juiz, numa apreciação de natureza subjetiva.

Muito embora exija a lei que a manifestação se dê após o casamento, nada obsta que a origem da moléstia seja anterior ao enlace conjugal. A intenção do legislador foi proteger o cônjuge que não detinha conhecimento acerca da enfermidade que acometia o outro, deferindo-lhe o direito de invocá-la como causa à dissolução do matrimônio.

Quanto à impossibilidade da continuação da vida, consubstanciada na coabitação, na comunhão espiritual entre o casal e, sobretudo, na união sexual, diz-se que a doença mental é suficientemente capaz de tornar inviável o relacionamento daquele, importando, por si só, a inviabilidade da união matrimonial. Dispensável mostra-se, por conseguinte, uma gama de provas periciais na constatação do respectivo requisito (RIZZARDO, 2007, p. 310).

Na acepção de Gonçalves (2006, p. 227),

malgrado o dever de assistência e socorro que incumbe a um cônjuge em relação ao outro, [...], não se pode negar que os fins do casamento desapareceram quando um deles, por uma fatalidade, perde a razão e o pleno gozo das faculdades mentais. A dissolução da sociedade, nesses casos, decorre da impossibilidade material e moral da consecução dos fins do casamento.

Em complemento ao exposto, aduz Rizzardo (2007, p. 309) que “em verdade, é justo que se mantenha o dever de assistência, mas não se pode submeter o cônjuge sadio à convivência com o cônjuge portador de grave enfermidade mental, o que constituiria um sofrimento físico e moral incomensurável para aquele”.

Todavia, conforme afirma Venosa (2006, p. 198), trata-se de situação não merecedora do incentivo legal, tanto o é que, em tempos anteriores, permitia-se que o juiz indeferisse o pedido²⁶.

Embora retirada tal permissão, o código vigente manteve o ônus, atualmente previsto no parágrafo terceiro, do artigo 1.572, consistente na sanção atribuída ao cônjuge que tomar a iniciativa da separação: o consorte enfermo passa a ser proprietário exclusivo dos bens trazidos

²⁶ Nesse sentido, era o art. 6º, da Lei n. 6.515/77: “Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

para o casamento e da meação dos adquiridos posteriormente. A norma, porém, somente possui aplicação em regime de comunhão universal de bens.

A doutrina tem considerado que a separação por grave doença mental perdeu muito de seu alcance em face da sistemática apresentada pela Constituição de 1988, haja vista que, estando o casal separado de fato há mais de dois anos, poderá requer o divórcio direto, prescindindo o declínio de qualquer causa, como se verá adiante.

Desta feita, trata-se de modalidade de pouca repercussão prática, pois, se o próprio ordenamento jurídico proporciona aos cônjuges o alcance do divórcio tão-somente pelo transcurso do prazo de dois anos, _ o mesmo exigido para a manifestação da doença nessa forma de separação_, sem necessidade de motivação e sem qualquer sanção patrimonial àquele que o pleitear, dificilmente alguém optará pela separação sob o fundamento de doença mental.

1.2.3.4 Procedimento judicial de separação litigiosa

A separação litigiosa seguirá o rito ordinário, previsto no Título VIII, do Livro I, do Código de Processo Civil, conforme se depreende do então disposto no *caput* do art. 34, da Lei n. 6.515/77²⁷.

Em virtude da natureza personalíssima de que se reveste a ação de separação judicial, somente aos cônjuges é permitido o ingresso em juízo, salvos os casos de incapacidade, quando então poderá o cônjuge incapaz ser representado por curador, por ascendente ou por irmão, de acordo com o parágrafo único do artigo 1.576, do Código Civil.

O reconhecimento do direito de promover a ação é destinado ao cônjuge que se autodenomina ofendido e prejudicado pela violação dos deveres conjugais, sendo inadmissível que o infrator venha a juízo invocar sua própria conduta culposa como causa para a dissolução da união matrimonial (RIZZARDO, 2007, p. 322).

²⁷ Prevê o *caput* do art. 34, da Lei do Divórcio: “A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário”.

Diferentemente ocorre quando a separação judicial envolve causa objetiva, cujo procedimento dispensa perquirição de culpa. Logo, em situações como essa, faculta-se a ambos os consortes a iniciativa de se separarem, reconhecendo-se, inclusive, como legítimo ao manejo da ação, na separação por grave doença mental, o cônjuge acometido pela enfermidade. Será este, no entanto, representado legalmente no processo, em razão de suas condições pessoais.

Em falecendo um dos cônjuges na pendência da lide, a ação será extinta, não sendo lícito aos herdeiros sucederem o mesmo no processo. Isso porque, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 266-267), “(...) não haveria interesse no seu prosseguimento, uma vez que as finalidades perseguidas são alcançadas com a morte, que vai além e põe termo ao próprio vínculo conjugal. Os eventuais interesses dos herdeiros deverão ser pleiteados em ação própria”.

Questão polêmica reside na discussão sobre a permanência ou não do foro privilegiado concedido à mulher quando do ajuizamento da ação de separação judicial²⁸, em face da sistemática empreendida pela Carta Magna, que privilegia a equiparação dos direitos e deveres dos cônjuges²⁹. Negando a incidência do aludido privilégio, leciona Cahali (2005, p. 501):

Não se compadece com o princípio constitucional igualitário a preservação da condição de igualdade dos cônjuges, quanto à *titularidade* dos direitos e obrigações que dimanam do casamento, com uma diversidade de tratamento quando se cuida da tutela jurídica desses mesmos direitos assim outorgados.

Nesse mesmo diapasão, é a posição de Rizzardo (2007, p. 317), segundo a qual restaria como solução mais coerente a definição da competência pela regra comum, qual seja, a da residência do réu³⁰.

A petição inicial de separação deverá conter a narração dos fatos que caracterizem infração às obrigações conjugais e que impliquem a impossibilidade da vida em comum ou, ainda, a descrição da causa objetiva_ referente à ruptura pelo período imposto legalmente ou à doença mental.

A respeito, adverte Rizzardo (2007, p. 322):

Mesmo que vagos e até imprecisos os fatos, desde que retratem uma convivência insustentável, repleta de incompatibilidades e desacertos, decreta-se a separação. A

²⁸ Disciplinado no inciso I, do art. 100, do diploma processualista.

²⁹ Consta do art 226, § 5º, da Constituição Federal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

³⁰ Competência fixada pelo *caput* do art. 94, do Código de Processo Civil.

simples inaptidão para a convivência, ou o contraste de personalidades e costumes, recomenda a procedência do pedido, então não já por culpa de um dos cônjuges, mas de ambos, porquanto a lei é omissa em conceder a separação exclusivamente porque não mais se pretende a sociedade conjugal.

O parágrafo segundo do artigo 3º, da Lei do Divórcio, estabelece que ao magistrado cabe a promoção de todos os meios a fim de que as partes se reconciliem ou transijam, devendo ouvir pessoal e separadamente cada uma delas e, no momento seguinte, reuni-las em sua presença, se desse modo avaliar necessário. Os advogados serão chamados a assistir aos entendimentos e deles participar, consoante regra contida no parágrafo terceiro, do mesmo dispositivo. Trata-se de ocasião em que comumente se intenta a realização da separação judicial por acordo entre as partes, afastando-se as acusações recíprocas e os desentendimentos de uma separação litigiosa, podendo-se fixar, desde já, os alimentos destinados à prole e o regime de visitas.

O prazo para contestação inicia após a data designada para a conciliação. Logo, cita-se o cônjuge da ação e intima-se para a audiência de conciliação, alertando-o do início do prazo de defesa a partir da data estabelecida, caso não logrado qualquer acordo.

Assim, refere-se o artigo 297 do Código de Processo Civil que o réu poderá oferecer, em quinze dias, por meio de petição escrita dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

Aduz Cahali (2005, p. 587) que a defesa reservada ao ocupante do pólo passivo da demanda é a de natureza ampla, especificando que “a contrariedade versará sobre o fato em si mesmo, como sobre todos os outros fatos capazes de atenuar ou suprimir a gravidade ou conseqüências da alegação final”. Em continuação, diferencia os instrumentos de exceção e reconvenção, afirmando que no primeiro “(...) a defesa é indireta, e tende sempre à rejeição da demanda do autor (...)”. A reconvenção, por sua vez, segundo o doutrinador, “(...) é contra ataque, a envolver uma demanda formulada por quem é réu no mesmo processo e contra quem o tornou réu; (...) tende a obter a atuação, a seu próprio favor, de uma vontade concreta da lei na mesma lide promovida pelo autor (...)” (CAHALI, 2005, p. 588).

Faz-se, pois, necessário que o réu ofereça reconvenção para que ocorra o reconhecimento e a conseqüente decretação, em sentença judicial, da reciprocidade de culpa, sendo, todavia, sempre possível para tal desiderato a opção de instauração de nova demanda. Se o

réu somente contesta a ação, sem reconvir, só a ele poderá ser atribuída a condição de culpado ou de responsável pela separação judicial declarada.

Os efeitos da revelia_ tal como preconizados pelo art. 319, do código processual_ ,no procedimento de separação judicial, revelam um ponto sobre o qual pairam relevantes controvérsias. Isso porque persiste o fundamento de que, por se tratar de ação de estado, não seria operante, nesse âmbito, a revelia.

Contudo, a respectiva negativa de vigência da revelia tem sido mitigada pelo argumento fulcrado no fato de que

se a lei admite a separação judicial amigável, se os cônjuges podem transigir a respeito da dissolução da sociedade conjugal, se ao réu é lícito concordar com o pedido do autor, [...], não há razão para que não se admita a confissão (real ou ficta) ou a presunção de veracidade da inicial, na hipótese de não haver contestação (CAHALI, 2005, p. 598).

Busca-se ainda, ao corroborar a posição anteriormente exposta, ressaltar a absoluta disponibilidade do direito do réu de dissolução causal da sociedade, diferenciando tal situação daquelas em que se encontram envolvidos no processo os direitos ditos indisponíveis, quais sejam, por exemplo, a guarda, a educação e os alimentos da prole. Sobre estes, não operaria a revelia, mas, no tocante àqueles, não se haveria porque negar seus efeitos.

O pedido de separação judicial poderá vir respaldado em uma pluralidade de causas, indicando o autor mais de uma para justificar a dissolução. Nada obstante, é suficiente a comprovação de uma dessas causas para que se conceda o desenlace. Logo, não examinadas e valoradas as demais e, uma vez improcedente a ação, ao vencido é permitido novo pedido apoiado em umas das causas não consideradas, visando a obter outro pronunciamento judicial.

A sentença de separação possui natureza constitutiva, visto que produz efeitos de extinção da sociedade conjugal e outros relativos à guarda, aos alimentos e à partilha; bem como natureza declaratória, ao passo que é ela quem vem definir o *status* de culpado ou responsável pela dissolução a um dos consortes. Leva-se, após o trânsito em julgado, a registro o referido *decisium*, em cumprimento ao artigo 10, inciso I, do Código Civil.

Importa salientar, entretanto, que a sentença em comento não produz coisa julgada material, no sentido de impedir o retorno à situação anterior. Ressalta o Código Civil, em seu artigo 1.577, que, a todo momento, podem os cônjuges restabelecerem a sociedade conjugal.

1.3 DIVÓRCIO JUDICIAL

1.3.1 Breve Histórico

Com a inclusão do princípio da indissolubilidade matrimonial na Constituição de 1934, o legislador inscreveu definitivamente o Brasil no grupo dos países antidorcistas, tornando o preceito, até então norteador da lei, em dispositivo constitucional.

Receando-se o abarrotamento do Poder Judiciário em virtude da quantidade de demandas que estariam por vir, requisitando a dissolução definitiva do enlace conjugal, bem como a deterioração do instituto do casamento em razão do surgimento da possibilidade de se pôr um fim permanente ao vínculo, muito tempo se despendeu para aprovação do divórcio no Brasil.

Entretanto, com a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de julho de 1977, o panorama anteriormente exposto teve vestes de mudança. Alterou-se a proibição constitucional de indissolubilidade do casamento³¹, passando-se a permitir a sua dissolução nos casos especificados em lei. Desta sorte, em complemento ao dispositivo constitucional, trouxe-se à baila a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que passou a ser denominada Lei do Divórcio. Em momento posterior, houve a corroboração pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002 da nova linha adotada.

A Lei n. 6.515 tinha como modalidade básica o divórcio-conversão, que exigia uma separação prévia e, decorridos três anos, haveria a transformação em divórcio. A hipótese de divórcio direto reservava-se a uma excepcionalidade: quando o casal já se encontrava separado de fato há mais de cinco anos em 28 de junho de 1977. A Constituição de 1988, inovadoramente, reduziu o prazo da separação para um ano no divórcio conversão, e permitiu que os casais se divorciassem diretamente após a comprovação da separação de fato há mais de dois anos. O Código Civil de 2002 dispôs igualmente sobre a matéria.

³¹ Naquele momento, prevista no § 1º, do art. 175, da Constituição de 1969.

Sobre a Lei do Divórcio, Caio Mário da Silva Pereira (2006, p.280) afirma que esta “(...) deu um passo na marcha evolutiva de nosso Direito de Família, procurando, com sinceridade, solucionar os problemas a que a vida conjugal dá nascimento, e que o excessivo amor à tradição impedia de resolver”. E, ainda, em defesa do divórcio, rebatendo as críticas que sobre o mesmo eram tecidas, o doutrinador leciona: “cremos, convictamente, que a instituição do Divórcio não abala a estrutura essencial do casamento. A ele recorrem aqueles que não encontraram no matrimônio a harmonia que é o clima da vida conjugal” (PEREIRA, 2006, p. 279).

Passou-se, pois, a conceber o divórcio como uma alternativa, ou propriamente uma solução, ao casal ou à família, que visando não ao passado, mas a um futuro ainda de obrigações restantes_ tais como assistência moral e econômica_, deseja manter a integridade dos laços de afetividade existentes e a própria saúde mental dos envolvidos no doloroso processo de separação ou divórcio. Evita-se, por conseguinte, a dissolução traumática, optando-se por um procedimento menos burocratizado, embora ainda exija, para sua concretude, a chancela judicial.

Consoante Venosa (2006, p. 209), “como em outros países, o divórcio foi absorvido de forma tranqüila pela sociedade brasileira. Nada se alterou, salvo a regularização de milhares de uniões de desquitados tidas como concubinárias na época, de forma paulatina, sem a caudal esperada”.

E é nesse contexto que nasce a instituição do divórcio, rompendo com a indissolubilidade do matrimônio outrora privilegiada pelo legislador, e trazendo aos cônjuges a oportunidade de pontuarem, de forma peremptória, o fim da relação conjugal, sem grandes desgastes, e de forma a preservar a dignidade de ambos.

1.3.2 Conceito, modalidades e aspectos gerais

O divórcio, assim como a separação judicial, é causa terminativa da sociedade conjugal, nada obstante com efeitos de maior amplitude que a simples separação, uma vez que, levando a cabo o vínculo matrimonial, permite aos divorciados a convalidação de novas núpcias.

Ao pontuar o fim da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, o divórcio reclama a manifestação dos cônjuges, não produzindo efeitos *ope legis*. Segundo Cahali (2005, p. 956), “(...) o correspondente efeito do divórcio só se produz por via de sentença, em processo necessário, fundado em causa legal de enumeração taxativa”.

Se desejarem os cônjuges divorciados o restabelecimento da união, só lhes será permitido fazê-lo mediante novo casamento_ isso porque estará findo o vínculo matrimonial pelo divórcio. Destarte, poderão optar pelo regime que melhor lhes aprouver, não restando qualquer vinculação àquele vigente no matrimônio anterior.

A ação de divórcio possui natureza personalíssima, ressaltada no artigo 1.582, do Código Civil, o qual prescreve que o pedido apenas competirá aos cônjuges. Inadmissível, por conseguinte, a intervenção dos filhos, no divórcio-conversão, a fim de assegurarem eventuais efeitos patrimoniais que teriam auferido em sede de separação consensual, ou, ainda, do companheiro de qualquer dos cônjuges separados (GONÇALVES, 2006, p. 243). Todavia, é o parágrafo único do respectivo dispositivo que ressalva a hipótese em que, sendo o cônjuge incapaz, poderá recorrer à representação por curador, ascendente ou irmão.

O Código Civil permite que o divórcio ocorra sem uma prévia partilha dos bens, o que se depreende da leitura do artigo 1.581. Trata-se de preceito aplicável a todas as modalidades de divórcio, ampliando a incidência, que anteriormente era restrita ao divórcio direto³².

Quanto ao sobrenome dos consortes, o diploma civil admite que, seja qual for a modalidade de divórcio a findar a união, poderá o cônjuge ver mantido o nome de casado, salvo quando, no divórcio-conversão, a sentença de separação judicial dispor de maneira diversa³³.

A primeira linha divisória em matéria de divórcio discerne este em duas espécies: divórcio-sanção e divórcio-remédio. O primeiro decorre de uma conduta ou ato que importa em grave violação dos deveres conjugais, ao passo que o último destina-se a solucionar casos de insuportabilidade da vida em comum, em que a adversidade mostra-se prejudicial aos cônjuges.

³² Regulamentava a Súmula nº 179, do Superior Tribunal de Justiça: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”.

³³ Preconiza o § 2º, do art. 1.571, do Código Civil: “Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial”.

Na mesma senda da Lei do Divórcio, o Código Civil abraçou a teoria do divórcio-remédio (PEREIRA, 2006, p.280), que corresponde a uma solução para situações nas quais a convivência conjugal tornou-se insuportável, de modo a sacrificar a um ou a ambos os consortes. Diante de tais circunstâncias, os cônjuges acabam por recorrer à dissolução matrimonial como instrumento de finalização daquele quadro insustentável. Em grande parte dos regimes, o divórcio-remédio admite tanto a modalidade consensual quanto a contenciosa.

A segunda classificação, de caráter eminentemente prático, apresenta basicamente duas modalidades de divórcio: o divórcio-conversão, ou denominado divórcio indireto, e o divórcio direto.

Para Gonçalves (2006, p. 242), “(...) as duas modalidades atuais e ordinárias (permanentes) de divórcio existentes no país, *divórcio-conversão* e *divórcio direto*, têm características de divórcio-remédio”.

No divórcio-conversão, os consortes separados judicialmente há mais de um ano requerem a conversão da separação em divórcio, o que é deferido sob o argumento de que a instituição do casamento, naquela situação, encontra-se irremediavelmente falida, haja vista a ausência de reconciliação do casal durante o respectivo período. Na acepção de Cahali (2005, p. 957), tal modalidade visa a remediar um quadro repleto de adversidade, pois já não interessa ao Estado a manutenção dessa relação, concedendo-se, portanto, a ambos os cônjuges a possibilidade de constituírem uma nova família através de outro matrimônio.

O divórcio direto, por sua vez, reflete a oportunidade de pôr fim ao vínculo matrimonial, uma vez decorrido o prazo de mais de dois anos de separação de fato. Caracteriza-se, assim, pelo afastamento da necessidade de prévia separação judicial como condição para que seja deferido o divórcio através da conversão.

Desta feita, é de salutar relevância o estudo acurado das modalidades mencionadas nessa última classificação _divórcio direto e indireto_, o que se faz no momento imediatamente posterior.

1.3.3 Divórcio indireto

O divórcio indireto é a regra na legislação atual, sendo decretado quando decorrido um prazo prévio de separação judicial. Diz-se indireto porque fica condicionado a uma separação anterior para que seja então concedido.

Discrepando da adjetivação atribuída por Gonçalves ao divórcio indireto_ natureza de divórcio-remédio_, leciona Rizzardo (2007, p. 367) que a referida modalidade insere-se na classificação de divórcio-sanção_ podendo ainda ser nomeada divórcio-conversão_ visto que tem origem ou na separação que, não raramente, vem fundamentada na infração dos deveres conjugais ou na concessão após a separação judicial consensual.

A previsão legal do divórcio indireto é encontrada no artigo 1.580, do Código Civil, depreendendo-se deste que, uma vez obtida a separação judicial ou a separação de corpos em medida cautelar, deve-se aguardar um ano para requerer a conversão em divórcio, contando-se o prazo do trânsito em julgado da primeira decisão ou da liminar concedida no caso da segunda. Contudo, adverte Cahali (2005, p. 965) que “qualquer que seja o critério adotado na determinação do termo *a quo* de fluência do prazo legal, impõe-se remarcar como condição necessária o *trânsito em julgado* da sentença de separação judicial (...), pois só esta, com aquele atributo, comporta converter-se em divórcio na forma do artigo 1.580”.

Inexiste prazo para a ação de conversão, que é, pois, imprescritível. Venosa (2006, p. 212) afirma que “(...) a faculdade para requerer a dissolução do vínculo matrimonial, seja por separação, seja por divórcio, insere-se no rol dos direitos facultativos ou potestativos, cuja possibilidade de promover a ação persiste enquanto for mantida determinada situação jurídica”. Assim, poderão os cônjuges permanecer separados por tempo indeterminado, vindo a requerer a conversão a qualquer tempo.

A referida conversão poderá ser consensual judicial ou litigiosa, abarcando cada qual peculiaridades que lhe são próprias, como se analisará a seguir.

1.3.3.1 Forma consensual judicial

Nada obstante seja a lei omissa no que concerne à possibilidade de ser o divórcio consensual, é pacífica sua admissibilidade na prática, disseminando-se o costume de promoverem os ex-cônjuges, em conjunto, o pedido. Evita-se, com isso, o desgaste de tempo, caso tivesse um deles que realizar a citação do outro (GONÇALVES, 2006, p. 244). E, em complemento, aduz o doutrinador:

Se a conversão da separação judicial pode ser feita mediante pedido de qualquer das partes (CC, art. 1.580); se, na conversão, não caberá reconvenção na resposta do réu citado (Lei do Divórcio, art. 36); se na sentença não constará referência à causa que a determinou (CC, art. 1.580, § 1º), parece ilógico não admitir que o pedido de conversão seja formulado desde logo em comum pelos cônjuges separados judicialmente (GONÇALVES, 2006, p. 244).

Não serão elencadas, na conversão consensual, as causas da separação, nem se atribuirá culpa aos consortes, visto que isso feriria, conseqüentemente, a própria consensualidade reinante nesse procedimento.

Na forma consensual judicial de divórcio-conversão, o pedido feito conjuntamente pelos ex-cônjuges, em petição por ambos assinada³⁴ e por seus procuradores, poderá ser feito perante o juízo ou domicílio de qualquer deles, mesmo quando diverso do juízo onde se processou a separação judicial (GONÇALVES, 2006, p. 244).

Trata-se a referida conversão de um processo autônomo em relação à separação judicial, mas que será a esta apensado, desde que realizado o pedido perante o mesmo juízo.

A petição inicial preencherá os requisitos exigidos em qualquer demanda, contendo pedido expresso no sentido de que seja concedida a conversão. Em não estando os bens devidamente partilhados, é de bom alvitre que tal circunstância seja nesse momento mencionada.

Poderão requerer os ex-cônjuges a alteração das cláusulas convencionadas ou determinadas na separação, referentes à guarda dos filhos, alimentos, regulamentação de visitas, uso do sobrenome, etc. Mister salientar, no entanto, que o divórcio não altera os direitos e deveres

³⁴ Trata-se de previsão da Lei do Divórcio, em seu art. 34, §§ 1º e 3º, já que omissa o Código Civil, e que por analogia se aplica ao divórcio.

existentes entre pais e filhos, tampouco interfere na contração de novo matrimônio por um dos divorciados³⁵.

Na ocorrência de extravio dos autos de separação ou se estes se encontrarem em outra circunscrição judiciária, deverá instruir a petição inicial a certidão da sentença de separação ou a de sua averbação no assento de casamento. O mesmo aplica-se para as situações em que a mulher separada tenha domicílio diverso daquele em que se julgou a separação³⁶.

O procedimento judicial da ação de conversão segue as diretrizes gerais do procedimento ordinário, regrado pelos artigos 282 a 294, do Código de Processo Civil. Assim, ajuizada em conjunto a petição, serão os autos remetidos ao Ministério Público, a fim de que emane parecer.

Mostra-se prescindível a audiência de conciliação na conversão da separação em divórcio, haja vista se traduzir tal procedimento em mera chancela judicial dos fatos apresentados (VENOSA, 2006, p. 212). Acrescenta Cahali (2005, p.980) que se na praxe forense a ação conciliadora do juiz nos processos de separação jamais revelou frutos significativos, não se poderia esperar qualquer avanço da audiência de casais que, há muito, encontram-se separados judicialmente.

Além do mais, o norte do magistrado deve ser a vontade dos separados, pois uma vez que se encontram longe da vida em comunhão há mais de um ano e, mesmo após decorrido tal período, vêm os mesmos requerem, em conjunto, a formalização definitiva do fim da união, nada mais haverá que se questionar aos mesmos, só restando ao julgador a decretação do divórcio .

O caráter consensual da conversão é preservado mesmo quando requerida esta por um dos cônjuges e, sendo o outro citado, queda-se inerte. Responsabilidade alguma será imputada àquele que não opôs resistência, sendo relegados aqui os efeitos da revelia (RIZZARDO, 2007, p. 374).

A sentença homologatória da conversão é de conteúdo constitutivo negativo, devendo ser averbada no registro público competente, conforme dispõe o artigo 10, I, do Código Civil.

³⁵ Assim diz o art. 1.579, do Código Civil.

³⁶ Previsão constante dos arts. 47 e 48, da lei nº 6.515/77, os quais, em vista de sua natureza processual, permanecem vigentes.

1.3.3.2 Forma litigiosa

O elemento básico que distingue a forma litigiosa de conversão da forma consensual é a presença de contestação formulada pelo ex-cônjuge. Não é suficiente a discordância deste em ingressar, em conjunto, com o pedido de conversão, uma vez que a ausência de resposta (contestação) equivale, como anteriormente exposto, à concordância, não se operando, portanto, a revelia. A litigiosidade é configurada, assim, na resistência ao ajuizamento do pedido e na manifestação através de contestação, a qual restará, por sua vez, adstrita à alegação de não cumprimento do prazo exigido em lei para a conversão em divórcio.

É irrelevante, nessa natureza de conversão, o conhecimento acerca da fundamentação legal utilizada para a separação judicial_ se houve o mútuo consentimento, a culpa ou a má conduta de um dos consortes. Em nada interessa, do mesmo modo, saber se o requerente foi considerado inocente ou responsável na separação, porquanto a lógica que sustenta o contraditório nesta é diametralmente oposta à que se vivencia no divórcio. Ademais, tanto o cônjuge inocente ou culpado na separação judicial, como o separado consensualmente poderão requerer a mencionada conversão.

Desta feita, proposta a ação, procede-se à citação do outro cônjuge, que terá o prazo de quinze dias para oferecer contestação. O rito a ser seguido será o comum e próprio para as demais ações.

De acordo com o artigo 37, da Lei n. 6.515/77, na conversão litigiosa, “o juiz conhecerá diretamente do pedido, quando não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, e proferirá sentença dentro em 10 (dez) dias”. Isso porque a ação de conversão apóia-se precipuamente em prova pré-constituída.

A comprovação do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação é necessária, ainda que se tenha como termo inicial para a contagem do lapso temporal a medida cautelar de separação de corpos. Isso porque não se pode olvidar que o que se está a converter em divórcio é a própria separação judicial, e, assim o fazendo, passa-se a evitar a possibilidade de

conversão direta da mera separação de corpos em divórcio (GONÇALVES, 2006, p. 249). Compete, logo, ao requerente demonstrar o decurso do prazo ânua, bem como a existência de sentença de separação judicial transitada em julgado, mesmo que inexista contestação, uma vez que, como visto, são condições para a conversão³⁷.

Destaca Gonçalves (2006, p. 246) que “por se tratar de divórcio-remédio, em que não se discute a culpa, não se admite reconvenção (...)”, o que constava expressamente da Lei n. 6.515/77, em seu artigo 36³⁸. Rizzardo (2007, p. 376) explicita que “(...) na presente ordem, a reconvenção só pode assentar-se na parte demandada chamar para si a causa argüida pelo autor da ação. Ora, essa viabilidade é inútil, pois indiferente a pessoa que alegar o decurso do prazo para a conversão do divórcio”.

A sentença definitiva do divórcio produzirá efeitos depois de averbada no cartório do registro civil competente, devendo-se, igualmente, proceder à averbação no cartório do registro de imóveis quanto ao novo estado civil do proprietário dos bens.

1.3.4 Divórcio direto

A introdução do divórcio direto na legislação brasileira se deu através da Emenda n. 09/77, sendo atualmente regulamentado pelo Código Civil, no parágrafo segundo, do artigo 1.580³⁹.

Recebe a adjetivação “direto” por dispensar, para fins de decretação, a separação prévia requerida quando do divórcio-conversão anteriormente exposto. Assim, encontrando-se os cônjuges separados de fato há mais de dois anos, ser-lhes-á permitido o requerimento do divórcio direto, passando os mesmos imediatamente da condição de casados para o estado de divorciados.

³⁷ Essa é a posição sustentada pela doutrina, mas que tem gerado relevantes controvérsias, como se analisará adiante.

³⁸ Remetendo-se ao pedido de conversão em divórcio constante do artigo anterior, dizia o art. 36: “Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção”.

³⁹ Preconiza o dispositivo em tela: § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O decurso do referido prazo configura único requisito para o alcance do instituto, prazo este que deverá ser contínuo e ininterrupto, pois, uma vez que seja interrompido, ter-se-á como termo inicial de contagem a última separação do casal.

Na formalização do pedido, deverão as partes munir-se para o adimplemento dos seguintes elementos: a) petição inicial com indicação dos meios probatórios da separação de fato e, portanto, devidamente instruída com os documentos necessários; b) descrição do valor da pensão destinada ao cônjuge que dela necessitar e das garantias a serem concedidas para seu fiel cumprimento; c) na carência de prova testemunhal, será esta realizada em audiência de comprovação da separação que fundamenta o pedido de divórcio, a qual ocorrerá obrigatoriamente; d) a partilha dos bens poderá receber homologação na sentença que decretar o divórcio, ou em momento posterior (RIZZARDO, 2007, p. 378).

Oportuno salientar que, se da separação judicial tiver decorrido menos de um ano, mas a separação de fato remontar há mais de dois, óbice algum existirá para que seja encaminhado um pedido de divórcio direto, dada a decorrência do prazo exigido em lei. Na lição de Rizzardo, isso se deve “(...) porque a separação judicial não pode impedir o exercício do direito estabelecido em fato determinante do divórcio” (2007, p. 378).

É de se frisar que, se preenchem os cônjuges o único requisito exigido em lei para a concessão do divórcio direto, que é solução dotada de maior celeridade e que melhor atende à finalidade buscada pelo casal, razão inexistente para que se lhes impinja a árdua tarefa de esperarem ainda o cumprimento do lapso temporal para a devida conversão. O divórcio direto é, sem sombra de dúvidas, a mais viável alternativa a ser seguida e que melhor preserva os interesses envolvidos.

No divórcio direto, nenhuma causa será declinada para justificar a separação de fato. Predomina, logo, a natureza de divórcio-remédio, sendo que nada mais além do prazo legal será especificado. Observa Rizzardo (2007, p. 379) que “não influenciaria no reconhecimento do direito indagar os motivos, ou a causa da longa separação, quando basta o único pressuposto: o decurso do período de dois anos”.

Ocorre que a sistemática implantada pelo divórcio e respaldada pelo contexto social dos últimos tempos, não encontra qualquer lógica na apuração de motivos ou atribuição de culpa aos consortes, a fim de justificar o fracasso do casamento. Trata-se, por conseguinte, antes, de um

remédio, saneador das agruras vividas no âmbito familiar, do que propriamente uma punição. Inexiste, quando do falecimento de uma relação, vencedor e vencido. Todos se encontram inseridos em uma mesma situação, que deverá ser manuseada de forma imparcial pelo Poder Judiciário, o qual deve aspirar tão-somente ao atendimento dos anseios daqueles diretamente envolvidos.

O contraditório ficará, conseqüentemente, restrito à duração do tempo de separação, não se deliberando acerca de questões tais como alimentos, guarda dos filhos, partilha de bens, etc., cujas decisões caberão em ações próprias à discussão das referidas matérias. Isso porque o requisito temporal é apenas o que realmente interessa quando da decretação do divórcio.

São duas as formas pelas quais os cônjuges poderão manifestar o pedido: a consensual, em que o pleito é conjuntamente apresentado pelos mesmos; e a litigiosa, na qual apenas um dos cônjuges ingressa requerendo o divórcio, podendo o outro opor negativa, alegando inadimplemento do prazo de separação de fato. Ambas serão minuciosamente explicitadas nas próximas linhas.

1.3.4.1 Forma consensual judicial

A forma consensual de divórcio reflete uma situação em que os cônjuges, conjuntamente, formulam o pedido. É considerada igualmente presente a consensualidade quando não manifestada oposição pelo cônjuge que não ingressou com a ação.

A praxe forense consolidou o entendimento de que o rito sintetiza-se na apresentação da inicial, na posterior oitiva do Ministério Público, na instrução, na inquirição de testemunhas, na partilha dos bens, se houver, e na sentença e homologação da partilha.

Desta feita, há um processo comum, com a petição inicial assinada pelo procurador das partes, ou daquela que ajuizou a respectiva ação, em não sendo conjunto o pleito. Imprescindível é o acostamento da certidão de casamento e de nascimento dos filhos, se existirem, ao referido instrumento. Além disso, constarão ainda a descrição dos bens, a forma de partilha, o

acordo relativo aos alimentos, a decisão referente à guarda e responsabilidade sobre os filhos menores, o direito de visita, e demais formulações concernentes às relações futuras.

A descrição dos bens se fará de maneira detalhada, individualizando todos aqueles que integram o patrimônio do casal. Isso se deve ao fato de que a sentença, homologatória, servirá de título para o registro imobiliário.

Faz-se necessária também a indicação do nome a ser usado, doravante, pelo cônjuge, quando acrescido ao seu o sobrenome do outro. O parágrafo segundo, do artigo 1.571, do Código Civil, disciplina que o consorte poderá preservar o nome de casado. Logo, dispensando o presente procedimento qualquer digressão sobre a conduta de um dos componentes da sociedade conjugal, a fim de responsabilizá-lo pelo ocaso da relação, mostra-se descabido mencionar uma possível perda do nome de casado do cônjuge, podendo este preservá-lo ou não, conforme melhor lhe aprouver.

Desta sorte, formalizado o pedido, devidamente preenchido com os requisitos supracitados, recomenda-se a aplicação do disposto no parágrafo único, do artigo 1.574, do Código Civil⁴⁰. Na concepção de Rizzardo (2007, p. 381), “apesar de restrito o preceito à separação consensual, não se apresenta coerente deixar de aplicá-lo no divórcio direto consensual, quando se fixam as obrigações e se afere a realidade que resultará aos filhos e a cada cônjuge”.

É, todavia, questão controversa, haja vista que se procura conceituar que espécie de interesses teria tamanha relevância, a ponto de obstar a dissolução de um matrimônio sem êxito. Além do mais, é de se questionar a própria legitimidade do Estado em intervir em âmbito extremamente pessoal_ mediante análise de critério amplamente subjetivo_, afrontando a vontade das partes e impondo a preservação do vínculo conjugal.

Maria Berenice Dias (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 64) tece comentários sobre tal intervenção estatal:

Vivendo a sociedade um novo momento histórico, tão bem-apreendido pela Constituição Federal, que trouxe um sem-número de garantias ao cidadão e assegurou-lhe liberdade e respeito à dignidade, imperioso questionar se o Estado dispõe de legitimidade para impor aos cônjuges restrições à vontade de romper o casamento.

⁴⁰ De realce relembrar seu conteúdo: “O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.

Assim, é preciso que se privilegie essa nova tendência, idealizadora de um procedimento simplificado, em que a separação e o divórcio sejam decretados mediante simples exteriorização do desejo das partes de o fazer. É o posicionamento que melhor se coaduna ao contexto atual.

No que toca à realização de audiência de instrução, com o objetivo de comprovação do período de separação de fato, será ela necessária na hipótese de carência de documentos hábeis a esse fim. A doutrina mais tradicional apregoa a imposição de que se faça a prova por documentos ou testemunhas. Em oposição, surge entendimento no sentido de que se mostra mais coerente confiar nas declarações dos divorciandos, pois, se aduzem que se encontram separados, inexistente sentido em se exigir a produção de provas, ainda que testemunhal (RIZZARDO, 2007, p. 382).

A sentença emanada em divórcio consensual é homologatória de acordo, e visa à atribuição de maior solenidade ao ato. Trata-se de ferramenta capaz de autenticar o desejo das partes, formalizando o que restou decidido.

1.3.4.2 Forma litigiosa

A forma litigiosa configura, basicamente, hipótese em que um dos cônjuges opõe-se ao ingresso, em conjunto, do requerimento de divórcio e, quando citado pela parte que o faz, contesta o pedido.

O procedimento a ser seguido é o ordinário, sendo que na contestação a única defesa cabível refere-se à falta do prazo de dois anos de separação de fato, exigido para a decretação do divórcio. Nesse sentido, eventuais discussões acerca do inadimplemento de obrigação alimentar deverão ser invocadas em demanda à parte, como ocorre no pedido de conversão, englobando tal restrição às demais matérias do gênero _ guarda dos filhos, direito de visita, partilha dos bens, etc. (RIZZARDO, 2007, p. 383).

Sobre o tema, disserta Rizzardo (2007, p. 383):

Mesmo que a separação de fato tenha constituído uma conduta culposa de um dos cônjuges, ao outro não se presta para opor-se ao pedido. Não interessa quem deu causa à

separação, mas sim o prazo, visto que foi definitivamente dado o caráter de divórcio-remédio ao divórcio direto.

A ausência de contestação não acarreta os efeitos da revelia, pois, em se tratando o divórcio de questão envolvente do estado da pessoa, versa sobre direito indisponível, de acordo com a orientação do artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil. Daí a afirmação de que não caberia o julgamento antecipado da lide, devendo-se proceder à instrução testemunhal, na inexistência de documentos que comprovem o lapso temporal requisitado.

Nada obstante não seja a reconvenção expressamente proibida, a lógica do procedimento de divórcio impõe sua inadmissibilidade, haja vista as razões aduzidas por Rizzardo (2007, p. 384) e elencadas a seguir:

[...] é indiferente a causa ou a responsabilidade pela separação; seria inútil ao cônjuge contestante requerer ele a conversão, se a mesma torna-se concessível pela postulação do outro; se consistir em requerer algum outro direito, como na busca de alimentos, ou guarda dos filhos etc. faltarão algumas condições de admissibilidade, como conexão de causas, quer por objeto, quer pela causa de pedir, e a identidade de procedimento, totalmente especial para o pedido de alimentos e mesmo outras pretensões,

O único assunto a ser tratado no divórcio direto é o preenchimento do lapso temporal, o que faz dele um procedimento dotado de maior objetividade, promovendo o alcance do resultado pretendido pelos cônjuges sem adentrar em questões pessoais e preservando, por conseguinte, a imagem e dignidade dos mesmos.

2 A LEI N. 11.441/2007: SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO PELA VIA ADMINISTRATIVA

2.1 OS OBJETIVOS PERSEGUIDOS PELA LEI

Ciente da morosidade com que diversos procedimentos tramitam atualmente no Poder Judiciário e tendo em vista o anseio social para que se reduza ao máximo a intervenção estatal na esfera privada, o legislador optou por permitir aos casais, capazes, que guardam entre si um consenso, o alcance da separação e do divórcio pela via administrativa, os quais tiveram regulamentação na Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007.

Alterou-se, por conseguinte, o panorama erigido até então, fixando-se a idéia de que é a família quem detém maior legitimidade para decidir acerca do destino a ser dado ao seu próprio núcleo, tanto no que concerne a sua direção quanto ao que se refere às mudanças em sua estrutura trazidas por uma separação ou um divórcio (CASSETARI, 2007, p. 16). Há muito se questionava sobre a necessidade de se proceder judicialmente à separação e ao divórcio consensuais, dada a simplicidade desses procedimentos e a inexistência de qualquer lógica na obstrução de seu aferimento pelos cônjuges.

Em considerações sobre o tema, disserta Christiano Cassetari (2007, p. 16):

Concordamos com esse pensamento, uma vez que em pleno século XXI não podemos nos apegar ao formalismo exacerbado do Direito romano, impingindo muitos requisitos a um procedimento tão simples como a separação ou o divórcio consensual. Tal atitude está em desacordo com os anseios da sociedade, contribuindo para o crescente número de separações de fato por pessoas que não conseguem acesso ao Judiciário, por vários motivos.

A legislação recente vem assim disciplinar a ruptura da sociedade conjugal no mesmo tom com que regulamenta a liberdade de casar, pois a cada dia recrudescer a noção de que se podem os indivíduos unir-se em matrimônio mediante a simples declaração de vontade, o mesmo deve ser permitido quando resolvem pôr um fim ao enlace conjugal.

Aliás, a reconciliação, outrora tão apregoada, há muito deixou de ser o objetivo a ser alcançado pela ingerência judicial nos procedimentos de separação e divórcio. O julgador deve, primordialmente, pautar-se na vontade dos cônjuges, tendo como mister apenas a formalização do

que os mesmos externarem. Quando se tem em mente essa limitação dirigida ao poder estatal no exercício da jurisdição no âmbito familiar, observa-se que, em diversos momentos, sua atuação mostra-se prescindível, tendo então andado bem o legislador no momento em que permitiu aos cônjuges a separação e o divórcio pela via administrativa. Privilegia-se, antes, a autodeterminação do casal, reforçando a soberania familiar no ramo que lhe é pertinente.

Na acepção de Gisele Leite (2008), “a suplantação definitiva da participação do estado nas relações familiares muito se coaduna com o princípio que proíbe intromissão ao planejamento familiar e restaura o respeito à vida privada do cidadão e das famílias”.

Traduzindo, doravante, significativo avanço na seara da negociação e mediação familiar, a Lei n. 11.441/07 auxiliou na mitigação do mito_ por muito tempo mantido no seio da sociedade_ segundo o qual estariam os cônjuges posicionados em pólos opostos no procedimento de separação ou divórcio e, por isso, seriam eles detentores de interesses conflitantes. Desta sorte, surgiria uma carência justificadora da intervenção judicial nas relações familiares, a fim de que se pudesse com isso alcançar a pacificação social e a conciliação de pretensões puramente privadas.

O empirismo nos mostrou mais uma vez que nem mesmo na perseguição de tais objetivos logrou êxito o Poder Judiciário. Em inúmeros casos, com a publicização no processo judicial das divergências instauradas entre os consortes, o que se conseguia era ainda aprofundá-las e estender seus efeitos por um largo espaço de tempo. A parte merecedora de maior proteção nesse contexto, qual seja, a prole, era inegavelmente a mais prejudicada.

Destarte, razões inexitem para que se mantenha a máquina estatal operando em situações integralmente privadas, ainda mais quando, no procedimento de separação ou divórcio, estão os cônjuges em consenso. Foi preciso, portanto, inovar para que ao menos se permitisse uma solução extrajudicial em situações de complexidade módica, como o fez a Lei n. 11.441/07.

Nesse norte, são as reflexões de Zeno Veloso (2008, p. 7):

Se o afeto acabou, o relacionamento amoroso findou, o casamento faliu, marido e mulher, com a separação e o divórcio, apenas querem legalizar uma situação já existente, pretendem somente formalizar o desmoronamento da vida conjugal. Se, afinal, o desencontro, irremediavelmente, ocorreu, o desenlace é inevitável, o viver juntos tornou-se insuportável, o legislador não tem de criar obstáculos e dificuldades para que se chegue, prontamente e com segurança, ao desfecho do impasse, mas, ao contrário, precisa facilitar a materialização da dissolução da união que, na vida e na prática, já acabou.

Ora, em situações como a descrita, o último desiderato dos envolvidos é a continuação de um quadro insustentável mediante imposição estatal. Quando, e se necessária tal intervenção, esta deverá se operar tão-somente no sentido de facilitar a dissolução.

Citando lição de Christiano Cassetari (2007, p. 17), “é inegável o movimento de desjudicialização dos conflitos, que devem ter seus procedimentos simplificados, visando à desburocratização e à redução da demanda de processos no Judiciário”.

Ademais, impende ressaltar que a tendência de flexibilização dos procedimentos de dissolução do vínculo conjugal encontra respaldo na sistemática empreendida pela Carta Magna. Isto porque, dentre as garantias fundamentais por ela previstas, constam de maneira expressa a liberdade, a privacidade e a igualdade substancial. Em sendo assim, em meio ao garantismo constitucional⁴¹, a facilitação do desfazimento da relação matrimonial concede efetividade ao princípio da liberdade de autodeterminação, à medida que fortalece o poder de decisão dos cônjuges em relação ao direcionamento da vida familiar_ e, concomitantemente, privilegia a proteção à privacidade do casal.

Conforme preconiza Gisele Leite (2008), “a nova lei consagra enfim o cidadão como sujeito ativo na formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis”. E, em complemento, continua a autora (LEITE, 2008): “o Estado que respeita os legítimos interesses de seus cidadãos principalmente o de determinar sua vida afetiva revela-se em ser Estado de Direito”.

O Projeto de Lei n. 4.725, de 2004, que deu origem à referida lei, elenca, quando da exposição de seus motivos determinantes, os princípios e finalidades buscados pela separação e pelo divórcio a serem realizados no âmbito administrativo. A simplificação dos referidos

⁴¹ Consoante lição de Gisele Leite (2008), o garantismo consiste no retorno ao humanismo iluminista do século XVIII, o qual propunha que o homem e sua dignidade fossem o centro e o valor fundamental de todas as ciências, devendo, pois, inclusive caracterizarem o objetivo maior de todo ordenamento jurídico e de todo sistema jurídico. Desta feita, com o ressurgimento desses valores, tem-se a atribuição do caráter instrumental tanto ao direito material, como ao processual, de forma a alcançar o fim então colimado. Segundo a autora, é de se ressaltar, nesse âmbito de discussão, o quão marcante foi a Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual, definitivamente, trouxe ao mundo jurídico uma revolução de valores e paradigmas, concretizando, em seu bojo, dentre as garantias fundamentais, a liberdade, a privacidade e a igualdade substancial. E, em análise especial sobre o tema tratado nesse trabalho, aduz a autora: “o ideal constitucional vem em busca da liberdade de maneira que seja tão fácil casar como descasar, sem abandono de proteger a prole e o hipossuficiente na questão”.

procedimentos é o primeiro deles, explicitando-se, desde já, que a lei tem caráter procedimental, e não altera em momento algum o direito material (CAHALI et. al., 2007, p. 12).

A mencionada lei sugere uma via alternativa para os procedimentos de separação e divórcio, quando forem as partes capazes e estiverem em consenso, permanecendo possível o caminho judicial para os que preferirem.

O procedimento notarial imprime aos instrumentos de dissolução conjugal maior racionalidade e celeridade, apresentando-se condizente às pretensões daqueles que obtiveram o consenso. Estar-se-ia, por conseguinte, resguardando o Poder Judiciário para os casos em que reina o litígio, afastando-o de demandas cuja resolução as próprias partes poderiam alcançar. Reservar a Justiça ao âmbito da jurisdição contenciosa, descentralizando aos delegados do poder público a atuação nas causas consensuais, é igualmente um dos objetivos perseguidos pela nova lei (CAHALI et. al., 2007, p. 12).

Há, conseqüentemente, a finalidade de “desafogar o Poder Judiciário, posto que o diagnóstico é de uma sobrecarga de causas, com tendência ao crescimento, e o Estado não pretende ou não pode destinar mais recursos para aparelhar o Poder e fazer face à demanda” (CAHALI et. al., 2007, p. 12).

Dentro desse paradigma apresentado pela Lei n. 11.441/07, o cidadão também aparece como beneficiário de todo esse aparato desenvolvido, uma vez que o procedimento notarial revela-se menos burocratizado e prontamente faz com que o indivíduo atinja o resultado pretendido. Além do que, as gratuidades previstas na lei para os atos de separação e divórcio lhe garantem um custo reduzido, quando comparado ao ônus pecuniário trazido por um processo judicial.

Consoante ensinamento de Zeno Veloso (2008, p. 7), “o cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema. E isso é fundamental, sobretudo, quando se trata de superar a crise dolorosa e aguda na relação familiar”.

A segurança trazida por um procedimento simplificado é de grande valia para a amenização de qualquer contenda, mormente na seara familiar, em que a disputa é intensa e as diferenças causam forte sofrimento em todos envolvidos. A celeridade, nesses casos, é significativa

auxílio na própria preservação da dignidade das partes, que acabam por poupar prolixas discussões que não as levam a lugar algum.

Finaliza Paulo Roberto Gaiger Ferreira (CAHALI et. al., 2007, p. 13) que “outros benefícios decorrentes da nova lei são evidentes, como, por exemplo, a possibilidade de o Estado não mais despender esforços e recursos na prestação desta atividade, já que o exercício da atividade notarial, embora estatal, se dê em caráter privado”. O interesse público é, por conseguinte, também favorecido, haja vista a economia de verbas públicas que antes se destinavam, desnecessariamente, a procedimentos que hoje se conclui de dispensável intervenção judicial.

Em suma, a nova lei busca a celeridade dos procedimentos de separação e divórcio, os quais poderão tramitar pela via administrativa, visando à desburocratização de situações de irrisória complexidade e a menor intervenção do aparelho estatal em esfera precipuamente privada. Com o atual paradigma instaurado, a população ganha um Judiciário mais livre para as causas que realmente mereçam uma análise acurada, e, concomitantemente, desfruta de ferramentas procedimentais abreviadas e a custos moderados.

A Lei n. 11.441/07 é, sobretudo, reflexo de uma tendência de flexibilização na disposição da relação conjugal e abre, por sua vez, relevante precedente para que mudanças outras atinjam a legislação vigente, em especial no campo do direito de família.

Passa-se, nesse momento, ao aprofundamento do procedimento da separação e do divórcio realizados extrajudicialmente.

2.2 O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

2.2.1 Requisitos exigidos pela lei

A Lei n. 11.441/07 veio proporcionar aos casais que atingem um acordo de vontades e que têm por objeto a separação ou o divórcio, a possibilidade de realizá-los mediante escritura

pública, diretamente em cartório, sem a necessidade de se submeterem à burocracia anteriormente imposta.

Ressalte-se, entretanto, que segue possível a via judicial se por ela optarem os cônjuges quando do requerimento da separação ou divórcio. Há, inclusive, dispositivo expresso nesse sentido, constante da Resolução n. 35, de autoria do Conselho Nacional de Justiça, que veio regram a aplicação da Lei n. 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Segundo o artigo 2º, da referida Resolução: “é facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para a promoção da via extrajudicial”.

A opção por se proceder judicialmente à separação ao divórcio deve-se ao fato de que podem os cônjuges desejar que sua situação seja resguardada pelo sigilo de justiça, o que não ocorre na forma extrajudicial. Esse argumento foi levantado nas conclusões do grupo de estudos instituído pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Portaria n. 1/2007. O sigilo vem assim disciplinado no item 5.11, das citadas conclusões: “não há sigilo para as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais. Não se aplica, para elas, o disposto no artigo 155, II, do Código de Processo Civil, que incide apenas nos processos judiciais”. Desta feita, escolhendo as partes a realização da separação ou do divórcio perante o Tabelião, não terão como pleitear que se guarde sigilo sobre o que for decidido.

Para que os cônjuges promovam, pela via administrativa, a dissolução da união conjugal (separação ou divórcio), deverão cumprir os seguintes requisitos: não poderão ter filhos menores ou maiores incapazes; precisam, em caso de separação, estar casados há mais de um ano, em obediência ao que prevê o artigo 1.574, do Código Civil⁴²; é indispensável a separação de fato por mais de dois anos para o divórcio direto (artigo 1.580, § 2º); no caso de divórcio conversão, o requisito temporal consiste na ocorrência da separação há mais de um ano (artigo 1.580, *caput*), a contar do trânsito em julgado da decisão que a concedeu, da data do deferimento da medida cautelar de separação de corpos, ou da data da lavratura da escritura pública de separação consensual. A lei ainda menciona que da escritura de separação ou divórcio constarão disposições

⁴² Disciplina o artigo em tela: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”.

concernentes à descrição e à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e à utilização do nome de casado.⁴³

Conforme leciona Zeno Veloso (2008, p. 10), se o casal tiver filho com menos de dezoito anos, mas que já foi emancipado, poderá normalmente optar pela finalização do matrimônio por escritura pública. Argumenta o autor que a emancipação cessa a incapacidade, fazendo com que o emancipado se torne hábil à prática de todos os atos da vida civil, inexistindo, portanto, qualquer interesse a ser resguardado pelo Ministério Público ou pelo próprio magistrado. Corroborando ao exposto, o artigo 47, da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça, veio expressamente permitir a utilização da via extrajudicial se os filhos menores forem emancipados.

A permissão coaduna-se com a intenção do legislador, que é a de coibir a separação ou divórcio por escritura pública de casal que possua filho menor ou incapaz, uma vez que o direito destes_ referentes à guarda, visita, alimentos e outras disposições pertinentes_ merece fiscalização do *Parquet* e direta intervenção do Poder Judiciário, além de, em determinados casos, requerer a participação de equipe interdisciplinar.

Cristiano Chaves Farias (2007, p. 134), aduz que, mesmo tendo filhos ainda incapazes, ao casal é lícito regulamentar o fim do casamento por escritura pública, contanto que o referido pacto não disponha sobre eventuais direitos dos filhos, tais como guarda, alimentos, direito de visitas, que, por sua natureza indisponível, deverão ser disciplinados em via judicial. Logo, nada impediria que os cônjuges apenas regrassem administrativamente a partilha dos bens comuns, os alimentos reciprocamente devidos ou, ainda, a permanência ou não do nome de casado.

Na mesma senda, preconiza Rolf Madaleno (2008, p. 253), ressaltando que a separação ou divórcio a serem realizados extrajudicialmente de nada interferem nos direitos supracitados, se os cônjuges já acertaram, em demanda precedente, os interesses da prole, menor ou incapaz, ou mesmo se cuidaram dos respectivos direitos em antecedente separação consensual de corpos homologada e transitada em julgado.

⁴³ O art. 1124-A, *caput*, do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n. 11.441/07, tem a seguinte redação: “A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia, e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento”.

Trata-se de entendimento razoável, pois privilegia a vontade dos consortes de porem um fim ao relacionamento conjugal, dissipando um quadro insustentável, que apenas reflete vestígios do que um dia foi um lar. Assim, descompromissados um com o outro e afastados das divergências anteriormente instaladas, o casal poderá, especificamente, refletir sobre a questão concernente aos filhos, quiçá com maior sobriedade.

Contudo, diversos autores renegam o mencionado posicionamento, dada a ausência de disposição expressa na lei acerca da matéria, como o faz Zeno Veloso (2008, p. 11). Em consonância com esse último entendimento, Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 22) adverte ser inaceitável que os cônjuges, quando existente prole menor ou incapaz, solucionem administrativamente somente questões que os envolvem, haja vista que “a lei é extremamente clara ao exigir a inexistência de filhos incapazes” para que possa o casal se separar ou se divorciar na via extrajudicial. E complementa o autor em comentários a essa proibição: “e o fez bem, pois é necessário que se resguarde o interesse destes na separação. Se se permitir a realização da escritura sem a solução dos interesses dos filhos, pode o casal separar-se e jamais resolver judicialmente a questão dos filhos, ficando estes prejudicados” (NETO, 2007, p. 22-23).

É, por conseguinte, situação que merecerá um direcionamento por parte da Corregedoria-Geral dos Estados, a fim de nortear a atuação dos notários brasileiros.

No que toca à necessidade de regulamentação, já em sede de escritura pública que dissolve a relação conjugal, sobre a partilha dos bens e eventuais alimentos devidos aos cônjuges ou aos filhos maiores e capazes, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo firmou posicionamento com o intuito de liberar os consortes para que o façam em momento posterior⁴⁴. Surge, portanto, tal concepção como um passo à frente, representando inovações outras que ainda irão irromper no âmbito extrajudicial de separação e divórcio.

Tecendo considerações sobre o entendimento adotado pelo Estado de São Paulo, Cláudia Stein Vieira (2007, p. 33):

O ideal, como é certo, é que as partes resolvam o máximo de questões possíveis, com o objetivo precípua de evitar futuras controvérsias, por exemplo, em, mantidos os ex-

⁴⁴ Segundo item 5.8, da Portaria n. 01/2007, da Corregedoria-Geral do Estado de São Paulo: “Tanto em separação consensual, como em divórcio consensual, por escritura pública, as partes podem optar em partilhar os bens, ou resolver sobre a pensão alimentícia, a posteriori”.

cônjuges como proprietários comuns de bens, iniciar discussões acerca do respectivo uso, pagamento de contas e assim por diante. Contudo, se tal não for possível, procede-se, ao menos, à separação ou divórcio direto, ao menos permitindo que o estado civil dos consortes seja regularizado.

É bastante plausível que se permita aos cônjuges regulamentar desde logo sua situação pessoal, mesmo que não estejam concordes quanto ao direito da prole ou ao aspecto patrimonial. Ora, a qualquer momento ser-lhes-á lícito deliberar, por escritura pública mesmo, ou judicialmente, sobre esses pontos específicos, não havendo, por conseguinte, interesse de extrema relevância capaz de impedir a formalização do ocaso matrimonial, questão esta sobre a qual inexisteriam quaisquer dúvidas.

Arrematando o assunto, disserta Yussef Cahali (2007, p. 20):

Assim, não obstante a ambigüidade do enunciado legal, referindo-se que constarão do ato as disposições relativas à *descrição* e partilha dos bens comuns, dele constarão apenas as disposições a respeito das quais tiver ocorrido acordo, sempre sem prejuízo da dissolução da sociedade conjugal, pela separação ou pelo divórcio. Tais e outras questões – inclusive a *descrição* e partilha dos bens – de interesse comum dos cônjuges ou serão objeto de aditamento ao contrato originário, ou serão resolvidas pelas vias judiciais.

Faz-se mister ressaltar que aos cônjuges é oportunizado o acordo também sobre outras questões na escritura pública de separação ou divórcio, que não as referidas no artigo 1.124-A, do Código de Processo Civil. Leciona Zeno Veloso (2008, p. 16-17) que

estão, por exemplo, autorizados a fixar pensão alimentícia a um filho maior e capaz; a resolver que determinado imóvel do casal será doado aos filhos comuns, como adiantamento de suas legítimas; a estabelecer que um dos contratantes exercerá o direito real de habitação sobre determinado apartamento.

E conclui o autor (VELOSO, 2008, p. 17), por fim, que “não se infringindo a lei, a ordem pública e os bons costumes, quaisquer disposições ou ajustes são possíveis, com base no princípio da liberdade de contratar, da autonomia da vontade”. Sendo a escritura pública de separação e divórcio um negócio jurídico, nada impede que convençionem os cônjuges também sobre outros aspectos de ordem pessoal relacionados ao fim da relação conjugal. Vigora nesse âmbito a autonomia da vontade, desde que respeitados os princípios básicos enumerados acima por Zeno Veloso.

Em extrato do artigo 1124-A, do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n. 11.441/07, tem-se que “a separação consensual e o divórcio, não havendo filhos menores ou incapazes do casal (...), poderão ser realizados por escritura pública (...)”. A expressão utilizada no

que tange aos filhos leva a crer, em uma leitura superficial, que a exceção proibitiva só teria validade para os filhos havidos do casamento, de sorte que, se os cônjuges quisessem se separar, mesmo tendo um deles filho menor de outro matrimônio, poderiam fazê-lo administrativamente.

Na acepção de Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (CAHALI et. al., 2007, p. 101), a melhor interpretação a ser feita da norma em comento aponta para um outro sentido. Fundamentam os autores que a Constituição preconiza, em seu art. 227, *caput*, como dever da família, da sociedade e do Estado, a proteção das crianças e dos adolescentes de qualquer preconceito. E, no parágrafo sexto, complementa que não se fará distinção ou discriminação entre os filhos, sejam eles havidos ou não do casamento, ou adotados, pairando sobre todos os mesmos direitos e qualificações. Assim, aduzem os autores (CAHALI et. al., 2007, p. 101) que a leitura a ser feita do artigo em estudo é aquele que engloba na expressão “filhos menores ou incapazes do casal” todos os filhos dos consortes, independentemente da origem daqueles.

Zeno Veloso (2008, p. 12) levanta ainda questão quanto à possibilidade ou não de se realizar administrativamente a separação ou o divórcio, estando a mulher grávida. Consoante o autor, no momento em que menciona a lei que tal dissolução só poderá se operar se não houver filhos menores ou incapazes, está-se implicitamente a englobar a situação do nascituro. Há, pois, uma justificativa muito clara para tanto, exposta pelo referido autor: embora tenha a personalidade civil seu início com o nascimento com vida, a lei confere, desde a concepção, proteção aos direitos do nascituro⁴⁵. Este, portanto, adquire direitos mesmo antes de seu nascimento, quais sejam, direito à vida, à integridade física, à saúde, aos alimentos, de ser reconhecido, à curatela, de receber doação, a participar de sucessão, dentre outros. Desta feita, finaliza Veloso (2008, p. 12):

Sem o servilismo de uma compreensão literal-gramatical, e, ao contrário, fazendo uma interpretação teleológica, finalística, dando uma exegese extensiva, com leitura do texto conforme a Constituição Federal, não tenho dúvida de concluir que, se o casal estiver esperando um filho, se há uma criança *in fieri*, a separação por via administrativa **não é admissível**. (grifo do autor).

É de se ressaltar que o artigo 1.124-A, do Código de Processo Civil, em seu parágrafo segundo, exige que estejam as partes devidamente assistidas por advogado, que poderá ser comum ou de apenas um dos cônjuges. Inácio de Carvalho Neto (2007, p.23), em crítica à referida imposição assevera:

⁴⁵É bastante claro o diploma civil, em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

[...] é de se observar, em primeiro lugar, não se justificar tal exigência. Se para a celebração de qualquer outra escritura não há necessidade de intervenção do profissional, por que seria para esta? [...] Poder-se-ia argumentar que seria para resguardar as questões de natureza pessoal relativas à separação. Mas, se assim fosse, seria necessária a intervenção do Ministério Público ou do Judiciário, não de advogado. O advogado é representante das partes, não tendo isenção suficiente para preservar a lisura do procedimento.

Trata-se, portanto, de posição que aspira a uma maior simplicidade na concretização dos atos em cartório. No entanto, aqueles que discordam dos argumentos utilizados pelo citado autor o fazem tendo em mente a necessária orientação aos cônjuges, com vistas a prevenir posteriores nulidades que, de um exercício errôneo da faculdade que lhes é outorgada, _ separar-se ou divorciar-se administrativamente_ poderão advir.

Paulo Luiz Netto Lobo (2007) especifica as atividades a serem desempenhadas pelos advogados quando da lavratura da escritura:

A lei impõe a assistência do advogado ao ato. Assistência não é simples presença formal ao ato para sua autenticação, porque esta não é atribuição do advogado, mas de efetiva participação no assessoramento e na orientação do casal (art. 1º da Lei 8.906/94), esclarecendo as dúvidas de caráter jurídico e elaborando a minuta do acordo ou dos elementos essenciais para a lavratura da escritura pública.

Conclui-se, assim, que não se está diante de atividade simples, a qual as partes poderiam por si só desempenhar. Sabe-se que grande parte da população apresenta-se leiga no que tange ao âmbito jurídico, de forma que o papel do advogado, antes de representar uma burocratização ao sistema, mostra-se como um instrumento acelerador da dissolução extrajudicial à medida que evita o desperdício de tempo dos consortes, que muitas vezes desejam o impraticável.

Adverte Zeno Veloso (2008, p. 13) que a presença do advogado “(...), legalmente habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, é exigência capital, solenidade impostergável, cuja preterição invalida a escritura, fulminando-a de nulidade, consoante o art. 166, inciso V, do Código Civil”. Complementa o autor (VELOSO, 2008, p. 13) que não há necessidade de conferirem as partes procuração ao advogado, uma vez que a presença deste ao ato e sua assinatura configurariam mandato tácito, nos moldes do artigo 656, do Código Civil.

Importa frisar que, sendo o advogado de escolha pessoal dos cônjuges, não poderá o tabelião indicar alguém de seu conhecimento, quando aqueles o procurarem sem algum constituído. Contudo, se necessitarem os consortes de assistência judiciária gratuita, em virtude de

não poderem custear advogado particular, serão os mesmos assistidos por defensor público, em cumprimento à garantia constitucional inscrita no art. 134, da Carta Magna ⁴⁶ (LOBO, 2007).

A escritura pública conterà, destarte, a qualificação do advogado e sua assinatura, sendo imprescindível o número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

2.2.2 Questões pontuais referentes à separação e ao divórcio administrativos

A separação e o divórcio extrajudiciais representam, como visto, faculdades outorgadas aos cônjuges, como uma alternativa desburocratizada de dissolução matrimonial e menos onerosa, se aplicando igualmente aos casamentos celebrados em data anterior à vigência da Lei n. 11.441/07. Assim, nada impede que recorram as partes à via judicial, com o intuito de obterem o mesmo resultado, ou ainda, que iniciem os consortes o procedimento judicial (consensual ou litigioso), vindo, mais tarde, a desistir, e optar pela separação ou divórcio extrajudicial (CAHALI, 2007, p. 11).

A intenção é trazer uma alternativa às partes, deixando a sua livre escolha o modo de se proceder. Os cônjuges poderão, portanto, decidir pela opção que lhes pareça mais vantajosa no caso concreto.

Além do mais, nada obstante seja omissa a lei no que concerne à conversão da separação em divórcio a ser realizada administrativamente, há muito se entendeu, numa interpretação sistemática e coerente, por sua possibilidade. É de somenos importância saber se foi a separação formalizada judicial ou extrajudicialmente. Mostra-se suficiente, então, a prova da separação anterior, com trânsito em julgado há mais de um ano quando judicial, ou com outorga da escritura há mais de um ano (CAHALI et. al., 2007, p. 112).

Nesse norte, disciplina a Resolução n. 35, em seu artigo 52: “a Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto como a conversão da separação em divórcio. Neste caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial,

⁴⁶Assim dispõe o *caput* do art. 134, da Constituição Federal: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento”. À idêntica conclusão chegou o grupo de estudos instituído pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁷.

Ante o exposto, resta clara a possibilidade de conversão da separação em divórcio pela via administrativa, tenha aquela sido processada ou não na forma judicial. Ora, a afirmativa em tela é extraída do próprio espírito da lei, a qual almeja, sobretudo, a desjudicialização de procedimentos em que a intervenção do Estado mostra-se despicienda. Entender o contrário seria tolher os objetivos buscados pelo legislador quando da instauração da separação e do divórcio administrativos. Ademais, não haveria qualquer lógica em se permitir o divórcio direto pela via extrajudicial e, concomitantemente, se coibir a esfera administrativa para os casais que já se encontram formalmente separados. É de se atentar, igualmente, para o fato de que a lei não especifica qual forma de divórcio será realizado por escritura pública, o que leva a crer que está a contemplar o gênero e suas espécies_ sendo uma delas o divórcio-conversão.

Ponto controvertido entre os autores consiste, ainda, em saber se há a viabilidade de o cônjuge incapaz utilizar o procedimento administrativo de dissolução conjugal previsto na nova lei. Isso porque, em confirmação ao que constava da Lei do Divórcio, o Código Civil veio possibilitar, em seu artigo 1576, parágrafo único, ao incapaz a representação por curador, ascendente ou irmão, em caso de separação judicial. Daí se discutiria sobre a possibilidade de esses representantes exercerem o mesmo papel numa escritura pública de separação ou divórcio.

Zeno Veloso (2008, p. 20) apregoa que, ao cônjuge incapaz, não seria permitido se separar ou se divorciar extrajudicialmente, uma vez que essa via, na sistemática empreendida pela nova lei, pressupõe a capacidade das partes. Ademais, aduz o autor que se estaria diante de um negócio jurídico, estendendo-se, portanto, à escritura em tela todos os requisitos exigidos em lei para a formalização daquele.

Em oposição, aduz Yussef Cahali (2007, p. 14) que, ao cônjuge enfermo, resguarda-se o direito de contratar mediante escritura pública de separação e, estando incapacitado, se valerá da representação constante do artigo 1.576, parágrafo único, do Código Civil.

⁴⁷ Diz o item 7.1, da Portaria CG n. 01/2007: “A Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto, como o indireto (conversão de separação em divórcio). Vencido o desembargador José Roberto Bedran, em relação ao divórcio direto”.

Trata-se, por conseguinte, de questão a ser devidamente disposta pela legislação ordinária, mas que, provisoriamente, merecerá solução pelos Tribunais brasileiros.

A necessidade de estarem presentes os cônjuges no momento da lavratura da escritura de separação ou divórcio é outro aspecto polêmico e que merece reflexão. Grande parte dos autores opina pela possibilidade de que os mesmos deleguem poderes a outrem, com a finalidade de se verem representados no ato a ser realizado em cartório. É interpretação que se faz em analogia ao que dispõe o art. 1.542, do Código Civil, que admite a celebração do matrimônio mediante procuração.

Conforme afirma Zeno Veloso (2008, p. 13): “(...) num sistema jurídico, como o nosso, que admite a celebração do próprio casamento por procuração, que razão haveria para que a separação e o divórcio não pudessem ser feitos com a utilização do mandato?”. E, remetendo alerta àqueles que optarem pelo instrumento de procuração, complementa o autor que a presença do advogado no ato notarial permanece, todavia, indispensável (VELOSO, 2008, p. 13).

Em análise sobre a matéria, Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (CAHALI et. al., 2007, p. 105-106) afirmam que a permissão em comento encontra respaldo no fato de que somente os atos personalíssimos requerem o cometimento pessoal do interessado. É regra geral, logo, a constituição de mandatário para a prática dos atos da vida civil. E concluem os autores que, se para a celebração de um ato tão solene como o é o casamento admite-se a representação por procuração, inexistente razão que impeça que o mesmo se faça no momento de sua dissolução (CAHALI et. al., 2007, p. 105-106).

Pondo fim a qualquer digressão sobre o assunto, o Conselho Nacional de Justiça pacificou entendimento de que o comparecimento pessoal dos consortes ao ato de lavratura mostra-se dispensável, sendo lícito aos mesmos se fazerem representar por mandatário, desde que esteja este munido de procuração com poderes especiais, com validade de trinta dias⁴⁸.

É, logo, a posição mais acertada, vez que prestigia a finalidade primordial atribuída à Lei n. 11.441/07, qual seja, a de proporcionar um rápido desfecho da união matrimonial, sem

⁴⁸É a Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça, art. 36: “Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias”.

onerar demasiadamente os envolvidos. Além do mais, se o sistema permite o mais_ a celebração do matrimônio por instrumento de procuração_, não pode negar o mesmo benefício aos casais que estão em consenso e tão-somente desejam a formalização do ocaso conjugal_ o menos.

Superada a questão referente à representação dos cônjuges no ato da lavratura, merece também análise a que diz respeito à prova do decurso do prazo de separação de fato, em caso de divórcio direto extrajudicial, haja vista ter sido a lei omissa quanto a esse ponto. As opiniões divergem.

Em manifestação específica sobre o assunto, Zeno Veloso (2008, p. 14) admite que a comprovação se dê por todos os meios admitidos em direito, ressaltando que, inevitavelmente, a mais utilizada será a prova testemunhal. Nos dizeres do autor (VELOSO, 2008, p. 14): “além da declaração das partes, sob as penas da lei (que, a meu ver, goza de presunção de que é verdadeira, e devia ser suficiente, bastante), duas testemunhas comparecem à escritura, atestando, confirmando que os cônjuges estão separados de fato há mais de dois anos”⁴⁹. Compartilhando dessa posição, Yussef Cahali (2007, p. 28) fundamenta a necessidade de duas testemunhas, quando da lavratura da escritura pública, em interpretação analógica do que preceitua o art. 1.525, inciso III, do Código Civil, o qual remete à declaração de testemunhas na habilitação do casamento⁵⁰.

Todavia, contrapondo os argumentos supracitados, Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 21) apregoa a insuficiência de certificação do lapso temporal por mera declaração de indivíduos que atestem a separação pelo tempo exigido em lei. Consoante o autor (CARVALHO NETO, 2007, p. 21), “o mínimo que se pode exigir, tendo em vista a fragilidade da prova testemunhal, é

⁴⁹ Acrescenta Zeno Veloso (2008, p. 14) que “no futuro, quando já existirem separações feitas por escritura pública, em consequência do que faculta a Lei 11.441/07, o divórcio indireto poderá ser acordado, por escritura pública, não só depois de um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, como depois de ter passado um ano da lavratura da escritura pública de separação consensual”.

⁵⁰ Segundo o art. 1.525, *caput* e inciso III, do Código Civil: “O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;”.

que as testemunhas compareçam em Juízo, sendo advertidas da necessidade de falarem a verdade sob as penas da lei”⁵¹.

Tal entendimento retira o objetivo precípua instaurado com o surgimento da Lei n. 11.441/07, à medida que recorre ao Poder Judiciário com o intuito de verificar mero requisito legal para a formalização do término da relação conjugal. É, no entanto, justamente essa situação que se tentou evitar com a separação e o divórcio extrajudiciais: a intervenção estatal em âmbito puramente privado, mesmo diante da ausência de litígio. Ora, se estão as partes, com o respaldo de testemunhas, a alegar que estão verdadeiramente separadas, que o relacionamento há muito findou, não compete ao Juiz e nem mesmo ao Tabelião avaliar a veracidade dessas alegações, mas sim chancelar a vontade diante deste externada.

Nesse norte, afirmam Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (CAHALI et. al., 2007, p. 112-113):

em que pesem as posições em contrário, temos para nós que a exigência de testemunhas é totalmente infundada. Aliás, nem mesmo para o divórcio direto consensual promovido judicialmente há previsão legal para oitiva de testemunhas [...]. Assim, entendemos que bastará a declaração das partes, sob as penas da lei, no sentido de que se encontram separadas de fato há mais de dois anos, para se admitir a lavratura da escritura.

Cuida-se de posicionamento inovador e consentâneo ao que busca a lei. Nada obstante, com a finalidade de intermediar a querela que se instaurou acerca do tema, o Conselho Nacional de Justiça regrou, no artigo 53, da Resolução n. 35, que a certificação do período de separação poderá ser realizada por prova documental ou testemunhal, a ser colhida na própria escritura, declarando expressamente que as alegações das partes são insuficientes para o fim pretendido⁵².

⁵¹ O autor atenta ainda para a imprescindibilidade do cumprimento do tempo de separação, por se tratar de requisito com previsão constitucional e de ordem pública. E acrescenta que “a nova lei, ao deixar de regular o assunto, e da forma lacônica como regulamentou o procedimento de elaboração da escritura pública de divórcio consensual, praticamente dispensou o único requisito constitucional para a obtenção do divórcio direto, que é a prova da separação de fato por mais de dois anos” (CARVALHO NETO, 2007, p. 21).

⁵² Reza o art. 53, da Resolução n. 35, do CNJ: “A declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido”. Em semelhante posicionamento, estabeleceu o grupo de estudos instituído pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo: “7.3.1. Há necessidade de prova de dois anos de separação de fato. Para tal, não bastam apenas documentos. Deve o tabelião colher as declarações de pelo menos uma pessoa que conheça os fatos, na qualidade de terceiro interveniente. Em

Deverão as partes, portanto, apresentar documentos ou testemunhas quando da lavratura da escritura de divórcio direto, para que sejam verificados os dois anos de separação de fato. Nada impede, porém, que mais tarde venha se resolver sobre a desnecessidade de comprovação do período legal por meio de produção de provas, de forma a privilegiar a declaração das partes de que desejam se separar e que, de fato, já se encontram há muito distante da vida em comunhão. Melhor seria que se extinguisse peremptoriamente o prazo previsto em lei para o divórcio direto, pois, estando-se em âmbito privado e inteiramente subjetivo, não é ele que deve certificar o término da relação conjugal. Acredita-se, contudo, que tal mudança não demora por surgir, tendo em vista, como se vem demonstrando nesse trabalho, que as circunstâncias concorrem para esse fim.

Muito embora a Lei n. 11.441/07 não faça menção expressa à reconciliação do casal pela via extrajudicial, entende-se que sim, ela é possível. Isso porque não seria nem mesmo razoável supor que a lei intencionou a facilitação da separação e do divórcio, relegando a reconciliação à esfera judicial.

Nas palavras de Zeno Veloso (2008, p. 17):

Uma lei que veio permitir a separação do casal por escritura pública, portanto, sem intervenção judicial, agilizando, simplificando, facilitando o procedimento, sem dúvida, não estaria homenageando a lógica nem prestigiando o bom senso se exigisse a via judicial para a reconciliação. Então, numa interpretação finalística e sistemática da citada lei, entendo que o restabelecimento da sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, sem necessidade de homologação judicial; mas continua indispensável, a meu ver, na reconciliação, a assistência do advogado das partes.

A propósito, regulamentou a Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, através da Circular n. 1/2007:

1. As escrituras públicas de inventário e partilha, de separação e de divórcio - bem como, por extensão, de sobrepilha e de restabelecimento de sociedade conjugal - poderão ser lavradas por qualquer tabelião ou escrivão de paz, independentemente do domicílio ou do local do óbito do autor da herança e da residência dos separandos ou divorciandos.

Convém lembrar, entretanto, que o restabelecimento somente ocorre quando se encontram os cônjuges separados, uma vez que ainda não houve o rompimento do vínculo matrimonial. Se, no entanto, já houve o divórcio, só restará aos mesmos optar por um novo casamento.

caráter excepcional, na falta de outra pessoa (o que deve ser consignado pelo Tabelião), é aceitável o plenamente capaz que tenha parentesco com os divorciandos”.

A reconciliação por escritura pública será realizada independentemente de ter sido a separação judicial ou extrajudicial, sendo suficiente a apresentação da certidão da sentença de separação ou da averbação no assento de casamento, conforme preceitua o artigo 51, da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça⁵³. O restabelecimento da sociedade conjugal deverá ser averbado no Registro Civil e dependerá de prévia averbação da separação, podendo, contudo, os dois atos serem realizados simultaneamente, conforme o artigo 51, da referida Resolução⁵⁴.

O Código Civil permite, em seu artigo 1577, o restabelecimento da sociedade conjugal nos moldes em que foi constituída, por ato regular em juízo. Assim, requerendo os cônjuges a alteração do regime de bens, incide hipótese prevista no artigo 1.639, parágrafo segundo, em que se exige a motivação pelos nubentes, bem com autorização judicial após a análise das razões invocadas⁵⁵.

Todavia, em se tratando de separação extrajudicial, decorre uma impossibilidade lógica de mudança do regime de bens anteriormente pactuado. Isso porque a lei é expressa ao requisitar a autorização judicial para tanto, não detendo competência o Tabelião para decidir sobre a questão. Nesse diapasão, afirma Zeno Veloso (2008, p. 17):

[...] o casal que se reconcilia não pode alterar, por força da própria escritura, o regime de bens que outrora vigeu. Embora o novo Código Civil não tenha adotado o princípio da irrevogabilidade e inalterabilidade do regime de bens e, ao contrário, admitiu a mudança no regime, condiciona a alteração a três requisitos: autorização judicial; motivação relevante; ressalva de direito de terceiros (art. 1.639, § 2º). A norma especial a respeito da matéria, como se vê, exige a intervenção judicial.

Por fim, o artigo 50 da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça, pontuou o assunto, versando que a sociedade conjugal, no âmbito extrajudicial, não se operará com

⁵³Diz o art. 48, da Resolução n. 35, do CNJ: “O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento”.

⁵⁴ Segundo o art. 51, da Resolução 35, do CNJ: “A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal somente poderá ser efetivada depois da averbação da separação no registro civil, podendo ser simultâneas”. E sobre o processamento em cartório da reconciliação, o art. 49 regulamenta: “Art. 49. Em escritura pública de restabelecimento de sociedade conjugal, o tabelião deve: a) fazer constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida; b) anotar o restabelecimento à margem da escritura pública de separação consensual, quando esta for de sua serventia, ou, quando de outra, comunicar o restabelecimento, para a anotação necessária na serventia competente; e c) comunicar o restabelecimento ao juízo da separação judicial, se for o caso”.

⁵⁵ Extrai-se do art. 1.639, § 2º, do Código Civil: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

modificações⁵⁶. Logo, se desejarem os cônjuges alterar os moldes da sociedade conjugal anteriormente constituída, deverão fazê-lo pela via judicial, em obediência ao que dispõe a lei.

Fazem-se oportunos comentários sobre a gratuidade dos atos notariais, haja vista a relevante discussão que se instaurou, mormente pelo fato de serem os atos de separação e divórcio, de acordo com a Lei n. 11.441/07, realizados em estabelecimentos privados, que são os cartórios.

O artigo 1.124-A, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil, inserido pela nova lei, estabelece que a escritura e os demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. Diverge-se sobre a extensão dessa gratuidade, bem como no que toca à comprovação do estado de hipossuficiência pelo requerente da gratuidade.

Na acepção de Zeno Veloso (2008, p. 18), o mencionado benefício deve englobar não somente os atos notariais, como também os registrais e todos os outros dos quais depende a escritura para que obtenha plena eficácia. Segundo o autor (VELOSO, 2008, p. 18), para a certificação de que se necessita da gratuidade em comento, bastariam as declarações das partes de que não dispõem de condições de arcar com os custos do procedimento, presumindo-se estas verdadeiras.

Ora, deve-se atentar que a Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos LXXIV e LXXVII, assegura aos cidadãos que atestarem a insuficiência de recursos, respectivamente, a assistência judiciária integral e gratuita e a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Destarte, a negação da citada isenção de custos dos procedimentos extrajudiciais de separação e divórcio infringe não só a lei em estudo, como as próprias garantias fundamentais previstas em âmbito constitucional, representando grave afronta ao ordenamento vigente.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (CAHALI et. al., 2007, p. 108-109) afirmam que os atos praticados pelo notário em função da nova competência a ele atribuída dependem, muitas vezes, de outros atos subseqüentes, como, por exemplo, o registro civil e o registro imobiliário, os quais, evidentemente, o hipossuficiente não poderá igualmente custear. Desta feita, apregoam os autores que (CAHALI et. al., 2007, p. 109) “(...) a interpretação civil-constitucional determina que a gratuidade de que trata o parágrafo

⁵⁶ Da mesma forma o fez o grupo de estudos instituído pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Portaria CG n. 01/2007: “6.3.7. A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações, salvo no que se refere ao uso do nome”.

terceiro, do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil se estenda também para todos os atos decorrentes da escritura pública, necessários para sua plena e total eficácia, inclusive contra terceiros”.

Esta é, inclusive, a orientação da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, que menciona, desde já, o ressarcimento ao notário, de acordo com provimento editado em momento anterior⁵⁷. Cuida-se de atitude louvável desse órgão, pois não há como onerar, nesses casos, o notário, ameaçando inclusive o exercício de sua atividade.

A declaração de pobreza poderá se dar em semelhança àquela prevista na Lei n. 1.060/50, que fixa normas sobre a concessão da assistência judiciária gratuita. Assim, adaptando a referida legislação ao sistema extrajudicial de separação e divórcio, tem-se a possibilidade de os cônjuges declararem na própria escritura pública que não detêm condições de custear as despesas decorrentes do ato notarial e dos honorários advocatícios, sem prejuízo de seu sustento (CAHALI et. al., 2007, p. 109-110). É de se notar, contudo, que a gratuidade não abrange os tributos que incidirão sobre o ato.

Será lícita, ainda, a convenção na escritura pública de que as partes se comprometem a pagar as despesas dos atos notariais, em caso de obtenção de proveito econômico em razão deles, de forma a possibilitar a quitação. Essa é a situação, por exemplo, daquele que se declara sem recursos para arcar com as despesas iniciais, mas que, tão-logo venha a receber sua parte na partilha dos bens, reunirá condições de custear todos os gastos (CAHALI et. al., 2007, p. 110).

Por derradeiro, mister mencionar posicionamento do Conselho Nacional de Justiça sobre a gratuidade na separação e no divórcio administrativos, por meio da Resolução n. 35, que em seus artigos 6º e 7º estabelece:

Art. 6º A gratuidade prevista na Lei nº 11.441/07 compreende as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais.

Art. 7º Para a obtenção da gratuidade de que trata a Lei nº 11.441/07, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

⁵⁷ Circular n. 1/2007 da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina: “9. Àqueles que se declararem pobres na forma da lei, os atos notariais e registrais serão gratuitos, assegurado aos notários e registradores o ressarcimento na forma do Provimento nº 08/2006”.

A escritura pública não depende de homologação judicial, caracterizando-se como título hábil para o registro civil e registro imobiliário, o que se depreende do parágrafo primeiro, do artigo 1.124-A, do Código de Processo.

Contudo, foi aquém do que deveria o legislador ao prever apenas os registros supracitados,

quando é fato que o casal possa ter outros bens passíveis de registro que sofrerão alteração no caso de separação e do divórcio. Portanto, vale a (...) observação (...) de que a escritura pública também é título hábil para a transferência da titularidade de bens e mesmo direitos junto a órgãos públicos e privados (CAHALI et. al., 2007, p. 104).

Na verdade, o que se pretendeu com a legislação em vigor foi equiparar a escritura pública de separação e divórcio à sentença judicial correspondente, de forma que àquela se atribua a mesma eficácia detida por esta última. Logo, é possível que se consiga os demais registros pertinentes, tais como providências a serem tomadas em bancos, instituições financeiras, na Junta Comercial, etc., sem a necessidade de expedição de alvará judicial para tanto.

Note-se, todavia, que muito se tem debatido sobre questão específica, decorrente da eficácia da escritura pública e que envolve o descumprimento de pensão alimentícia nesta fixada. Discute-se, por conseguinte, acerca da possibilidade ou não, em caso de inadimplemento culposos das parcelas referentes aos alimentos estipulados em escritura (seja em favor dos filhos ou de um dos cônjuges), de se proceder à prisão civil do devedor, tendo como base legal o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal e o artigo 733, do Código de Processo Civil.

Aqueles que entendem que inexistente essa possibilidade, o fazem sob o argumento de que a prisão civil do devedor, em conseqüência do descumprimento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, só é cabível quando for esta estabelecida em título executivo judicial, haja vista a expressa previsão constante do artigo 733. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça nesse sentido já decidiu⁵⁸.

⁵⁸ Segundo ementa extraída de acórdão emanado em *Habeas Corpus*, pelo Superior Tribunal de Justiça: “Habeas corpus. Título executivo extrajudicial. Escritura pública. Alimentos. Art. 733 do Código de Processo Civil. Prisão civil. 1. O descumprimento de escritura pública celebrada entre os interessados, sem a intervenção do Poder Judiciário, fixando alimentos, não pode ensejar a prisão civil do devedor com base no art. 733 do Código de Processo Civil, restrito à “execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais”. 2. Habeas corpus concedido” (Habeas Corpus, nº 22.401, Superior Tribunal de Justiça. Relator Desembargador: Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 20/08/2002).

Ocorre que a adoção desse entendimento retira a plena eficácia que a lei pretendia conceder ao instrumento de escritura. Isso tão logo fará com que haja um desestímulo por parte dos cônjuges em procurar a via extrajudicial para dissolver a relação conjugal, uma vez que não poderão contar com o meio executório supracitado. Indiretamente, ocorrerá um esvaziamento da lei, ao passo que não estará ela cumprindo uma das primordiais funções a que se propôs: o desafogamento do Poder Judiciário.

Em consonância com o exposto, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/RS, Luiz Felipe Brasil Santos (2008), afirma:

Embora a Lei 11.441/07 não tenha feito qualquer menção ao tema, pensamos que, diante da nova realidade, é necessário repensar a matéria, em uma perspectiva sistemática. Quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil não se cogitava de o Estado-Juiz deixar de intervir no momento da dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial, ocasião na qual muitas vezes são feitas estipulações alimentares. Ora, se ficar mantida a restrição da execução coercitiva exclusivamente aos alimentos fixados em juízo, em muito restará desestimulada a pactuação extrajudicial que agora se busca incentivar, o que configura uma contradição insuperável, que não deve sobreviver no âmago de um mesmo ordenamento jurídico. Por isso entendemos que doravante deve ser admitida a execução coercitiva aparelhada também em pacto formalizado por instrumento público.

Trata-se de posição que se coaduna com a sistemática empreendida pela nova lei. Há que se atentar para o fato de que, à medida que os institutos tomam feição de modernidade, as demais normas devem, concomitantemente, se adequar às inovações apresentadas, o que pode ser perfeitamente realizado através de uma interpretação que antes de tudo vise à preservação dos valores incutidos no legislador quando da edição das leis. No caso em comento, é visível a intenção legislativa, quando da edição da Lei n. 11.441/07, em facilitar a dissolução conjugal, e, paralelamente, atribuir força ao instrumento de escritura pelo qual se obtém esse resultado, ainda mais quando se está diante de situação delicada como o é a inadimplência de prestações alimentícias.

Nesse norte, preconiza Zeno Veloso (2008, p. 19):

O que se decidiu, acordou e estabeleceu na escritura pública de separação ou de divórcio, prevista na Lei 11.441/2007, precisa ter a mesma força, o mesmo valor, efeito idêntico ao que teria a sentença do juiz. Se pode ser preso o devedor inadimplente culposos da pensão que foi estabelecida com a intervenção do Poder Judiciário, seria um disparate não poder ser preso o devedor inadimplente da pensão alimentícia contraída na escritura pública de separação ou de divórcio consensuais. O advento da Lei nº 11.441/07 vai imprimir o entendimento de que a prisão, como meio de coerção do pagamento da obrigação

alimentar, pode ser decretada com base no descumprimento do que foi estabelecido na escritura pública.

Maria Berenice Dias (2008) ressalta a omissão legislativa no tocante à conceituação das escrituras públicas como título executivo extrajudicial, o que poderia ter posto um fim às discussões que se tem visto. Afirma a doutrinadora que, muito embora se enquadre em hipótese prevista no artigo 585, inciso II⁵⁹, do Código de Processo Civil, a ausência de especificação na lei pode dar margem a dúvidas, sobretudo quanto aos meios a serem utilizados quando do inadimplemento dos alimentos.

E continua a autora (DIAS, 2008):

Ainda que ninguém possa sustentar que estes documentos não são títulos executivos extrajudiciais, esta circunstância legitima as partes a optarem pela via judicial, por exemplo, quando na separação ou no divórcio forem fixados alimentos. De forma injustificável resistem a doutrina e a jurisprudência a facultar o uso da via executória da coação pessoal quando os alimentos são estipulados extrajudicialmente. A resistência é de tal ordem que sequer aos acordos firmados com o referendo do Ministério Público, da Defensoria Pública ou dos advogados das partes é autorizado o uso da única via de cobrança que dispõe de efetividade: a prisão civil do devedor.

Ora, não há sentido algum em não se permitir o manejo da execução coercitiva, consubstanciada na prisão civil do devedor, tendo por base o que se fixou em escritura pública, seja ela considerada ou não título executivo extrajudicial. É, pois, de se atentar que a escritura em estudo representa uma das maiores provas do consenso existente entre as partes e da voluntariedade destas em assumir obrigações mútuas ou perante a prole. Não se pode, doravante, renegar essas circunstâncias envolvidas, alegando-se que só a chancela judicial concederia tal validade às obrigações estipuladas, sob pena de se pôr em risco muitos dos avanços engendrados pela novel legislação.

Em defesa de uma interpretação que leve em consideração o contexto apresentado e em sinal de alerta para o nefasto precedente que se poderia abrir, Maria Berenice Dias (2008) leciona:

Agora, diante da nova sistemática concedida às separações e aos divórcios, cabe questionar qual o procedimento de cobrança que poderá ser utilizado pelo credor quando estipulados alimentos. Se for reconhecido como título executivo extrajudicial, não haverá a incidência de multa e sequer será permitido o uso da via executória da coação pessoal.

⁵⁹ É o art. 585, *caput* e inciso II, do Código de Processo Civil: “São títulos executivos extrajudiciais: II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;”.

Portanto, o que à primeira vista parecia ser uma faculdade desnecessária do uso da via judicial, é a forma indispensável quando houver estipulação de alimentos. Só assim o credor poderá fazer uso dos mecanismos executórios mais ágeis, quer o de cumprimento da sentença, quer o do rito da prisão. Continuará, deste modo, a justiça entulhada de processos. A conseqüência é sua a morosidade, que acaba beneficiando, mais uma vez, o devedor de alimentos.

Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (CAHALI et. al., 2007, p. 122), visando à possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos fixados em sede de escritura pública, chegam a equiparar esta a uma sentença judicial homologatória de acordo. E intentam essa comparação com base em interpretação analógica do que diz o artigo 475-N, inciso IV, que confere à sentença arbitral o atributo de título executivo judicial. Justificam os autores que em ambos os casos_ sentença arbitral e escritura pública de separação ou divórcio_ tem-se a intervenção de um terceiro, estranho ao Poder Judiciário, “mas cujo ato praticado tem repercussão enquanto título executivo judicial” (CAHALI et. al., 2007, p. 122)⁶⁰.

Desta feita, tem buscado a doutrina adequar o entendimento normativo convencional às mudanças acarretadas pela Lei n. 11.441/07, até que o legislador venha e o faça pelos meios legais, de modo a não cercear direitos e garantias que foram expressamente privilegiados pelo sistema constitucional vigente. Ademais, no âmbito do direito de família, extremamente fragilizado pela subjetividade de que é dotado e, mais especificamente, tratando-se de matéria alimentar, a tutela deve ser diferenciada, de modo a proporcionar a mais ampla satisfação das partes envolvidas. O bem estar desses indivíduos deve ser posto acima de qualquer outro interesse.

Nessa próxima fase, passa-se à análise do procedimento em si, passo a passo, a ser realizado em cartório.

2.2.3 O processamento de separação e divórcio em cartório

Primeiramente, é preciso salientar que não estão as partes que optam pela separação ou divórcio extrajudicial submetidas às regras de competência disciplinadas no Código de Processo Civil. Poderão os cônjuges realizar os atos perante o tabelião que melhor lhes aprouver, dentro do

⁶⁰ Afirmam os autores: “Sabemos ser ousada a posição; porém, entendemos que esta é a única forma eficaz para dar a esperada segurança jurídica à escritura, ou seja, só lhe outorgando força executiva judicial se terá o rendimento prático pretendido a esta via administrativa” (CAHALI et. al., 2007, p. 123)

território nacional, como ressalta o artigo 1º, da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça⁶¹.

Quando a Lei n. 11.441/07 menciona que “a escritura não depende de homologação”⁶², leciona Yussef Cahali (2007, p. 14) que “(...) o legislador enuncia o ponto fulcral da expressiva inovação legislativa, deduzindo-se daí as repercussões colaterais”. Isso porque a formalização da dissolução conjugal extrajudicial dispensa, antes ou quando da escritura, quer por iniciativa do tabelião ou de outrem, a promoção de todos os meios para que possam as partes se reconciliar ou transigir, regra esta existente no artigo 3º, parágrafo segundo, da Lei n. 6.515/77, que trata da separação judicial (CAHALI, 2007, p. 14). Prescinde-se, conseqüentemente, a ratificação posterior do acordo, como o exige a via judicial.

Logo, inexistindo a homologação judicial, igualmente descabe o questionamento pelo tabelião do mérito da convenção para se recusar a lavrar a escritura. Continua Yussef Cahali (2007, p. 15) que

[...] a eventual convenção que, em tese, ‘não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges’, causa de recusa da homologação da separação judicial (art. 34, § 2º, da Lei do Divórcio; art. 1.574, parágrafo único, do CC), reserva-se para discussão em possível ação anulatória do ato jurídico, por vício de consentimento.

Nada obstante, regulamentou a Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 46: “o tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito”.

Cumprido, pois, destacar que se está diante de matéria geradora de prolixas discussões. Questiona-se, portanto, se a previsão contida no artigo 1.574, do Código Civil, se estenderia ou não ao ato notarial e se teria legitimidade o Tabelião para intervir no conteúdo do pacto firmado entre as partes, recusando-se a lavrar o ato.

⁶¹ Segundo o art. 1º, da Resolução n. 35, do CNJ: “Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil”. Nesse mesmo sentido, regulamentou a Corregedoria-Geral do Estado de Santa Catarina, na Circular n 01/2007: “1. As escrituras públicas de inventário e partilha, de separação e de divórcio - bem como, por extensão, de sobrepilha e de restabelecimento de sociedade conjugal - poderão ser lavradas por qualquer tabelião ou escrivão de paz, independentemente do domicílio ou do local do óbito do autor da herança e da residência dos separandos ou divorciandos”.

⁶² É o que diz o art. 1.124-A, § 1º, do Código de Processo Civil.

Em contrariedade à acepção encabeçada por Yussef Cahali, Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 26-27) afirma que, na qualidade de servidor público, o tabelião tem o dever de evitar nulidades. Assim, constatando este a presença de vício no acordo formalizado pelas partes, de forma a impedir a preservação satisfatória do interesse dos cônjuges, deverá recusar-se a realizar a celebração do acordo, recomendando às partes que o refaçam.

Estar-se-ia, destarte, frente à direta ingerência do tabelião em esfera íntima dos consortes, como o faz o magistrado, no âmbito judicial, quando deixa de decretar a separação dos mesmos. É posição no mínimo questionável, vez que não parece ter sido essa a intenção do legislador quando retirou do campo de atuação estatal a separação e o divórcio consensuais.

Comungando do primeiro entendimento exposto, Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (CAHALI et. al., 2007, p. 121) dissertam:

Pela preservação da autonomia da vontade privada, especialmente nas questões patrimoniais decorrentes desta escritura, e considerando a vedação à sua lavratura diante da existência de filhos menores, somos favoráveis à tese de se impedir a intervenção do notário ao conteúdo das disposições acordadas pelas partes.

Entretanto, alegam os autores (CAHALI et. al., 2007, p. 122) que ao notário, como em qualquer outra escritura, não é dado chancelar ilegalidades. Logo, verificando a presença de determinada cláusula contrária à lei, o tabelião se recusará à lavratura da escritura, ou, ao menos suscitará a respectiva dúvida.

É pacífico, por conseguinte, que ao notário é dado o dever de coibir ilegalidades, sob pena de chancelar procedimento plenamente nulo. No entanto, essa é atividade que requer do servidor atenção quanto ao cumprimento da norma e não interferência na liberdade de decisão das partes. Há que se distinguir, pois, uma ação da outra, evitando-se o risco de uma interferência ilegal.

Antes da lavratura das escrituras de que trata o artigo 1.124-A, o tabelião deverá se certificar se o casal preenche os requisitos previstos expressamente em lei, já mencionados. Os prazos estabelecidos para a separação e o divórcio também serão objeto de análise pelo notário, a fim de certificar seu cumprimento.

É de se esclarecer a absoluta desnecessidade de indicação da causa do fim do matrimônio, sendo, igualmente, de todo descabida qualquer menção à culpa conjugal. Está-se em

âmbito no qual vigora a livre vontade, em que as partes tomam suas decisões sem justificativa alguma, tão-somente porque o desejam.

As partes obrigatoriamente estarão acompanhadas de advogado, que poderá ser único para ambos os cônjuges. No instrumento de escritura constará o nome do advogado e sua assinatura, bem como seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, conforme preceitua o art. 8º, da Resolução n. 35.

A escritura pública conterá disposições sobre os bens comuns, quando houver, procedendo os consortes à descrição e partilha dos mesmos_ caso desejem fazê-la no mesmo ato_, sobre a pensão alimentícia e sobre a retomada do nome de solteiro pelo cônjuge. Outras cláusulas, entretanto, também poderão ser pactuadas, se for do interesse das partes.

A partilha será realizada, no que couber, conforme as regras referentes à partilha em inventário extrajudicial, como preceitua o artigo 39, da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça. Os bens particulares, se existirem e dependendo do regime de bens adotado, deverão ser individualizados e destacados do patrimônio comum, tudo constando da escritura pública (artigo 37, Resolução n. 35, CNJ).

Importa mencionar que, em fazendo os cônjuges a descrição dos bens em comum e promovendo a partilha destes, se esta for desigual, acarreta o pagamento do imposto de transmissão. Conforme ensina Zeno Veloso (2008, p. 18), “o fato gerador do tributo é a diferença dos quinhões atribuídos aos cônjuges; incide o imposto de transmissão (que se chama, também, imposto de reposição) sobre o que exceder à meação (Súmula 116 do STF)⁶³”. O referido tributo deverá ser previamente recolhido, consoante preconiza o artigo 38⁶⁴, da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça.

No que toca à pensão alimentícia, se esta for parte do objeto da escritura, deverá ser estabelecida pelos cônjuges, em comum acordo, não detendo o tabelião legitimidade para intervir

⁶³ Diz a Súmula 116, do Supremo Tribunal Federal: “Em desquite, ou inventário, é legítima a cobrança do chamado Imposto de Reposição, quando houver desigualdade dos valores partilhados”.

⁶⁴ Art. 38, da Resolução n. 35 do CNJ: “Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida”.

na decisão do casal, senão para prestar os esclarecimentos legais pertinentes. Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (CAHALI et. al., 2007, p. 103) salientam que

não cabe ao notário fixar o valor, nem a forma de pagamento, ou dos reajustes. Caso optem pelo desconto em folha de pagamento, o empregado (cônjuge devedor de alimentos) autorizará, na escritura pública, a realização do desconto, e aquela deverá ser encaminhada ao departamento pessoal da empresa empregadora, para que esta proceda ao desconto.

E, ainda, no que se refere ao nome dos cônjuges, mister destacar que só estão autorizados a proceder à alteração, pela via extrajudicial, relativa ao retorno do nome utilizado em momento anterior ao casamento. Quaisquer outras mudanças deverão ser realizadas em procedimento judicial específico⁶⁵.

Quanto ao nome, estabelece o artigo 41, da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 41. Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de separação, restabelecimento da sociedade conjugal ou divórcio consensuais, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

A escritura pública de separação ou divórcio independe de chancela judicial, caracterizando-se como título hábil para o registro civil e o registro imobiliário. Nada impede, porém, que se utilize a mesma para a obtenção de outros registros, como anteriormente explicitado.

Os termos da escritura poderão, entretanto, ser modificados, existindo novamente consenso entre os cônjuges, por intermédio de uma nova escritura. Isso porque pode se fazer necessária a adequação dos termos da escritura, como, por exemplo, correção de erro material, exata identificação do patrimônio, etc., ou, ainda, a alteração do que anteriormente foi pactuado quanto à partilha, sobrepartilha, revisão e até mesmo exoneração alimentos⁶⁶ (CAHALI et. al., 2007, p. 118). Contudo, deverá igualmente esse novo instrumento cumprir os requisitos exigidos pela Lei n. 11.441/07.

⁶⁵ É o que decorre da Lei n. 6.015/73, em seu art. 57, *caput*: “Qualquer alteração posterior do nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa”.

⁶⁶ Regulamenta o art. 44, da Resolução n. 35, do CNJ: “É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e no divórcio consensuais”.

Oportuno observar que, no que se refere à mudança do patronímico conjugal, preservado, de comum acordo, quando da dissolução matrimonial, a Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 45, permite que se faça mediante declaração unilateral do cônjuge que deseja a alteração, em escritura pública, com a devida assistência de advogado.

O notário, como já mencionado em momento anterior, poderá lavrar escritura pública de restabelecimento da sociedade conjugal, tenha ela se dissolvido pela via judicial ou extrajudicial. O referido restabelecimento deverá ser averbado no Registro Civil, dependendo, contudo, da averbação prévia da separação conjugal.

O artigo 49, da Resolução n. 35, assim disciplina quanto ao procedimento de reconciliação:

Art. 49. Em escritura pública de restabelecimento de sociedade conjugal, o tabelião deve: a) fazer constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida; b) anotar o restabelecimento à margem da escritura pública de separação consensual, quando esta for de sua serventia, ou, quando de outra, comunicar o restabelecimento, para a anotação necessária na serventia competente; e c) comunicar o restabelecimento ao juízo da separação judicial, se for o caso.

Em últimas considerações, faz-se mister a exposição das demais disposições referentes ao procedimento de separação e divórcio, na via administrativa, de acordo com o que determina a Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça.

Em seu artigo 33, a respectiva resolução disciplina que deverão os consortes estar unidos, quando da lavratura da escritura pública, dos seguintes documentos:

a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

Posteriormente, as partes farão declaração, perante o tabelião, de que não possuem filhos em comum ou, se o possuírem, que são todos absolutamente capazes, indicando, no mesmo ato, seus nomes e as respectivas datas de nascimento.⁶⁷

⁶⁷ Conforme preceitua o art. 34, da Resolução n. 35, do CNJ.

Na escritura também se fará constar declaração emitida pelos cônjuges de que têm conhecimento das conseqüências da separação e do divórcio, e de que se encontram firmes no propósito de pôr fim à sociedade conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente.⁶⁸

O traslado da escritura pública de separação e divórcio extrajudiciais será apresentado ao Oficial de Registro Civil de origem do assento de casamento, para a devida averbação, independentemente de autorização judicial e de audiência do Ministério Público.⁶⁹ Em sendo assim, na escritura já restará consignado que as partes foram instruídas acerca da necessidade da referida averbação.⁷⁰

Convém, portanto, relembrar que as escrituras públicas de separação e divórcio não estão resguardadas por qualquer sigilo⁷¹, não se aplicando às mesmas a regra contida no artigo 155, II, do Código de Processo Civil, que se restringe ao procedimento judicial.

Trata-se, enfim, de procedimento simples e célere, no qual prevalecerá a vontade externada pelos cônjuges, mediante cláusulas a serem estabelecidas no instrumento de escritura. As partes têm, por outro lado, o dever de agir consoante os ditames da boa-fé, a fim de evitar eventuais anulações por vício de consentimento.

⁶⁸ Determina o art. 35, da Resolução n. 35, do CNJ: “Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das conseqüências da separação e do divórcio, firmes no propósito de pôr fim à sociedade conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente, sem hesitação, com recusa de reconciliação”.

⁶⁹ Esse é o conteúdo do art. 40, da Resolução n. 35, do CNJ.

⁷⁰ É a disposição contida no art. 43, da Resolução n. 35, do CNJ.

⁷¹ Assim preconiza o art. 42, da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça.

3 PERSPECTIVAS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO: A TENDÊNCIA DE FLEXIBILIZAÇÃO NA DISPOSIÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL

3.1 AS MUDANÇAS NO CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA FUNÇÃO ATUAL

A unidade familiar sentiu, nos últimos tempos, significativas mudanças, as quais acabaram por refletir no próprio direito de família, considerado este como regulador das relações existentes entre os diversos membros da sociedade conjugal_ englobando esta o vínculo conjugal, de parentesco e de afinidade_ e as conseqüências que dela resultam para as pessoas e bens.

As primeiras alterações podem ser vislumbradas na organização do ente familiar, o qual vem se mostrando, no decorrer dos anos, mais calcado nos valores sentimentais e menos hierarquizado, evidenciando uma estrutura na qual a mulher e os filhos, antes submetidos à autoridade do marido ou do pai, passaram a adquirir seu espaço no âmbito familiar. Consoante leciona Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 27), houve a substituição, no direito moderno, de uma organização autocrática por uma orientação democrático-efetiva. E, finaliza o autor (PEREIRA, 2006, p. 27-28), ainda no que toca à estrutura da família atual, com a alegação de que “o centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor”.

A composição familiar também foi alvo de consideráveis transformações, de forma que a grande família, composta por numerosos integrantes, deu lugar à denominada família nuclear, transparecendo nesta um ambiente de descontração e liberdade, diferentemente da posição hierarquizada e rígida de outrora.

O lado econômico do âmbito familiar sentiu igualmente essas alterações. Em virtude da necessidade financeira, ou mesmo em razão de simples conveniência, a mulher, que mantinha suas atividades circunscritas ao lar, alcança o mercado de trabalho e passa a também contribuir no sustento da família. Com isso, há um enfraquecimento do dirigismo existente em seu interior (PEREIRA, 2006, p. 29), de forma que as funções desempenhadas por cada membro no seio familiar fogem dos padrões antigos. Uma mistura de condutas foi se operando e torna impossível,

hoje, a visualização da figura do pai como chefe daquela unidade e único provedor das economias domésticas.

Em reflexão sobre o assunto, disserta Orlando Gomes (2001, p. 18):

Outro é hoje o padrão do comportamento dos membros de uma família nuclear. Não mais o marido tirano, mulher submissa e filhos aterrados. O ambiente familiar descontraí-se e as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos travam-se numa atmosfera bem diferente, cada qual destes membros do grupo movendo-se com liberdade, ou ao menos compreensão dos outros [...].

Nesse diapasão, vai se alterando a própria idéia de qual seria o objetivo da família, considerada esta no contexto atual. A noção de procriação que, por muito tempo, esteve intimamente associada ao papel do núcleo familiar, foi, paulatinamente, substituída pela atribuição de uma outra função ao ente, que, nas palavras de Rafaele Ferreira Rocha e Gleick Meira Oliveira (2008), “esteve arraigada às suas origens mais remotas - a de comunhão de vida unida por desejos e laços afetivos”.

É Orlando Gomes (2001, p. 19) quem sintetiza o complexo de mudanças ocorridas, quando afirma que, uma vez esvaziadas as funções tradicionais da família, adquire esta um novo papel. Permanecem, inquestionavelmente, as relações existentes entre seus integrantes, pais e filhos, marido e mulher, conservando a coesão de seus membros. Nada obstante, este liame apóia-se, hodiernamente, em outras fundações que não a autoridade incontestável do marido (poder marital) e pai (pátrio poder); a vida em comum no ambiente conjugal e a assistência mútua continuam a sustentar o objetivo primordial da criação dos filhos, evidenciando que nenhuma outra instituição veio substituí-la na construção do caráter e da personalidade destes (GOMES, 2001, p. 19).

Atestando a diversidade de acontecimentos, afirmam Rafaele Ferreira Rocha e Gleick Meira Oliveira (2008):

[...] a família evoluiu e continua evoluindo sob a conquista do afeto. Este só sendo possível se manifestar com a eliminação do elemento despótico no seio familiar. Hoje não há mais espaço para a família patriarcal, com abuso de poder, hierarquia, autoritarismo e predomínio do interesse patrimonial. Na trajetória da história familiar, viajamos do poder absoluto do *paterfamilias* romano, que incluía o direito de vida e de morte sobre seus filhos, para o conceito atual de autoridade parental, que é mais dever do que poder diante da filiação.

Destarte, pode-se claramente afirmar que o afeto passa a guiar as diretrizes na seara familiar, destacando-se como elemento de suma importância na resolução dos conflitos que nesse

âmbito se instauram. A lógica no direito de família deixa de buscar razões no aspecto formal e racional da estrutura familiar, retirando a relevância que anteriormente se concedia aos padrões estabelecidos. O legislador incorpora a noção de que o norte das normas de Direito de Família deve ser os laços afetivos existentes entre os indivíduos, visto que são essas ligações que avivam as relações humanas e as tornam matérias muito menos objetivas do que antes se poderia imaginar.

Consoante menciona Orlando Gomes (2001, p. 21), essa tendência vem influenciar diretamente na elaboração de novos conceitos jurídicos básicos e na substituição de princípios fundamentais, podendo-se, para fins de enumeração, iniciar pela nova acepção jurídica concedida à família. Sob três aspectos, portanto, pode esta alteração ser observada: o da concepção, o da composição e o da proteção das posições jurídicas familiares (GOMES, 2001, p. 21).

Já no que tange aos princípios, a atual Carta Magna não poupou esforços na contribuição desse quadro, delineando, como obtempera Arnaldo Rizzardo (2007, p. 14), uma diferente ordem estrutural ou organizacional no campo do direito de família, com a instituição dos seguintes princípios: a) igualdade de direitos entre o homem e a mulher; b) paridade integral entre os filhos, qualquer que seja sua origem; c) a supremacia da afeição mútua nas relações de caráter pessoal; d) o reconhecimento da união estável e da relação formada por um dos pais e dos descendentes como entidade familiar.

Ora, se a Constituição Federal equiparou plenamente os filhos, seja qual for sua origem, e reconheceu como entidade familiar outras relações além daquelas institucionalizadas pelo matrimônio, foi porque abandonou a prevalência de quaisquer outros interesses ou valores que se mostrem discrepantes do interesse afetivo existente entre os integrantes da família. Por conseguinte, entendeu-se como fundamento maior dos relacionamentos firmados entre pais e filhos ou entre marido e mulher, a comunhão de amor e a afetividade necessários ao desenvolvimento desses indivíduos, tanto no âmbito familiar, como também na própria sociedade.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 17), tem-se a Constituição Federal de 1988 como grande precursora na abertura de novos caminhos para o instituto jurídico da família, destinando proteção ao planejamento familiar e à assistência direta àquela (art. 226, §§ 7º e 8º), alertando, ainda, os pais para uma paternidade responsável e destinando-lhes autonomia para a

adoção de critérios e de modos de agir. Aponta o autor (GONÇALVES, 2006, p.17-18) que a Carta Primaveril revela a necessidade de sobreposição dos vínculos de afeto à verdade biológica, dando primazia a uma relação familiar concreta, material. Reflete, assim, o citado civilista (GONÇALVES, 2006, p. 18): “uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar”.

De forma a arrematar o exposto, sob uma análise jurídico-constitucional, afirmam Rafeale Ferreira Rocha e Gleick Meira Oliveira (2008):

quando declarada a convivência familiar e comunitária, a não discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar está concretizada a chamada família sócio-afetiva. Os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, convocando assim, os pais a uma ‘paternidade responsável’. No Brasil, a afetividade invade a ciência jurídica transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológico e sociológico. Assim, como o respeito e consideração mútuos (art. 1.566, V do Código Civil de 2002) e lealdade e respeito (art. 1724 do Código Civil de 2002), o afeto e tolerância hão de ser incorporados como valores jurídicos no âmbito das relações familiares.

Logo, intenta a doutrina a elaboração de um conceito de família consentâneo às transformações explanadas e comprometido em solidificar os ditames constitucionais, sendo idealizado por Rizzardo (2007, p. 12) como “o conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados.”

Por outro lado, expõe Maria Helena Diniz (2004, p. 9) acepção bastante ampla do termo família, apregoando que esta “(...) abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do artigo 1.142, parágrafo segundo, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico”.

Desta feita, um novo paradigma vem se instaurar no direito de família moderno, com objetivos traçados à promoção do bem-estar dos indivíduos integrantes do grupo familiar e mais sensível e adequado à realidade que o circunda. Os operadores jurídicos intentam um enquadramento entre as normas e a sociedade na qual incidem, com fins a evitar eventual omissão

legislativa frente aos fatos que, incansavelmente, apontam para a necessidade de uma evolução do ordenamento vigente.

Neste norte, vem o Código Civil de 2002 ratificar os preceitos consagrados na Constituição em vigor, materializando o conteúdo dos mandamentos constitucionais em diversas disposições normativas destinadas à união estável, à filiação, ao regime de bens, às linhas de parentesco, entre outras. Os princípios inseridos pela Carta Magna acabaram por definir os contornos de um novo direito de família, não apenas norteando a interpretação das regras jurídicas existentes, mas também auxiliando na formação de outras, em especial, as que dizem respeito à dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Leciona Orlando Gomes (2001, p. 23) que o “(...) mais importante princípio do novo Direito de Família é o que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na *afeição* entre os cônjuges e ‘a necessidade de que perdure completa comunhão de vida’”. O elemento afetivo considerado no âmbito familiar vem, do mesmo modo, direcionar as regras referentes à formalização e ao desenlace da sociedade conjugal. Nesse sentido, destaca o autor (GOMES, 2001, p. 23) que

o que há de novo é a tendência para fazer da *affectio a ratio* única do casamento, e com tamanha força que a dissolução do vínculo matrimonial passou a ser admitida em algumas legislações como um efeito do desaparecimento de sua *ratio*, toda vez que tenha fracassado e não possa ser reconstituído.

Assim, denota-se do exposto que em muito restou transformado o quadro conjugal, evidenciando o surgimento de um panorama significativamente discrepante do que até então se tinha visto. O divórcio direto pode certamente demonstrar a posição que passou a adotar o legislador, quando relegou quaisquer causas para se alcançar o fim do vínculo matrimonial, sintetizando a obtenção do resultado pretendido pelos cônjuges no preenchimento de uma só condição: o lapso temporal de dois anos.

Em continuidade à ilustração trazida na figura do divórcio, faz-se mister remissão às palavras de Orlando Gomes (2001, p. 24), o qual identifica a incidência da idéia da *afeição* como fundamento da relação conjugal em diversos momentos do diploma civil:

No conceito de separação como a decorrência da extinção da *affectio*; na *separação* independente de culpa de qualquer dos cônjuges; na circunstância de simples decurso do tempo suficiente para converter o desquite ou separação em divórcio; e na introdução do

divórcio e sua admissibilidade sempre que a comunhão espiritual e material de vida entre os cônjuges não possa ser mantida, ou reconstituída.

Insurge, portanto, no cenário brasileiro a noção de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial como meros atestados de uma relação em que os laços de afetividade e comunhão, que outrora uniram os cônjuges, findaram. Dadas as circunstâncias esposadas, a realidade social demanda, atualmente, procedimentos céleres e respostas suficientes aos seus anseios. Não mais se encontra sentido na discussão de culpa quando da formalização do ocaso conjugal, nem mesmo se julga estritamente necessária a participação estatal em todos os atos concernentes à família.

Elementos outros são avaliados pertinentes ao direito da família, tais como o afeto entre os indivíduos, a efetiva união, a comunhão de vida, o bem estar dos membros do grupo familiar e os laços entre estes construídos. Os valores supracitados foram, por conseguinte, tomando força, em detrimento das amarras que há muito esteve arraigada no meio social e jurídico, época em que vigorava o apego extremo às ligações formais, respaldadas pelo sacralizado matrimônio.

Imprimindo uma visão geral desse contexto, preconiza Rizzardo (2007, p. 15):

Não há como negar as profundas transformações operadas no seio da família, afastando-a do conceito e da visão dominante no direito romano, no direito canônico e no antigo direito luso-espanhol. Há o reconhecimento constitucional, no sentido de admitir e proteger outras espécies de família, com a expressa inclusão de comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e da união estável, numa constante busca de adaptação do ordenamento legal à realidade social e cultural vigorante. O tratamento dispensado pelo Estado às relações decorrentes da união estável não passa de uma imposição determinada pela realidade, sob grave risco de descalabro total dos grupos formados em torno de parentes e em razão de sentimentos de afeto. Não importa tanto a dessacralização de antigos ritos, que eram havidos como mais importantes que os laços que sustentavam as uniões. Importa a *affectio maritalis* e parental, que é o valor primeiro a se valorar e proteger, pois constitui o elemento que dá sustentação ao grupo familiar.

Destarte, tendo-se em vista a eclosão de uma tendência ensejadora de um moderno paradigma no direito de família, obtém-se um contexto em que, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 6), “as uniões sem casamento, (...), passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não tem mais como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias.”

E é assim, pois, que se iniciam as reflexões acerca da flexibilização, não só da constituição do enlace conjugal, consubstanciado no casamento, como na dissolução desse

vínculo. Com isso, intenta-se abrandar os entraves burocráticos impostos aos casais que, desapegados, como bem ressalta Rizzardo (2007, p. 13), “do temor em ferir ditames sociais, e despojando-se do respeito às aparências, enveredaram para a expansão da verdade através de condutas autênticas”, e agora, desejam ver sua situação estabilizada da maneira mais célere possível, visto que a insuportabilidade da vida comum não visualiza qualquer lógica no moroso sistema judicial de separação e divórcio da relação conjugal.

No entanto, como ressaltam Rafaele Ferreira Rocha e Gleick Meira Oliveira (2008),

a superação de paradigma não é tarefa fácil; requer evolução de consciências, valores, costumes, adaptações pessoais, culturais e sociais. Por isso, a concepção de entidade familiar percorreu longos trajetos e turbulentas manifestações até chegarmos a nossa atual dimensão sobre a família.

Contudo, tem-se a percepção de que os valores e os costumes mudaram, nada obstante existam determinados segmentos da sociedade brasileira que preferem se manter longe de tais perspectivas. Essas transformações demandam avanços normativos, sendo, pois, inadmissível que o direito se furte à modernidade de condutas e consciências.

Convém destacar o argumento de que, estando-se em seara amplamente subjetiva que é o direito de família, o legislador, e mais ainda o operador do direito, não devem jamais ignorar os valores que embasam uma determinada sociedade, bem como as incessantes alterações que de tempos em tempos se operam em seu meio, sob pena de tal fato ensejar a total ineficácia das normas que serviriam de regulamentação para aquele ambiente social. E seriam ineficazes os comandos normativos pelo integral descompasso entre o que regem e o que vivem seus destinatários.

Em especial no direito de família, constatam-se carências que precisam ser sanadas. A família deve gozar de plena legitimidade e maior autonomia para a resolução de suas próprias questões, de forma a mitigar uma intervenção direta do Poder Público, formadora de condutas e opiniões. Atualmente adquire-se a noção de que a esfera pessoal pode ser destacada da patrimonial, devendo nesta se concentrar em maior grau a atividade do Estado.

Aos casais, por conseguinte, deve ser proporcionada uma prestação jurisdicional efetiva, quando se fizer necessária, que vise antes à preservação da dignidade dos indivíduos envolvidos e prestigie, dessa forma, a Constituição Federal. Assim como deve ser facilitada a

união de vidas pelo instituto do casamento, o divórcio também deve estar ao fácil alcance daqueles que não encontram mais a verdadeira comunhão que os enlaçou.

Por fim, pode-se concluir que cada vez mais se faz premente “uma tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução da relação denominada família (ROCHA; OLIVEIRA, 2008)”. Uma tutela que aspire ao bem estar do grupo familiar, valorizando as individualidades e evitando a coexistência de situações pessoais desprestigiadas pela lei.

3.2 A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO JUDICIAIS NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

A Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio) trouxe regras a disciplinar o instituto do divórcio, passando a nomear separação judicial o que anteriormente era denominado desquite. Prevalecia, no regime em comento, a regra do divórcio-conversão, isto é, exigia-se uma separação anterior, restringindo-se a uma excepcionalidade a concessão do divórcio-direto.

A separação judicial põe fim à sociedade conjugal, sem interferir no vínculo matrimonial, o qual permanece intacto. Desaparecem, logo, determinados deveres conseqüentes do matrimônio, remanescendo, entretanto, outros, como o respeito e consideração mútuos.

Destaca, Rizzardo (2007, p. 227), as discrepâncias apresentadas, quando comparada a separação judicial e suas implicações com o instituto do divórcio:

Os resultados práticos são equivalentes ao divórcio – com exceção da possibilidade de contrair novo casamento. Mas ressaltam as diferenças. O divórcio põe termo ao casamento válido, com a permissão de se contrair novo casamento. Rompe-se o vínculo, enquanto na separação cessam os deveres e direitos impostos no casamento, que poderá se reconstituir a qualquer tempo, segundo deflui do art. 1.577 [...].

A Constituição de 1988 implicou significativas mudanças no âmbito do direito de família, mormente no que tange à possibilidade, prevista em seu artigo 226, parágrafo sexto, de se divorciarem diretamente os cônjuges tão-somente mediante a comprovação da separação de fato por mais de dois anos _ prescindindo uma prévia separação judicial. Deixou, portanto, o divórcio

direto de ser uma exceção, como o era sob a égide da Lei n. 6.515/77, que o relegava a situações excepcionais⁷².

O vigente diploma civilista, no mesmo sentido dos dispositivos constitucionais, dispôs em seu artigo 1.580:

Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Destarte, depreende-se que o prazo de um ano para o requerimento do divórcio inicia sua contagem tanto do trânsito em julgado do decreto de separação judicial, como da decisão que estabeleceu a separação de corpos. Evidente, pois, que o regramento em tela converge para uma simplificação cada vez maior desse procedimento, a fim de manter apenas o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro (VENOSA, 2006, p. 172).

Mesmo antes da separação judicial ou durante a tramitação do processo, é usual o pedido de separação de corpos. Na lição de Rizzardo (2007, p. 351), “é a separação de corpos uma providência preventiva ou preparatória prevista para a separação, a ação de nulidade e a anulação do casamento”.

Existem, por assim dizer, dois dispositivos legais que fazem expressa menção à referida medida: o artigo 1.562, do Código Civil, que faculta à parte, antes da propositura das ações supracitadas e das ações de divórcio direto e de dissolução da união estável, comprovando a necessidade, o requerimento da separação de corpos; o artigo 888, inciso VI, do Código de Processo Civil, o qual preceitua que o juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou preliminarmente a esta, o afastamento temporário de um dos cônjuges do lar conjugal.

Trata-se, via de regra, de medida preventiva, que, em face das circunstâncias em que se encontram o casal, visa à própria integridade física e psicológica dos mesmos_ haja vista o acirramento dos ânimos e, conseqüentemente, os riscos envolvidos em manter os cônjuges sob o

⁷² Previa o art. 40 da Lei n. 6515/77: “No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo de separação e sua causa”.

mesmo teto. A separação de corpos fixa, ainda, o cômputo do prazo de um ano para o requerimento do divórcio, conforme vislumbrado do artigo 1.580, do Código Civil, podendo os cônjuges pleitear sua concessão tendo em vista tal função demarcatória⁷³.

Depreende-se, logo, a existência de dois fundamentos para a concessão da medida de separação de corpos: o que tem por base o caráter de providência preliminar ou concomitante ao processo de separação, que objetiva a contagem do prazo para conversão em divórcio; e outro, que busca razão de ser na necessidade de afastamento de um dos cônjuges da moradia do casal_ sendo, em ambas as situações, requerida na forma cautelar (RIZZARDO, 2007, p. 354).

A redação do artigo 1.580, do diploma civil, instaurou intensa discussão na doutrina e nos tribunais acerca da possibilidade ou não de se converter diretamente a medida cautelar de separação de corpos em divórcio, visto que o dispositivo permite interpretação nesse sentido. Afinal, careceria a separação de corpos, em se tratando de divórcio conversão, de uma sentença posterior de separação judicial, para que se pudesse dissolver definitivamente o vínculo?

A doutrina tem sustentado que, muito embora alcance o casal a medida cautelar de separação de corpos, com embasamento em quaisquer dos fundamentos expostos, mostra-se indispensável o trânsito em julgado de sentença de separação judicial para que se pleiteie a conversão em divórcio, pois, ainda que cumprido o prazo de um ano daquela medida cautelar, é a separação judicial que se está a converter, e não a separação de corpos. É o que apregoa Yussef Cahali (2005, p. 963-965):

Ora, como é curial, a possibilidade do divórcio não representa efeito próprio da separação cautelar ou definitiva de corpos, ainda que se entenda, por lei, aproveitável a data da concessão desta para a posterior separação judicial a ser convertida em divórcio; [...]. [...] No propósito de facilitar o divórcio como remédio para a situação supostamente aflitiva dos casais separados, o legislador ordinário baralhou conceitos, equiparando à separação judicial situações qualificáveis como simples *separação de fato*. [...] Qualquer que seja o critério adotado na determinação do termo *a quo* de fluência do prazo legal, impõe-se remarcar como condição necessária o *trânsito em julgado* da sentença de separação

⁷³ Tem-se, inclusive, decisões que vêm admitindo o deferimento de medida liminar de separação de corpos mesmo quando já se encontra o casal separado de fato, uma vez que permanece a necessidade de fixação do prazo de contagem para a conversão em divórcio. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível nº 4611414000, Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Joaquim Garcia. Data do Julgamento: 17/09/08): “Separação de corpos - Cautelar - Extinção - Não se configura a ausência de interesse processual a circunstância de as partes já estarem separadas de fato - Autora que se afastou do lar conjugal e pretende a legalização da situação consolidada - Possibilidade - Sentença anulada - Prosseguimento determinado - Recurso provido”.

judicial dos arts. 1.572 e 1.574 do Código Civil, pois só esta, com aquele atributo, comporta converter-se em divórcio na forma do art. 1.580.

Entretanto, de modo a simplificar o procedimento de dissolução do vínculo conjugal, esse não tem sido o entendimento pretoriano. A exegese adotada pelos Tribunais brasileiros tem por objetivo facilitar aos casais separados de fato há mais de um ano, uma vez já tendo obtido a chancela judicial mediante medida cautelar, o acesso diretamente ao divórcio, sem a necessidade de passarem por um processo de separação judicial. Se, por meio de cautelar de separação de corpos, tiveram os cônjuges finalizados os deveres de coabitação e fidelidade há mais de um ano, e os mesmo se mantêm firmes na decisão de se separarem, a exigência de sentença judicial de separação é mera formalidade, que se traduz em um ônus integralmente inútil de se impor ao casal.

Nesse diapasão, recentemente decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70024243065. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Data do Julgamento: 17/06/2008):

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA QUE HOMOLOGOU PEDIDO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL DE CORPOS EM DIVÓRCIO. ALEGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO, POR TRATAR DE QUESTÕES IDÊNTICAS ÀS DE MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CABIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO DE CORPOS EM DIVÓRCIO. Havendo expressa disposição legal possibilitando a conversão da separação judicial de corpos em divórcio, consoante preceitua o caput do art. 1.580 do Código Civil, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido. Na espécie, existindo prova preconstituída do decurso do tempo exigido pela lei, impõe-se o acolhimento do pleito de conversão. Agravo retido não conhecido e recurso de apelação desprovido.

E, corroborando o conteúdo do referido acórdão, tem-se semelhante decisão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 726.870. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento: 28/11/2006)

CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL. CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS.

- Defere-se a conversão de separação em divórcio, desde que observado o prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença que decretou ou da decisão homologatória da separação judicial, ou daquela que concedeu a medida cautelar de separação de corpos.

Extrai-se do voto do Relator:

O Art. 1.571, IV, do Código Civil, dispõe que a sociedade conjugal extingue-se pela separação judicial. A lei não diz que a separação final é aquela resultante de ação de

separação judicial. Em verdade, o texto refere-se a separação autorizada pelo Poder Judiciário, seja pelo deferimento cautelar de separação de corpos, seja por sentença que decreta a separação judicial. Percebe-se que o Legislador quis negar tal eficácia à separação de fato, quando um dos cônjuges deixa o lar sem a autorização do Poder Judiciário e, afirmando que transcorreram dois anos desse fato, entra com pedido de divórcio direto. Semelhante artifício propicia fraudes que o novo código procura obviar só admitindo como termo inicial do prazo, a sentença ou a decisão cautelar. Assim, deve ser acolhido o pedido de conversão de separação em divórcio, desde que observado o prazo de um ano contado do trânsito em julgado da sentença que decretou ou homologou a separação judicial, ou mesmo concedeu a medida cautelar correspondente. O texto é claro: o legislador utilizou a conjunção alternativa ou, prevendo duas hipóteses distintas. Não há margem para outra interpretação, que não a literal.

Já em sede de separação de corpos será permitido estabelecer-se sobre a guarda provisória dos filhos e o conseqüente direito de visitas, bem como sobre os alimentos provisionais a serem concedidos à prole ou ao cônjuge que dele necessitar. O cônjuge requerente da separação de corpos, havendo fundado receio de extravio ou dissipação dos bens pelo outro consorte, poderá propor medida cautelar específica de arrolamento de bens, a fim de resguardar o patrimônio a ser partilhado posteriormente (CAHALI, 2005, p. 490).

Dessa forma, uma vez provisoriamente fixados a guarda, o direito de visita e de alimentos, e preservado o patrimônio por medida cautelar específica, os cônjuges terão desde então, ainda que precariamente, delineados seus interesses, podendo ratificar o acordado quando da conversão em divórcio. Ser-lhes-á igualmente facultado realizar a partilha nessa oportunidade ou posteriormente; ou poderão optar pela alteração do que ficou determinado, se existir consenso, consoante já explicitado nesse trabalho.

Convém, entretanto, ressaltar que, em se tratando de alimentos à prole e de direito de guarda e de visitação, transformadas as condições em que se deu a fixação, o assunto comporta rediscussão a qualquer momento, podendo sofrer mudanças mesmo após a dissolução do vínculo matrimonial. E, no que toca à partilha dos bens, esta também independe de um processo de separação judicial, haja vista a possibilidade legal de ser realizada mesmo após o divórcio.

Portanto, de nenhuma valia será o processo de separação judicial aos cônjuges, podendo-se, dada a permissão expressa da lei, converter diretamente em divórcio a medida cautelar que decretou a separação de corpos.

Eis a interpretação que melhor se coaduna com os princípios norteadores da nova tendência instaurada no direito de família. Aspira-se, logo, a um efetivo alcance do resultado pretendido pelos cônjuges, tendo por norte a mínima onerosidade imposta aos envolvidos.

Nada impede, porém, que venham os cônjuges pleitear o divórcio direto, quando decorridos mais de dois anos da separação de fato, abandonando qualquer discussão sobre a possibilidade ou não de conversão da cautelar mencionada. É situação que não raramente acontece e que faculta aos consortes a opção que se amolda concretamente aos seus interesses.

O divórcio direto prescinde de qualquer separação prévia, o que, em grande parte das situações, vem facilitar o desenlace, já que o procedimento de separação, deveras prolixo, traz inócuos benefícios aos consortes, como se verá adiante.

Dispondo sobre o assunto, aduz Venosa (2006, p. 172):

Salientemos que se estiverem presentes os pressupostos tanto da separação quanto do divórcio (separação de fato por mais de dois anos), os cônjuges terão a faculdade de escolher por uma ou outra saída jurídica para o desenlace de seu matrimônio. É claro que, na prática, falido o casamento, propendem na maioria das vezes para o divórcio direto [...].

Segundo Cahali (2005, p. 70) “com estas inovações, o instituto da separação judicial (desquite) perdeu muito de seu significado, diante da intuitiva opção pelo divórcio direto por aqueles que já se encontravam separados de fato há mais de 2 anos”.

Abrem-se, doravante, com a legislação em voga, as portas para o divórcio, reservando espaço secundário à separação judicial.

Contextualizando o tema, Venosa (2006, p. 170) tece considerações:

A separação judicial não rompendo completamente o vínculo matrimonial, é um passo antecedente para que isso ocorra posteriormente, com sua conversão em divórcio, a qual, todavia, não é medida antecedente obrigatória. A posição conservadora do legislador mantém as duas formas, separação e divórcio [...]. Nada impede que no futuro se opte na esfera legislativa exclusivamente pelo divórcio, sem o passo antecedente da separação ou desquite, que na grande maioria das vezes se mostra desnecessário.

Basicamente são duas as modalidades de separação judicial, como já visto. Tem-se, de um lado, a separação consensual, na qual os cônjuges pleiteiam conjuntamente o término da sociedade conjugal; e de outro, a separação litigiosa, subdividida em situações em que ora há a infração dos deveres conjugais, ora a ruptura da vida em comum ou, ainda, a grave doença mental que, supervenientemente, acomete um dos cônjuges.

Nada obstante, pode-se observar que as denominadas formas de pôr fim à sociedade conjugal perderam muito de seu sentido no contexto atual, a iniciar pela separação consensual que, como detalhado alhures, vem evidenciando um quadro fático de prescindibilidade da intervenção estatal quando de sua concretização, sendo permitido aos cônjuges, cumpridos os requisitos da lei, finalizarem ao seu próprio modo a relação conjugal: mediante escritura pública em cartório.

Ademais, oportuno ressaltar que, ainda quando acordes as partes quanto ao fim do matrimônio, a imposição legal é de que estejam casadas há mais de um ano para que possam recorrer à separação por mútuo consentimento, seja ela judicial ou extrajudicial. Em comentários sobre a situação em comento, afirma Maria Berenice Dias (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 65):

mesmo que antes desse prazo acabe o vínculo afetivo, embora não mais conviva o par sob o mesmo teto, a Lei, de forma aleatória e arbitrária, impinge a manutenção do *status* de casado. Não se consegue identificar o motivo dessa negativa de referendar o desejo dos cônjuges, o que configura severa afronta ao direito fundamental à liberdade.

Trata-se de período de prova, que tem por fundamento a certificação acerca do desejo das partes de se separarem. Todavia, além de impedir o livre exercício da autonomia da vontade e ferir o respectivo direito fundamental à liberdade, assegurado aos cidadãos, é imposição por demais inútil. Isso porque o que faz a lei é manter uma relação insustentável, a contra gosto dos consortes e interferindo diretamente em esfera personalíssima, até que se possa formalmente chancelar o ocaso do enlace conjugal. Ora, se de início o casal percebe a incompatibilidade de gênios, de hábitos ou costumes, o que torna inevitável a insuportabilidade da vida em comum, por que razão posterga-se uma situação de tamanha adversidade, em detrimento da formalização efetiva do anseio dos cônjuges?

A separação baseada na infração dos deveres conjugais, não diferentemente, apresenta gravíssimas falhas. Consoante se depreende do ordenamento jurídico vigente, o legislador preferiu preservar o princípio da culpa como um dos fundamentos da separação judicial, elencando em um rol as condutas que podem caracterizar a impossibilidade da vida em comum_ o que representou um odioso retrocesso, dado o retorno ao que já estabelecia o Código Civil de 1916 e que havia sido alterado pela Lei n. 6.515/77.

Ocorre que a concentração de culpa em somente um dos cônjuges, a fim de responsabilizá-lo pelo término da sociedade conjugal, é tarefa praticamente impossível, ainda mais quando acometida ao julgador, que é terceiro inteiramente estranho àquela relação.

Em sintonia com o exposto, argumenta Cristian Fetter Mold (2007):

Não se pode negar que, em alguns casos, a ruptura do casal dá-se por um ou mais atos eivados de violência e/ou má-fé praticados por um dos cônjuges, porém esta circunstância não pode jamais inspirar os operadores do Direito de Família a sempre procurarem um único culpado pela falência matrimonial, pois na maior parte dos casos, esta falência é fruto de meses, às vezes anos, de ausência de diálogo, falta de compreensão, omissões, obsessões, pequenos atos de desrespeito mútuo que vão se avolumando até criar uma situação insustentável. O fato é que nestes casos de desgaste natural e paulatino do casamento é impossível ao Magistrado, aos advogados e aos representantes do Ministério Público, atuantes em um processo de dissolução do casamento obterem êxito em descobrir quem dos cônjuges foi pela primeira vez grosseiro, inoportuno, ciumento ou omisso, pois isto implicaria em adentrar em uma máquina do tempo para tentar "ver" o que ocorria dentro da morada comum, todos os dias em que este casal esteve junto, o que sabemos ser impossível.

Além do mais, a discussão sobre o elemento culpa na união conjugal pode engendrar conseqüências devastadoras, tanto para os cônjuges que ali estão a se digladiar, como também para os filhos, os quais passam a presenciar um sem número de ofensas que possivelmente levarão à conclusão alguma.

E ainda a posição do autor (MOLD, 2007):

A falta de tato para superar estes problemas, tanto do lado dos litigantes, quanto por parte dos operadores do Direito, pode levar a um duradouro processo de separação litigiosa que pode tranqüilamente dar azo a outros processos que tomarão a forma litigiosa, muitas vezes por mera postura vingativa e beligerante das partes.

Há que se salientar, igualmente, que não raras são as hipóteses em que o casal se separa por motivos outros que nada tem a ver com a atribuição de culpa. Diz-se que houve nesses casos a incompatibilização de gênios ou costumes, ou ainda o desaparecimento da *affectio maritalis*, dentre tantas outras situações que revelam a simples inviabilidade da vida em comunhão.

Os efeitos aparentemente trazidos pela separação litigiosa fundamentada na grave violação dos deveres conjugais são, sinteticamente, dois: o cônjuge declarado culpado, em sentença judicial, perde o direito de haver alimentos do ofendido (artigo 1.704, *caput*) e o de preservar o patronímico do cônjuge inocente (artigo 1.578, *caput*). Assim, tais conseqüências poderiam justificar a intenção em se responsabilizar um dos cônjuges, uma vez que ao mesmo seriam impostas as referidas penalidades. Entretanto, o empirismo demonstra a inoperância desse fato, e faltam argumentos em defesa da permanência da culpa na esfera conjugal.

Primeiramente, cumpre observar, no que concerne à guarda dos filhos, o que dispunha o artigo 10, da Lei do Divórcio: “na separação judicial fundada no ‘*caput*’ do artigo 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que não houver dado causa”⁷⁴. Destarte, o consorte que tivesse apurada a culpa, no processo de separação judicial, perderia o direito de guarda dos filhos. Contudo, o imperativo legal sofreu severas críticas, haja vista a impossibilidade de caracterização da inocência como elemento determinante quando o assunto é o resguardo dos interesses da prole. Exemplificando o disposto, ressalta Arnaldo Rizzardo (2007, p. 337): “se a mãe revela uma conduta desregrada, não significa necessariamente que inculcará no filho a mesma forma de agir”.

Em sendo assim, veio o Código Civil de 2002 regular da seguinte maneira a guarda dos filhos, em seu artigo 1.584, *caput*: “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”. Eliminou-se, portanto, qualquer discussão sobre os reflexos da culpa nesse âmbito, visto que o que deve prevalecer é o bem estar da prole, sendo incabível a utilização desta como punição ao cônjuge que foi responsabilizado pelo término conjugal.

Nesse diapasão, viu-se igualmente serem desbancadas as demais proibições impingidas ao cônjuge culpado. A idéia de penalização, consubstanciada na perda do direito de alimentos e do uso do sobrenome do ofendido, restou mitigada pelos próprios dispositivos constantes do diploma civil.

O artigo 1.704, parágrafo único, desse *Codex*, preceitua que, mesmo reconhecidamente culpado, o cônjuge que necessitar de alimentos e não tiver parentes que reúnam condições para prestá-los, poderá pleitear em face do consorte inocente. Abriu-se, logo, oportunidade para que, embora culpado, conseqüência alguma incida sobre o cônjuge no que tange à concessão de alimentos.

Em relação à perda do nome, não procedeu de modo diferente a legislação. Positiva o artigo 1.578, do Código Civil, *caput* e respectivos incisos:

O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta

⁷⁴E segundo preceituava o art. 5º, *caput*, da Lei n. 6.515/77: “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum”.

distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

Tem-se, portanto, um abrandamento do efeito da declaração da culpa referente à perda do direito de preservar o patronímico do ofendido. A punição ora mitigada não perfaz decorrência automática da constatação da culpa em sentença de separação, caracterizando-se indispensável o requerimento do cônjuge inocente, estando ainda condicionado o resultado, qual seja, a incidência da penalidade sobre o culpado, ao não enquadramento nas hipóteses previstas em lei.

Dessa forma, vê-se como inútil, na configuração em que se apresenta atualmente a separação judicial, a discussão e a própria declaração do fator culpa. Conseqüência alguma, conforme se vislumbra da análise racional explicitada, trar-se-á ao cônjuge denominado vencido, razão pela qual se deve impedir o alargamento do assunto. Isso sem mencionar o complexo de efeitos negativos que a matéria acarreta aos envolvidos no procedimento litigioso, que já o é suficientemente oneroso em função da morosidade de que se reveste.

Alguns poderão, todavia, alegar que a via litigiosa e a declaração de culpa servem para caracterizar eventual dano moral a ser concedido àquele que se sentiu lesado pela conduta do cônjuge ofensor. Porém, é tema que carece de uma análise pontual.

Está-se diante de indenização destinada à reparação de conduta lesiva praticada por um dos consortes em face do outro, tendo tal ato atentado contra os direitos da personalidade e a dignidade do ofendido. Logo, os danos que devem ser ressarcidos são os decorrentes da conduta do consorte agressor, e não da ruptura em si do enlace conjugal. Embora estejam intimamente correlacionados às situações previstas no artigo 1.573, do Código Civil, esses atos lesivos não se constituem em decorrência lógica da quebra dos deveres conjugais: trata-se de compensação pelos danos morais ocasionados por determinado fato que deu igualmente origem à ruptura. Desta feita, a culpa a ser apurada é tão-somente a que diz respeito à conduta lesiva geradora de um dano, e não àquela concernente à derrocada do casamento. O instituto da culpa relaciona-se, assim, com a responsabilidade civil por atos ilícitos, podendo, dessa forma, ser apurado mediante ação própria, discrepante da ação de separação judicial.

Em suma, razões inexistem para que se mantenha a perquirição de culpa do procedimento de dissolução da sociedade conjugal, e os argumentos em desfavor dessa imposição legal são muitos: configuram-se de ordem subjetiva_ pois a discussão de culpa expõe por demais

os cônjuges, violando à privacidade dos mesmos e atacando ainda fatalmente a própria dignidade de ambos_ e de ordem prático-objetiva_ uma vez que nenhuma consequência empírica é acarretada da declaração de culpa.

A doutrinadora Maria Berenice Dias (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 72), em uma análise constitucional sobre o assunto, revela:

A violação ao direito à privacidade e à intimidade constitui afronta ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, cânone maior das garantias individuais. Desse modo, a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que imponha o juiz a pecha de culpado ao réu, é de ser qualificada como inconstitucional.

Mesmo que se invoque, em debate puramente moral, que ao menos com a responsabilização do cônjuge infrator obtém-se a declaração pública de que foi ele o culpado pelo desabamento da relação, a adjetivação ao mesmo atribuída teria um ínfimo tempo de duração. A autora (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 73) elucida a questão:

Mais um fundamento merece ser invocado para evidenciar a total inutilidade de ser identificada culpa para a concessão da separação. Como é vedada a referência à causa da separação na sentença de conversão da separação em divórcio (art. 1.580), de nada servem o desgaste das partes, a dilação probatória e a oneração da Justiça. A pecha de culpado dura pouco tempo. No máximo, um ano. Desaparece quando a separação se transforma em divórcio.

Todos os argumentos devem, por conseguinte, ser avaliados no sentido de se visualizar na perquirição de culpa a total incongruência em relação à inevitável tendência de se racionalizar os procedimentos de separação e divórcio. Estes devem ser decretados pelo simples desejo pelos cônjuges externado e da maneira menos gravosa para ambos.

Mesmo as modalidades de separação que envolvem tão-somente causas objetivas_ separação em virtude de ruptura da vida em comum (§ 1º, artigo 1.572) e separação por grave doença mental de um dos cônjuges (§ 2º, artigo 1.572) _ mostram-se significativamente falhas.

A separação fundada na ruptura da vida em comum não exige alegação de conduta culposa perpetrada por um dos cônjuges, pois se concede a dissolução da sociedade conjugal pela mera separação de fato. Autoriza-se, como outrora vislumbrado, o pleito por quaisquer dos consortes, sendo objetivo da separação em tela a legalização de uma situação de fato.

Contudo, embora aparentemente tenha se recepcionado a referida modalidade como início de um avanço, uma vez que desconsidera a culpa para deferir-se a dissolução, visualiza-se nela intensa ingerência estatal para que reste configurada.

Isso porque a imposição legal é de que o casal comprove a separação de fato pelo período especificado, o que foi alvo de largos debates para que se pudesse precisar os contornos dessa exigência. A doutrina vem, inclusive, admitindo a caracterização da separação ainda que os cônjuges permaneçam vivendo sob o mesmo teto. Refere-se, por conseguinte, que a ruptura por mais de um ano fica comprovada quando “os cônjuges mantêm apenas contatos pessoais estritamente necessários, conservando, cada um, o seu estilo de vida, os seus interesses e a própria individualidade” (RIZZARDO, 2007, p. 307)_ o que, frise-se, é situação que depende de análise puramente subjetiva e de alta complexidade.

Além disso, a lei ordena que fique configurada a impossibilidade de reconstituição da vida em comum. Ora, é situação que demanda intenso conhecimento sobre a vida dos cônjuges, o que é impossível de certificação pelo julgador. Incabível igualmente requerer-se dos cônjuges prova da inviabilidade de reconstituição, o que é evidente pela própria ruptura prolongada e que deve ser considerado suficientemente comprovado por mera alegação das partes. Ao Estado não deve ser concedido legitimidade para adentrar tão profundamente em esfera pessoal.

Após tantas exigências, melhor se afigura esperarem os consortes o prazo de mais um ano, quando então a separação de fato será de mais de dois anos, e, assim, pleitearem o divórcio direto. Tendo em vista a morosidade do processo de separação, com todas as fases que lhe são inerentes_ conforme descrito no primeiro capítulo desse trabalho_, pode-se claramente aduzir que o tempo gasto com a separação e a posterior conversão em divórcio seria igual, quiçá superior, àquele dispendido em um processo de divórcio direto.

De outro lado, a separação com base na grave doença mental acometida a um dos cônjuges é situação que não mais encontra razão de ser em sua permanência no ordenamento jurídico vigente. O Código Civil assim dispõe sobre essa modalidade, em seu artigo 1.572, parágrafo segundo:

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir 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 dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Como notadamente se extrai do dispositivo em apreço, é modalidade desprovida de qualquer eficácia. Primeiramente, é de se observar que o prazo de dois anos requisitado para a duração da moléstia coincide com o tempo exigido em lei para o requerimento do divórcio direto. Assim, é conclusão lógica o fato de que raramente o casal optará por um litigioso processo de separação, em que se deverá produzir provas para convencer o julgador acerca da existência da doença, da manifestação após o casamento, da improbabilidade da cura e da impossibilidade da vida em comum. Ora, muito mais atraente aparenta o divórcio direto, que dispensa menção à causa e realização probatória de tamanha complexidade para sua decretação: comprova-se apenas a separação de fato por mais de dois anos.

E vai adiante o diploma civil quando, em tom de punição, determina conseqüências àquele que requerer a separação pelo motivo exposto. É o parágrafo terceiro, do respectivo comando legal: “no caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal”.

É evidente, pois, que a sanção imposta ao requerente da separação só incidirá se forem os cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens_ quando então o consorte adoentado não terá a obrigação de partilhar com o seu cônjuge os bens adquiridos anteriormente ao matrimônio. Como explicita Maria Berenice Dias (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 70),

a comunicabilidade do patrimônio adquirido na constância da sociedade conjugal é seqüela que já decorre dos regimes da comunhão parcial e da comunhão final de aquestos. De outro lado, o regime de separação total de bens não autoriza a meação dos bens adquiridos, não podendo ser aplicado dito confisco.

Desta feita, vislumbra-se a impossibilidade de aplicação da norma punitiva aos demais regimes de bens. E, mesmo que seja de comunhão universal o regime adotado pelos consortes, aquele que desejar o desfazimento do vínculo poderá pleitear o divórcio direto, e, dessa forma, esquivar-se da punição prevista pelo legislador.

A propósito, disserta Maria Berenice Dias (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 70):

De qualquer forma, havendo a possibilidade de ser buscada a separação ou o divórcio, sem necessidade de motivar o pedido e sem repercussões patrimoniais_ pelo só transcurso do prazo de um ou dois anos da separação de fato_, dificilmente alguém pediria a

separação sob o fundamento de doença mental, que perdura há dois anos, ficando sujeito a sofrer apenação de caráter patrimonial.

Destarte, vivencia-se um contexto jurídico em que, nada obstante preveja a lei causas ditas objetivas para a decretação do fim da sociedade conjugal, apresentam-se insuficientes as modalidades de separação para o suprimento das necessidades reais dos cônjuges. Comuns são os casos em que os mesmos se vêem obrigados à manutenção do vínculo conjugal, em decorrência do não enquadramento de sua situação nas hipóteses previstas pelo artigo 1.572 e seus parágrafos.

A separação judicial, se conservada na legislação brasileira, há que ser facilitada mediante a decretação em face de simples requerimento de um dos cônjuges, sem quaisquer outras divagações. Se a relação findou, se um dos consortes não mais se encontra sentimentalmente ligado ao outro, incabível se mostra o imperativo legal mantenedor de uma relação puramente artificial.

Desse modo vem sendo o posicionamento dos Tribunais que, mesmo na inexistência de culpa dos cônjuges, ou diante da não adequação da situação *sub judice* à letra da lei, têm decretado a separação em face da insuportabilidade da vida em comum (Apelação Cível nº 70024104689. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador: Ricardo Raupp Ruschel. Data do Julgamento: 27/08/08)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. CULPA. Não se perquire acerca da culpa na separação judicial, vez que tal questão não traz nenhum reflexo econômico e/ou patrimonial às partes. PRAZO MÍNIMO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO. Havendo insuportabilidade da vida em comum, comprovada até pela distância do casal, morando em países distintos, o descumprimento do prazo mínimo de separação de fato não pode ser óbice à regularização da situação real vivenciada pelas partes.[...]

Em extrato do voto do relator, tem-se:

No caso presente, modo especial, onde um reside no Japão e outro no Brasil, natural que haja interesse na regularização da relação do casal, descabendo inviabilizar o reconhecimento de uma situação de fato em razão do não cumprimento de uma questão formal.

No mesmo diapasão, colaciona-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 783137. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 25/09/06):

Direito civil. Família. Ação de separação judicial. Pedidos inicial e reconvenção fundados na culpa. Não comprovação. Insuportabilidade da vida em comum. Decretação da separação sem atribuição de causa. Possibilidade. - Verificada a insuportabilidade da vida conjugal, em pedidos de separação com recíproca atribuição de culpa, por meio de

ação e reconvenção, e diante da ausência de comprovação dos motivos apresentados conforme posto no acórdão impugnado, convém seja decretada a separação do casal, sem imputação de causa a nenhuma das partes. - Ressalte-se que, após a sentença de improcedência dos pedidos de separação com culpa, as partes formularam petição conjunta pleiteando a dissolução do vínculo conjugal, com fundamento no art. 1.573 do CC/02, e mesmo assim não alcançaram o desiderato em 2º grau de jurisdição. - Dessa forma, havendo o firme propósito de dissolução do vínculo matrimonial, nada obsta que o decreto de separação-sanção seja modificado para o de separação-remédio. Recurso especial conhecido e provido.

O procedimento judicial, dotado de burocracias e interveniências descabidas, acaba, por conseguinte, se tornando uma forma de manutenção do vínculo do casal, à medida que, em especial aqui o litigioso, serve a discussões prolixas e debates acirrados dos cônjuges que, em ofensas mútuas, digladiam-se incessantemente frente ao julgador. Logo, a separação litigiosa, via de regra, tem sua duração significativamente alargada, o que causa intensa dor a todos os entes familiares de qualquer forma envolvidos naquele processo de dissolução⁷⁵.

O que deveria ser célere e eficaz transforma-se em uma jornada interminável, seja de produção de provas acerca de situações de fato, o que expõem publicamente o casal_ quando a separação tiver por base causas objetivas (§§ 1º e 2º, do artigo 1.572); seja de divagações e acusações mútuas, que raramente trarão algum proveito aos consortes_ quando se tratar de se separação baseada na infração de deveres conjugais (artigo 1.572, *caput*).

⁷⁵Em narração sobre determinada situação processual que lhe foi apresentada, David Zimerman (COLTRO; ZIMERMAN, 2007, p. 175) exemplifica a morosidade e inocuidade do procedimento litigioso de separação judicial, e as intermináveis discussões que por ele podem ser engendradas: “o relato do processo judicial que serve de exemplo dá conta de que o casamento durou 19 anos, enquanto que já perdura por 10 anos o *vínculo processual afetivo*, sendo que o mesmo está estagnado quanto a uma provável solução definitiva porquanto houve uma intensa e aparentemente irreversível atitude extremamente radicalizada por parte do casal litigante. A tramitação deste processo tem envolvido sete tipos de ações: *separação de corpos* (promovido por Joana); *separação de corpos* (promovida por Paulo); *separação judicial litigiosa* (promovida por Paulo); *ação anulatória de acordo judicial* (promovido por Joana); *ação de cobrança de alugueres* (promovida pelo marido); *ação de alimentos* (promovido pela esposa). As acusações são recíprocas: Paulo alega que ele tem honrado os compromissos que foram judicialmente combinados, enquanto Joana vem rompendo o cumprimento das obrigações que lhe cabem, ou seja, o dever de uma restituição de uma parte dos alugueres a que ele tem direito. Ele também afirma que não paga a pensão alimentícia pelo fato de que não tem ganhos suficientes para tal, visto que ela não lhe paga. Por sua vez, Joana acusa que Paulo agiu e vem agindo de má-fé, que ele abusou da fragilidade física e emocional dela num momento em que sua mãe padecia de uma doença terminal. Segundo ela, a doença da mãe despertou a cobiça de Paulo pela partilha dos bens constantes de muitos imóveis da mãe dela, e o levou a executar um plano de enganá-la para os fins de uma extorsão dos referidos bens. Ademais, prossegue Joana, além de ela já ter sido fisicamente agredida por Paulo, toda essa situação de tortura e extorsão é responsável pelo seu aniquilamento emocional e físico, que a levou a condição de alcoólatra, a um estado de uma intensa depressão e irritabilidade, com uma desconfiança crônica de tudo e de todos, e, nesse período de fragilidade, contraiu um câncer de mama. [...] Nestes 11 anos de duração do processo judicial, os atuais advogados de Joana são os sextos por ela contratados, sendo que os 5 anteriores, por razões diversas que alegaram, abandonaram o caso [...]”.

Doravante, a solução que melhor se amolda às deficiências apresentadas, é a que leva em conta a divisão entre dois âmbitos significativamente distintos quando do término da relação conjugal, dentre os quais, em apenas um, se justificaria a intervenção estatal. Tem-se, logo, de um lado a esfera patrimonial como um dos efeitos decorrentes da dissolução (alimentos, partilha de bens, etc.), e, de outro, a estritamente pessoal, que diz respeito ao estado civil dos cônjuges, na qual não é dado ao Estado intervir, impondo prazos e condições para a decretação do fim do casamento.

Assim, nada se tem a impedir que os cônjuges resolvam sua situação pessoal de forma racional e eficaz, mediante um divórcio judicial sem lapso temporal exigível, ou ainda, mediante escritura pública pura e simples, reservando as demais conseqüências do ocaso conjugal à seara judicial, onde então serão discutidos alimentos, guarda dos filhos, partilha, e outras implicações advindas.

O divórcio tal como se configura no sistema vigente, não obstante prescindir a motivação para sua decretação, aparece por demais distante dos cônjuges. Isso porque o prazo de dois anos de separação de fato é bastante longo, mormente quando se encontra o casal firme no propósito de findarem aquela relação. Dessa forma, se preferirem aderir ao caminho munido de maior objetividade que é o divórcio direto, ainda terão as partes de aguardar o transcurso de tempo de dois anos, mantendo-se ligados durante todo esse período a um vínculo que não mais desejam, para que só então recebam a chancela judicial sobre a situação que vivenciam. É um ônus insustentável, e integralmente desnecessário.

Contudo, esse panorama vem paulatinamente sofrendo transformações, tanto no âmbito jurisprudencial, com bem se observou, como no âmbito legislativo, o que se analisará posteriormente. Tendo em vista a timidez da lei em suprir as aspirações populares, os Tribunais brasileiros vêm, munidos de uma interpretação racional e realista, facilitando a dissolução das uniões, fundamentando suas decisões basicamente na ocorrência dos fatos e na lógica que falta à lei. O desejo dos cônjuges tem sido finalmente privilegiado pelos julgadores, e demonstra a abertura de uma nova era no direito de família.

No mesmo norte, o legislador não se queda inerte. Diversas são as propostas de alterações legislativas que se encontram em análise no Congresso Nacional, o que evidencia uma

tendência uniforme de flexibilização dos métodos de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, a qual tem por intuito adequar todo o sistema jurídico brasileiro às realidades sociais.

3.3 A PRESCINDIBILIDADE DA PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL NA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

A legislação brasileira prevê um duplo sistema de dissolução do vínculo conjugal, tanto na esfera judicial, quanto na extrajudicial: a separação e o divórcio.

O divórcio, consoante já exposto, teve introdução no ordenamento vigente posteriormente à separação, o que deu margem ao surgimento de uma tradição em se obter primeiramente esta, para que só então as partes a convertessem em divórcio. Essa era, inclusive, a regra quando da instituição do divórcio no Brasil pela Emenda n. 09/77, tendo-se admitido o divórcio direito tão-somente quando da Constituição de 1988.

A separação judicial é, atualmente, facultativa, haja vista a viabilidade em se requer diretamente o divórcio após a separação de fato por mais de dois anos. Daí se ter levantado, nos últimos tempos, dúvidas acerca da necessidade em se manter uma dupla via para que se alcance o término definitivo do vínculo conjugal.

Por muito tempo se vislumbrou na separação judicial uma medida preparatória da ação de divórcio e de função reconciliadora, vez que a lei mantém os cônjuges com o *status* de separados, ou seja, proibidos de convolarem novas núpcias, pelo período de um ano, para que só após se decrete o ocaso conjugal, dessa vez permanentemente.

Como ressalta Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 13), não se trata a separação judicial de “medida preparatória”, mas inteiramente autônoma. Segundo o autor, basta, para tanto, o argumento de que poderão as partes requerer a separação judicial, sem nunca convertê-la em divórcio. Assim, permaneceriam os cônjuges eternamente na condição de separados, inexistindo um desfecho final para aquele caso em particular. Não há como negar, portanto, a autonomia de

que se reveste a separação, dada a inexigibilidade de se alterar o que nela se pactuou e a situação que com ela se instaurou.

Por vezes, entretanto, o casal não recorre ao divórcio-conversão para evitar o desgaste já vivenciado quando da ruptura da sociedade conjugal. Não houve, portanto, uma reconciliação. Os cônjuges não se arrependeram, simplesmente optaram por esquecer os dissabores presenciados na separação e preferem manter intocável aquele contexto.

Sobre o tema, continua Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 13): “e nem mesmo se pode dizer ser a separação judicial ‘um mecanismo de reconciliação’ dos separados; não nos parece que seja este o seu objetivo”. Nesse sentido, em análise acerca das implicações advindas da separação judicial, Maria Berenice Dias (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 64) destaca que o único “benefício” efetivamente alcançado pelos consortes com a condição de separado residiria na possibilidade de se reverter a separação, em caso de reconciliação do casal, permitindo a legislação civilista que, a todo tempo, os cônjuges possam ver restabelecida a sociedade conjugal, dependendo, para tanto, de requerimento em juízo⁷⁶. Os divorciados, entretanto, caso decidam pelo restabelecimento da relação, terão que contrair novo matrimônio.

Trata-se, no entanto, de hipótese de rara incidência. Dificilmente as partes pleiteiam a reconciliação conjugal. Além do mais, o processamento desta demandaria dos separados mais tempo e custos com os trâmites necessários.

A autora revela a inocuidade desse quadro (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 64):

Esse único benefício se mostra deveras insignificante, até porque raros são os pedidos de reversão de que se tem notícia. [...]. Tudo isso demanda tempo e dinheiro. Mais prático e mais barato – além de mais romântico – é celebrar um novo casamento. Portanto, imperioso reconhecer que é de todo inútil, desgastante e oneroso, não só para o casal, mas também para o Poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para simplesmente manter, durante breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal ‘finda’, mas não ‘extinta’ [...]. Vivendo a sociedade um novo momento histórico, tão bem-apreendido pela Constituição Federal, que trouxe um sem-número de garantias ao cidadão e assegurou-lhe liberdade e respeito à dignidade, imperioso questionar se o Estado dispõe de legitimidade para impor aos cônjuges restrições à vontade de romper o casamento.

⁷⁶ Consoante regra disposta no art. 1577, *caput*, do Código Civil: “Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo”.

Além do mais, o respectivo período de espera traduz-se em interferência odiosa em relação àqueles que mantêm a certeza firme de que o relacionamento acabou, e no qual as circunstâncias revelam a inexistência de condições para que se retome o matrimônio_ é o caso, por exemplo, de casais em que o respeito há muito findou, visto que um dos cônjuges submetia-se a constantes agressões físicas do outro. A lei não deve, em um quadro como esses, impor que os consortes mantenham-se unidos pelo vínculo matrimonial, haja vista a total insuportabilidade de coexistência em um mesmo ambiente. O que mais desejam, nesse momento, é a liberdade em relação ao outro.

Cabe, desde logo, mencionar recente decisão prolatada, em primeiro grau de jurisdição do Estado de Tocantins, em ação de divórcio direto, na qual a julgadora *a quo* decidiu pela decretação do divórcio direto, sem a implementação do lapso temporal de dois anos, tendo em vista as graves agressões físicas sofridas pela esposa no lar conjugal.

Extrai-se do corpo da decisão (Ação Ordinária de Divórcio Direto nº 2671/08, Estado de Tocantins, Juíza Substituta Luciana Costa Aglantzakis)⁷⁷:

Trata-se de ação ordinária de divórcio direto em situação especial que não há o decurso temporal de 02(dois) anos de separação de fato, mas que a requerente postula o direito de romper o vínculo matrimonial com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito a ser respeitada a sua identidade como pessoa e também que o Poder judiciário adote uma interpretação razoável e proporcional do ordenamento jurídico quando a requerente foi vítima de violência doméstica. Entendo que o juiz deve julgar o caso conforme a orientação do ordenamento jurídico e, assim o faço, com fulcro numa interpretação sistemática sobre quais resultados o legislador brasileiro deseja do aplicador do direito, quando a lide versar sobre 'violência doméstica'. A requerente foi vítima de tentativa de homicídio e aborto de conduta proferida pelo requerido em 06.08.2007, e desse fato penal recebeu 17(dezessete) facadas; teve a cabeça toda furada, ficou com aversão e medo do marido, perdeu o filho pois estava grávida e espera do Estado o reconhecimento do Direito de não ter nenhum vínculo e 'status social' que a identifique com o requerido. Não almeja o direito de separar-se judicialmente, mas sim o de sentir-se livre para poder reconstituir sua vida e identificar-se como pessoa divorciada do requerido. [...] Mas como decidir essa questão se o artigo 226 § 6º é claro que o divórcio direto deve anteceder uma separação fática de 02 (dois) anos?? Ademais, é razoável na situação em comento exigir um prazo de reflexão? Essa norma constitucional é aplicável ao caso concreto? Pois bem. Entendo que a norma do artigo 226 § 6º não deve ser aplicada ao caso concreto porque a constituição não emite vontade contrária as demais normas constitucionais de conteúdo originário. Este parágrafo alberga no seu íntimo, a

⁷⁷A sentença transcrita encontra-se disponibilizada no endereço eletrônico da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, onde consta como data de publicação da decisão 14 de outubro de 2008 (*Interpretação Sistemática da Constituição Federal possibilita a concessão de divórcio direto antes do prazo de dois anos*. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081013153336985&mode=print. Acesso em: 5/11/08).

finalidade constitucional da possibilidade da família ser reconstruída, com a imposição Estatal do 'prazo de reflexão' de 02(dois) anos de separação de fato. Nesse particular, exigir da requerente a obrigação legal de observância do prazo de reflexão é reconhecer o risco de lesão aos artigos constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana que devem preponderar em relação ao artigo 226 § 6º da Constituição Federal, apenas no temperamento em relação ao prazo de 02(dois) anos de separação de fato. [...] Dessarte, verifico, ainda, no contexto da lide, a necessidade imperiosa da observância do princípio da proporcionalidade, que orienta o intérprete na justa medida de cada instituto jurídico, cujos valores a serem balanceados é a constitucionalidade da necessidade de prazo de reflexão em prol da preservação do casamento x o princípio da dignidade da pessoa humana de um dos Cônjuges que sofreu ameaças sérias no seu direito à vida. [...] E então, diante de tudo realmente entendo ser premente uma ponderação do valor da preservação do casamento quando a vítima de violência doméstica necessita de uma resposta estatal para reconstruir sua dignidade de mulher desvinculada não somente do vínculo conjugal, mas também matrimonial de uma pessoa que tentou matar-lhe friamente, tendo, inclusive, ceifado a vida de um feto, fruto da união do casal. (grifo do autor).

É situação, como se vislumbra, de extrema urgência da tutela jurisdicional do Estado, que não se deve ater a formalismos em detrimento da preservação de direitos fundamentais, como é o direito à vida. A exigência do lapso temporal traduzir-se-ia em imposição desarrazoada.

Mesmo em situação discrepantes da ora apresentada, tem-se na dupla via de dissolução do vínculo conjugal o desrespeito a outros princípios também assegurados pela legislação.

A separação implica, por si só, um fim ao casamento e, sendo proibido aos separados a celebração de matrimônio com outrem, tal limitação acabaria por impedir o pleno exercício do direito à liberdade. Assim, tendo-se em mente que a Constituição Federal reconhece como base da sociedade a instituição da família, merecedora de especial proteção do Estado, esse tipo de limitação invalida os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito consagrados pela própria Carta Magna (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 64).

Pode-se, destarte, observar a implicação de efeitos econômicos, processuais e sociais com a dissolução da sociedade conjugal pela via da separação judicial, os quais se mostram discrepantes daqueles decorridos do divórcio (PEDRONI, 2005, p. 125), conforme se detalhará a seguir.

As conseqüências econômicas da separação judicial aportam quando se vêem as partes diante da promoção de duas ações judiciais para a obtenção de um único resultado: primeiramente se finaliza a sociedade conjugal pela separação judicial e, após o transcurso do prazo legal, mediante novo pedido judicial, se alcança a conversão em divórcio (PEDRONI, 2005, p. 126).

Afirma Ana Lúcia Pedroni (PEDRONI, 2005, p. 126): “levando-se em conta que um dos maiores entraves do acesso à Justiça tem sido as custas judiciais, os reflexos econômicos são consideráveis em relação às partes”.

O acesso à Justiça é assegurado pela Carta Magna, traduzido nos artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, os quais garantem, respectivamente, a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito e a assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Entretanto, a concretização dessas garantias tem sido alvo de intensas críticas, dada a ineficiência dos dispositivos no cotidiano jurídico.

Consoante leciona Ana Lúcia Pedroni (PEDRONI, 2005, p. 126-127),

as diferenças entre as partes, no processo judicial, tornam a luta do cidadão carente de recursos muito mais laboriosa e difícil, considerando que sua condição econômica inferior impede de arcar com as despesas relativas ao processo, as quais, por diversas vezes, são invitáveis para a obtenção da solução mais adequada a cada caso, além das diferenças sociais.

Ademais, a morosidade da prestação jurisdicional traduz-se em outro entrave ao alcance efetivo dos direitos assegurados constitucionalmente, vez que o afogamento da via judicial por demandas que se elevam diariamente acaba por protelar a resposta por que espera o cidadão_ eis o efeito processual ocasionado, em evidente descompasso com o tão apregoado princípio da celeridade.

As conseqüências ditas sociais emergem do fato de que, não obstante se encontrem separados os consortes, permanecem os mesmos

[...] ligados pelo vínculo do matrimônio, e assim ficam numa espécie de limbo, aguardando que novamente o Estado, através de uma nova ação, desate o laço conjugal ainda existente, pois apesar da aparente liberdade trazida com a Separação Judicial, os cônjuges não estão liberados para um novo Casamento (PEDRONI, 2005, p. 127).

Não há, portanto, uma resolução imediata, e sim uma extensão do problema no tempo, sendo que só depois de transcorrido o período legal, poderão as partes definitivamente seguir seus interesses de forma plena e eficaz.

Nada obstante vigore, no âmbito do direito de família, a liberdade de casar como uma das características marcantes do ato matrimonial, expressando a Constituição Federal o desejo de

que seja facilitada a conversão das uniões em casamento⁷⁸, o preceito não é recíproco quando se trata de facilitar a dissolução daqueles que não mais desejam a convivência em comunhão. Ora, se são livres os nubentes para contrair matrimônio, também o devem ser quando não mais o querem. E tal vontade não deve, em hipótese alguma ser, questionada e muito menos obstada.

Sobretudo, outro aspecto merece ainda observação.

É cediço que com a separação judicial cessam os deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e põe-se fim ao regime matrimonial de bens⁷⁹. Todavia, não estão as partes impedidas de constituir união estável com outrem, uma vez que a restrição imposta é unicamente a de contrair novo matrimônio. A configuração de união estável, por sua vez, responde tão-somente ao preenchimento das condições estabelecidas no artigo 1.723, quais sejam, convivência pública, contínua, duradoura, com o intuito de constituição de família (DIAS, 2006, p. 65).

De todo esse quadro decorre que, mesmo configurada a união de fato, haverá a total impossibilidade de sua conversão em casamento, o que, aliás, é incentivado pelo legislador constituinte. Logo, criou-se no ordenamento vigente uma situação inteiramente paradoxal: de um lado apregoa o legislador a facilitação da formalização das uniões estáveis e, no entanto, de outro, obstaculiza esse direito àqueles que não obtiveram, por força de lei, permanentemente resolvida uma relação conjugal anterior e finda.

Com a introdução do divórcio direto, decretado pela mera separação de fato dos cônjuges, a separação judicial inevitavelmente passou a ser vista como o caminho mais longo e doloroso para se concretizar o término da relação conjugal.

Nas palavras de Yussef Cahali (2005, p. 1051) tem-se o seguinte panorama em que se inserem atualmente os cônjuges:

Na prática, principalmente agora, não existindo mais a limitação do divórcio único, nem sendo exigível a prévia partilha dos bens, não há dúvida de que optarão eles pelo divórcio direto consensual, desconstituindo de vez o vínculo matrimonial. Daí que apontam as últimas estatísticas um número superior de divórcios do que de separações judiciais

O quadro atual revela a absoluta prescindibilidade da prévia separação judicial como condição para que se efetive a dissolução do vínculo conjugal. Restasse no ordenamento apenas o

⁷⁸ Esse é o art. 226, § 3º, da Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁷⁹ Dispõe dessa forma o art. 1.576, do Código Civil.

divórcio direto, no qual apenas se discute a implementação do prazo legal, as partes, quando em consenso, poderiam homologar o acordo sobre pensão, direito de visitas, partilha, etc. já em sede de divórcio. E, porém, quando não concordes sobre tais aspectos, recorreriam às vias próprias para discutirem a matéria. Não deve esse argumento ser utilizado como o único a sustentar a separação judicial na legislação brasileira, visto que a lei prevê instrumentos adequados para que se discutam os efeitos patrimoniais do término conjugal em separado⁸⁰.

Em síntese dos fundamentos até então explicitados, Daniel e Silva Meira (1998, p. 109-110) elenca, em pesquisa de campo por ele realizada, os motivos para que se proceda à extinção da separação judicial: 1) a utilização da separação judicial como elemento preparatório para a ação de divórcio amplia, em média, 50% do tempo de tramitação dos processos, quando comparada às ações de divórcio direto; 2) a permanência apenas do divórcio direto na legislação vigente contribuirá para a diminuição do número de demandas nas varas de família, minimizando, assim, a quantidade das pendências processuais; 3) grande parte da população brasileira (cerca de 80%) já exterioriza, expressa ou tacitamente, o desejo pela extinção do instituto da separação; 4) o objetivo de utilizar a separação como instrumento de reconciliação (restabelecimento da sociedade conjugal) não obteve resultados na prática; 5) os problemas que envolvem o pedido de separação são, comumente, de difícil resolução, não podendo ser racionalmente manuseados da forma preconizada pelo legislador; 6) o Estado guarda para si a responsabilidade de adequar as normas em geral à realidade social presente, sob pena de invalidar o princípio da equidade; 7) a manutenção, no diploma processual, do regramento do processo de separação judicial depõe contra o princípio da celeridade processual e da economia de Juízo.

A tendência em voga concerne, a exemplo do que já vem ocorrendo em diversos países, em afastar a separação do sistema jurídico brasileiro, uma vez que através do divórcio são atingidas as mesmas finalidades e, ainda, em maior extensão. Há, pois, que se extirpar do sistema o que burocratiza, sem qualquer eficácia, as pretensões (RIZZARDO, 2007, p. 243).

Tem-se, em suma, razões em abundância para justificar a unicidade de via para a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

⁸⁰ São exemplos a ação de alimentos prevista na Lei n. 5.478/68, a ação específica de guarda, o procedimento de partilha previsto no Capítulo IX, do Código de Processo Civil, dentre outros procedimentos espalhados na legislação brasileira.

3.4 A LEI N. 11.441/07 COMO REFLEXO DA NOVA TENDÊNCIA

A Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, representou um significativo avanço na esteira da desjudicialização de procedimentos nos quais, dada a inexistência de conflito, a presença impositiva do Poder Judiciário mostra-se absolutamente dispensável. Veio, logo, a novel legislação se harmonizar com a tendência de simplificação e desburocratização das formas de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Consoante preconiza Christiano Cassetari (2007, p. 17),

trata-se do reconhecimento de que a dificuldade em realizar separações e divórcios acarreta a proliferação da separação de fato. Acreditamos que isso ocorre em razão do excesso de formalismo exigido, o que denota o rigor do intervencionismo estatal na vida do particular, em detrimento da autonomia privada.

A submissão de relações em que inexiste a litigiosidade à via judicial é situação de extrema desnecessidade, o que contribui para a sobrecarga do Poder Judiciário, que há muito já não logra êxito no afã de trazer ao cidadão uma prestação jurisdicional adequada e célere.

Passou-se a permitir, portanto, que os casais, capazes, que guardem entre si o consenso e não possuam filhos menores ou incapazes, recorram ao tabelionato de notas, assistidos por um advogado, a fim de ver dissolvido o enlace conjugal.

Embora, no contexto social em que se insere, seja recepcionada como uma figura inovadora, a legislação em comento apresenta ainda aspectos marcantes do conservadorismo outrora dominante no ordenamento brasileiro. Isso porque a nova lei impõe um grandioso número de exigências para que os casais se adéqüem aos seus ditames e possam, enfim, dissolver o vínculo mediante escritura pública.

Preconiza Yussef Cahali (2007, p.16):

Intencionalmente a Lei mostra-se tímida, quiçá cautelosa, e de incidência restrita, o que denuncia o caráter manifestamente experimental da inovação ora introduzida em nosso sistema legal, ainda que isto comprometa a sua motivação primária, que seria de imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional. Efetivamente, possibilitando a separação consensual e o divórcio consensual por escritura pública apenas 'não havendo filhos menores ou incapazes do casal', a lei restringe a convenção apenas às relações que envolvem direitos conjugais recíprocos, sem envolver no acordo direitos indisponíveis de

terceiros. Nesse ponto, a separação judicial por mútuo consentimento desfruta de maior elasticidade, que poderia ter sido adotada como modelo.

Nessa esteira de discussões, tem-se a abrangência do “ser consensual” como alvo de intensos debates por parte dos doutrinadores e notários, para que então se possa precisar os seus contornos. A discussão opera-se em torno do seguinte questionamento: seria suficiente para a utilização da via administrativa o consenso tão-somente quanto ao fim do casamento, ou seria necessário que estivessem as partes também acordes no que tange aos demais aspectos que envolvem a separação e o divórcio? Não é questão das mais fáceis de responder, e tampouco se mostra uniforme a opinião doutrinária.

Outra hipótese ainda aventada pelos autores diz respeito à possibilidade de, mesmo na existência de filhos incapazes, se separarem ou divorciarem os cônjuges em cartório, desde que não verse o acordo sobre direitos indisponíveis. Alguns autores vêm entendendo que prejuízo algum, por exemplo, é acarretado à prole quando seus interesses já restaram judicialmente tutelados em demanda antecedente, de forma que as partes procurariam o tabelião apenas com a intenção de formalizar sua situação pessoal e, no que tange às demais questões, ratificar o que foi decidido na via judicial.

Nesse norte, questiona Antonio Carlos Parreira (2007):

Mas e se os direitos indisponíveis dos filhos incapazes já estiverem judicialmente tutelados e as escrituras de separação e divórcio ratificarem as decisões judiciais, sem quaisquer alterações pelo casal? Qual prejuízo para os filhos incapazes? Nenhum. Assim, se for caso de mera conversão consensual de separação judicial em divórcio, no qual ficarão mantidas as cláusulas da separação relativas à guarda, direito de visita e pensão alimentícia dos filhos menores e maiores incapazes, obviamente que nenhum prejuízo poderá ocorrer para os filhos. Nessa hipótese se foram prejudicados, tal se deu no processo judicial da separação e sob as barbas do Juiz de Direito e do Promotor de Justiça. Ora, também possível em processo contencioso ou consensual serem resolvidas as questões de alimentos, guarda e direito de visita dos filhos incapazes, podendo os cônjuges em escritura de separação ou divórcio consensual direto ratificar o acordo homologado ou a decisão imposta pelo Judiciário. Tal ocorrendo não há margem para prejuízo para os filhos.

Assim, de nenhuma importância seria o fato de haver ou não filhos menores ou incapazes, uma vez que os interesses destes teriam sido objeto de processo judicial, no qual se assegurou às partes todos os instrumentos adequados ao alcance de seu direito. Logo, a exigência eficaz para o resguardo dos respectivos direitos indisponíveis há de ser aquela que fiscaliza a devida tutela dos mesmos, não cerceando a liberdade dos cônjuges de verem seu estado civil formalizado quando não mais se vislumbram interesses da prole a serem defendidos.

O exemplo legislativo português é bastante semelhante ao que se apregoa por ora. O Código Civil Português, alterado pelo Decreto-Lei n. 163/95, em seu artigo 1.773º, preceitua que o divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido na conservatória do registro civil se o casal não tiver filhos menores ou, havendo-os, o exercício do poder paternal se apresentar judicialmente regulado.

É regulamentação que merece reverência, haja vista a melhor adequação a uma realidade lógica, em detrimento do excesso de formalismo demonstrado através de imposições que desconsideram situações em concreto. É evidente que impedir o exercício da via administrativa pelos cônjuges que, mesmo possuindo filhos menores ou incapazes, já bateram às portas do Judiciário para regular a obrigação que lhes incumbe como pais é ferir gravemente o respectivo direito de liberdade e a autonomia da vontade que lhes são assegurados.

Da mesma forma ocorre quando, mesmo não estando em consenso quanto à partilha e aos alimentos recíprocos, mostram-se os cônjuges firmes em relação ao fim do matrimônio, e ambos desejam a separação ou o divórcio. Não há motivos a justificarem o impedimento de que esse casal se favoreça com a utilização da via administrativa, a fim de ver rapidamente solucionada, ao menos, sua situação pessoal. As outras implicações decorrentes poderão ser discutidas em processo judicial próprio, sem quaisquer reflexos no direito dos consortes se verem livres de uma relação tormentosa.

Na lição de Christiano Cassetari (2007, p. 20):

Com isso, verifica-se ser possível escriturar somente a separação e o divórcio e deixar a partilha de bens ou a discussão sobre alimentos do cônjuge para outro momento. Esse é o motivo pelo qual afirmamos que a discordância do casal quanto à partilha de bens e à fixação dos alimentos não pode ser óbice para que eles, de comum acordo, realizem a separação ou divórcio extrajudicial por escritura pública. O interesse dos cônjuges em realizar a escritura pública, deixando questões como partilha e alimentos para discussão posterior, pode se dar em razão do desejo de já iniciar a contagem do prazo para a conversão da separação em divórcio, ou ainda para permitir a celebração de um novo casamento, mesmo sendo sabido que, na hipótese de divórcio sem partilha de bens, os divorciados perdem a liberdade de escolher o regime de bens, já que o art. 1.641, I, do Código Civil impõe o regime de separação obrigatória.

E, opina o autor (CASSETARI, 2007, p. 20) que, em ocasiões como essa, poderão os cônjuges declarar na escritura que concordam em pôr fim à sociedade conjugal, mas que, no

entanto, deliberarão sobre a partilha de bens ou sobre a fixação de pensão alimentícia posteriormente, seja em âmbito judicial ou extrajudicial.⁸¹

Não há como negar, nesse caso, que o consenso existe. Não só está presente, como deve ser suficientemente capaz de levá-los ao caminho que doravante escolherão para si.

Invocando o princípio da cindibilidade do acordo, Yussef Cahali (2007, p. 16-17) apregoa que a escritura pública de separação não tem a obrigação de exaurir desde logo e de forma integral as relações jurídicas pessoais e patrimoniais que pairavam entre marido e mulher. Afirma o autor, ainda, que certamente a jurisprudência pretoriana, em breve, haverá de adotar esse fatiamento da escritura pública de separação extrajudicial, restringindo-se tão-somente à dissolução da sociedade conjugal, sem, pois, interferir nos deveres dos genitores perante à prole.

Destarte, nada impede que o legislador vá adiante e permita que, em quaisquer situações nas quais inexistam mais interesses a ser resguardados pelo Poder Judiciário_ seja porque já o foram tratados anteriormente pela via judicial, ou porque, adequando-se aos ditames da lei, as partes encontram-se plenamente concordes e não possuem filhos menores ou incapazes_ , possam os consortes resolver sua situação conjugal mediante escritura pública, de forma quase instantânea, estando livres daquele relacionamento que há muito findou e no qual não se vê viabilidade em retomar uma vida em comunhão.

Inclusive, em recente notícia publicada na imprensa mundial, teve-se conhecimento de que, em Portugal, abriu-se possibilidade para que os cônjuges procedam ao divórcio via internet⁸². Aos casais que não possuem filhos menores e bens a dividir será permitido o uso da ferramenta virtual para desconstituírem o vínculo, que, segundo informado, terá duração de aproximadamente uma hora. As partes utilizarão, para tanto, o denominado cartão cidadão, recém criado naquele país. O referido documento consiste em uma identidade eletrônica em que constam todos os dados do cidadão, além de funcionar como assinatura eletrônica.

⁸¹ Esse foi, inclusive, o posicionamento da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, através da Portaria n. 1/2007, em seu item 5.8, já transposto na página 48 desse trabalho.

⁸² A notícia restou divulgada no endereço eletrônico da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado do Rio de Janeiro – Arpenrj, onde se comenta o programa de desburocratização criado pelo governo de Portugal (*Divórcio via internet passará a ser usado em Portugal*. Disponível em: http://www.arpenrio.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1109&Itemid=83. Acesso em: 05/11/08).

O pedido de divórcio via internet é instantaneamente enviado ao cartório, sendo que eventuais pendências poderão ser resolvidas com uma confirmação do casal perante um juiz, ou através de um procurador nomeado pelos mesmos.

Trata-se de instrumento que objetiva racionalizar e desburocratizar o procedimento de dissolução do vínculo matrimonial, tornando-se célere a obtenção do resultado pretendido pelas partes. Reflete, por conseguinte, os efeitos dessa nova tendência, que alcança igualmente outros países, de forma até mesmo radical, como é o exemplo português.

No Brasil, tal paradigma ganha forças com o passar do tempo, porém com vestes de timidez. Vislumbra-se ainda muito caminho a ser percorrido, embora se tenham iniciado mudanças com a promulgação da Lei n. 11.441/07.

Desta feita, nada obstante represente o sinal de um novo momento no âmbito do direito de família, a Lei n. 11.441/07, em sua configuração atual, merece reparos por parte do legislador e dos próprios julgadores quando de sua aplicação, de forma a alargar sua incidência a situações que, sem motivos plausíveis, encontram-se à margem dessa legislação. O devido aperfeiçoamento desse diploma legal trará maior eficácia e celeridade aos procedimentos de que cuida, objetivos estes certamente almejados pelo legislador quando de sua idealização.

3.5 PROPOSTAS DE REFORMA LEGISLATIVA NO ÂMBITO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Visualizando-se a imprescindibilidade de alterações na legislação brasileira, tendo em vista o contexto social e jurídico vivenciados recentemente, inúmeras propostas chegaram ao Congresso Nacional, com fins a imprimir mudanças já em âmbito constitucional.

Pode-se inicializar a explanação com a Proposta de Emenda à Constituição n. 22/99, de autoria do deputado federal Enio Bacci (PDT-RS), em que se propõe a possibilidade de divórcio após um ano de separação de fato ou de direito, alterando o artigo 226, parágrafo sexto,

da Constituição Federal. A proposta foi apresentada em 15 de abril de 1999, e encontra-se, na Câmara dos Deputados, em fase de apreciação pelo Plenário.⁸³

A PEC n. 22/99 tem como propósito a diminuição do prazo de separação de fato, igualando-o ao da separação judicial exigido para a conversão em divórcio. Na justificativa presente no corpo da citada proposta, o deputado Enio Bacci afirma que essa tem por intuito a facilitação da reconstrução de novas famílias, quando, após um ano, restar configurada a inviabilidade de reconciliação.

De outro lado, o ex-deputado federal Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ) encabeçou o Projeto de Emenda à Constituição n. 413/2005, o qual tem como objetivo realizar alterações na Constituição Federal no sentido de se extirpar da legislação brasileira a separação prévia, judicial ou de fato. Sugere, por conseguinte, a dissolução do vínculo conjugal unicamente pelo divórcio, seja este consensual ou litigioso.

Consta da justificativa manifestada no teor da PEC n. 413/2005⁸⁴, o fundamento utilizado pelo ex-deputado autor, o qual declara a insustentabilidade da separação judicial no ordenamento vigente. Consoante menciona o parlamentar no mencionado documento:

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Além disso, argumenta o ex-deputado Antônio Carlos Biscaia que a inovação preservará os membros familiares da exposição a que se submetem quando participantes de um processo de separação, avaliando como insignificantes, no contexto atual, o número de separações em que se obtém o julgamento de causas culposas imputáveis ao vencido. Por fim, adverte que a preferência dos consortes tem se manifestado pelo divórcio direto, cujo procedimento é dotado de objetividade e dispensa a alusão a quaisquer causas para a dissolução.

⁸³ Todas as informações mencionadas acerca da tramitação da referida Proposta de Emenda à Constituição (PEC 22/99), e os demais dados que serão explicitados sobre esta e outras propostas, foram obtidas mediante consulta realizada no site da Câmara dos Deputados Federais, onde constam as movimentações detalhadas das PEC's apresentadas nesse trabalho. (Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=14271. Acesso em: 05/11/08).

⁸⁴ O inteiro teor da PEC 413/05 pode ser acessado através do endereço eletrônico da Câmara dos Deputados (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/315665.pdf>. Acesso em: 05/11/08).

A PEC n. 413/2005 foi apresentada à Câmara dos Deputados em 15 de junho de 2006 e encontra-se atualmente sob apreciação do Plenário, tramitando conjuntamente à PEC n. 22/99.

A Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2007 tem como autor o deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA) e objetivo semelhante àquela idealizada pelo deputado Biscaia. Vislumbra, igualmente, a extinção do instituto da separação, aspirando, para tanto, à desconstituição do vínculo conjugal unicamente pelo divórcio.

A PEC n. 33/2007 teve apresentação pelo respectivo parlamentar em data de 10 de abril de 2007 e restou apensada à PEC n. 413/2005 em 7 de agosto de 2007, vez que tratam de matéria idêntica, razão pela qual ambas vêm tramitando conjuntamente.

Em sede de apreciação da proposta de autoria do deputado Enio Bacci (PEC n. 22/99), e das propostas a ela apensadas (PEC n. 413/2005 e PEC n. 33/2007), o então designado relator deputado Joseph Bandeira (PT-BA) emanou parecer, em data de 6 de novembro de 2007, na qual opinou pela rejeição da referida proposição (PEC n. 22/99), para que fossem aprovadas a PEC n. 413/2005 e a PEC n. 33/2007 (a primeira de autoria do deputado Sérgio Carneiro, tendo a segunda como autor o ex-deputado Antônio Biscaia).

Em seu voto, o relator afirma que a PEC n. 22/99 “é tímida quanto à solução proposta”. Apregoa ainda que, se não se pode fazer diferenciação entre os prazos de conversão da separação de fato e da separação judicial, como sustentou o deputado Enio Bacci, mais cristalina se mostra a absoluta prescindibilidade desses institutos no ordenamento vigente. A separação judicial, no julgamento do ora relator, apresenta-se como meio protelatório de resolução definitiva de um matrimônio malsucedido.

O deputado Joseph Bandeira ressalta ainda os benefícios trazidos com a unicidade de vias para a dissolução do matrimônio, incidindo, tanto em termos de custos pecuniários, como na própria celeridade que se irá imprimir nesse procedimento, auxiliando, assim, no desafogamento do Poder Judiciário.

O parlamentar reflete que a Carta Primaveril estabelece os parâmetros a serem seguidos pelas leis ordinárias no que concerne ao divórcio e à separação e salienta que, passados dez anos da introdução do divórcio no Brasil, sem indícios de repulsa dos segmentos sociais em

relação ao instituto durante aquele período, deveriam os constituintes de 1988 ter reservado inteiramente o regramento da matéria às leis infraconstitucionais.

Logo, em considerações acerca da técnica legislativa a ser adotada, afirma o deputado em seu parecer:

A emenda constitucional a ser aprovada deve ater-se à enunciação do princípio de que '*o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, na forma da lei*'. Todo o arcabouço legal do instituto do divórcio, por sua vez, deverá ser disciplinado pela legislação infraconstitucional, inclusive no que se refere a questões como divórcio consensual e litigioso, e divórcio judicial e extrajudicial. [...]a disciplina do instituto do divórcio pela lei ordinária tornará mais ágil eventuais correções de rumo que se revelem necessárias com o passar do tempo, porquanto as mesmas poderão ser empreendidas pela via do projeto de lei, afastada a necessidade de novas alterações ao texto da própria Carta Política.

Propõe, por fim, o deputado Joseph Bandeira um substitutivo às Propostas de Emenda à Constituição n. 413/2005 e n. 33/2007, opinando pela rejeição da PEC n. 22/99, de forma a preservar na legislação pátria tão-somente a figura do divórcio, suprimindo os requisitos da prévia separação judicial por mais de um ano, no caso do divórcio-conversão, e da separação de fato por mais de dois anos, no caso do divórcio direto.

O parecer do citado relator restou aprovado pela Comissão Especial do Divórcio, em 21 de novembro de 2007, na forma do substitutivo apresentado, e segue para apreciação no Plenário.

Tratam-se, pois, as propostas apresentadas, das inovações de maior relevância que, no estágio atual, se encontram sob análise do Poder Legislativo. Seguem, inconfundivelmente, a tendência absorvida pela doutrina e jurisprudência explicitada nesse trabalho. As explanações levam a crer que, dentro de pouco tempo, o panorama do direito de família terá seus contornos fatalmente redesenhados, a fim de que se veja flexibilizado o procedimento de finalização do vínculo matrimonial, preservando a dignidade das partes e almejando a um resultado concreto e célere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência em se flexibilizar os procedimentos de dissolução do vínculo conjugal há muito se tornou uma realidade no âmbito jurídico. O novo panorama por ela inaugurado tem sido objeto de edificação por autores, pela jurisprudência, e, nessa etapa do direito brasileiro, materializa-se, ineditamente, na Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007.

O estudo realizado possibilitou a contextualização desse fenômeno, direcionando-se para a conclusão de que se faz premente uma reforma legislativa, capaz de prestigiar o real interesse dos cônjuges e de preservar-lhes a dignidade.

À medida que se visualizam mudanças nas diretrizes e nos princípios norteadores do Direito de Família em virtude do sistema constitucional implantado, aparenta desarrazoada qualquer lógica que leve à privação dos consortes de decidirem acerca de seu estado conjugal, tolhendo-lhes a liberdade de optar pela manutenção ou não da relação. Retira, por conseguinte, o Estado a legitimidade que lhes devia ser considerada inerente, para impor aos mesmos prazos e condições quando da desconstituição do vínculo.

Tendo-se em mente que a *ratio* do matrimônio está na afeição estabelecida entre os cônjuges e, constatando estes o desaparecimento desse sentimento fundante, falecem, doravante, quaisquer motivos que busquem a preservação dessa união. A união matrimonial só se justifica enquanto vigorar o desejo dos consortes pela comunhão de vida, de sorte que, na finalização desse liame, a formalização célere e simplificada desse contexto é o que espera o casal de uma tutela jurisdicional.

O divórcio direto surge, atualmente, como a solução mais adequada àqueles que se encontram diante da adversidade de um quadro de ocaso conjugal, haja vista a objetividade de seu procedimento e a unificação do requisito a ser preenchido para sua concretização. Nada obstante, ainda que se afigure como o melhor caminho aos cônjuges, traz consigo o divórcio a marca do conservadorismo retrógrado, que impõe aos cônjuges a separação de fato por um longo período de dois anos.

Destarte, bem faria o legislador se optasse pela dissolução conjugal mediante um divórcio sem prazos, materializado tão-somente através da vontade externada por um dos cônjuges. O mero requerimento formulado por este, no sentido de que não mais se encontra sentimentalmente ligado ao seu consorte, e solicita, portanto, a dissolução definitiva do casamento, seria então suficiente para dar ensejo a um divórcio célere e eficaz.

Trata-se, contudo, de solução que não demora vingar. O primeiro passo significativo dado nessa direção restou na lei que inaugura a possibilidade de se separarem ou divorciarem os cônjuges por escritura pública, uma vez atendidas as exigências por ela descritas. Com isso, retirou-se da esfera judicial situações em que aparentava desnecessária a atividade estatal e nas quais inexistiam direitos ou interesses que merecessem a permanência da tutela do Estado. Embora reconhecidamente inovadora no ordenamento pátrio, muito há que se percorrer para atingir um aperfeiçoamento da novel legislação e um alargamento em seu campo de incidência.

O segundo significativo avanço traduz-se nas Propostas de Emenda à Constituição, hoje em apreciação na Câmara dos Deputados Federais. Nelas, pode ser vislumbrada a noção de que o sistema vigente impõe a unicidade de vias para a desconstituição da união matrimonial, privilegiando a adoção de um procedimento efetivo, sem prazos e condições: um divórcio sem reservas. Dentro desse propósito, o casamento seria dissolvido apenas pelo divórcio, que não importaria requisitos, nem indagaria acerca de causas ou motivos. Bastaria um simples ato de requerimento por um dos membros da relação.

Nada impede que o legislador, atento à realidade que o circunda, vá adiante, e siga os passos trilhados por países como Portugal, em que a tendência de flexibilização na disposição da relação conjugal mostra-se pacificada no meio social e jurídico, proporcionando episódios como o recém inaugurado divórcio pela internet.

Ao que tudo indica esse será o caminho que, em breve, percorrerá o legislador brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado do Rio de Janeiro – Arpenrj.

Divórcio via internet passará a ser utilizado em Portugal. Disponível em:

<http://www.arpenrio.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1109&Itemid=83>

Acesso em: 5 nov. 2008.

BRASIL. **Circular n. 01/2007, de 18 de janeiro de 2007.** Disciplina as alterações trazidas pela Lei Federal n. 11.441/2007 no âmbito do Estado de Santa Catarina. Disponível em:

<http://cgj.tj.sc.gov.br/consultas/provcirc/provimentoscirculares_avancada.jsp> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. **Código Civil.** Organizadora Anne Joyce Angher. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Código de Processo Civil.** Organizadora Anne Joyce Angher. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Conclusão do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG n. 01/2007, de 5 de fevereiro de 2007.** Disciplina a prática dos atos notariais relativos à Lei Federal n. 11.441/07 no âmbito do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.mundonotarial.org/CG%2001-2007.html>> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados Federais, parecer do relator Deputado Joseph Bandeira. **Comissão especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 22-A, de 1999, do senhor Enio Bacci, que “autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências”, alterando o disposto no artigo 226, § 6º, da Constituição Federal.** Brasília, DF. 2007.

_____. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n. 22/1999, de 15 de abril de 1999.** Autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=14271> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n. 413/2005, de 15 de junho de 2005.** Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre o divórcio. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=290450> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2007, de 10 de abril de 2007.** Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=347707> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. **Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007.** Disciplina a aplicação da Lei n. 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2927&Itemid=160> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 726.870. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 18 dez. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 783137. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 9 out. 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70024104689. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 4 set. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70024243065. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 26 jun. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 4611414000. Relator: Joaquim Garcia. São Paulo, 24 set. 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação.** 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Separação e divórcio consensual mediante escritura pública. Separata de **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick. **Separação Consensual e divórcio consensual por escritura pública**. In: CAHALI, Francisco José; et al. Escrituras Públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98-99.

_____. **As disposições comuns às escrituras de separação e de divórcio consensual**. In: _____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 100-111.

_____. **Questões pontuais relativas ao divórcio**. In: _____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112-113.

_____. **Questões polêmicas**. In: _____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114-124.

CASSETTARI, Christiano. A Abrangência da Expressão *Ser Consensual* Como Requisito para a Separação e para o Divórcio Extrajudiciais: a Possibilidade de Realizar Escritura Pública Somente para Dissolver o Casamento e Discutir Judicialmente Outras Questões. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v.9. n. 41. p. 15-24. abril/maio 2007.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Da separação e do divórcio**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. BOTAR PÁGINA

_____. (2007). **Os alimentos nas separações e divórcios extrajudiciais**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=36925>. Acesso em: 08 out. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. rev. e atual de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e divórcio – de acordo com a Lei 11.441/07**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Introdução: uma lei de procedimentos.** In: CAHALI, Francisco José; et al. *Escrituras Públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11-14.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 2. ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

HERTEL, Daniel Roberto. Inventário, separação e divórcio pela via administrativa. In: **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 147. p. 220-232. maio 2007.

LEITE, Gisele (2008). **Separação e divórcio sem maiores burocracias (comentários à lei 11.441/07).** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=401>>. Acesso em: 12 set. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (2007). **Divórcio e separação consensuais extrajudiciais.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=299>>. Acesso em: 12 set. 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. n. 6.35.3

MEIRA, Daniel e Silva. **Separação Judicial: benefício social ou elemento de oneração para o estado e o cidadão?** Curitiba: Juruá, 1998.

MOLD, Cristian Fetter (2007). **Novos olhares sobre a Separação e o Divórcio.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=278>> Acesso em: 3 set. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família.** 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

NETO, Inácio de Carvalho. Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº 11.441/2007. In: **Revista Ciência Jurídica**. Belo Horizonte. n. 136. p. 11-34. julho/agosto 2007.

PARREIRA, Antônio Carlos (2007). **Escrituras de inventários, separações e divórcios: alguns cuidados**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=264>> Acesso em: 13 out. 2008.

PEDRONI, Ana Lúcia. **Dissolução do vínculo matrimonial: (Des) necessidade da separação judicial ou de fato como requisito prévio para obtenção do divórcio no direito brasileiro**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. 16. ed. rev. e atual de acordo com o novo Código Civil de 2002. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PORTUGAL. **Código Civil**. 13. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. **Interpretação sistemática da Constituição Federal possibilita a concessão de divórcio direto antes do prazo de dois anos**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081013153336985&mode=print> Acesso em: 5 nov. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406 de 10/01/02**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Rafaela Ferreira; GLEICK, Meira Oliveira (2008). **Paternidade Sócio-afetiva: O Afeto faz apelo à Paternidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=451>> Acesso em: 13 out. 2008.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil (2007). **Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais (lei 11.441/07)**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=36659> Acesso em: 08 out. 2008.

VELOSO, Zeno. **Lei 11.441, de 04.01.2007 – Aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**. Belém: ANOREG PA, 2008.

VENOSA, Sílvio de Sálvo. **Direito Civil: direito de família**. 6. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Cláudia Stein. A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v.9. n. 41. p. 25-40. abril/maio 2007.

ZIMERMAN, David. O Processo Judicial pode estar sendo uma Forma de Manutenção do Vínculo do Casal? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2007. p. 165-178.

ANEXO I – RESOLUÇÃO N. 35, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

RESOLUÇÃO Nº 35, DE 24 DE ABRIL DE 2007.

Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro.

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e tendo em vista o disposto no art. 19, I, do Regimento Interno deste Conselho, e

Considerando que a aplicação da Lei nº 11.441/2007 tem gerado muitas divergências;

Considerando que a finalidade da referida lei foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário;

Considerando a necessidade de adoção de medidas uniformes quanto à aplicação da Lei nº 11.441/2007 em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos;

Considerando as sugestões apresentadas pelos Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal em reunião promovida pela Corregedoria Nacional de Justiça;

Considerando que, sobre o tema, foram ouvidos o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil;

RESOLVE:

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES DE CARÁTER GERAL

Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial.

Art. 3º As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)

Art. 4º O valor dos emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.169/2000, observando-se, quanto a sua fixação, as regras previstas no art. 2º da citada lei.

Art. 5º É vedada a fixação de emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro (Lei nº 10.169, de 2000, art. 3º, inciso II).

Art. 6º A gratuidade prevista na Lei nº 11.441/07 compreende as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais.

Art. 7º Para a obtenção da gratuidade de que trata a Lei nº 11.441/07, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

Art. 8º É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras decorrentes da Lei 11.441/07, nelas constando seu nome e registro na OAB.

Art. 9º É vedada ao tabelião a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer para o ato notarial acompanhadas de profissional de sua confiança. Se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 10. É desnecessário o registro de escritura pública decorrente da Lei nº 11.441/2007 no Livro "E" de Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, entretanto, o Tribunal de Justiça deverá promover, no prazo de 180 dias, medidas adequadas para a unificação dos dados que concentrem as informações dessas escrituras no âmbito estadual, possibilitando as buscas, preferencialmente, sem ônus para o interessado.

SEÇÃO II

DISPOSIÇÕES REFERENTES AO INVENTÁRIO E À PARTILHA

Art 11. É obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no art. 990 do Código de Processo Civil.

Art. 12. Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo(a) ou herdeiro(s) capazes, inclusive por emancipação, representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais, vedada a acumulação de funções de mandatário e de assistente das partes.

Art. 13. A escritura pública pode ser retificada desde que haja o consentimento de todos os interessados. Os erros materiais poderão ser corrigidos, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes, ou de seu procurador, por averbação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por escrituração própria lançada no livro das escrituras públicas e anotação remissiva.

Art. 14. Para as verbas previstas na Lei nº 6.858/80, é também admissível a escritura pública de inventário e partilha.

Art. 15. O recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura.

Art. 16. É possível a promoção de inventário extrajudicial por cessionário de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes.

Art. 17. Os cônjuges dos herdeiros deverão comparecer ao ato de lavratura da escritura pública de inventário e partilha quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão, exceto se o casamento se der sob o regime da separação absoluta.

Art. 18. O(A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável.

Art. 19. A meação de companheiro(a) pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo.

Art. 20. As partes e respectivos cônjuges devem estar, na escritura, nomeados e qualificados (nacionalidade; profissão; idade; estado civil; regime de bens; data do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; número do documento de identidade; número de inscrição no CPF/MF; domicílio e residência).

Art. 21. A escritura pública de inventário e partilha conterá a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; e a menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei.

Art. 22. Na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos: a) certidão de óbito do autor da herança; b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; g) certidão negativa de tributos; e h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado.

Art. 23. Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão originais.

Art. 24. A escritura pública deverá fazer menção aos documentos apresentados.

Art. 25. É admissível a sobrepartilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial.

Art. 26. Havendo um só herdeiro, maior e capaz, com direito à totalidade da herança, não haverá partilha, lavrando-se a escritura de inventário e adjudicação dos bens.

Art. 27. A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública.

Art. 28. É admissível inventário negativo por escritura pública.

Art. 29. É vedada a lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior.

Art. 30. Aplica-se a Lei n.º 11.441/07 aos casos de óbitos ocorridos antes de sua vigência.

Art. 31. A escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, cabendo ao tabelião fiscalizar o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual e distrital específicas.

Art. 32. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito.

SEÇÃO III

DISPOSIÇÕES COMUNS À SEPARAÇÃO E

DIVÓRCIO CONSENSUAIS

Art. 33. Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

Art. 34. As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento.

Art. 35. Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das conseqüências da separação e do divórcio, firmes no propósito de pôr fim à sociedade conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente, sem hesitação, com recusa de reconciliação.

Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias.

Art. 37. Havendo bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o que é do patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso do corpo da escritura.

Art. 38. Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida.

Art. 39. A partilha em escritura pública de separação e divórcio consensuais far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber.

Art. 40. O traslado da escritura pública de separação e divórcio consensuais será apresentado ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, para a averbação necessária, independente de autorização judicial e de audiência do Ministério Público.

Art. 41. Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de separação, restabelecimento da sociedade conjugal ou divórcio consensuais, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

Art. 42. Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais.

Art. 43. Na escritura pública deve constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida.

Art. 44. É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e no divórcio consensuais.

Art. 45. A escritura pública de separação ou divórcio consensuais, quanto ao ajuste do uso do nome de casado, pode ser retificada mediante declaração unilateral do interessado na volta ao uso do nome de solteiro, em nova escritura pública, com assistência de advogado.

Art. 46. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito.

SEÇÃO IV

DISPOSIÇÕES REFERENTES À SEPARAÇÃO CONSENSUAL

Art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.

Art. 48. O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

Art. 49. Em escritura pública de restabelecimento de sociedade conjugal, o tabelião deve: a) fazer constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida; b) anotar o restabelecimento à margem da escritura pública de separação consensual, quando esta for de sua serventia, ou, quando de outra, comunicar o restabelecimento, para a anotação necessária na serventia competente; e c) comunicar o restabelecimento ao juízo da separação judicial, se for o caso.

Art. 50. A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações.

Art. 51. A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal somente poderá ser efetivada depois da averbação da separação no registro civil, podendo ser simultâneas.

SEÇÃO V

DISPOSIÇÕES REFERENTES AO DIVÓRCIO CONSENSUAL

Art. 52. A Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto como a conversão da separação em divórcio. Neste caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento.

Art. 53. A declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido.

Art. 54. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministra Ellen Gracie
Presidente

ANEXO II – PORTARIA CG N. 01/2007, DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por ordem do Exmo. Sr. Desembargador GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor Geral da Justiça, publicam-se a manifestação do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG 01/2007 e a decisão proferida ao cabo dos trabalhos.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça, Desembargador GILBERTO PASSOS DE FREITAS:

Findos os trabalhos do Grupo de Estudos instituído por Vossa Excelência - Portaria CG nº 01/2007, publicada no Diário Oficial de 11.01.2007 -, apresentamos, respeitosamente, a presente manifestação, acompanhada das conclusões aprovadas.

Destaca-se, de início, que, atento aos fins expressos na referida Portaria CG nº 01/2007, o Grupo de Estudos limitou-se ao exame de implementação da Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, no âmbito notarial e suas implicações no Registro Civil das Pessoas Naturais, sem avançar em matéria jurídica de ordem diversa, expressando, pois, as conclusões aprovadas quanto à prática dos atos notariais correspondentes.

Outrossim, por ora, entendem os integrantes do Grupo de Estudo não ser conveniente a imediata edição de ato normativo a respeito, aguardando-se sejam decantadas as principais questões e eventuais dúvidas emergentes da novidade legislativa, sem prejuízo de publicação das conclusões aqui apontadas, não só para divulgação do resultado dos trabalhos, como também para, provisoriamente, servir de orientação geral.

Esperando, deste modo, ter atendido à honrosa deferência, aproveitamos a oportunidade para renovar nossos protestos de elevada estima e respeito.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2007.

(a) JOSÉ ROBERTO BEDRAN

Desembargador

(a) JOSÉ RENATO NALINI

Desembargador

(a) MARCELO MARTINS BERTHE

Juiz de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO

Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) VICENTE DE ABREU AMADEI

Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça

(a) VITORE ANDRÉ ZILIO MAXIMIANO

Defensor Público

(a) MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ

Advogada

(a) PAULO TUPINAMBÁ VAMPRÉ

Tabelião de Notas

CONCLUSÕES APROVADAS PELO GRUPO DE ESTUDOS INSTITUÍDO PELA PORTARIA CG Nº 01/2007, QUANTO À PRÁTICA DOS ATOS NOTARIAIS RELATIVOS À LEI FEDERAL nº 11.441/2007.

1. CONCLUSÕES DE CARÁTER GERAL

1.1 Ao criar inventário e partilha extrajudiciais, separações e divórcios também extrajudiciais, ou seja, por escrituras públicas, mediante alteração e acréscimo de artigos do Código de Processo Civil, a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, não obsta a utilização da via judicial correspondente.

1.2. Pela disciplina da Lei nº 11.441/07, é facultado aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial. A qualquer momento, podem desistir de uma, para promoção da outra; não podem, porém, seguir com ambas simultaneamente.

1.3. As escrituras públicas de inventário e partilha, bem como de hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, não dependem de homologação judicial.

1.4. Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07 (artigo 8º da Lei nº 8.935/94), é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

1.5. Recomenda-se a criação de um Registro Central de Inventários e de outro de Separações e Divórcios, para concentrar dados e informações dos atos notariais lavrados, prevenir duplicidade de escrituras e facilitar as buscas.

2. CONCLUSÕES REFERENTES AOS EMOLUMENTOS

2.1. Enquanto não houver previsão específica dos novos atos notariais na Tabela anexa à Lei Estadual nº 11.331/02, a cobrança dos emolumentos dar-se-á mediante classificação nas atuais categorias gerais da Tabela, pelo critério “escritura com valor declarado”, quando houver partilha de bens, considerado o valor total do acervo, e pelo critério “escritura sem valor declarado”, quando não houver partilha de bens.

2.2. Recomenda-se alteração legislativa, para previsão específica dos novos atos notariais na Tabela, sugerindo-se estudos pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, com vista a eventual projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, neste sentido, considerando, inclusive, discrepâncias entre o valor dos emolumentos extrajudiciais e o das custas judiciais, as peculiaridades dos novos atos em relação à cobrança de emolumentos quando houver outros atos correlatos na mesma escritura (v.g. renúncia, cessão entre partes, procuração ao advogado, inventário conjunto, doação de bens aos filhos do casal), bem como a gratuidade por assistência judiciária e eventual sistema de compensação dos atos gratuitos com o recolhimento da parte dos emolumentos que cabe ao Estado.

2.3. Para a obtenção da gratuidade de que trata o §3º do artigo 1.124-A, basta, sob as penas da lei e ainda que estejam as partes assistidas por advogado constituído, a declaração de pobreza.

2.4. A gratuidade prevista na Lei nº 11.441/07 (§3º do artigo 1.124-A do CPC - cujo caput disciplina as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais), também compreende as escrituras de inventário e partilha consensuais.

2.5. Havendo partilha, prevalecerá como base para o cálculo dos emolumentos, o maior valor dentre aquele atribuído pelas partes e o venal. Nesse caso, em inventário e partilha, excluir-se-á da base de cálculo o valor da meação do cônjuge sobrevivente (APROVADA POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO O TABELIÃO DE NOTAS PAULO TUPINAMBÁ VAMPRÉ).

3. CONCLUSÕES REFERENTES AO ADVOGADO

3.1. O Advogado comparece e subscreve como assistente das partes, não havendo necessidade de exibição de procuração, podendo, no mesmo instrumento, ser constituído procurador para eventuais re-ratificações necessárias, salvo em matéria de direito personalíssimo e indisponível.

3.2. É vedado aos Tabeliães a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer, para o ato notarial, acompanhadas de profissional de sua confiança.

3.3. Se não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o Tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a OAB.

3.4. Em caso de nomeação de advogado dativo, decorrente do convênio Defensoria Pública-OAB, o Tabelião deverá, após a lavratura do ato notarial, emitir a correspondente certidão de verba honorária, nos termos do referido convênio.

3.5. Nas escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais, devem constar a nomeação e qualificação completa do(s) advogado(s) assistente(s), com menção ao número de registro e da secção da OAB.

4. CONCLUSÕES REFERENTES AO INVENTÁRIO E À PARTILHA

4.1. Quando houver necessidade, pode ocorrer, na escritura pública, a nomeação de um (ou alguns) herdeiro(s), com os mesmos poderes de um inventariante, para representação do espólio no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes (v.g., levantamento de FGTS, de restituição de IR ou de valores depositados em bancos; comparecimento para a lavratura de outras escrituras, etc.). Uma vez que há consenso das partes, inexistente a necessidade de se seguir a “ordem de nomeação” do Art. 990 do CPC.

4.2. Como quase sempre decorre algum tempo para reunir todos os documentos e recolher os tributos, viabilizando a lavratura da escritura, até então o espólio será representado pelo administrador provisório (artigos 1.797 do CC e 985/986 do CPC). Ou, se necessário, caberá o socorro à via judicial, para a obtenção de alvarás (v.g., para levantamento de valores depositados em banco, etc.).

4.3. Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais, com viúva(o) ou herdeiro(s) representado(s) por procuração, desde que formalizada por instrumento público (Art. 657 do CC) e contenha poderes especiais, ainda que o procurador seja advogado.

4.4. Erros de tomadas de dados na escritura (v.g., RG, CPF, descrição de bens, número da matrícula, etc.) serão retificados mediante outra escritura pública. O advogado pode ser constituído procurador para representar as partes em eventuais escrituras de re-ratificação, evitando o novo comparecimento de todos na serventia.

4.5. Para o levantamento das verbas previstas na Lei nº 6.858/80, é também admissível a escritura pública, desde que presentes os demais requisitos para inventário e partilha referidos nos artigos 982 e 983 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.441/07.

4.6. O recolhimento do ITCMD deve ser antecedente à lavratura da escritura (Art.192 do CTN) e, quanto ao cumprimento das obrigações acessórias, devem ser observadas as Portarias do CAT e demais normas emanadas da Fazenda Estadual sobre a matéria. Deve haver arquivamento de cópia do imposto recolhido em pasta própria, com expressa indicação na escritura pública da guia recolhida e do arquivamento de sua cópia no tabelionato. A gratuidade por assistência judiciária

em escritura pública não isenta a parte do recolhimento de imposto de transmissão, que tem legislação própria a respeito do tema.

4.7. A promoção de inventário por cessionário, em caso de cessão de direitos hereditários, é possível, mesmo para a hipótese de cessionário de bem específico do espólio e não de toda a massa. Nessa hipótese, todos os herdeiros devem estar presentes e concordes.

4.8. Partes na escritura:

4.8.1. As partes devem ser plenamente capazes, inclusos os referidos no artigo 5º, parágrafo único, incisos I a V, do Código Civil.

4.8.2. Cônjuge sobrevivente e herdeiros, com expressa menção ao grau de parentesco.

4.8.3. Cônjuges dos herdeiros não são partes, mas devem comparecer ao ato como anuentes, salvo se casados no regime da comunhão universal de bens (quando, então, serão partes) ou no regime da separação absoluta (Art. 1.647 CC), quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão (v.g., torna em dinheiro).

4.8.4. Companheiro(a) que tenha direito a participar da sucessão (Art. 1790 CC) é parte, observada a necessidade de ação judicial se não houver consenso de todos herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável. A meação de companheiro(a) poder ser reconhecida na escritura pública, desde que todos herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo.

4.8.5. As partes e respectivos cônjuges (ainda que não comparecentes) devem estar, na escritura, nomeadas e com qualificação completa (nacionalidade, profissão, idade, estado civil, regime de bens, data do casamento, pacto antenupcial e seu registro imobiliário [se houver], número do documento de identidade, número de inscrição no CPF/MF, domicílio, residência).

4.9. Quanto aos bens, recomenda-se:

4.9.1. Se imóveis, prova de domínio por certidão de propriedade atualizada.

4.9.2. Se imóvel urbano, basta menção a sua localização e ao número da matrícula (Art. 2º da Lei nº 7.433/85).

4.9.3. Se imóvel rural, descrever e caracterizar tal como constar no registro imobiliário, havendo, ainda, necessidade de apresentação e menção na escritura do Certificado de Cadastro do INCRA e da prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos (Art. 22, §§2º e 3º, da Lei 4947/66).

4.9.4. Em caso de imóvel descaracterizado na matrícula, por desmembramento ou expropriação parcial, o Tabelião deve recomendar a prévia apuração do remanescente antes da realização da partilha.

4.9.5. Imóvel com construção - ou aumento de área construída - sem prévia averbação no registro imobiliário: é recomendável a apresentação de documento comprobatório expedido pela Prefeitura e, se o caso, CND-INSS, para inventário e partilha.

4.9.6. Imóvel demolido, com alteração de cadastro de contribuinte, de número do prédio, de nome de rua, mencionar no título a situação antiga e a atual, mediante apresentação do respectivo comprovante.

4.9.7. Se móvel, apresentar documento comprobatório de domínio e valor, se houver. Descrevê-los com os sinais característicos.

4.9.8. Direitos e posse são suscetíveis de inventário e partilha e deve haver precisa indicação quanto à sua natureza, além de determinados e especificados.

4.9.9. Semoventes serão indicados em número, espécies, marcas e sinais distintivos.

- 4.9.10. Dinheiro, jóias, objetos de ouro e prata e pedras preciosas serão indicados com especificação da qualidade, peso e importância.
- 4.9.11. Ações e títulos também devem ter as devidas especificações.
- 4.9.12. Dívidas ativas especificadas, inclusive com menção às datas, títulos, origem da obrigação, nomes dos credores e devedores.
- 4.9.13. Ônus incidentes sobre os imóveis não constituem impedimento para lavratura da escritura pública.
- 4.9.14. Débitos tributários municipais e da Receita Federal (certidões positivas fiscais municipais ou federais) impedem a lavratura da escritura pública.
- 4.9.15. A cada bem do espólio deverá constar o respectivo valor atribuído pelas partes, além do valor venal, quando imóveis ou veículos automotores.
- 4.10. O autor da herança não é parte, mas a escritura pública deve indicar seu nome, qualificação completa (nacionalidade, profissão, idade, estado civil, regime de bens, data do casamento, pacto antenupcial e seu registro imobiliário [se houver], número do documento de identidade, número de inscrição no CPF/MF, domicílio, residência), dia e lugar em que faleceu; livro, folhas, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; data da expedição da certidão de óbito apresentada; menção que não deixou testamento.
- 4.11. Documentos a serem apresentados para lavratura da escritura:
- 4.11.1. Certidão de óbito do autor da herança.
- 4.11.2. Documento de identidade oficial com número de RG e CPF das partes e do autor da herança.
- 4.11.3. Certidões comprobatórias do vínculo de parentesco dos herdeiros (v.g., certidões de nascimento).
- 4.11.4. Certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados, atualizada (90 dias).
- 4.11.5. Pacto antenupcial, se houver.
- 4.11.6. Certidão de propriedade, ônus e alienações dos imóveis, atualizada (30 dias) e não anterior à data do óbito.
- 4.11.7. Certidão ou documento oficial comprobatório do valor venal dos imóveis, relativo ao exercício do ano do óbito ou ao ano imediatamente seguinte deste.
- 4.11.8. Documentos comprobatórios do domínio e valor dos bens móveis, se houver.
- 4.11.9. Certidão negativa de tributos municipais que incidam sobre os bens imóveis do espólio.
- 4.11.10. Certidão negativa conjunta da Receita Federal e PGFN.
- 4.11.11. Certidão comprobatória da inexistência de testamento (Registro Central de Testamentos mantido pelo CNB/SP).
- 4.11.12. CCIR e prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos, para bens imóveis rurais do espólio.
- 4.12. Os documentos acima referidos devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo documentos de identidade das partes, que sempre serão originais.
- 4.13. Os documentos apresentados, sem previsão de arquivamento em classificador específico, serão arquivados em classificador próprio de documentos de escrituras públicas de inventário e partilha, com índice. Quando microfilmados ou gravados por processo eletrônico de imagens, não subsiste a obrigatoriedade de conservação no tabelionato.
- 4.14. A escritura pública deverá fazer menção aos documentos apresentados e ao seu arquivamento, microfilmagem ou gravação por processo eletrônico.

4.15. Traslado da escritura pública deverá ser instruído com a guia do ITCMD recolhida, com eventuais outras guias de recolhimentos de tributos de outros atos constante no mesmo instrumento, se houver, bem como de cópias dos documentos referidos no item “4.11” supra, quando os originais não o acompanharem em virtude de serem microfilmados ou gravados por processo eletrônico de imagens.

4.16. É admissível, por escritura pública, inventário com partilha parcial e sobrepartilha.

4.17. Não há restrição na aquisição, por sucessão legítima, de imóvel rural por estrangeiro (artigo 2º da Lei nº 5.709/71) e, portanto, desnecessária autorização do INCRA para lavratura de escritura pública de inventário e partilha, salvo quando o imóvel estiver situado em área considerada indispensável à segurança nacional, que depende do assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional (artigo 7º da Lei nº 5.709/71).

4.18. Há necessidade de emissão da DOI (Declaração de Operação Imobiliária).

4.19. No corpo da escritura deve haver menção de que “ficam ressalvados eventuais erros, omissões ou os direitos de terceiros”.

4.20. Havendo um só herdeiro, maior e capaz, com direito à totalidade da herança, não haverá partilha, lavrando-se, assim, escritura de inventário e adjudicação dos bens.

4.21. A escritura pública de inventário e partilha é título hábil para formalizar a transmissão de domínio, conforme os termos nela expressos, não só para o registro imobiliário, como também para promoção dos demais atos subseqüentes que se fizerem necessários à materialização das transferências (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Bancos, companhias telefônicas, etc).

4.22. A existência de credores do espólio não impedirá a escritura de inventário e partilha ou adjudicação.

4.23. É admissível escritura pública de sobrepartilha referente a inventário e partilha judiciais já findos. Isto ainda que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito e do processo judicial.

4.24. É admissível inventário negativo por escritura pública.

4.25. É vedada lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no estrangeiro.

4.26. A Lei nº 11.441/07, de caráter procedimental, aplica-se também em caso de óbitos ocorridos antes de sua vigência.

4.27. Escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, fiscalizando o Tabelião o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual específica.

5. CONCLUSÕES COMUNS À SEPARAÇÃO E AO DIVÓRCIO CONSENSUAIS

5.1. Recomenda-se que o Tabelião disponibilize uma sala ou um ambiente reservado e discreto para atendimento das partes em escrituras de separação e divórcio consensuais.

5.2. Documentos a serem apresentados para lavratura da escritura:

5.2.1. Certidão de casamento atualizada (90 dias).

5.2.2. Documento de identidade e documento oficial com o número do CPF/MF.

5.2.3. Pacto antenupcial, se houver.

5.2.4. Certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver.

5.3. As partes devem declarar ao tabelião, que consignará a declaração no corpo da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e a data de nascimento, conforme respectivos documentos apresentados.

5.4. Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das conseqüências da separação e do divórcio, firmes no propósito de pôr fim à sociedade conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente, sem hesitação, com recusa de reconciliação.

5.5. O comparecimento pessoal das partes não é indispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público (artigo 657 do CC), com poderes especiais e prazo de validade de 30 (trinta) dias. Segue-se o mesmo raciocínio da habilitação (artigo 1.525, caput, do CC) e da celebração (artigo do 1.535 do CC) do casamento, que admite procuração ad nupcias. Não poderão as duas partes, entretanto, ser representadas no ato pelo mesmo procurador.

APROVADA POR MAIORIA DE VOTOS - 5 VOTOS CONTRA 3 VOTOS VENCEDORES:

1. DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN
 2. DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI
 3. DEFENSOR PÚBLICO VITORE ANDRÉ Z. MAXIMIANO
 4. ADVOGADA MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ
 5. TABELIÃO DE NOTAS PAULO TUPINAMBÁ VAMPRE
- VOTOS VENCIDOS: 1. JUIZ DE DIREITO MARCELO MARTINS BERTHE**
2. JUIZ DE DIREITO MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO
3. JUIZ DE DIREITO VICENTE DE ABREU AMADEI

Quanto à locução final (“Não poderão as duas partes, entretanto, ser representadas no ato pelo mesmo procurador”), foi ela mantida por maioria, vencida a ADVOGADA MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ, que votou pela sua exclusão.

5.6. Havendo bens a serem partilhados na escritura:

5.6.1. Distinguir o que é do patrimônio separado de cada cônjuge (se houver) do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso no corpo da escritura.

5.6.2. Havendo transmissão de propriedade entre cônjuges de bem(ns) do patrimônio separado, ou partilha de modo desigual do patrimônio comum, o Tabelião deverá observar a necessidade de recolhimento do tributo devido: ITBI (se onerosa), conforme a lei municipal da localidade do imóvel, ou ITCMD (se gratuita), conforme a legislação estadual.

5.6.3. A partilha em escritura pública de separação e divórcio consensual far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber, com as adaptações necessárias, especialmente com atenção ao que consta nos sub-itens “4.9”, “4.11.6”, “4.11.7” e “4.11.8”, do item “4” (“Inventário e Partilha”) retro.

5.7. Aplicar, no que couber, com as adaptações necessárias, o que consta nos sub-itens “4.4”, “4.8.1”, “4.12”, “4.13”, “4.14”, “4.16”,

5.8. Tanto em separação consensual, como em divórcio consensual, por escritura pública, as partes podem optar em partilhar os bens, ou resolver sobre a pensão alimentícia, a posteriori.

5.9. Traslado de escritura pública de separação e divórcio consensuais será apresentado ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, para a averbação necessária,

independentemente de “visto” ou “cumpra-se” do seu Juízo Corregedor Permanente, ainda que diversa a Comarca, promovendo, o Oficial, a devida conferência de sinal público.

5.10. Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de separação ou divórcio consensual, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotar a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

5.11. Não há sigilo para as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais. Não se aplica, para elas, o disposto no artigo 155, II, do Código de Processo Civil, que incide apenas nos processos judiciais.

5.12. Na escritura pública deve constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação necessária.

5.13. Ainda que resolvidas prévia e judicialmente todas as questões referentes aos filhos menores (v.g. guarda, visitas, alimentos), não poderá ser lavrada escritura pública de separação ou divórcio consensuais.

5.14. É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e no divórcio consensuais.

5.15. Escritura pública de separação ou divórcio consensual, quanto ao ajuste do uso do nome de casado, pode ser retificada mediante declaração unilateral do interessado na volta ao uso do nome de solteiro, em nova escritura pública, também mediante assistência de advogado.

6. CONCLUSÕES REFERENTES À SEPARAÇÃO CONSENSUAL

6.1. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual:

6.1.1. prova de um ano de casamento.

6.1.2. manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas que expressam.

6.1.3. declaração de impossibilidade de reconciliação por convivência matrimonial que se tornou intolerável.

6.1.4. ausência de filhos menores ou incapazes do casal.

6.1.5. assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.

6.2. Não se admite separação de corpos consensual por escritura pública.

6.3. Restabelecimento de sociedade conjugal:

6.3.1. Pode ser feita por escritura pública.

6.3.2. Ainda que a separação tenha sido judicial.

6.3.3. Nesse caso (6.3.2), necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

6.3.4. Nesse caso (6.3.2), o Tabelião deve comunicar o Juízo e as partes apresentar a escritura ao Oficial de Registro Civil em que constar o assento de casamento, para a averbação necessária.

6.3.5. Havendo, com o restabelecimento, alteração de nome (voltando algum cônjuge a usar o nome de casado), a comunicação ao Oficial de Registro Civil em que constar o assento de nascimento, para a anotação necessária, far-se-á pelo Oficial de Registro Civil que averbar o restabelecimento no assento de casamento.

6.3.6. Para a hipótese de separação consensual por escritura pública, é necessário prever a anotação do restabelecimento nesse ato notarial. Se a separação ocorreu em tabelionato diverso

daquele que fizer o restabelecimento, o Tabelião que o lavrar deve comunicar aquele, para a referida anotação (tal como já ocorre com as procurações, seus substabelecimentos e suas revogações).

6.3.7. A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações, salvo no que se refere ao uso do nome.

6.3.8. Em escritura pública de restabelecimento deve constar expressamente que em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens (artigo 1.577, parágrafo único, do CC).

6.3.9. A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal depende da averbação da separação no registro civil, podendo os dois atos ser averbados simultaneamente.

6.3.10. É admissível restabelecimento por procuração, se por instrumento público e com poderes especiais.

7. CONCLUSÕES REFERENTES AO DIVÓRCIO CONSENSUAL

7.1. A Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto, como o indireto (conversão de separação em divórcio). **VENCIDO O DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN, EM RELAÇÃO AO DIVÓRCIO DIRETO.**

7.2. Quanto ao divórcio consensual indireto extrajudicial:

7.2.1. Separação judicial pode ser convertida em divórcio por escritura pública.

7.2.2. Nesse caso, não é indispensável apresentar certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento.

7.3. Quanto ao divórcio consensual direto extrajudicial (**VENCIDO O DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN**):

7.3.1. Há necessidade de prova de dois anos de separação de fato. Para tal, não bastam apenas documentos. Deve o tabelião colher as declarações de pelo menos uma pessoa que conheça os fatos, na qualidade de terceiro interveniente. Em caráter excepcional, na falta de outra pessoa (o que deve ser consignado pelo Tabelião), é aceitável o plenamente capaz que tenha parentesco com os divorciandos.

7.3.2. O Tabelião deve se certificar da presença de todos os requisitos necessários à lavratura do ato notarial antes do seu início, inclusive quanto à prova do lapso temporal de separação fática.

7.3.3. Caso não comprovado o lapso temporal necessário, o Tabelião não lavrará a escritura. Deve formalizar tal recusa, lavrando a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido.

7.3.4. As declarações do terceiro interveniente serão colhidas no próprio corpo da escritura pública de divórcio.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2007.

(a) **JOSÉ ROBERTO BEDRAN**

Desembargador

(a) **JOSÉ RENATO NALINI**

Desembargador

(a) **MARCELO MARTINS BERTHE**

Juiz de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) **MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO**

Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) VICENTE DE ABREU AMADEI
Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça
(a) VITORE ANDRÉ ZILIO MAXIMIANO
Defensor Público
(a) MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ
Advogada
(a) PAULO TUPINAMBÁ VAMPRE
Tabelião de Notas

1. Acolho a manifestação e aprovo as conclusões apresentadas pelo Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG nº 01/2007 (DOE de nos limites da função administrativa de direção da Corregedoria Geral da Justiça, considerando não oportuna, por ora, a edição de provimento referente ao novo serviço extrajudicial emergente da Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, determino a publicação das conclusões apresentadas, para divulgação do resultado dos trabalhos do Grupo de Estudos e para, provisoriamente, servir de orientação geral, salvo a do mencionado subitem “5.5”.
2. Forme-se expediente próprio para as medidas necessárias em vista da implantação de um Registro Central de Inventários e de outro de Separações e Divórcios, nos moldes do Registro Central de Testamentos, já existente.
3. Nos termos da sugestão inserta no subitem “2.2” das conclusões apresentadas pelo Grupo de Estudos, e, ainda, atento ao § 3º do artigo 29 da Lei Estadual nº 11.331, de 26 de dezembro de 2002, oficie-se à Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania, encaminhando-se cópia das manifestações e conclusões mencionadas, bem como desta decisão, para acompanhamento e aprimoramento da legislação relativa aos emolumentos, especialmente com vista aos estudos para eventual projeto de lei de disciplina específica dos emolumentos referentes aos novos atos notariais.
4. Oficie-se aos integrantes do Grupo de Estudo, em agradecimento à colaboração com esta Corregedoria Geral da Justiça, pelos relevantes estudos e trabalhos realizados.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2007.

(a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS

ANEXO III – CIRCULAR N. 01/2007, DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CIRCULAR Nº 01/2007

Aos Senhores Serventuários da Justiça

Prezado (a) Senhor (a),

Considerando as dúvidas suscitadas e as consultas formuladas à Corregedoria Geral da Justiça relativas à Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que introduziu alterações no Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 1973), mais precisamente nas disposições concernentes ao inventário e partilha, à separação e ao divórcio consensuais, impõe-se esclarecer e determinar que:

1. As escrituras públicas de inventário e partilha, de separação e de divórcio - bem como, por extensão, de sobrepartilha e de restabelecimento de sociedade conjugal - poderão ser lavradas por qualquer tabelião ou escrivão de paz, independentemente do domicílio ou do local do óbito do autor da herança e da residência dos separandos ou divorciandos.

2. Para conhecimento de terceiros eventualmente interessados, a partilha ou a sobrepartilha deverão ser comunicadas pelo notário ao registrador civil que lavrou o assento do óbito, para anotação, no prazo de cinco dias.

3. Não será lavrada a escritura pública sem que as partes interessadas apresentem, conforme o caso:

3.1. No inventário e partilha ou na sobrepartilha: *a)* certidão do óbito; *b)* certidão de nascimento ou casamento do autor da herança e dos seus sucessores; *c)* escritura de pacto antenupcial; *d)* declaração subscrita pelos interessados no sentido de que inexistente testamento; *e)* certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública; *f)* prova de propriedade dos bens.

3.2. Na separação ou divórcio:

I - certidão recente: *a)* de casamento - e escritura de pacto antenupcial - dos separandos ou divorciandos; *b)* de nascimento ou de casamento dos seus filhos;

II - prova de propriedade dos bens a partilhar, se existentes.

3.3. No restabelecimento de sociedade conjugal, certidão de casamento com a averbação da separação.

4. Os documentos aludidos deverão ser arquivados na serventia.

5. Das escrituras deverá constar: *a)* a qualificação das partes (CNCGJ, art. 530); *b)* o nome do(s) advogado(s), com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil; *c)* os elementos identificadores das guias de recolhimento dos tributos e do Fundo de Reaparelhamento da Justiça, quando devidos (CNCGJ, art. 897, §1º); *d)* a advertência de que o ato só produzirá efeitos em relação a terceiros após o registro da escritura no cartório competente.

6. No divórcio consensual, o tempo da separação de fato dos cônjuges poderá ser comprovado por declaração de testemunhas - se redigida em documento particular, com as firmas reconhecidas como verdadeiras -, observadas as restrições contidas nos artigos 228 do Código Civil e 405 do Código de Processo Civil.

7. A averbação da separação ou do divórcio no registro do casamento deverá preceder ao da partilha dos bens no cartório imobiliário.

8. Os emolumentos serão devidos na forma do Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina, como segue:

8.1. Ao notário:

I - os da Tabela I - Atos do Tabelião, nº 1, notas 1ª e 2ª: *a*) no inventário e partilha e na sobrepartilha, calculados sobre o valor dos bens inventariados, excluído o quinhão pertencente ao cônjuge supérstite (Consulta nº 550/2002, Des. Newton Trisotto; REsp nº 469.613, Min. Teori Albino Zavascki); *b*) na separação e no divórcio, havendo bens a partilhar;

II - os da Tabela I - Atos do Tabelião, nº 2, na separação e no divórcio, não havendo bens a partilhar, e no restabelecimento de sociedade conjugal.

8.2. Ao registrador de imóveis: *a*) os da Tabela II - Atos do Oficial do Registro de Imóveis, nº 1, I, notas 1ª e 2ª, pelo registro da escritura; *b*) os da Tabela II - Atos do Oficial do Registro de Imóveis, nº 2, II, nota 2ª, pela averbação da alteração do estado civil.

8.3. Ao registrador civil, os da Tabela V - Atos do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, nº 7, I, pela averbação da separação, do divórcio e do restabelecimento de sociedade conjugal.

9. Àqueles que se declararem pobres na forma da lei, os atos notariais e registrais serão gratuitos, assegurado aos notários e registradores o ressarcimento na forma do Provimento nº 08/2006.

10. Considerando a natureza dos atos disciplinados pela Lei 11.441/07, os notários deverão assegurar às partes interessadas atendimento que lhes preserve a privacidade.

Florianópolis, 18 de janeiro de 2007.

Desembargador Newton Trisotto
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

ANEXO IV – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 22/99

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 22, DE 1999
(do Sr. Enio Bacci e outros)

Autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências.

(À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO)

As mesas da **Câmara dos Deputados e do Senado Federal**, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo 1º - Altera o parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal:

Artigo 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º-----

§ 2º-----

§ 3º-----

§ 4º-----

§ 5º-----

§ 6º - o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após comprovada separação de fato ou de direito por mais de 1 (um) ano.

§ 7º-----

§ 8º-----

JUSTIFICATIVA

A atual legislação diferencia os prazos para o divórcio, exigindo 1 (um) ano de separação judicial ou 2 (dois) anos de fato.

Esta proposta de emenda à Constituição iguala situações definindo em 1 (um) ano de comprovada separação – seja ela de fato ou de direito – o que, na prática, é a mesma coisa.

Pretendemos ainda facilitar a reconstrução de novas famílias, quando após 1 (um) ano, ficou demonstrado a inviabilidade da reconciliação.

Sala de sessões, 15 de abril de 1999.

Deputado Enio Bacci

ANEXO V – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 413/2005

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 413, DE 2005
(Do Sr. Antonio Carlos Biscaia e outros)**

Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre o divórcio.

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos da art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 226.....

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.” (NR)

.....

Art. 2º Esta Emenda constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro e Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.

**Sala das Sessões, de junho de 2005
Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA
PT/RJ**

ANEXO VI – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 33/2007

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 33, DE 2007
(Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro)**

Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial.

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos da art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 226

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.” (NR)

.....
Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro).

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?

O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.

**Sala das Sessões, 10 de abril de 2007.
Deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO PT/BA**

ANEXO VII – PARECER DO DEPUTADO JOSEPH BANDEIRA

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 22-A, DE 1999, DO SENHOR ENIO BACCI, QUE “AUTORIZA O DIVÓRCIO APÓS 1 (UM) ANO DE SEPARAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”, ALTERANDO O DISPOSTO NO ARTIGO 226, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 22-A, DE 1999

Autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências.

Autores: Deputado ENIO BACCI e outros

Relator: Deputado JOSEPH BANDEIRA

I - RELATÓRIO

Esta Comissão Especial foi constituída pela Presidência da Câmara dos Deputados com esteio no art. 202, § 2º, do Regimento Interno, para examinar o mérito e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 22-A, de 1999, em epígrafe.

Àquela proposição encontram-se apensadas a Proposta de Emenda à Constituição nº 413-A, de 2005, do ilustre Deputado Antonio Carlos Biscaia e outros, que “Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre o divórcio”, e a Proposta de Emenda à Constituição nº 33-A, de 2007, do ilustre Deputado Sérgio Barradas Carneiro e outros, que “Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial”.

A douta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania opinou pela admissibilidade das três Propostas de Emenda à Constituição em apreço.

A PEC nº 22-A/99 dispõe que o casamento civil poderá ser dissolvido pelo divórcio, após comprovada separação de fato ou de direito por mais de um ano. Diminui, portanto, o prazo em relação à separação de fato, hoje fixado em dois anos pelo texto constitucional, igualando-o ao previsto para a separação judicial.

De acordo com a justificação, não há diferença entre a separação de fato e a de direito, motivo pelo qual se pretende facilitar a reconstrução de novas famílias, quando demonstrada a inviabilidade da reconciliação.

As duas PECs apensadas dispõem que o casamento civil poderá ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.

As respectivas justificativas revelam que se trata de sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Aduzem que não se sustenta mais a sobrevivência do instituto da separação judicial, impondo-se a unificação, no divórcio, de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosas ou consensuais. Tal providência redundaria em menos despesas para o casal, pela desnecessidade de dois processos distintos, além de não mais prolongar sofrimentos desnecessários, preservando a intimidade e a vida privada dos envolvidos.

Em face da aprovação do Requerimento nº 03/07, deste Relator, foram realizadas duas audiências públicas, com a participação de especialistas convidados para subsidiar os trabalhos da Comissão Especial.

No último dia 10 de outubro, foram ouvidos o Dr. RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; o Padre JORGE ELDO LIRA ANDRADE e o PADRE JAIRO GRAJALES LIANO, ambos representando o Presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Dom GERALDO LYRIO ROCHA; e o ex-Deputado Federal Pastor PEDRO RIBEIRO, representando o Presidente do Conselho Nacional dos Pastores do Brasil - CNPB, Deputado Federal Pr. MANOEL FERREIRA.

Na semana seguinte, no dia 17 de outubro, foram ouvidos a Dra. MARIA BERENICE DIAS, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; o Dr. LÚCIO FLÁVIO JOICHI SUNAKOZAWA, Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no Mato Grosso do Sul – OAB/MS, representando Dr. Cezar Britto, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Dr. JOSÉ BRITTO DA CUNHA JÚNIOR, Promotor de Justiça – Promotoria de Justiça de Família do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, representando o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República, e o Sr. ADISON DO AMARAL, membro do Conselho Diretor do Centro Espírita André Luiz – CEAL e Juiz de Paz Titular.

Escoado o prazo previsto no art. 202, § 3º, do Regimento Interno, não foram apresentadas emendas às proposições.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Será conveniente iniciar este voto, inclusive como homenagem a esta Comissão Especial e à relevância da matéria ora tratada, com considerações acerca da instituição matrimonial no direito brasileiro, bem como acerca das características da lei brasileira de separação e divórcio.

Para este mister, serão de grande valia as lições do Mestre YUSSEF SAID CAHALI, em sua consagrada obra *Divórcio e Separação*.⁸⁵

Aqui, nos primeiros séculos, a Igreja foi titular quase absoluta dos direitos sobre a instituição matrimonial; os princípios do direito canônico representavam a fonte do direito positivo.

Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob influência direta e incisiva da Igreja, em matéria de casamento. Assim, o Decreto de 03.11.1827 estatuiu a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, reconhecida e firmada desse modo a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais. O casamento, na sua origem, formação e constituição, sobrepairava às normas estatais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este o recebia perfeito e acabado das mãos da Igreja e apenas lhe marcava os efeitos jurídicos na sociedade temporal.

No Brasil Império, o passo mais avançado no sentido da desvinculação deu-se com o Decreto 1.144, de 11.09.1861 (com seu Regulamento 3.069, de 17.04.1863), que regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições da respectiva religião.

⁸⁵ 11ª ed., 2005, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 38/42 e 48/50.

Porém, a par da dissolução do casamento pela morte de qualquer dos cônjuges, nulidade ou anulação do matrimônio, admitia-se apenas a separação pessoal, o divórcio *quoad thorum et cohabitationem* do direito canônico.

Posteriormente, várias tentativas visaram a plena secularização do casamento – o que, aliás, transparece nos projetos da codificação civil; mas somente com a República, mercê da laicização do Estado através do Decreto 119-A, de 07.01.1890, veio o instituto a perder o caráter confessional.

E isto aconteceu com o Decreto 181, de 24.01.1890. Na oportunidade, o Min. Campos Sales levava a Deodoro proposta de adoção do divórcio no Brasil. Porém, ante a resistência, a nova lei limitou-se à implantação do casamento civil.

Disciplinada a separação de corpos como *divórcio* na acepção canônica (*divortium quoad thorum et mensam*), as respectivas causas foram indicadas no art. 82 e parágrafos: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos; e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.

Em 1893, o Deputado Érico Marinho apresentava no Parlamento a primeira proposição divorcista. Em 1896 e 1899, renovava-se a tentativa na Câmara e no Senado.

Em 1900, Martinho Garcez ofereceu, no Senado, projeto de divórcio vincular. Tendo a combatê-la Ruy Barbosa, a proposição foi repelida.

Relata Clóvis que, na discussão do anterior Código Civil, na Câmara dos Deputados, em 1901, “foi debatida, com solenidade excepcional, a preferência entre o desquite e o divórcio”, radicalizada a posição dos parlamentares.

E acabou prevalecendo a orientação ditada pela nossa tradição cristã.

Tal como no direito anterior, permitia-se tão-somente o término da sociedade conjugal por via do desquite, amigável ou judicial; a sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido, restando, porém, incólume o vínculo matrimonial.

A enumeração taxativa das causas de desquite foi igualmente repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento (art. 318).

A legislação civil inseriu a palavra *desquite* (que mereceu o apoio de Ruy Barbosa, no parecer do projeto), para identificar aquela simples separação de corpos, descartando a expressão, já não rigorosamente técnica, de divórcio *quoad thorum et mensam*, que o direito canônico criara, em contraposição ao *divortium*, na acepção autêntica que lhe emprestara o direito romano.

Enquanto os demais países que não admitem o divórcio a vínculo consideram a matéria no âmbito do direito comum o Brasil, em posição singular, havia erigido, a partir da Constituição de 1934 (art. 144), a indissolubilidade do vínculo à condição de preceito constitucional.

Repetiu-o a Carta Constitucional de 1937 (art. 124), o mesmo fazendo a Constituição de 1946 (art. 163) e a Constituição de 1967 (art. 167, § 1º), não alterada neste ponto, exceto na numeração do artigo (art. 175, § 1º), pela Emenda Constitucional - EC n. 1/69.

Entrementes, ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, fosse de modo indireto, através do “divórcio disfarçado” representado pelo acréscimo de uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial, consistente na incompatibilidade invencível entre os cônjuges, com prova de que, após

decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabelecera a vida conjugal; fosse por via de emenda constitucional visando a suprimir do art. 163 daquela Constituição a expressão “de vínculo indissolúvel”, adicionada ao casamento civil.

De acordo com a Carta outorgada pelos chefes militares (EC n. 1/69), qualquer projeto de divórcio somente seria possível com a aprovação de emenda constitucional por dois terços de senadores (44) e de deputados (207).

Apresentou-se, então, a EC n. 5, de 12.03.1975, estabelecendo nova redação ao art. 175, § 1º, da Constituição de 1969, de modo a permitir a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o *quorum* exigido de dois terços.

Sob pretexto de que o Congresso houvera embaraçado a reforma judiciária projetada na linha do “diagnóstico” do STF, o Executivo, com base no Ato Institucional 5, de 13.12.1968, fez expedir o Ato Complementar 102, decretando o recesso parlamentar a partir de 01.04.1977.

Seguiu-se-lhe, em 14.04.1977, a EC n. 8, editada pelo Executivo, que, dentre outras medidas, reduziu o *quorum* a que se referia o art. 48 da Constituição então em vigor para “maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional”.

Suspenso o recesso, reanimaram-se os parlamentares divorcistas, apresentando-se a EC n. 9, cujas perspectivas de êxito pareciam desde logo asseguradas diante da redução do *quorum* constitucional.

Referida Emenda foi aprovada, em primeira sessão, por 219 votos (15.06.1977) e, em sessão final, por 226 votos (23.06.1977), sendo promulgada em 28.06.1977, redigida nos seguintes termos: “Art. 1º O § 1º do art. 175 da Constituição passa a vigor com a 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, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda”.

Foi rápida a regulamentação do novo instituto. O projeto de que resultou a Lei 6.515, de 26.12.1977, foi apresentado no Senado em 25 de agosto de 1977. Na Comissão de Constituição e Justiça recebeu emenda (substitutivo), aprovada em 21 de setembro. Encerrada a discussão da matéria na sessão de 28 de setembro com a apresentação de emendas de plenário, a Comissão de Constituição e Justiça, em segundo pronunciamento, emitiu parecer modificando parcialmente o substitutivo, com sua aprovação em 5 de outubro. Em primeiro turno, o Senado, na plenária de 11 de outubro, aprovou o substitutivo apresentado pela CCJ em segundo pronunciamento. Fê-lo, igualmente, em segundo turno, na sessão de 13 de outubro, aprovando-o nos termos da Comissão de Redação. Encaminhado o projeto à Câmara dos Deputados, ali foram anexados outros projetos que versavam a mesma matéria, tendo recebido, na Comissão de Constituição e Justiça, substitutivo que alterava substancialmente o projeto originário do Senado, que foi aprovado pelo plenário em sessão de 27 de novembro. Retornando o projeto ao Senado, este, em 03.12.1977, aprovou-o em sua redação definitiva.

Quando da Constituição de 1988, insistiu-se em manter a questão da indissolubilidade do vínculo como sendo matéria constitucional, só que agora às avessas, para estabelecer as condições em que o divórcio poderia ser concedido.

Daí o seu art. 226, § 6º: “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”. Tomou-se por empréstimo o lapso temporal vigente na legislação espanhola desde 7 de julho de 1981.

A Lei 7.841, de 17.10.1989, cuidou de adaptar a Lei 6.515/77 quanto ao tempo exigido para o divórcio-conversão e para o divórcio direto, mas igualmente revogou o art. 38 da Lei do Divórcio, eliminando a restrição à possibilidade de divórcios sucessivos.

Com o novo Código Civil, diante do alarde festivo de sua elaboração, esperava-se que a sociedade fosse brindada com uma disciplina ordenada e inovadora da dissolução da sociedade conjugal, o que acabou não ocorrendo em razão de fatores conhecidos: clonado o projeto primitivo no projeto Orlando Gomes, que por sua vez estava atrelado ao velho Código, sem maior empolgação do mundo jurídico, na sua dormência de várias décadas, foi atropelado por profundas reformas no âmbito constitucional e legal, induzindo os seus autores a uma desordenada tentativa de colocar o seu texto em consonância com o novo direito de família, que, na realidade, de muito já o havia superado. Daí a gama de emendas por que passou, nem sempre ditadas pelo bom senso, e as novas emendas ao seu texto, apresentadas de imediato à sua aprovação.

Para possibilitar a introdução do divórcio em nosso direito, os legisladores pátrios, ao contrário do que seria razoável e acontece com outras legislações, não optaram pela técnica mais simples, que seria a revogação da ressalva final contida no § 1º do art. 175 da Constituição de 1969. Assim, com a revogação do princípio constitucional da indissolubilidade do vínculo, restaria à lei ordinária a disciplina plena dos casos em que a dissolução do casamento seria admissível.

Buscou-se, em verdade, uma *solução de compromisso*, no sentido de estabelecer, na própria Constituição, os parâmetros a serem observados na regulamentação do divórcio pelo legislador ordinário, no que diz respeito às condições limitadoras de sua admissibilidade.

Definitivamente implantado o divórcio entre nós, sem o menor resquício de repulsa dos vários segmentos da sociedade civil ou religiosa no último decênio, teria sido mais acertado que os constituintes, deixando simplesmente de assegurar a indissolubilidade do vínculo, reservassem a integral disciplina do instituto para a lei ordinária.

Por outro lado, sem qualquer justificação revelada – senão por influência do direito alienígena que nos serviu de modelo –, proscreveu-se definitivamente a terminologia consagrada entre nós para a designação da separação pessoal dos cônjuges, tradicionalmente identificada pela expressão “desquite”, substituindo-a, sem uma correspondência precisa, pela “separação judicial”, quando é certo que nosso ordenamento civil reconhece outras modalidades de separação judicial que não se resolvem na dissolução da sociedade conjugal.

De toda sorte, com a emenda Constitucional nº 09, de 1977, admitindo a dissolução do vínculo matrimonial, o Brasil ingressou no rol dos países divorcistas, rompendo assim com uma tradição de vários séculos.

Anteriormente, nosso direito só admitia o chamado divórcio a *thoro et mensa*, o divórcio do direito canônico (Decreto 181, de 1890), sob a nomenclatura de desquite – sistema do Código Civil de 1916 – e correspondendo à separação pessoal ou de corpos do direito alienígena, ou à separação judicial do nosso atual direito.

Os dois institutos têm de comum o fato de porem termo à sociedade conjugal (art. 1.571 do atual CC).

Do mesmo modo, divórcio e separação judicial não podem resultar senão de uma sentença, por causas determinadas na lei: estamos aqui diante do chamado processo necessário, em que a

desconstituição do vínculo matrimonial ou a dissolução da sociedade conjugal só pode ser obtida através da intervenção do órgão judiciário.

A distinção entre os dois institutos, contudo, é elementar: o divórcio, como ruptura de um matrimônio válido em vida dos cônjuges, “põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso” (art. 24 da Lei 6.515/77), ainda que não repetida essa disposição no novo CC), ensejando àqueles a convolação de novas núpcias.

Enquanto isso, a separação judicial é apenas o estado de dois cônjuges que são dispensados pela justiça dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (art. 1.576 do CC). Difere assim do divórcio, pois apenas relaxa os liames do matrimônio, mas sem provocar o rompimento do vínculo conjugal.

Conhecem essa dupla forma de extinção da sociedade conjugal – uma de caráter definitivo e irreversível, representada pelo divórcio, que também rompe o vínculo matrimonial, e outra de caráter temporário, representada pela separação de pessoas e bens – os sistemas jurídicos da Argentina, da Alemanha, da Bélgica, da França, da Guatemala, da Holanda, da Itália, de Portugal, do Uruguai.

Integrados agora os dois institutos no sistema da lei, nosso direito imprime-lhes, contudo, tratamento peculiar quanto às respectivas possibilidades.

É que, em linha de princípio, os cônjuges não desfrutavam de opção entre a simples separação judicial e o divórcio desde logo.

À diferença do direito alienígena, em que as duas formas de dissolução da sociedade conjugal são apresentadas com caráter de alternância ou de sucessividade, no sistema originário da Emenda Constitucional nº 9/77 e da Lei 6.515 a regra era a sucessividade das pretensões, sem o caráter de pretensões alternativas.

Assim, a teor da Emenda Constitucional nº 9/77, “o casamento somente poderá ser dissolvido (...) desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. Assim, em regra, não se daria ação direta de dissolução do vínculo matrimonial, colocada a separação judicial como o prelúdio necessário do divórcio; este encontrava naquela a sua condição *sine qua non*, aliada ao decurso do tempo, conforme art. 25 da Lei 6.515/77.

A possibilidade de ação direta de divórcio tinha caráter excepcional, exclusivamente nas condições do art. 2º da citada Emenda Constitucional nº 9: “No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa”.

Com a Constituição de 1988, o sistema do direito brasileiro de divórcio sofreu uma radical transformação, ao dispor seu art. 226, § 6º, que “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”. Isso é explicitado no art. 1.580 do novo Código Civil: “Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. (...) § 2º. O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Algumas ilações se permite sejam extraídas no atual sistema jurídico:

1) o divórcio conversão deixou de ser a regra, como também não mais se qualifica o divórcio direto como extraordinário;

2) verificados os pressupostos apenas da separação judicial, os cônjuges se legitimam para a respectiva ação; facultando-se-lhes converter, posteriormente, após o decurso do prazo anual, a separação judicial em divórcio;

3) presentes, porém os pressupostos expressos no Código Civil para a separação judicial, mas também presente o pressuposto único para o divórcio direto (“separação de fato por mais de dois anos”), permite-se a pretensão alternativa, em nível de acordo, de ação ou de reconvenção;

4) como no caso de comprovada separação de fato por mais; de dois anos, qualquer cônjuge poderá requerer o divórcio diretamente (art. 1.580, § 2º, do Código Civil), e desde que essa prolongada separação consubstancie um fato que torna evidente a impossibilidade da vida em comum, os cônjuges estarão legitimados para a ação judicial sem causa culposa (art. 1.573, parágrafo único, do Código Civil), convertendo depois a separação em divórcios após o decurso do prazo anual; ou – o que é mais relevante – poderão postular o divórcio direto desde logo, desde que comprovado o biênio da separação de fato, estivessem ou não separados judicialmente, possibilidade, aliás, perfeitamente admissível. Tenha-se em conta, porém, que estes circunlóquios, que desfrutavam de algum interesse prático no direito anterior, quanto à prévia partilha dos bens ou ao cumprimento das obrigações assumidas na separação, então postos como condição da conversão, são despiciendos em face da atual disciplina do instituto.

Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara, o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.

De pronto, assim, pode-se concluir que a proposição principal ora sob apreciação, qual seja, a PEC nº 22A/99, tem o grande mérito de evidenciar a crise do instituto da separação judicial, mas é tímida quanto à solução proposta.

Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista a obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio.

De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no direito brasileiro em virtude um arranjo político, em consequência do qual foi possível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àqueles frontalmente contrários à dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com a possibilidade de por termo, apenas e tão somente, à sociedade conjugal.

Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio, apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido.

Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distintos apenas redonda em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se vêem a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação – penoso, inclusive, para toda a família, principalmente para os filhos.

Não menos importante é a constatação prática de que apenas uma parcela realmente ínfima das separações reverte para a reconciliação do casal.

Como observou o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, ilustre representante do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, durante sua exposição perante esta Comissão

Especial, estamos completando trinta anos, desde a adoção da lei do divórcio entre nós, e deve existir um limite da intervenção do Estado na vida privada das pessoas, inclusive no que tange à decisão dos cônjuges no sentido de não mais permanecerem casados. Não deve haver discussões, em juízo, sobre a responsabilidade – culpa – pela falência do matrimônio. Segundo o Dr. Rodrigo, a lei não deve autorizar a busca de um culpado pela separação.

Outro representante da advocacia, o expositor Lúcio Flávio Joichi Sunakozawa, falando em nome do presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, também externou sua posição favorável pelo fim do instituto da separação judicial.

No mesmo sentido, uma das maiores expoentes do Direito de Família em nosso país, a nobre Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dra. Maria Berenice Dias, asseverou que o divórcio não tem o condão de colocar em risco a instituição da família, mas, ao contrário, estimula a criação de novas famílias, visto que os divorciados reúnem condições jurídicas para convolar novas núpcias. Aduziu, mais, a nobre Desembargadora, que não deve haver prazos constitucional ou legalmente estabelecidos para a obtenção do divórcio, visto que isto representa uma afronta ao princípio da liberdade, previsto na Lei Maior. Sobre a separação de fato, anotou S. Exa. que não é incomum os cônjuges forjarem a comprovação testemunhal do lapso bianual, e que, por isso, a lei estaria chancelando a hipocrisia e a mentira. Também não deveriam ser postas em juízo alegações sobre a culpa pela separação, sob pena de se afrontar outro princípio constitucional, que é o princípio da privacidade. Deve-se respeitar a liberdade das pessoas, e, ao mesmo tempo, desafogar o Poder Judiciário. Deixou consignado, ainda, a nobre expositora, que o divórcio não é causa da separação, mas o remédio. Finalmente, observou que dificultar a obtenção do divórcio afronta, igualmente, a facilitação da conversão da união estável em casamento, prevista pela Constituição Federal, porquanto as pessoas que se encontram apenas separadas não podem se casar.

O não menos ilustre representante do Ministério Público, Dr. José Brito da Cunha Júnior, em nome do Procurador-Geral da República, defendeu que o processo de separação judicial vai ao encontro à celeridade processual e à economia de gastos públicos.

Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da Advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar que o instituto da separação judicial deve ser suprimido do direito brasileiro.

Cabe, agora, aos representantes do povo, ao Poder Legislativo, tornar a legislação brasileira sobre direito de família consentânea com a realidade de seu tempo, avançando no caminho da abolição do instituto da separação entre nós.

Não prospera o argumento de que o fim do instituto da separação implicará no enfraquecimento da família, a qual, segundo a Constituição, é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, em sua obra *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*⁸⁶, delinea o assunto com muita precisão:

“As regras jurídicas constitucionais protegem a entidade familiar como instituição. Esta a natureza da família. Não existe, contudo, família, somente onde houve casamento, base daquela. Poderia pensar-se que só

⁸⁶ 2 Vol. VIII, 2ª ed., 1993, Ed. Forense Universitária, p. 4530.

existiria família onde tivesse havido casamento indissolúvel. A verdade é que o Estado, tanto em 1934, como em 1937, 1946, 1967 e 1969, protege a família como instituição. Ora, se a proteção constitucional incidisse apenas sobre a família oriunda de casamento indissolúvel, então, de 1934 a 1969, o legislador não pretendeu proteger a família, como instituição, mas somente a família formada por casamento indissolúvel, e, neste caso, todos os brasileiros – porque nasceram no Brasil e aqui foram registrados, em nossos cartórios de registros – oriundos de casais italianos, portugueses, franceses, húngaros não seriam protegidos pelo Estado brasileiro. O problema desapareceu com o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988, já que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Cabe, neste passo, uma observação no que concerne à técnica legislativa.

A emenda constitucional a ser aprovada deve ater-se à enunciação do princípio de que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, na forma da lei”.

Todo o arcabouço legal do instituto do divórcio, por sua vez, deverá ser disciplinado pela legislação infraconstitucional, inclusive no que se refere a questões como divórcio consensual e litigioso, e divórcio judicial e extrajudicial.

A Constituição de 1988 foi bastante criticada em virtude de ser excessivamente detalhista, o que pode – e deve – ser agora evitado. Veja-se, a respeito, a lição do respeitado constitucionalista LUÍS ROBERTO BARROSO⁸⁷, no seu O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:

“Na acidentada trajetória institucional do Estado brasileiro, o elevado número de Constituições – que conduz à média de uma a cada vinte anos – não diluiu sequer a quantidade de emendas e de remendos, de boa e má inspiração, que buscaram adaptá-las a um figurino cada vez mais disforme (...) Como proposta para assegurar maior estabilidade às Cartas constitucionais, ressurge, de tempos em tempos, a idéia de um texto sintético, com poucas disposições, concentradas basicamente na organização do Estado e na definição da competência dos poderes públicos.”

A par disso, a disciplina do instituto do divórcio pela lei ordinária tornará mais ágil eventuais correções de rumo que se revelem necessárias com o passar do tempo, porquanto as mesmas poderão ser empreendidas pela via do projeto de lei, afastada a necessidade de novas alterações ao texto da própria Carta Política.

À luz de todo o exposto, o voto é pela rejeição da PEC nº 22-A, de 1999, e pela aprovação da PEC nº 413-A, de 2005, e da PEC nº 33-A, de 2007, ambas na forma do substitutivo oferecido em anexo ao presente parecer.

⁸⁷ 2ª ed., 1993, Ed. Renovar, pp. 41/3.

Sala da Comissão, em 06 de novembro de 2007.
Deputado JOSEPH BANDEIRA
Relator

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 22-A, DE 1999, DO SENHOR ENIO BACCI, QUE “AUTORIZA O DIVÓRCIO APÓS 1 (UM) ANO DE SEPARAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”, ALTERANDO O DISPOSTO NO ARTIGO 226, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

SUBSTITUTIVO À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 413-A, DE 2005, E À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33-A, DE 2007

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 226.
.....
§ 6º *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, na forma da lei.*
.....
§ 8º(NR). "

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 06 de novembro de 2007.
Deputado JOSEPH BANDEIRA
Relator