

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e
Extensão

Erina Mariano Lorenzetti Perez

Dissolução da Sociedade Conjugal e da Entidade Familiar após o
Advento da Lei 11.441/2007

Especialização em Direito Processual Civil

São Paulo

2011

Erina Mariano Lorenzetti Perez

**Dissolução da Sociedade Conjugal e da Entidade Familiar após o
Advento da Lei 11.441/2007**

Monografia apresentada à banca examinadora da PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista de Direito Processual Civil, sob orientação da Professora Dra. Fabiana Souza Ramos.

São Paulo

2011

Erina Mariano Lorenzetti Perez

**Dissolução da Sociedade Conjugal e da Entidade Familiar após o
Advento da Lei 11.441/2007**

Monografia apresentada à banca examinadora da PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista de Direito Processual Civil, sob orientação da Professora Dra. Fabiana Souza Ramos.

Área de concentração:

Data da Defesa:

Resultado: _____

Banca Examinadora:

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o divórcio não judicial, quando ambos os cônjuges desejam por fim ao casamento, análise essa que se dará englobando os diferentes pontos acerca do divórcio, afim de tentar elucidar da melhor maneira possível o instituto que regula a dissolução familiar. O objetivo é entender se o procedimento de separação e divórcio foi facilitado pelo procedimento extrajudicial. Também é analisada a interferência do Conselho Nacional de Justiça na regulação dos aspectos não incluídos na Lei 11.441/07. A resolução nº 35 do CNJ resolve estas lacunas, mas, em nossa opinião isto é feito inconstitucionalmente porque o CNJ não é órgão legislativo.

É analisada também a emenda constitucional número 66/10, através da qual foi alterado o artigo 226, § 6º da Constituição Federal do Brasil, e os impactos na Lei Federal nº 11.441/07 incluindo a revogação da separação judicial e não judicial do sistema de Direito Civil Brasileiro.

Após a assinatura da separação ou do divórcio (acordo extrajudicial), desse ato advém algumas conseqüências, mas, antes, para que seja possível a realização desses atos é necessário o preenchimento de alguns requisitos. O acordo extrajudicial não é lavrado se do matrimônio resultou filhos os quais, na época do divórcio ou da separação ainda sejam incapazes, também há necessidade da presença de um advogado em assistência ao casal divorciante e os cônjuges precisam desejar o divórcio. Estes são requisitos explorados durante o trabalho.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the non-judicial divorce, when both spouses wish to end the marriage, in your diferents points given a multidiciplinary view, in thesis and “praxis”. The objective is understand if the procedure of separation and divorce was facititated by the non-judicial procedure. It is also analized the interference of National Council of Justice in regulation of non included subjects in the Federal Law nº11.441/07. The resolution nº35 of National Council of Justice resolves this subjects, but, in case in our opinion it is done ilegaly because the National Council of Justice is not a legislative organ.

Is analized too the constitucional amendment number 66/10, that have been changed the article 226, §6º of the Federal Constituion of Brazil, and those impacts in Federal Law nº11.441/07 including the extermination of judicial and non-judicial separation of the brasilian law system.

After the signing of separation or divorces (court settlement), come some consequences of this act, but rather to make it possible to perform theses acts is needed to fill some requirements. The extrajudicial agreement is not done to regards the interests of the children unable unavailable, is also necessary the presence of a lawyer and both spouses needs to wish the divorce. These requisits are explored during the work.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	09
2	Novas Disposições Constitucionais Sobre a Dissolução do Vínculo Conjugal.....	13
2.1	As Propostas de Emenda à Constituição nº 413/05 e 33/07.....	13
2.2	A Emenda à Constituição nº 66	17
2.2.1	O Princípio da Intervenção Mínima no Direito de Família.....	17
2.2.2	A Separação Consensual e a Emenda Constitucional.....	18
2.2.3	O Fim do Prazo Mínimo para o Divórcio Direto.....	25
2.2.4	A possível irrelevância da culpa.....	26
2.2.5	A Cautelar de Separação de Corpos e a EC nº 66/10 Erro! Indicador não definido.	
3	O Código de processo Civil	34
3.1	A Lei 11.441 de 2007 e a Atividade Notarial.....	34
3.1.1	A Lei 11.441/07.....	Erro! Indicador não definido.
3.1.2	A Lei 11.693/08.....	39
3.1.3	O Novo Código de Processo Civil.....	42
3.1.4	Projeto de Lei 791/2007.....	44
4	A resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça.....	47
4.1	Introdução.....	47
4.2	A Natureza Jurídica das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça.....	49
4.3	Competência para a Lavratura da Escritura Pública.....	52
4.4	Trata-se de Procedimento Facultativo ou de Utilização Obrigatória a Lavratura de Escritura Pública em Cartório.....	58
4.	Da Desnecessidade de Homologação Judicial Para a Produção dos Efeitos da	

Dissolução.....	64
4.6 Comparecimento Pessoal no Ato de Lavratura da Escritura	66
4.7 Ausência de Sigilo nas Escritura Públicas de Divórcio e de Separação Judicial.....	69
4.8 Negativa do Tabelião em lavra a escritura.....	73
4.9 A reconciliação.....	79
4.10 Conversão de Separação Judicial em Divórcio Consensual.....	82
4.11 A Existência de Processos de Separação ou de Divórcio	83
4.12 Há necessidade de apresentação de procuração pelo advogado?	85
5 A Escritura Pública.....	87
5.1 O Conceito e as Regras Gerais acerca da Escritura Pública.....	87
5.2 Requisitos para o Divórcio ou Separação Extrajudicial	91
5.3 Documentação Necessária	96
5.4 Nome do Divorciando	97
5.5 Pensão Alimentícia	98
5.6 Partilha de Bens.....	101
5.7 Do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e do Imposto de Transmissão Causa Mortis e por Doação.....	103
5.7.1 O ITBI	103
5.7.2 O ITCMD.....	104
6 Dissolução de entidades familiares constituídas de forma diversa do casamento	106
6.1 Da União Estável	106
6.1.1 Conceito.....	107
6.1.2 Da dissolução de União Estável por escritura pública	108
6.2 Da União Homoafetiva.....	111
6.2.1 Do Reconhecimento da União Homoafetiva e ADI nº 4.277 e ADPF nº 132...112	
6.2.2 Dissolução de união homoafetiva	115

7 Conclusão.....	116
REFERÊNCIAS.....	120

1 Introdução

Nem sempre houve liberdade para os indivíduos no campo do matrimônio. Basta notar que no Brasil já se ensinou nas universidades o princípio da indissolubilidade do casamento, doutrina esta marcada pela presença dos cânones da igreja.

Talvez, o rumo desta história tenha começado a se alterar ainda no século XIX, pois para Carlos Roberto Gonçalves, o decreto nº 181 de 1890 inovou com um instituto semelhante ao divórcio o qual denomina “*a thoro et mensa*”, que acarretava a separação de corpos, mas não rompia o vínculo conjugal.¹

Muito embora, não rompesse com o vínculo conjugal, não é forçoso dizer que a existência deste decreto por si só já rompeu com o paradigma que durava séculos.

Com o Código Civil de 1916, continuou não havendo a possibilidade de terminar com o vínculo conjugal, restando para os casados como única possibilidade o desquite. Ensina Maria Berenice Dias que tal instituto contemplado no Código Civil de 1916 mantinha “intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos vínculos afetivos.”²

Depois de sessenta e um anos, novamente a doutrina dissolutória voltou a evoluir. Foi em 28 de junho de 1977 com nona Emenda à Constituição de 1967 (EC nº09) que pôs fim ao princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal supracitado.

Em seguida a Emenda Constitucional de 1967, foi promulgada a Lei do Divórcio, até hoje vigente, que substituiu o desquite pela separação judicial e introduziu o divórcio, como medida emergencial, artigo 40 da Lei 6.515/77.

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil e com ela a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, ou seja, passou-se a admitir o divórcio direto.

Com a promulgação da Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, a separação

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. – 8 ed. São Paulo, 2011,p. 205.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias* – 4 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 268

consensual e o divórcio consensual, puderam ser providenciados extrajudicialmente, mediante escritura pública.

Por fim, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66 que suprimiu o final do §6º do artigo 226 da Constituição Federal, fazendo com que desaparecesse o requisito temporal, para que o divórcio pudesse ser decretado.

Pode-se, assim, notar que há cada vez mais liberdade no campo das relações de família, o que pode ser considerado uma menor ingerência do Estado nessas relações.

No capítulo segundo serão analisadas a repercussão da emenda constitucional numero 66 na ordem jurídica. Serão vistas as novas disposições constitucionais sobre a dissolução do vínculo conjugal, bem como o trâmite e as discussões sobre as propostas de Emenda à Constituição nº 413/05 e 33/07. A questão da relação entre a separação consensual e a emenda constitucional e as alterações infraconstitucionais como o fim do prazo mínimo para o divórcio direto, a irrelevância da culpa e a específica questão da sobrevivência da cautelar de separação de corpos após a Emenda à Constituição de nº 66/10.

Destaca-se o capítulo terceiro por sua interdisciplinariedade, pois ele se ocupa da análise das alterações do código de processo civil e seus fundamentos, estando incluído neste capítulo a análise da Lei 11.441 de 2007 e as críticas que podem ser feitas à Lei 11.441/07, e a sua posterior alteração com o advento da Lei nº 11.693/08.

Por fim, nota-se a presença de um outro projeto de lei no campo das dissoluções, o Projeto de Lei 791/2007, projeto de lei este que permitirá as autoridades consulares brasileiras celebrarem a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros.

No entanto, no decorrer do capítulo terceiro, notar-se-á a imperfeição da Lei 11.441/07, por sua tamanha simplicidade. Visando suprir as lacunas da lei o CNJ editou a Resolução nº 35:

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;³

O quarto capítulo cuida da resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, responsável pelo preenchimento das lacunas deixadas pela Lei. Mas antes, deve-se atentar para o órgão que formulou esta “resolução”, que na realidade possui o conteúdo que deveria constar em uma lei - espécie normativa primária - que complementaria a Lei 11.441/07. De fato, a natureza jurídica das resoluções do conselho nacional de justiça e a competência para a lavratura da escritura pública são assuntos que se confundem com o Estado de Direito e não podem deixar de figurar no estudo das disposições infralegais.

Mas, não é a única preocupação do capítulo quatro o conselho Nacional de Justiça, também o compõe temas como a facultatividade do procedimento extrajudicial. Afinal, trata-se de procedimento facultativo ou de utilização obrigatória a lavratura de escritura pública em cartório?

Trataremos ainda, sobre as dúvidas deixadas pela Lei - desnecessidade de homologação judicial para a produção dos efeitos da dissolução - sobre a qual o CNJ também se manifestou, além das outras questões como a do comparecimento pessoal no ato de lavratura da escritura, ausência de sigilo nas escrituras públicas de divórcio e de separação consensual, também sobre a possibilidade de negativa do tabelião em lavrar a escritura.

A reconciliação também é ponto lacunoso da legislação, o que será objeto de análise, ainda no capítulo quarto, bem como a conversão de separação judicial em divórcio consensual.

Encerram o extenso capítulo quatro as discussões a respeito da existência de processos de separação ou de divórcio e aquela sobre a necessidade de apresentação de procuração pelo advogado.

O capítulo quinto tem por principal escopo a análise da escritura pública em si. Ali, importantes conhecimentos para os militantes na área do direito de família, no que tange a separação e divórcio extrajudiciais, serão discutidos. Analisar-se-á o

³ Preâmbulo da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça.

conceito e as regras gerais acerca da escritura pública e os requisitos para que o divórcio ou a separação extrajudicial sejam alcançados sem que haja necessidade de recorrer à via judicial.

E mais, serão analisadas questões de ordem prática, a documentação necessária e as diversas disposições contidas na escritura pública como o nome do divorciando se ele pode ser mantido por escritura pública ou para mantê-lo precisa de autorização judicial, se pode ser fixada pensão alimentícia na escritura pública e como se dá a partilha de bens em escritura de divórcio e separação.

Também se analisa a incidência dos Impostos de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e de Transmissão Causa Mortis e por Doação (ITCMD).

No capítulo sexto, podemos considerá-lo como o capítulo das atualidades no direito de família, onde será dado enfoque a institutos não regulamentados e a possibilidade de dissolução das novas espécies de entidade familiar. Trataremos, portanto, da dissolução das entidades familiares - União Estável e União Homoafetiva.

O Reconhecimento da União Homoafetiva se deu no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu possível a União de casais homossexuais. Como fundamentos, destacou o tribunal que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual e o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal.

No capítulo tenta-se antever a dissolução da união homoafetiva que, repita-se, inicia agora a ter seus primeiros exemplos.

Para tanto, é necessário entrar no terreno do direito material para que se saiba quais são as peculiaridades destes institutos e sua dissolução.

2 Novas Disposições Constitucionais Sobre a Dissolução do Vínculo Conjugal

O estudo iniciado neste capítulo encontra-se na linha limitrofe entre o Direito Constitucional, Direito Material Civil e o Direito Processual Civil. Isto porque, como será visto, a depender da tese que prevaleça sobre as questões debatidas neste capítulo o complexo de normas processuais poderá sofrer alterações que variam entre a não recepção dos dispositivos processuais e a alteração, ou adaptação, destas normas.

Também dedica-se este capítulo à uma breve, porém completa, análise histórica da legislação referente ao divórcio e separação, justificada na importância do conhecimento das influências sociais sofridas pela legislação à cada época, durante a evolução dos institutos, visando, é claro, a descoberta da motivação por trás dos inovadores institutos da escritura de divórcio e escritura de separação consensual.

Como se trata de trabalho processual, os institutos de direito material serão tratados apenas secundariamente, o que não quer dizer que serão ignorados, pois será dada ênfase desde que atendida a condição de estarem conexos e possuírem relevância na processualística nacional.

2.1 As Propostas de Emenda à Constituição nº 413/05 e 33/07

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o decreto nº 181 de 1890 instituiu espécime semelhante ao divórcio denominada *a thoro et mensa*, que acarretava a separação de corpos, mas não rompia o vínculo conjugal.⁴

Após a entrada em vigor do CC de 1916, continuou não havendo a possibilidade de terminar com o vínculo conjugal, restando para os casados como única possibilidade o desquite. Ensina Maria Berenice Dias que tal instituto contemplado no Código Civil de 1916 mantinha “intacto o vínculo conjugal, a impedir

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. – 8 ed. São Paulo, 2011, p. 205.

novo casamento, mas não novos vínculos afetivos, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanescia, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre.”⁵

Em 28 de junho de 1977, ocorreu a Emenda à Constituição de 1967 (EC nº09) a qual pôs termo ao princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal. Na ocasião, conforme leciona Maria Berenice Dias, houve uma redução do quórum de 2/3 para maioria simples para que ocorresse a aprovação de uma Emenda à Constituição, caso contrário, à época não seria introduzido o princípio da dissolubilidade do vínculo, dada a quantidade de conservadores.⁶

Após, foi promulgada a Lei do Divórcio, até hoje vigente, que substituiu o desquite pela separação judicial e introduziu o divórcio, como medida emergencial, artigo 40 da Lei 6.515/77.

Segundo Paulo Lobo, em 1988 com o advento da Constituição Cidadã, a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, passando a ser faculdade das partes envolvidas e tendo duas finalidades: “1. ser convertida em divórcio, após um ano da decisão da separação judicial (ou da separação de corpos), o que a tornava em requisito por decisão dos cônjuges; 2. permitir a reconciliação dos separados, antes do divórcio por conversão; o divórcio direto, por sua vez, dependia de requisito temporal (dois anos) da separação de fato.”⁷

Após, com a promulgação da Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, a separação consensual e o divórcio consensual, podem ser providenciados extrajudicialmente, ou seja, administrativamente, mediante escritura pública. Segundo a professora Maria Berenice Dias, este foi o primeiro passo para “limitar o intervencionismo do Estado nos vínculos afetivos.”⁸

Em 2009, com o advento da lei 11.965, ocorreu a alteração do artigo 1.124–A

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias* – 4 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 268

⁶ Idem, p. 269.

⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*, IBDFAM, 09/07/10. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 06/06/2011

⁸ DIAS, Maria Berenice. op. cit. p.269

do Código de Processo Civil que possibilitou que os interessados fossem assistidos por um defensor público, uma alteração elogiável que aumentou a efetividade da escritura pública de divórcio e separação, sem afastar o acompanhamento de técnico na área jurídica que, nas palavras de Maria Helena Diniz, “com seu conhecimento técnico, exercerá função protetiva do separando na celebração do acordo.”⁹

Por fim, é aprovada a Emenda Constitucional nº 66 que suprimiu o final do §6º do artigo 226 da Constituição Federal, desaparecendo o requisito temporal.

Como se sabe, no exercício do Poder Constituinte Derivado de Reforma duas foram as tentativas de se modificar a Constituição Federal Brasileira. A primeira ocorreu no ano de 2005 e visava modificar o parágrafo 6º artigo 226, cuja redação era a seguinte:

“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.”(o original não ostenta grifos).

A proposta de Emenda à Constituição Federal foi elaborada por um grupo patrocinado pela Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e foi acolhida no Congresso Nacional pelo Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia. Todavia, com o final da legislatura em 2006 a proposta de Emenda à Constituição foi arquivada.

No entanto, em 2007, desta vez pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, a então PEC 33/2007 foi reproposta. Primordialmente a PEC propunha que o § 6º do art. 226 passasse a vigorar com a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. Claramente, esta visava à eliminação de qualquer prazo mínimo para a obtenção do divórcio.¹⁰ Também previa manifestação legal do legislador infraconstitucional.

Insta salientar que, conforme aduz Paulo Luiz Lobo, durante a votação na Câmara dos Deputados, nos dois turnos em plenário, foram suprimidas as expressões “consensual ou litigioso” e “na forma da lei”. Para Lobo, a exclusão das

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro*, vol. 5 – 25 ed. São Paulo: 2010. p. 331.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *O novo Divórcio*: Saraiva. 2010, p. 49/53.

expressões constitucionais foi adequada, resultando um texto mais próximo do espírito da proposta.¹¹

“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. Impõem-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosas 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 reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com 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.”¹²

Com isso, a norma constitucional passou a ter eficácia imediata e não pode ser considerada nem contida e muito menos limitada. Ficando assim, “sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária, inclusive com a reintrodução dos requisitos subjetivos (culpa) ou até mesmo de prévia separação judicial, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição.”¹³

Depois da aprovação, o parágrafo 6º do artigo 226 da nossa Carta Política passou a vigorar com a seguinte redação: “O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.”

¹¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*, IBDFAM, 09/07/10. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 03/06/2011

¹² Justificativa das PEC nº 413/05 e da PEC nº33/07

¹³ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*, IBDFAM, 09/07/10. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 06/06/2011.

2.2 A Emenda à Constituição nº 66

2.2.1 O Princípio da Intervenção Mínima no Direito de Família

O princípio da intervenção mínima é muito comum de ser estudado no Direito Penal, haja vista que se trata do ramo do direito com a consequência mais drástica, qual seja, a perda do direito de locomoção.

No entanto, surge a tese de aplicação do princípio da intervenção mínima estatal no Direito de Família e, como se verá, tal princípio, ou corrente, esta por trás da Emenda Constitucional de nº 66/10.

Para Flávio Tartuce,¹⁴ “os antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização, remodelando esse ramo jurídico.” Dentre eles, surge o princípio da intervenção mínima.

Este princípio está positivado no artigo 1.513 do Código Civil, pois segundo este “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Segundo Tartuce, “o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família”. Mas alerta o autor que “o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas.”

Por fim, destaca-se que o princípio em comento guarda estrito relacionamento com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família, pois, segundo Flávio Tartuce, “a autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar.” E exemplifica: “Quando escolhemos, na escalada do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente.”¹⁵

¹⁴ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 05/06/2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8468>>. Acesso em: 12/08/2011.

¹⁵ Idem, Ibidem.

2.2.2 A Separação Consensual e a Emenda Constitucional

A promulgação da emenda constitucional de número de ordem sessenta e seis levantou acalorado debate a respeito da existência, ou não, da separação judicial. Com a nova disposição constitucional, também surgiram dúvidas sobre a possível manutenção da separação consensual e com ela a possibilidade de extinção da escritura pública de separação consensual.

Em meio a argumentos tão bem elaborados de renomados juristas, tanto pró a manutenção da separação quanto contra esta, alguns se destacam em meio a multidão, motivo pelo qual serão neste capítulo expostos.

Destaca-se a relevância da discussão ao presente trabalho, pois, uma vez extinta a separação automaticamente extintos estariam todos os meios processuais de obtenção desta. Por outro lado, se mantida, mantidos estariam os meios judiciais e extrajudiciais de separação, sendo os últimos objetos deste trabalho.

Argumentam pela extinção da separação os doutrinadores Paulo Lobo, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano.

Sustentam esses doutrinadores que com a Emenda Constitucional nº 66, os artigos do Código Civil que disciplinavam o instituto jurídico da separação, tanto judicial como consensual foram tacitamente revogados, deixando de ter eficácia em virtude de não recepção, ou melhor a revogação¹⁶ da legislação infraconstitucional

¹⁶ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em tais casos ocorre a revogação. Argumentam os aludidos autores que “Se a norma anterior à Constituição não guarda compatibilidade de conteúdo com esta, não continuará a vigorar, havendo, aqui, quem considere ocorrer caso de revogação e quem veja na hipótese uma inconstitucionalidade superveniente. Situar o problema numa ou noutra dessas vertentes rende conseqüências práticas diversas, a mais notável delas sendo a de que apenas se entendido que o caso é de inconstitucionalidade superveniente haveria a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal apreciar a validade da norma em ação direta de inconstitucionalidade. Se a hipótese for vista como de revogação, por outro lado, os tribunais não precisariam de quorum especial para afastar a incidência da regra no caso concreto”. Se o que há é revogação, o problema se resumirá a um juízo sobre a persistência da norma no tempo. A matéria provocou aceso debate no Supremo Tribunal Federal, terminando vitoriosa a tese da revogação, tradicional no Direito brasileiro. O relator do leading case após 1988 (ADI 02-DF, DJ, 21-11-1997), Ministro Paulo Brossard, invocou a doutrina tradicional, segundo a qual se a inconstitucionalidade da lei importa a sua nulidade absoluta, importa a sua invalidez desde sempre. Mas, raciocinou, se a lei foi corretamente editada quando da Constituição anterior, ela não pode ser considerada nula, desde sempre, tão-só porque a nova Constituição é com ela incompatível. A lei apenas deixa de operar com o advento da nova Carta. O fenômeno só poderia ser tido, por isso, como hipótese de revogação. No pólo vencido, merece destaque a posição do Ministro Sepúlveda Pertence, de que haveria aí inconstitucionalidade superveniente, já que o critério cronológico de solução de conflito de normas no tempo somente faz sentido para resolver problemas em que se defrontam normas postas num mesmo plano hierárquico. Se há disparidade de grau hierárquico, o

pela Emenda nº 66.

Paulo Netto Lobo pondera que a partir de uma interpretação literal, ou gramatical, da nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não seria um absurdo concluir que a separação permanece vigente em nosso ordenamento jurídico conquanto ainda não foram revogados os artigos do Código Civil referentes à matéria. Nessa vereda, continua Paulo Luiz Netto Lobo, não se estaria levando em conta, porém, as interpretações histórica, sistemática e teleológica da norma.¹⁷

“No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expreso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.”¹⁸

Para o autor, no plano da interpretação teleológica, “indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional.” Sendo certo que, a norma constitucional “vem permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos”¹⁹.

Desta maneira, não haveria mais razão para existência da separação, pois, não haveria:

“fins sociais para a suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio. Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da

problema seria de invalidade, embora a partir de momento posterior à edição da norma, quando a nova Constituição veio a lume. A hipótese, assim, seria de inconstitucionalidade superveniente, como, segundo lembrou, a vê o Direito italiano e o português. Prevaleceu, porém, e é prestigiada até hoje, a posição do relator. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição: São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p.238-239).

¹⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*, IBDFAM, 09/07/10. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 07/06/2011

¹⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*, IBDFAM, 09/07/10. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 07/06/2011

¹⁹ Idem, Ibidem.

*sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de quantum despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal”.*²⁰

Também argumentando contra a permanência da separação após a Emenda, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho entendem que a extinção da separação é a melhor alternativa justificando seus entendimentos sob três prismas:

“Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o strepitus fori – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.”²¹

Conste que, para Carlos Roberto Gonçalves somente uma interpretação literal pode justificar a permanência da separação judicial ou extrajudicial. Por outro lado, “indubitavelmente os métodos histórico, lógico ou racional, sistemático e teleológico, atuando conjuntamente, poderão contribuir mais eficientemente para a descoberta do sentido e alcance da norma em apreço.”

Por outro lado, alguns poucos insurgem-se contra a posição aparentemente majoritária a respeito da extinção da separação, como é o caso da presidente da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), Regina Beatriz Tavares da Silva, que critica: “Da forma como foi proposta, sem contemplar algumas modalidades de separação que consideramos importantes, a emenda cria insegurança jurídica. Bastaria ter acrescentado essas situações no texto, e acabaria com problemas de interpretação”²².

Importante é lembrar a norma da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, antiga LICC que em seu artigo 2º, §§1º e 2º:

§1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria

²⁰ Idem, Ibidem.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. ob. cit. p. 56.

²² OLIVEIRA, César. *Nova lei de divórcio acaba com a separação judicial*. CONJUR, 17/07/2010, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>> Acesso em: 08/06/2011.

de que tratava a lei anterior.

Parágrafo segundo — A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Ora, a revogação expressa não ocorreu. A emenda também não é incompatível com o instituto da separação, uma vez que seu texto não diz que o vínculo matrimonial se desfaz apenas com o divórcio, o que levaria a uma revogação tácita as disposições do Código Civil. Assim, não há que se falar em revogação tácita, nem expressa.

Ressalta Alexandre Magno Mendes do Valle que os adeptos da tese de extinção da separação consideram a separação um instituto acessório e do divórcio por conversão e como tal deve ser extinto, pois como é sabido o acessório segue a sorte do principal, quando na verdade a separação seria um instituto independente do divórcio por conversão.²³

A dita independência estaria fundamentada na própria previsão autônoma da separação no ordenamento civil.

Certo é que a separação na sistemática do atual Código Civil, tem a finalidade de dissolver a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens, porém, ocorre o termo de tais deveres sem ocorrer dissolução do casamento, “facultando aos casais, de forma ímpar, o restabelecimento da sociedade a qualquer tempo”.²⁴

E o divórcio “dissolve tanto a sociedade conjugal quanto o vínculo conjugal”. Desta forma, termina com o casamento, “sem oportunizar aos casais e à família, como um todo, qualquer hiato de tempo para reflexão sobre os efeitos do rompimento, nos sonhos e nos projetos de vida em comum”.

Frise-se que mesmo que os casais queiram, desejem ou almejem ter tal tempo para repensarem a relação, o divórcio, como instituto fechado que é, impossibilita haver esta faculdade aos casais. E vale lembrarmos que se a separação ocorrer apenas de fato, ou seja, sem processo ou acordo extrajudicial, a situação de

²³ VALLE, Alexandre Magno Mendes do. *Instituto é independente*. Faculdade Católica de Uberlândia. 29/07/2010. Disponível em: <<http://www.catolicaonline.com.br/portal/noticias/instituto-e-independente-do-divorcio>> Acesso em 08/07/2011.

²⁴ VALLE, Alexandre Magno Mendes do. *Instituto é independente*. Faculdade Católica de Uberlândia. 29/07/2010. Disponível em: <<http://www.catolicaonline.com.br/portal/noticias/instituto-e-independente-do-divorcio>> Acesso em 08/07/2011.

casados ainda permanece, junto com os deveres conjugais.

Aliás, se fossemos considerar que a separação permanece, estaríamos homenagiando o direito fundamental à liberdade, pois os casais teriam mais possibilidades jurídicas a adequar-se ao caso concreto. Se o contrário ocorrer, apenas restaria o divórcio, diminuindo a liberdade do casal.

Assim, discordamos de Paulo Lobo, pois, mais liberdade haveria se os dois institutos fossem mantidos, uma vez que agora, é opção do casal e não mais uma obrigação a separação.

Se adotada tal posição, também haveria o prestígio do Princípio da máxima efetividade²⁵ e, diferente do defendido por Carlos Roberto Gonçalves e outros, não há que se utilizar interpretações sistemáticas, pois isso acataria uma interpretação da constituição conforme as leis, sendo que, o que é cabível é a interpretação das leis conforme a constituição.²⁶

Para Alexandre do Valle, aquilo que é preciso enjeitar “é a tese da extinção da separação, diante deste novo cenário, verdadeiramente preocupante, em que já se vislumbra uma possível banalização do casamento e um enfraquecimento das uniões conjugais”. E continua o preclaro juiz ao afirmar:

“A separação deixa de ser um antecedente lógico e necessário da espécie divórcio por conversão.

Surge, agora, como uma via judicial disponível para aqueles casais que pretendem interromper momentaneamente a relação conjugal, mas que não estejam seguros da vontade de pôr fim ao casamento e das consequências do rompimento do vínculo conjugal.

Para o expressivo segmento da sociedade que não vê com bons olhos a

²⁵ Explicam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas”.p.140

²⁶ Para Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “o princípio da interpretação conforme a Constituição consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional. Com efeito, ao recomendar — nisso se resume este princípio —, que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura”.

presente alteração do sistema, resta a separação judicial ou extrajudicial (nos cartórios) como via legal capaz de emprestar um fôlego a mais de vida para o casamento nas relações familiares.

*Um espaço aberto para o diálogo conjugal com a interrupção da sociedade conjugal, mas sem a incontinente aniquilação do vínculo do casamento.*²⁷

A respeito do fim da separação, vale destacar ainda a precavida decisão do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – a respeito do requerimento do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – que versava a respeito da supressão das expressões separação e dissolução da sociedade conjugal da resolução nº 35 que regulamenta a separação e o divórcio extrajudicial resolveu o conselheiro Jefferson Kravchychyn, em 12 de agosto de 2010:

CNJ | Alteração da Resolução 35. Adequação a Emenda 66.
Deferimento.
Conselho Nacional de Justiça
PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS N.º 0005060-32.2010.2.00.0000
RELATOR: CONSELHEIRO JEFFERSON KRAVCHYCHYN
REQUERENTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA
REQUERIDO: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A C Ó R D ã O

EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 35 DO CNJ EM RAZÃO DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES “SEPARAÇÃO CONSENSUAL” E “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL”. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

[...]

- Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio.

- Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida.

- Pedido julgado parcialmente procedente para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, nos seguintes termos: a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e; b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: “Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as

²⁷ VALLE, Alexandre Magno Mendes do. *Instituto é independente*. Faculdade Católica de Uberlândia. 29/07/2010. Disponível em: <<http://www.catolicaonline.com.br/portal/noticias/instituto-e-independente-do-divorcio>> Acesso em 08/07/2011.

mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.”

VISTOS,

[...]

VOTO:

[...]

Para tanto, entendo adequado considerar, em parte, as sugestões trazidas nesse procedimento com o propósito de que sejam evitadas dúvidas e incongruências na aplicação da norma vigente, seja pelo jurisdicionado ou mesmo pelos notários e registradores.

Contudo, nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria. Tem-se que, mesmo com o advento da Emenda nº 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação.

No divórcio há maior amplitude de efeitos e conseqüências jurídicas, figurando como forma de extinção definitiva do casamento válido. Por seu turno a separação admite a reconciliação e a manutenção da situação jurídica de casado, como prevê o Código de Processo Civil vigente.

Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio.

Parece razoável, que ainda exista a busca por separações, o que incide na vontade do jurisdicionado em respeito às disposições cuja vigência ainda é questionada e objeto de intensos debates pelos construtores do direito pátrio.

Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida.

O amadurecimento dos efeitos jurídicos da nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66, suscitam prudência na aplicação de preceitos de caráter infraconstitucional.

Assim, julgo parcialmente procedente o pedido para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, para que:

a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e;

b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: “Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.”

[...]

Desta maneira, diante de tantos argumentos e da incerteza da exclusão do instituto da separação judicial, este trabalho adotará a mesma prudência do CNJ, constando do seu corpo espaço para a exposição da escritura pública de Separação Consensual.

2.2.3 O Fim do Prazo Mínimo para o Divórcio Direto

Não há dúvida de que a extinção do prazo mínimo para o divórcio direto é bem menos controversa que a extinção da separação, discutida no tópico acima.

Porém é importante ressaltar que, o que nos interessa não é exatamente a mudança no direito material, mas sim os efeitos da extinção para a escritura pública de divórcio, sem, no entanto, ignorar a sua relevância para os casais que já estavam separados (consensual ou judicialmente), sem, contudo terem atingido o prazo mínimo.

Versa, portanto, o presente subitem sobre a aplicação da emenda no tempo, bem como a sua retroatividade às relações pré-constituídas de separação.

Com a aprovação da Emenda Constitucional n. 66, não há mais a exigência de prazo mínimo de separação de fato do casal. Dessa forma, os cônjuges podem promover o divórcio a qualquer tempo e sem precisar demonstrar ruptura da vida em comum, que pode concretamente inexistir até a dissolução do vínculo. Assim, o divórcio caracteriza-se, como direito potestativo do casal podendo ser exercido pela via extrajudicial, atendidos os requisitos do art. 1.124-A do CPC, *in verbis*:

Art. 1.124-A. 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. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

Com a Emenda Constitucional de nº 66/2010, considerar-se-á não recepcionando a expressão legal: “observados os requisitos legais quanto aos prazos”.

Em relação a aqueles que já se encontravam em separação e, no entanto, não tenham obtido ainda o direito ao divórcio, nada obsta a partir de agora seu

divórcio.

2.2.4 A possível irrelevância da culpa

Antes da emenda Constitucional de nº 66, três eram as possibilidades de separação judicial existentes: a separação falência, instituída pelo § 1º do artigo 1572 do Código Civil, separação-remédio, constante no mesmo artigo no §2º e a separação-sanção.

Ao estudo deste subitem importa à separação-sanção, que no nosso entender não mais existe. Excluída, outrossim, esta a discussão de culpa no divórcio, todavia, com ressalvas a serem feitas.

A muito se adverte da relevância da culpa em ações que, apesar de não versarem sobre a dissolução do vínculo matrimonial, discutem os efeitos desta quanto aos alimentos devidos de um cônjuge ao outro e o uso de seu sobrenome, conforme aduz José Fernando Simões:

“Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de direito de família?

Não. E ao leitor que não fique a impressão que a culpa desapareceu do sistema, ou que simplesmente se fará de conta (no melhor estilo dos contos de fada) que o cônjuge não praticou atos desonrosos contra o outro, que não quebrou seus deveres de mútua assistência e fidelidade, etc...

Não se trata de permitir irresponsabilidade do cônjuge. Só que a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no locus adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.”²⁸

Assim, poderão discutir os efeitos da dissolução em uma ação autônoma, porém, não estarão presos à antiga relação, como adverte José Fernando Simões.

Por outro lado, há entendimento contrário de que a culpa não poderia ser banida da discussão, uma vez que o casamento é contrato:²⁹

²⁸ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de Direito de Família*, IBDFAM, 16/07/10. Belo Horizonte, disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=636>> . Acesso em: 13/06/2011

²⁹ DOMINNI, Rogério José Ferraz. *Dissolução do vínculo conjugal: divórcio e suas modalidades – A proposta de emenda à Constituição para extinção da separação*. In *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. José Fernando Simão, Jorge

“Ideias como a de que não é necessário manter a espécie culposa porque as questões de culpa e de pensão alimentícia podem continuar a ser debatidas em outro processo, após a dissolução do casamento pelo divórcio, não condizem com a natureza contratual do casamento. Como se pode imaginar a extinção de um contrato, para depois ser apurada a culpa pela grave violação de dever oriundo dessa relação contratual, que já foi extinta?”³⁰

Regina Beatriz Tavares da Silva sustenta, ainda, que as modalidades existentes da separação (Falência, Remédio e Sanção) sejam trasladadas ao divórcio:

Na separação judicial com culpa, o cônjuge que pratica grave violação a dever conjugal — como o desrespeito à integridade física e moral do cônjuge, ou a infidelidade — perde o direito à pensão alimentícia plena, mantendo somente um direito de pensão mínima que, ainda, é condicionada a rigorosos requisitos, sem qualquer apego ao padrão de vida anterior (Código Civil artigo 1.704). Assim, se eliminada a separação judicial, sem que sejam aplicadas as suas espécies ao divórcio, ficará eliminada a espécie culposa e serão suprimidas as suas consequências, como aquela referente à perda pelo culpado do direito de receber pensão plena.

Todavia, há que se considerar que o Código Civil, ao antes da EC 66/2010 já permitia que bens provenientes da sociedade conjugal fossem partilhados posteriormente ao divórcio. Assim, é fácil concluir que nossa lei civil já faz uma distinção entre a extinção do casamento e os efeitos desta extinção.³¹

Outrossim, há que se considerar que não é pacífico na doutrina que o casamento seja um contrato, havendo tese que defenda o matrimônio como instituto de Direito Público ou Direito Privado.³²

Desta feita, apesar da culpa não poder ser mais a causa justificante do divórcio, quando esta for à causa deflagradora da extinção do casamento gerará efeitos, todavia, não impedindo o divórcio, dado o fato que o artigo o art. 1.581 do

Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi (orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 325

³⁰ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Nova lei do divórcio não protege a família*, Consultor Jurídico, 17/07/10. São Paulo, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/leidivorcio-nao- protege- dignidade- membros- familia>>. Acesso em 15/06/2011

³¹ CÓDIGO CIVIL. “Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.”

³² Conforme Maria Berenice Dias, a natureza jurídica do casamento está longe de ser uma assunto pacífico. Discute-se se o casamento é instituto de direito público ou se de direito privado, bem como se o casamento é contrato, instituto ou ambos, não havendo consenso entre as correntes individualista, institucional e eclética. (DIAS, op. cit. p.140)

novo Código Civil prever a possibilidade da discussão dos seus efeitos após o termo do “contrato” sendo ela, portanto, ainda útil nas ações apartadas que versem sobre os efeitos, como alimentos e uso do nome.³³

2.2.5 A Cautelar de Separação de Corpos e a EC nº 66/10

Antes de analisar, propriamente, se a separação de corpos permanece útil e vigente na ordem jurídica, mister se fazem algumas considerações a respeito do instituto e da sua utilidade antes da EC 66/2010.

Prevista primariamente na Lei do divórcio³⁴, a cautelar da separação de corpos sempre foi, no direito brasileiro, a medida provisional³⁵ pela qual um dos cônjuges conseguia o afastamento temporário da habitação do casal.

Acerca da cautelaridade, basta lembrar a lição de Piero Calamandrei, para quem todo processo cautelar é provisório e visa proteger o processo principal, ou, nas suas palavras, objetiva “dar à controvérsia, na espera do procedimento definitivo, uma solução provisória”.³⁶

³³ Também coaduna com a tese Denise Damo Comel que afirma “Pela regra do art. 1581, o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, norma que permanecerá vigente por não confrontar com a proposta da emenda constitucional. O mesmo se diga da personalidade do pedido de divórcio, contida na regra do art. 1.582, eis que se trata de direito personalíssimo.” COMEL, Denise Damo. *Divórcio imediato e normas remanescentes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2211, 21 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13194>>. Acesso em: 15/06/2011.

³⁴ Art 7º, § 1º - A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do CPC).

³⁵ Indaga-se, porém, se realmente seria medida provisional. Há em verdade, bastante oscilação na doutrina quanto a natureza jurídica das medidas elencadas no artigo 888 CPC. Em regra, o rol das medidas, não taxativas, abarca decisões de cunho claramente satisfativo. Nesses termos manifesta-se OVIDIO: “No art. 888, o legislador usou e abusou do conceito de provisionalidade, reunindo sob tal dispositivo pretensões heterogêneas, dentre as quais com dificuldade se descobre alguma medida realmente cautelar, além de serem várias delas de cunho visivelmente definitivo, sem qualquer vestígio de provisionalidade. (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 796 a 889, v.11*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. p. 661.). Há entretanto, em casos de medida incidental, como processar nos próprios autos da ação principal, nos termos do artigo 273, CPC. Entendimento este que compartilha Humberto Theodoro Junior: “Apenas para as preparatórias é que se terá de observar o rito da ação cautelar autônoma, ou seja, o dos arts. 801 e 803, como recomenda o art. 889. Em tal situação, a medida liminar, em caso de urgência, é autorizada pelo parágrafo único do art.889 e deve observar os requisitos e cautelas previstos no art. 804. Já estando ajuizada a ação principal, todas as medidas provisionais poderão ser processadas incidentalmente, nos moldes do art. 273, sem necessidade, portanto, de formação de processo apartado”.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Traduzido por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas : Servanda, 2000, p. 68.

Prevista no artigo 888, VI, a cautelar de separação de corpos tinha por finalidade atribuir ao cônjuge o *status* de separado juridicamente, o que, segundo José Ribeiro Leitão, não guarda relação com sua provável, porém não necessária, separação física³⁷ que a expressão “afastamento da morada do casal”, (que próprio Código de Processo Civil utiliza) poderia nos remeter:

Art. 888 - O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: [...]
VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; [...]

Ovídio Baptista, expondo o pensamento de Franco Cipriani, afirma que este “discute amplamente a questão e conclui mostrando que a provisional de separação de corpos não tem por fim os cônjuges a habitar em lugares diversos”. Afirma o aludido autor citado que a separação de corpos possui apenas o escopo de “legitimar a separação de corpos enquanto suspensão temporária do débito conjugal”.³⁸

Permite, portanto o afastamento do autor da cautelar separação de corpos do lar, liberando-o do dever de coabitação. Porém, há também a possibilidade de afastamento do outro cônjuge, hipótese abraçada pela jurisprudência e hodiernamente pacífica:

“MEDIDA CAUTELAR – Separação de corpos – Afastamento do marido do lar do casal – Desnecessidade do exame, ainda que perfunctório, das causas que levaram ao fim do casamento – Falência das relações afetivas demonstrada, pelos termos do pedido formulado – Testemunhas ouvidas em audiência de justificação que corroboram as alegações acerca do comportamento violento do varão – Convivência em comum que não se mostra mais possível – Liminar concedida – Recurso provido para esse fim.” (TJSP - Agravo de Instrumento nº 470.033-4/9 – Matão – 1ª Câmara de Direito Privado – 06/02/07 – Rel. Des. De Santi Ribeiro – v.u. – V. 18108)”

Importante frisar que tal medida poderá ser concedida *inaudita altera pars*, conforme a urgência do caso:

MEDIDA CAUTELAR - Separação de corpos - Concessão inaudita altera pars - Possibilidade - Inteligência dos artigos 804 e 899 do Código de Processo Civil - Deferimento, ademais, fundamentado nas provas

³⁷ LEITÃO, José Ribeiro *apud* Silva, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar* — Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 590.

³⁸ *Idem*, *Ibidem*.

produzidas em audiência de justificação - Decisão mantida - Recurso não provido." (TJSP - Agravo de Instrumento n. 9.803-4 - Araraquara - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Munhoz Soares - 30.05.96 - V.U.)

Avisa Ovídio Baptista que a separação de corpos não é uma cautelar, mas sim uma simples medida antecipatória, muito embora admita a existência de entendimento contrário de Calamandrei, Carnelutti e Chiovenda predominante em nossa doutrina. O aludido autor sustenta seu entendimento na doutrina de Enrico Túlio Leibman, o qual “separa os provimentos interinais das cautelares, mostrando que os primeiros são *atos do processo* em que são proferidos, enquanto os cautelares fazem parte da lide cautelar.”³⁹

No que tange a distinção entre cautelares e antecipatórias, Humberto Theodoro Júnior pondera que todos os elementos do processo (bens, sujeitos e provas) “podem enfrentar risco de dano”. Para a proteção provisória deles, tem cabimento a ação cautelar. E continua, explicando que “essa função não consiste em antecipar a solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal”.

Desta maneira, como na resolução da cautelar de separação de corpos o cônjuge já consegue o afastamento do lar e o fim de alguns deveres derivados da sociedade conjugal, acredita-se que está mais próximo de uma medida antecipatória a uma medida cautelar.

Apesar de algumas semelhanças entre a separação de corpos e o afastamento do lar conjugal, entendemos que são institutos que não se confundem ainda que tenham o mesmo efeito: colocar um ponto final à vida em comum. A separação de fato ocorre quando um cônjuge se afasta de casa por iniciativa própria sem qualquer interferência do Poder Judiciário. Já a separação de corpos – consensual ou litigiosa – depende de decisão judicial.

Ainda que a separação rompa o casamento e o divórcio o dissolva, é a separação de fato que, de fato, põe fim ao casamento. Quando acaba a vida sob o mesmo teto, o casamento deixa de gerar efeitos, faltando apenas a chancela estatal. Cessada a convivência, o casamento acaba, uma vez que a separação de fato gera efeitos jurídicos e serve de marco temporal para a concessão da separação e do

³⁹ Idem, *Ibidem*.

divórcio (CC 1.580, §2º). Ficam suspensos os deveres da separação e do divórcio (cc. 1580, § 2º). Ficam suspensos os deveres do casamento, não havendo sequer o dever de fidelidade, pois não há impedimento à constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade, que os separados de fato podem constituir união estável. Só há proibição de casar.

Assim a separação de corpos é o instrumento para conseguir o afastamento do lar conjugal, sendo, portanto, esta consequência daquela.

Também é importante lembrar uma das mais importantes evoluções do instituto processual, o entendimento predominante no sentido de que após 30 dias da concessão da medida cautelar não caduca a decisão de afastamento se não intentada a ação principal, quando esta for concedida em procedimento preparatório. Nesse sentido, Inácio de Carvalho Neto, em artigo monográfico explica:

“No direito de família e no amparo ao menor e ao incapaz, o bom senso repele a caducidade. Se o juiz, cautelarmente, decretou a separação de corpos, a prestação de alimentos à mulher e ao filho abandonados, o resguardo do menor contra o castigo imoderado ou contra a guarda nociva, a regulamentação do direito de visita, a destituição provisória de pátrio poder ou de tutor ou curador, é de evidência meridiana que o não ingresso da ação principal no prazo de trinta dias não pode importar, respectivamente, na reunião de corpos que se odeiam, no desamparo e na fome da mulher e da criança, na eliminação da visita, no retorno do indigno ao pátrio poder, à tutela e à curatela. Façamos justiça ao art. 806, que jamais visou objetivos odiosos e nefandos. Interpretemo-lo com inteligência e com bom senso”.⁴⁰

Acrescenta Ovídio Baptista que a duração do decreto deveria “estender-se até o trânsito em julgado da sentença na causa matrimonial.”⁴¹ Interpreta-se, aqui, esta característica como mais um distanciamento da separação de corpos dos processos cautelares.

Importante para o tema aqui tratado é o entendimento de Nelson Nery Junior que afirma que separação de corpos também pode ser alcançada por meio de escritura pública.⁴²

⁴⁰ NETO, Inácio de Carvalho. *Caducidade da separação de corpos*. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/zb198a.pdf>> Acesso em 11/06/ 2011.

⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. ob. cit. p.591

⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. *Código civil comentado*. 6. ed. rev., ampl. e atual. até 28 de março de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1051 e ss.

Pois bem. Tendo em vista o acima exposto, nota-se que é íntima a ligação entre a separação de corpos e o divórcio por conversão, instituto que uma vez extinta a separação também desaparece. Sobre este aspecto, não há dúvidas que a separação de corpos não sirva mais como o termo inicial para o computo dos prazos antes exigidos para o divórcio direto e por conversão.

Desta forma, conclui-se que a separação de corpos não é a melhor forma para se chegar ao final do casamento.

Porém, ainda é possível vislumbrar alguma utilidade ao instituto, no momento em que esta serve para o afastamento compulsório do outro cônjuge nos casos de violência física:

“a medida cautelar de separação de corpos pode ser litigiosa, ou seja, quando em caso de risco à segurança de um dos cônjuges ou dos filhos, o juiz liminarmente afasta o outro do lar conjugal. Nesta hipótese, após 30 dias da concessão da liminar, caberá ao requerente propor a ação de divórcio [...]”.⁴³

Logo, a separação de corpos serve para permitir o afastamento de um dos cônjuges da morada conjugal, impedindo a caracterização de abandono e eventual obrigação de indenizar⁴⁴, em virtude de ter inadimplido o dever de coabitação, uma vez que, como foi visto, a culpa ainda é relevante para o nosso sistema.

Por fim, é importante salientar o estudo de Arruda Alvim, o qual nos traz aspectos do Novo Código de Processo Civil, atualmente PLS nº 166/2010, o qual afirma que as cautelares nominadas serão eliminadas, e tal corresponde à tendência do Direito Brasileiro em que se expandiram as medidas cautelares de modo que não se justifica mais a existência de procedimentos típicos.⁴⁵

Tal relato, nos faz crer que, ainda que haja um novo Código de Processo Civil,

⁴³ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de Direito de Família*, IBDFAM, 16/07/10. Belo Horizonte, disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=636>>. Acesso em 15/06/2011

⁴⁴ Não havendo justificativa para o descumprimento de dever conjugal pode gerar indenização. O não cumprimento do dever de coabitação pode ser motivo de reparação civil. Compartilham esta tese, Yussef Said Cahali, Caio Mário da Silva Pereira e Carlos Roberto Gonçalves.

⁴⁵ ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*, in *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, nº191, jan.2011, Ed. RT: São Paulo, p. 307/308.

ainda haverá a separação de corpos, mesmo que o atual código não faça menção ao instituto.

3 O Código de Processo Civil

3.1 A Lei 11.441 de 2007 e a Atividade Notarial

A Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 alterou os artigos do Código de Processo Civil, permitindo que a separação e o divórcio fossem feitos por escritura pública.

Tal mudança vêm sendo elogiada pela doutrina por trazer um meio veloz, tão eficaz quanto os outros e bem menos oneroso, atendendo ao desejo da população e desafogando o Poder Judiciário de um montante considerável de processos de Jurisdição Voluntária.

Luiz Carlos Weizmann informa que no âmbito notarial as inovações trazidas pela Lei 11.441/07 foram “recebidas como o reconhecimento da importância do notário no contexto social” pois este recebeu a incumbência de substituir a atividade jurisdicional nas questões versadas pela lei.

Desta forma, não é absurdo concluir que o notário contribui para a “agilização deste processo prevenindo litígios”⁴⁶, através dos instrumentos públicos de sua competência, sendo certo que é mais uma alternativa para levar à efeito a vontade das partes deixando que o Poder Judiciário se dedique em causas que realmente seja imprescindível a atividade estatal jurisdicional, como ocorre por exemplo na Justiça Penal ou em qualquer situação em que haja um litígio, caracterizado por uma pretensão resistida.

Este capítulo dedica-se ao estudo das características e das funções da atividade notarial e registral quando relacionadas à escritura de divórcio e de separação, sendo certo que, impossível se torna alcançar nosso objetivo sem que se discorra sobre os cartórios de registro.

⁴⁶ WEIZMANN, Luiz Carlos. *A escritura Pública decorrente da Lei 11.441/ e seu Registro*. In TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.) – Novo Direito imobiliário e Registral – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 272

3.1.1 A Lei 11.441/07

Este subitem não está destinado ao estudo do divórcio extrajudicial ou da separação extrajudicial, pois a estes está reservado capítulo posterior, com a análise de requisitos e demais discussões.

O escopo deste subitem é bem mais modesto, cabendo aqui a análise do objeto da lei, críticas, elogios, interpretações, propostas de ampliações e restrições do alcance da citada Lei e sua repercussão.

A lei destacada trouxe ao todo três inovações: a possibilidade de realização de inventário e partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Como sabemos, a citada lei acrescentou o artigo 1.124-A, com a seguinte redação:

Art. 1.124-A. 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.

§ 1o A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2o O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3o A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Da análise dos artigos modificados e acrescentados e da atual redação deles, não é difícil perceber a metodologia empregada pelo legislador. Este selecionou situações nas quais não havia discussão⁴⁷ e possibilitou-as de ocorrer na via

⁴⁷ Segundo Humberto Theodoro Júnior, Jurisdição Voluntária é aquela “em que predomina o caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio [...] Aqui não há lide nem partes, mas um negócio jurídico envolvendo juiz e interessados.” JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento*, 50ª ed., 2009, P. 41. Acrescenta Alexandre Freitas Câmara que para os alguns defensores desta corrente, a jurisdição voluntária sequer seria jurisdição, dado ao fato que os provimentos estatais jamais alcançariam o *status* de coisa julgada. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, Vol. I*, 18ª ed., 2008, p. 75.

administrativa.

Imperioso se faz consignar que, muito embora os procedimentos de inventário e de partilha estejam previstos no título I (Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa), do Livro IV (dos Procedimentos Especiais) do Código de Processo Civil, estes dispositivos utilizam-se das expressões “amigável” e “havendo consenso” o que nos faz concluir que não se trata de Jurisdição Contenciosa, mas sim de Jurisdição Voluntária, pois não há partes, mas sim interessados, não há conflito e não há ação, mas um mero requerimento.⁴⁸

Ultrapassadas estas discussões, é fato que com o sucesso da Lei 11.441/07, surge à indagação sobre o porquê outros procedimentos em que não haja litígio não receberam o mesmo tratamento “desjudicializante”.

O Código de Processo Civil prevê os seguintes procedimentos de Jurisdição Voluntária: Das Alienações Judiciais, Da Separação Consensual, Dos Testamentos e Codicilos (Da Abertura; do Registro e do Cumprimento, Da Confirmação do Testamento Particular, Do Testamento Militar; Marítimo; Nuncupativo e do Codicilo, Da Execução dos Testamentos) Da Herança Jacente, Dos Bens dos Ausentes, Das Coisas Vagas, Da Curatela dos Interditos (Da Nomeação do Tutor ou Curador, Da Remoção e Dispensa de Tutor ou Curador), Da Organização e da Fiscalização das Fundações, Da Especialização da Hipoteca Legal.

Dentre tantos, há alguns que poderiam ser retirados do âmbito de exclusividade do Poder Judiciário e passarem aos cartórios, pois que, são ações “sem a necessidade de intervenção judicial” e pode-se esperar que em breve mais processos sem lide serão desjudicializados.

Ora, está claro que o procedimento de separação foi simplificado. Anteriormente, havia apenas o procedimento judicial de separação consensual, o qual corria da seguinte maneira:

O procedimento se iniciava por petição assinada por ambos os cônjuges ou a rogo deles caso não soubessem escrever, conforme o artigo 1.120 do Código de

⁴⁸ Acrescenta Nelson Nery Junior, que na jurisdição voluntária não incide o princípio dispositivo, mas sim o inquisitório e, também, não há legalidade estrita, pois pode o juiz decidir por equidade (art. 1109, CPC). NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado, 8a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 89

Processo Civil.⁴⁹

Tal petição seguia uma forma determinada em lei, a qual exigia a juntada de alguns documentos a ela.⁵⁰

Uma vez passada a etapa da petição inicial, procedia-se à oitiva dos ainda cônjuges sobre os motivos da separação, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação de vontade, conforme regula o artigo 1.122 do Código de Processo Civil.⁵¹

Após oitiva, tais declarações passavam pelo crivo do magistrado, que aferia se a declaração de vontade era livre e sem hesitações, após, ouvia-se ainda o Ministério Público no prazo de 5 dias, o juiz homologará, caso contrário o juiz marcará dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem a fim de ratificar o pedido de separação consensual.⁵²

⁴⁹ Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

§ 1º Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles.

§ 2º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

⁵⁰ Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; (Redação dada pela Lei nº 11.112, de 2005)

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.

§ 1º Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX. (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 11.112, de 2005)

§ 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. (Incluído pela Lei nº 11.112, de 2005)

⁵¹ Art. 1.122. Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação de vontade.

⁵² § 1º Convencendo-se o juiz de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam a separação consensual, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, o homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem a fim de ratificar o pedido de separação consensual.

E em caso de não comparecimento em audiência, o juiz arquivava o feito.⁵³

E após este tramite, ainda havia que se esperar pela averbação da sentença em registro civil.⁵⁴

Em relação à separação extrajudicial, tem-se notícia, hoje, de que as partes em três dias já conseguem se descasar.

Mas, a grande crítica em relação à lei é que esta não teria regulamentado o suficiente a escritura pública de divórcio, deixando muitas lacunas, o que atrapalhou a efetividade da Lei.

Prova disto esta no fato do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – se ver obrigado a editar o provimento 118 de 2007, o qual regulamenta a conduta do advogado em relação à Lei 11.441/07.

O gatilho deflagrador de tal provimento foi o alto número de denúncias, encaminhadas a OAB Nacional, segundo as quais alguns advogados estariam canalizando serviços escriturais para determinados cartórios, e estes, em contrapartida, estariam indicando advogados para a elaboração do procedimento de escritura pública para a realização de separações, divórcios, inventários e partilhas, ficando um com os honorários e o outro com os emolumentos.

Deve-se consignar que o Judiciário tem sua parcela de culpa, pois a própria resolução nº 35⁵⁵ do CNJ, prevê o afastamento das regras de competência na escolha dos cartórios para a lavratura da escritura pública.

Para conter tal situação, no provimento nº 118 de 2007 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, logo em seu artigo 1º regulamenta que o advogado que se valer de tal procedimento para angariar causas estará incorrendo em infração disciplinar.⁵⁶

⁵³ § 2º Se qualquer dos cônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará autuar a petição e documentos e arquivar o processo.

⁵⁴ Art. 1.124. Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Art. 1º Nos termos do disposto na Lei nº 11.441, de 04.01.2007, é indispensável à intervenção de advogado nos casos de inventários, partilhas, separações e divórcios por meio de escritura pública, devendo constar do ato notarial o nome, o número de identidade e a assinatura dos profissionais.

E o artigo 3º do provimento, *in fine*, ressalta que não poderá haver publicidade em cartório.⁵⁷

Outras críticas foram à Lei 11.441, uma delas é o alto valor expendido pelos divorciantes e separandos, o que funcionaria como entrave ao acesso aos cartórios.

3.1.2 Lei nº 11.693/08

Em relação ao acesso à separação e divórcio consensuais por aqueles que não tem condições de suportar as custas do processo, já dispunha o §3º do artigo 1.124-A que “a escritura e demais atos notariais serão gratuitos⁵⁸ àqueles que se

§ 1º Para viabilizar o exercício profissional, prestando assessoria às partes, o advogado deve estar regularmente inscrito perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º Constitui infração disciplinar valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber, angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros, e assinar qualquer escrito para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado, sendo vedada a atuação de advogado que esteja direta ou indiretamente vinculado ao cartório respectivo, ou a serviço deste, e lícita a advocacia em causa própria (grifado).

⁵⁷ Art. 3º As Seccionais e Subseções divulgarão a mudança do regime jurídico instituído pela lei citada, sublinhando a necessidade da assistência de advogado para a validade e eficácia do ato, podendo, para tanto, reivindicar às Corregedorias competentes que determinem a afixação, no interior dos Tabelionatos, de cartazes informativos sobre a assessoria que deve ser prestada por profissionais da advocacia, ficando proibida a indicação ou recomendação de nomes e a publicidade específica de advogados nos recintos dos serviços delegados.

⁵⁸ Interessante discussão sobre a constitucionalidade da gratuidade das escrituras nos trás Eugênio Guedes de Oliveira, que colaciona os entendimentos de Telma Lúcia Sarsur :”notários e registradores não podem, com segurança, aferir a hipossuficiência das partes com a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos. E a taxa de fiscalização judiciária e o percentual destinado ao Recomepe? A fiscalização pelo Poder Judiciário e Secretaria de Estado da Fazenda é implacável. Em recente simpósio realizado pela SERJUS, os representantes da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais se manifestaram contrários ao recolhimento da TFJ e do Recomepe nos casos em que a gratuidade é aplicada, posição esta divergente dos membros da Secretaria de Estado da Fazenda. Como ocorre no Poder Judiciário, a concessão do benefício previsto na Lei n. 1.060/50, não corresponde a nenhum ônus ao magistrado e nem poderia, pois o mesmo é servidor público e recebe seus vencimentos pelo Estado. No exercício de sua função, observados alguns critérios, cumpre a previsão legal, concede a gratuidade e não suporta nenhum encargo por isso. Contudo, nunca é demais ressaltarmos que notários e registradores, não são servidores públicos. São eles profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade e como tal respondem exclusivamente pelas despesas de custeio, investimento e pessoal, além da responsabilidade pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros. Não podemos olvidar que alguém deve suportar as gratuidades concedidas. Logo, não é concebível que notários e registradores, todos os dias se deparem com a edição de novas leis e a extensão da gratuidade nos serviços delegados, leis estas que não respeitam o princípio federativo e que passam por cima de questões já pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal” e entendimento do Procurador Federal, Adelar José Drescher “o artigo 236 da Constituição da República ao afirmar que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, fixou baliza normativa para se inferir que todas as normas infraconstitucionais que isentem ou instituem a gratuidade dos emolumentos devem ser interpretadas como inconstitucionais. Entender de modo diverso seria uma espécie de desapropriação de bens do agente delegatário que estaria de certa

declararem pobres⁵⁹ sob as penas da lei⁶⁰”.

Todavia, a Lei 11.441/07 resolvia apenas um dos problemas em relação à separação e divórcio dos reconhecidamente pobres. Restando ainda os honorários advocatícios como obstáculo, e consideravelmente alto, a ser retirado do caminho destes, e em homenagem à Constituição Federal que assim prescreve em seu 5º artigo:

Art. 5º,
(...)
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Visando resolver este problema de acesso à separação e divórcio extrajudiciais, foi editada a Lei nº 11.965/2009 que modificou o parágrafo segundo do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil de modo a possibilitar a separação em

forma por lei “impingido de trabalhar de graça”, o que não pode ser concebido num Estado Democrático de Direito que respeita a propriedade privada e a livre iniciativa, conforme imperativos constitucionais. Ressalvado os atos referentes a cidadania a que se reporta a lei 9.534 de 1997, isso porque, a referida lei encontra guarida no próprio seio do texto constitucional (art. 5º inciso LXXVII da Constituição da República), e essa interpretação que alarga a isenção de emolumentos deve ser assaz restritiva, conforme argumentos supra mencionados. Ademais, o estado Democrático de Direito pressupõe a união de conceitos do Estado de Direito, que respeita a propriedade privada e o Estado Democrático que respeita a ordem constitucional estabelecidas pelos legítimos representantes do povo na Assembléia Constituinte que formulou as regras da nossa Carta Magna. Nessa ficou o registro de que os notários e registradores prestam serviço em caráter privado, e por isso os agentes delegatários fazem jus ao recebimento integral dos emolumentos.” (OLIVEIRA, Eugênio Guedes de. *Separação e divórcio extrajudiciais: das serventias e do novo procedimento*. Jus Vigilantibus. Disponível em :< <http://jusvi.com/artigos/38724>> Acesso em: 27/06/2011).

⁵⁹ Segundo o artigo 2º, parágrafo único da Lei 1060/50, “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.” E complementa o artigo 4º da referida Lei que “a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)”. É claro que, não havendo petição inicial na escritura pública, interpretamos que basta uma declaração dos próprios interessados.

⁶⁰ E, relação à pena a que está sujeito aquele que declara falsamente que é pobre, decidiu o STJ: “FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO. “POBREZA”. A princípio, é típica a conduta de quem, com o fito de obter a benesse da assistência judiciária gratuita, assina declaração de que não tem condições de pagar as despesas e custas do processo judicial sem prejuízo próprio ou de sua família (declaração de “pobreza”), mas apresenta evidentes possibilidades de arcar com elas. Daí não haver constrangimento ilegal na decisão do juízo de remeter cópia dessa declaração ao Ministério Público para a análise de possível cometimento do crime de falsidade ideológica. Precedente citado: HC 55.841-SP, DJ 11/2/2006. RHC 21.628-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3/2/2009.” E decidiu com propriedade, pois conforme prescreve o artigo 299 do Código Penal :” Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.”

cartório com a atuação de defensor público estadual, no lugar de advogado:

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (o original não ostenta grifos)

Segundo as informações colhidas no sítio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o critério adotado é de atendimento de pessoas com renda inferior a três salários mínimos⁶¹. Todavia, há o projeto nº 217/09 de Lei Complementar em trâmite na Assembléia Legislativa de São Paulo, o qual irá, se aprovado, determinar como critério de pobreza o parâmetro de cinco salários mínimos de renda auferida.⁶² Todavia, há que se expor o entendimento contrário à fixação de critério pelo STJ não é o procedimento correto, devendo a defensoria confrontar a renda com os gastos para auferir se o cidadão possui ou não condição para a contratação de advogado.⁶³

Assim, certo é que a Lei 11.965/09 pôs fim a todo e qualquer entrave que poderia existir no acesso pelos mais pobres à separação e o divórcio extrajudicial.

⁶¹ Segundo o site: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3094>>. Importa salientar que não há dispositivo legal regulamentando o critério

⁶² "PROJETO DE LEI Nº 217, DE 2009

Define os beneficiários da assistência judiciária gratuita, para efeitos do disposto no artigo 2.º da Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Para efeitos do atendimento prestado pela Defensoria Pública, presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições: I- aufera renda familiar não superior a R\$ 2.325,00 (dois mil, trezentos e vinte e cinco reais);

II- não seja proprietária, titular de direito de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis, ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 50(cinquenta) vezes o valor referência do inciso I; e

III- não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) vezes o valor referência do inciso I.

Parágrafo único- O valor referência da renda familiar do inciso I será reajustado, anualmente, de acordo com a variação do salário mínimo nacional. Artigo 2.º- Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

⁶³

Assistência judiciária. Dissídio.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita deve ser deferido considerando não apenas os rendimentos mensais, mas, também, o comprometimento das despesas, no caso, uma família com seis dependentes, embora dispondo de moradia e carro, com o que fazem melhor justiça os paradigmas que consideram justificável a assistência judiciária em famílias com rendimentos que alcançam pouco mais de quinze salários mínimos.
2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 263.781-SP 2000/0060786-0 Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO Julgamento: 22/05/2001 Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA Publicação: DJ 13/08/2001 p. 150)

3.1.3 O Novo Código de Processo Civil

A notícia de que um novo Código de Processo Civil é elaborado pelo Congresso Nacional aflora discussões sobre a necessidade de o antigo código ser extinto ou não.

Sem entrar no mérito da discussão sobre a necessidade do novo código,⁶⁴ neste subitem será investigada, na hipótese de promulgação deste novo diploma processualístico, qual seria, então, o regime do divórcio consensual extrajudicial, suas mudanças e melhorias

Assim, concentram-se os esforços no estudo do Projeto de Lei de iniciativa no Senado Federal (PLS) nº 166/2010.

Segundo Arruda Alvim, a filosofia no PLS 166/2010 é de “não fazer uma mudança radical ou brusca, até porque as mudanças radicais em Direito geralmente não se justificam e, se feitas, não geram resultados satisfatórios.”

E, de fato, originalmente o novo projeto do novo código apresentava uma redação absolutamente idêntica àquela do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, conforme informou Arruda Alvim:

Art. 667. A separação e o divórcio consensuais, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, serão realizados por escritura pública, da qual constarão as

⁶⁴ Defende Antonio Cláudio da Costa machado a desnecessidade de um novo código: Inicialmente, visto o anteprojeto como um todo, o que mais nos chama a atenção é o fato de que aproximadamente 80% dos dispositivos que compõem os 970 artigos são reproduções "ipsis literis" do Código de 1973, o que por si só revela a inegável qualidade técnica do estatuto em vigor e, o que é mais importante, a duvidosa necessidade de outro código. Ainda sob tal perspectiva, quer nos parecer também que as boas propostas do anteprojeto bem que poderiam ser reunidas para integrar mais uma reforma do CPC, preservando-se o Código Buzaid, um dos grandes monumentos jurídicos brasileiros, e tudo o que se construiu em termos de conhecimento, previsibilidade e segurança jurídica processual. E quanto à idéia de mais uma reforma, observamos que todas as boas propostas reunidas não alcançariam, em termos de volume, nem mesmo o que realizaram as Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 que alteraram quase 500 dispositivos da disciplina da execução, sem qualquer comprometimento do sistema. Outras duas observações de caráter geral que não podemos deixar de fazer são as relativas à nova organização interna do código projetado: 1ª) não faz nenhuma diferença reunirmos as normas processuais gerais sob o manto de um livro chamado "Parte Geral"(como proposto) ou sob a guarda do "Processo de Conhecimento" (do Código em vigor); 2ª) mas, parece-nos extremamente negativa a eliminação do "Livro III - Do Processo Cautelar" (do Código em vigor) e sua substituição por uma disciplina difusa (em termos de procedimentos) e confusa quanto à regulamentação da "Tutela de Urgência e Tutela da Evidência" (arts. 277 a 287), do anteprojeto. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa Machado. Um novo Código de Processo Civil? disponível em : < <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=5763>> Acesso em 16/09/2011

disposições de que trata o art. 665.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos para aqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Uma pequena diferença pode ser notada, pois a nova redação não faz mais menção 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.

Todavia faz menção ao artigo 665, o qual traz a seguinte redação:

Art. 665- A separação ou o divórcio consensuais, observados os requisitos legais, poderão ser requeridos em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

I – as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II – as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;

III – o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; e

IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida nos arts. 588 a 599.

Em relação às disposições, nota-se a ausência das disposições sobre a retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

Também pode ser percebido que o legislador acrescentou a necessidade de haver disposição sobre o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

O parágrafo único deste artigo, entretanto, aponta que caso não haja consenso em relação da partilha de bens far-se-á esta conforme disposto nos artigos 588 em 589 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 588. Cumprido o disposto no art. 583, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de dez dias, formulem o pedido de quinhão; em seguida proferirá, no prazo de dez dias, o despacho de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

Art. 589. Na partilha, serão observadas as seguintes regras:

I – a maior igualdade possível, seja quanto ao valor, seja quanto à natureza e à qualidade dos bens;

II – a prevenção de litígios futuros;

III – a maior comodidade dos co-herdeiros, do cônjuge ou do companheiro,

se for o caso o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

E, por fim, dispõe o artigo 583, §3º que:

Art. 583. Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis.
(...)

§ 3º Separados os bens, tantos quantos forem necessários para o pagamento dos credores habilitados, o juiz mandará aliená-los, observando-se as disposições deste Código relativas à expropriação.

No entanto, deve-se informar que o projeto do novo Código de Processo Civil sofreu algumas modificações a partir da Emenda de nº 66 de 2010, sendo, então, retificado.

A citada emenda ao projeto de lei acabou suprimindo a expressão “separação judicial” e substituindo-a por união estável consensual:

Art. 699. O divórcio e a extinção de união estável consensuais, não havendo filhos menores ou incapazes e observados os requisitos legais, serão realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 697.

A interpretação que se faz de tal mudança é que o legislador, de fato, está tendente a abolir a separação judicial.

3.1.4 Projeto de Lei 791/2007

O interessante projeto de nº 791 de 2007, proposto pelo Deputado Walter Ihoshi do Partido Democrata de São Paulo prevê a alteração do artigo 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para a seguinte redação:

“Art. 18(...)

§ 1º As autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública 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.

§ 2º É dispensada a participação de advogado no ato de lavratura da escritura pública de que trata o § 1º deste artigo (NR).”

Explica o deputado, em justificção, que a Lei 11.441/07 “restou silente no

que tange à possibilidade de a separação ou o divórcio consensuais de brasileiros no exterior serem realizados perante as autoridades consulares brasileiras”.⁶⁵

Os registros civis ou notariais seriam lançados nos livros consulares e assim, a partir de então, as partes estariam divorciadas.

O projeto visa “atender à circunstância de ausência do Brasil das partes interessadas e têm plena validade enquanto estas se encontrarem no exterior” conforme a justificação do projeto.

Esta proposição tem por escopo beneficiar os brasileiros que se estão residindo fora do país, estendendo a eles os benefícios da Lei nº 11.441, de 2007.

Cumprе observar que, ao contrário do que prevê o § 2º do art. 1.124-A do Código de processo civil, o projeto de lei não prevê a necessidade de os interessados serem assistidos por advogado.

Segundo a justificação, a obrigatoriedade de acompanhamento por advogado, “o qual, naturalmente, deveria ser inscrito em uma das seções da Ordem dos Advogados do Brasil, inviabilizaria, na prática, a intervenção consular para a dissolução da sociedade conjugal.”

E acrescenta o seguinte argumento:

“A Constituição da República de 1988, no seu art. 133, prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça. No entanto, na hipótese em tela, cuida-se de uma atividade notarial, qual seja, a lavratura de uma escritura pública, para a qual a participação de advogado não é imprescindível.

Tratando-se, portanto, de norma que visa a facilitar a vida dos brasileiros no exterior, sem entraves ou burocracias, contamos com o endosso dos ilustres Pares para a aprovação deste projeto de lei.”

O interessante argumento do deputado nos faz pensar sobre a real necessidade das partes estarem acompanhadas por advogado no divórcio extrajudicial.

Mais adiante, quando da análise a necessidade de presença de advogado na separação e divórcio consensuais, o assunto voltará a ser explorado, momento em que serão tecidas as devidas críticas ao presente projeto de lei.

⁶⁵ Justificação legal do projeto de lei de iniciativa na Câmara dos Deputados nº791/07, disponível no site: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=348765>>.

O projeto foi aprovado pela Câmara em 2009, mas como teve alterações no Senado, as mudanças feitas pelos senadores precisam ser avaliadas pela Câmara.

Ocorreram duas emendas no Senado Federal, uma estabelece que é indispensável a assistência de advogado legalmente constituído nos atos. O advogado deverá subscrever a petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra tenha advogado próprio. Porém, conforme a emenda, não é necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública.

Segundo o deputado Renato Amary (PSDB-SP), favorável à emenda, “a participação do advogado garante a juridicidade do ato, a proteção aos direitos das partes, bem como a conformidade com a legislação em vigor”⁶⁶

A segunda emenda efetuada pelos senadores apenas alterou a ementa do projeto de lei, para torná-la mais clara e objetiva e adequá-la aos princípios estabelecidos na Lei Complementar 95/98.

⁶⁶ Segundo noticia o site <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4726&Itemid=83>

4 A resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça

4.1 Introdução

Neste capítulo será analisada a Resolução de nº 35 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – que foi formulada com o intuito de apaziguar algumas questões e dúvidas que surgiram com o advento da Lei nº 11.441/07, Lei de Separação e Divórcio Extrajudiciais.

Os operadores do direito resolviam tais questões na prática forense em seu dia a dia, muitas vezes baseados num juízo de custo benefício. O que se fazia necessário, pois, como dito acima, a citada Lei 11.441/07 é deveras lacônica.⁶⁷

Assim, também enxerga a própria Resolução nº 35 que em seu preâmbulo, local em que o Conselho Nacional de Justiça explicita os motivos que o levaram a formulação desta resolução, declara:

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;

Conforme se nota, também motivou o CNJ a criar a Resolução de nº 35 “a necessidade de adoção de medidas uniformes quanto à aplicação da Lei nº

⁶⁷ Observe-se que, apesar da resolução não ser lei, mas ato normativo secundário oriundo de órgão sem poderes para legislar, haja vista que o CNJ só poderia ter emitido a resolução para dar operabilidade a Lei 11.441/07, tal lei tem o respeito de lei pelos tabeliães, uma vez que estes estão subordinados ao CNJ. Ao nosso ver, o correto seria as disposições advirem por meio de nova lei, pois inovam o ordenamento jurídico.

11.441/2007 em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos;” o que nos faz crer que antes desta resolução, múltiplos entendimentos eram aplicados em diferentes regiões do país, que, por sua vez, nos leva a concluir que o papel que a resolução possui no cenário normativo da separação e do divórcio extrajudiciais é grande e importante para sua execução.

Desta forma, o presente capítulo tem por primeiro escopo o estudo das controvérsias acerca da aplicação da Lei 11.441/07 no que tange a matéria de Direito Processual Civil e as decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça diante das divergências. Secundariamente, haverá o estudo institutos do Direito Processual ligados aos dispositivos da resolução e sempre que possível, será atribuído juízo de valor à regra imposta pela resolução nº 35 do CNJ e da decisão por trás da regra.

Importante consignar, porém, que o Conselho Nacional de Justiça não decidiu arbitrariamente, mas sempre pautado por objetivos de tornar a Lei 11.441/07 mais aplicável, ágil e menos onerosa, como será visto.

Nem, tampouco, discutiu a resolução, pois, conforme consta do preâmbulo, foram consideradas as “sugestões apresentadas pelos Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal em reunião promovida pela Corregedoria Nacional de Justiça” para a tomada de decisão.

Também, no curso da construção desta resolução, foram ouvidos o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil, que, no final das contas, era a maior interessada na solução dos problemas que aqui serão discutidos, como ainda se verá.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também destacou-se pois defendeu a importância do advogado e seus interesses na lavratura de escritura pública de divórcio.

Todavia, apesar da importância da Resolução de nº 35 de Conselho Nacional de Justiça, é necessário fazer um recorte metodológico sobre a análise da resolução. Desta forma, o foco deste capítulo será as disposições processuais, deixando assim de serem analisadas aquelas de caráter administrativo ou meramente burocráticas.

4.2 A Natureza Jurídica das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça

Antes, porém, de discutir as questões e regras da Resolução nº 35 do CNJ, convém alinhar algumas palavras a respeito do Conselho Nacional de Justiça e de suas resoluções para o melhor entendimento da matéria.

Importa para nós a força normativa de uma resolução do CNJ e seus sujeitos de direito, ou seja, quem é obrigado a cumpri-la e a quem esta pode obrigar.

O Conselho Nacional de Justiça é o órgão do Poder Judiciário encarregado de controlar a atuação administrativa e financeira dos demais órgãos do próprio judiciário, bem como de supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, ministros e desembargadores.

Explica Gilmar Ferreira Mendes que a “Emenda Constitucional n. 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça com atribuição de efetivar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”⁶⁸.

Inicialmente, o artigo 103-B prescrevia que o Conselho compunha-se de quinze membros, com mais de 35 e menos de 66 anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. Todavia, com a promulgação da Emenda Constitucional de nº 61 no ano de 2009 o art. 103-B restaram abolidos os limites de idade mínima e máxima e passou a ter a seguinte redação:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução,

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição: São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 1033. Também relata o autor a discussão sobre a inconstitucionalidade do CNJ afirmando que “A Associação dos Magistrados do Brasil questionou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45 no que concerne à criação do Conselho Nacional de Justiça. Sustentava-se, fundamentalmente, a violação ao princípio da separação de Poderes e a lesão ao princípio federativo. O Tribunal rejeitou a tese de afronta ao princípio da separação de Poderes, enfatizando que, tal como concebido, o Conselho Nacional de Justiça configura órgão administrativo interno do Poder Judiciário e não instrumento de controle externo, e que, em sua maioria, os membros que o compõem são integrantes do Poder Judiciário. Assinalou-se, também, que o próprio Congresso Nacional havia aprovado proposta de emenda que impõe aos membros do Conselho as mesmas restrições e impedimentos constitucionais impostos aos juízes, o que estaria a sinalizar a plena integração do órgão na estrutura do Poder Judiciário. Ademais, por expressa disposição constitucional, os atos do Conselho estão submetidos ao controle judicial do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102,1, r). Da mesma forma, não se acolheu a impugnação quanto à afronta ao princípio federativo, tendo em vista o perfil nacional do Poder Judiciário, fortemente enraizado na versão original do texto constitucional de 1988.

sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) (Grifos nossos).

Sendo o CNJ, então, composto por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo Tribunal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo Tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo Tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça e um juiz estadual, indicados pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal e um juiz federal, indicados pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho e um juiz do trabalho, indicados pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República após serem sabatinados pela maioria absoluta do Senado Federal. Não efetuadas as indicações dos nomes dos candidatos no prazo legal, caberá ao Supremo Tribunal Federal fazê-las.

Este órgão é presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (segundo a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 61/07).

A Constituição da República dispõe, outrossim, as competências do Conselho Nacional de Justiça no artigo 103-B, §4º, dentre as quais, consta que o CNJ é competente para “III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (o original não ostenta grifos).”

Apesar do dispositivo acima colacionado ser deveras amplo e geral, nota-se

que o CNJ possui sobre as serventias poder disciplinar e poder hierárquico, sendo que, este último se extrai da possibilidade de correição e avocação processos disciplinares. Todavia, ao se falar da elaboração de uma resolução, trata-se de poder regulamentar, o que não foi, pelo menos expressamente, outorgado pela Constituição ao Conselho Nacional de Justiça.

Segundo julgado do Supremo Tribunal Federal em questão que também colocava em discussão o poder normativo do Conselho, o Supremo explicitou o entendimento de que o poder regulamentar fundamentar-se-ia na recente Teoria dos Poderes Implícitos⁶⁹ (ADCMC nº 12/DF).

Todavia, há que se recordar da lição de J.J. Gomes Canotilho, ao reproduzir a lição sobre princípios interpretativos do ilustre jurista Konrad Hesse, sobre o princípio da conformidade funcional afirmando que quando a Constituição regula de determinada forma de competência e forma de função dos órgãos, estes órgãos devem manter-se no quadro de competências definidas pela Constituição, não devendo modificar, por via interpretativa, a repartição de competências.⁷⁰

Porém, na ocasião acima citada, ADCMC nº 12/DF, os ministros afirmaram que a resolução não contradiz o texto constitucional, tendo o Conselho Nacional de Justiça feito “adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04”. Além disto, não admitiram o caráter inovador da resolução no ordenamento brasileiro, uma vez que deduziram as restrições impostas ao nepotismo dos princípios contidos no art. 37, especialmente da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, segundo a tese de eficácia jurídica dos princípios constitucionais.

Assim não houve mais, nem em sede de controle difuso nos demais órgãos judiciais, questionamento acerca da legitimidade do CNJ para a edição da Resolução nº 35 até o momento.

⁶⁹ A doutrina dos *inherent powers* surge nos Estados Unidos a partir dos importantes julgamentos dos processos *macCulloch vs. Maryland* e *Myers v. Estados Unidos* (US — 272 — 52, 118), realizados pela Suprema Corte norteamericana. Insta salientar, porém, que na doutrina pátria especialmente no que tange a doutrina processual e também no Direito Constitucional, tem-se utilizado um brocardo que se aproxima muito do espírito da Teoria dos Poderes Implícitos. Afirmam os juristas brasileiros que “quem pode o mais, pode o menos”.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6a ed., Coimbra: Almedina, p. 542-544.

Sobre o tema, pondera Christiane Vieira Soares Pedersoli:

“Devem ser traçados os exatos limites da competência regulamentar do Conselho. Aguarda-se com muita ânsia o julgamento da ADI 4145 pelo Supremo Tribunal Federal, pois é uma oportunidade para que os Ministros realmente adentrem na abrangência das resoluções in concreto, como requer a Procuradoria-Geral da República.

Deve-se refletir sobre a inclusão de um rol taxativo de matérias passíveis de regulamentação pelo CNJ no Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (art. 93, caput, CR/88), para que não restem dúvidas.

Vivemos sob a égide do “Principio de legalidad, Estado de Derecho, Rule of Law, Règle de droit e Rechtsstaat”, as quais constituem todas expressões dentro dos distintos objetivos sociopolíticos no mundo ocidental, “a una conotación similar: supremacía de la norma jurídica general – la ley – por encima de las disposiciones eventualmente arbitrarias – aunque non necesariamente injustas, del poder del Estado.” (GARCÍA, 1958) (grifo nosso). Os princípios constitucionais basilares de nosso ordenamento devem prevalecer, sob pena de grave retrocesso às instituições democráticas vigentes”.

Certo é, porém, que o Conselho Nacional de Justiça vêm, a muito, inovando o ordenamento jurídico em suas resoluções, o que é competência do Poder Legislativo, como foi o caso na resolução nº 35 que discorreu sobre assuntos sobre os quais não havia lei e, mesmo que houvesse, caberia ao Poder Executivo regulamentá-las, mediante decreto, como o único autorizado pelo texto constitucional, no artigo oitenta e quatro.

Todavia, a questão é que tal resolução é respeitada no âmbito dos Cartórios, justamente por estarem disciplinarmente ligados ao CNJ, como acima foi exposto.

4.3 Competência para a Lavratura da Escritura Pública

Uma das lacunas deixadas pela Lei 11.441/07 foi a falta de previsão da aplicação, ou não, das regras de competência do Código de Processo Civil, em relação aos cartórios que lavrariam a escritura pública de divórcio e de separação consensual.

Antes, porém, de estudar-se a alternativa dada pela Resolução de número trinta e cinco, convém aprofundar o conhecimento a respeito da competência e da Jurisdição no Código de Processo Civil, para que então possa-se atribuir um juízo de valor sobre a decisão do CNJ.

Certo é que há muito tempo, os termos competência e jurisdição são

confundidos ou entendidos como sinônimos.⁷¹ Não graças à doutrina pátria que sempre muito avançada não comete determinado erro mas, sim, devido ao próprio Código de Processo Civil que as confunde quando trata de “competência internacional”, nos artigos 88 e seguintes da Lei.

Conforme explica Patrícia Miranda Pizzol, no seguinte trecho:

“ao tratarmos do tema, utilizaremos a expressão “competência”, por ter sido ela usada pelo Código de Processo Civil, entretanto o mais apropriado seria falar em limites da jurisdição dos órgãos jurisdicionais brasileiros. Assim, a norma regula a jurisdição brasileira e não a competência.”⁷²

E explica:

“Essa delimitação decorre do entendimento de que só deve haver jurisdição até onde o Estado efetivamente consiga executar soberanamente suas sentenças. Não interessa a nenhum Estado avançar indefinidamente sua área de jurisdição sem que possa tornar efetivo o julgamento de seus tribunais.”⁷³

Na mesma linha prossegue o professor Humberto Theodoro Júnior citando José Frederico Marques ao afirmar que “os arts. 88 e 89 traçam objetivamente, no espaço, os limites da jurisdição dos tribunais brasileiros diante da jurisdição dos órgãos judiciários de outras nações. (grifado)”⁷⁴

Desta forma, adota-se nacionalmente e também internacionalmente o entendimento de que jurisdição e competência são conceitos distintos e possuem

⁷¹ Conforme informa Humberto Theodoro Junior. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento*, 50ª ed., 2009, p.157 “função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. Houve época em que se confundiam os conceitos de jurisdição e competência. Em nossos dias, porém, isto não mais ocorre entre os processualistas, que ensinam de maneira muito clara que a competência é apenas a medida da jurisdição, isto é, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional. Se todos os juízes têm jurisdição, nem todos, porém, se apresentam com competência para conhecer e julgar determinado litígio. Só o juiz competente tem legitimidade para fazê-lo.”

⁷² PIZZOL, Patrícia Mirada. *A competência no processo civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, 2007, p. 130

⁷³ Idem, Ibidem.

⁷⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento*, 50ª ed., 2009, p.158.

finalidades específicas.⁷⁵

Jurisdição é uma das funções estatais, mediante a qual este substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.⁷⁶

Já para Chiovenda, jurisdição “é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.”⁷⁷

Por outro lado, competência, para Liebman, “é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos.”

Já Humberto Theodoro Júnior a conceitua como sendo “o critério de distribuir entre os vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.”⁷⁸

Outro conceito em sentido diferente é apresentado por Chiovenda que afirma que competência é o “conjunto das causas nas quais pode ele exercer, segundo a lei, sua jurisdição; e num segundo sentido, entende-se por competência essa faculdade do tribunal considerada os limites em que é atribuída.”⁷⁹

Em relação aos divórcios consensuais judiciais em sede de direito internacional, é necessário alertar que o art. 88 do Código de Processo Civil não faz alusão aos procedimentos de jurisdição voluntária. Nota-se que pela terminologia

⁷⁵ Nota-se que a doutrina estrangeira acompanha a distinção “No es posible ni correcto identificar “jurisdicción” con “competencia”. La noción de jurisdicción como ya ha sido reiteradamente dicho hasta aquí se refiere a una potestad estatal, mientras que la noción de “competencia” tiene que ver con los ámbitos dentro de los cuales el ejercicio de dicha facultad es válido . De esta forma, no es lo mismo decir que “un juez no tiene jurisdicción” y que “un juez no tiene competencia”, porque lo primero sería una contradicción en sí misma pues si un juez no tiene jurisdicción no es en realidad un juez. No tener jurisdicción supone no poder realizar actividad jurisdiccional (procesal) alguna, mientras que no tener competencia supone no poder realizar actividad procesal válida. Por ello, por ejemplo, una “sentencia” dictada por quien no ejerce función jurisdiccional entra dentro de la categoría de un “acto inexistente”, mientras que una sentencia dictada por un juez incompetente entra dentro de la categoría de un “acto nulo”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997. p. 141

⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 19a ed., São Paulo, Malheiros, 2003;

⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Volume II. Campinas –SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002, p.08

⁷⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento*, 50ª ed., 2009, p.157

⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Volume II. Campinas –SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002, p.183.

empregada nos incisos deste artigo, quais sejam: “réu” e “ação”, que o referido artigo trata tão-somente de jurisdição contenciosa.

Entretanto, não é razoável negar o acesso ao procedimento de jurisdição voluntária aos cônjuges, especialmente quando um fosse domiciliado no Brasil e o outro no exterior somente porque se trata de jurisdição voluntária e aceitar-se que na ocorrência de litígio tais partes poderão divorciar-se no Poder Judiciário.⁸⁰

Em relação à determinação da competência, explica Marcus Vinicius Rios Gonçalves a maneira que o Código de Processo Civil utilizou para a determinação da competência, qual seja a divisão tripartida.

“O Código de Processo Civil utilizou a divisão tripartida de critérios para a classificação de competência. Essa forma de repartição tornou-se clássica, em especial a partir da obra de Chiovenda, e teve imensa repercussão entre os processualistas, que, de uma forma ou de outra, a adotam com algumas variações.

Os critérios dividem-se em três grupos:

- a) objetivo: fixa a competência em razão da matéria e do valor da causa. É utilizado, em regra, pelas leis de organização judiciária para a fixação de competência de juízo. De acordo com o CPC, art. 111, a competência estabelecida com razão da matéria é absoluta, e em razão do valor da causa é relativa;
- b) territorial: regulamenta a competência de foro, que é relativa;
- c) funcional: abrange a competência hierárquica e a que se aplica aos processos que mantêm com outros em andamento uma relação, de maneira que caiba ao juízo onde se processa o primeiro conduzir também o segundo. É regra de competência absoluta.”

E ainda acrescenta que:

“Dinamarco critica, com razão, a adoção da divisão tripartida de competência, aduzindo que não se ajusta plenamente à nossa realidade jurídica.

Efetivamente, a adoção pura e simples dessa divisão torna insolúveis determinadas questões de competência, mormente quando há necessidade de utilização de fatores conjugados para a sua apuração. Outra crítica que o sistema adotado pelo CPC suscita é a de estabelecer a competência pelo valor da causa como sendo relativa. No entanto, o próprio Código menciona que o valor da causa é regra para fixação de competência de juízo, e não de foro.

E as regras de competência de juízo são sempre absolutas, não podendo ser objeto de derrogação entre as partes, uma vez que a lei processual

⁸⁰ Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

permite a eleição de foro, e não de juízo.”⁸¹

Humberto Theodoro Júnior afirma ser a definição da competência feita “por meio de normas constitucionais, de Leis processuais e de organização judiciária” e que os “critérios legais levam em conta a soberania nacional, o espaço territorial, a hierarquia de órgãos jurisdicionais, a natureza ou o valor das causas, as pessoas envolvidas no litígio.”

Pois bem, a respeito das ações de separação e divórcio, o Código de Processo Civil dispõe:

Art. 100. É competente o foro:

I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento; (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977)

Este dispositivo, segundo Patrícia Miranda Pizzol, está de acordo com a Constituição Federal, tendo em vista a igualdade entre o homem e a mulher consagrada nos artigos 1º, *caput*, e 226, §5º da Carta Magna Política.

Já para Marcus Vinicius Rios Gonçalves, este dispositivo favorece a mulher. Todavia, de maneira legítima, pois para o autor a mulher “se presume ter, ainda, mais dificuldade de acesso à justiça. E sobrevive mesmo à luz do princípio constitucional da isonomia, porque ainda existem fundadas razões para que a mulher mantenha o benefício.” E continua a explicar: “como é notório, há ainda certas regiões do Brasil em o que um regime patriarcal mais rigoroso dificulta o acesso da mulher ao Judiciário, mormente naquelas demandas em que a parte contrária é o próprio marido ou ex-marido. Daí a razão para a permanência da regra.”⁸²

Diferente é o entendimento de Alexandre Câmara que entende que este artigo afronta a Constituição que proíbe a criação de privilégios em razão do sexo e que a norma teria perdido a razão de ser, pois, antes da atual Constituição a mulher não

⁸¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume I : teoria geral e processo de conhecimento* - 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p.53

⁸² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume I : teoria geral e processo de conhecimento* - 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p.62.

poderia ter seu domicílio fixado.⁸³

Todavia, há que se lembrar que a regra é de competência relativa, e não há nada que impeça a que a mulher proponha a ação no domicílio do réu.⁸⁴

Em relação ao critério territorial, que diz respeito aos limites territoriais em que cada órgão judicial pode exercer sua atividade, “sua aplicação decorre da necessidade de definir, entre os vários juizes do país, de igual competência em razão da matéria ou em razão do valor”. Para tanto o Código de Processo Civil utiliza-se de critérios variados. “Baseando-se ora no domicílio da parte, ora na situação da coisa, ou ainda no local em que ocorreu o fato jurídico, o legislador atribui a competência da respectiva circunscrição territorial.”⁸⁵

Pois bem, visto o acima exposto, há que se afirmar que a regra do artigo 1º da Resolução nº 35 do CNJ afasta a incidência das regras de competência do Código de Processo Civil.

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 (o original não ostenta grifos).

Aparentemente, preferiu o Conselho Nacional de Justiça homenagear em sua resolução a regra do artigo 8º da Lei 8.935/94 que assim prescreve: “Art. 8º É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.”

Portanto, estaria em vigor em matéria de competência de cartório o princípio da livre escolha do Tabelião pelas partes, podendo, por exemplo, um casal de São Paulo lavrar sua escritura de separação em Florianópolis, por exemplo.

Cabe lembrar aqui o que já foi dito anteriormente de que tal disposição gerava os problemas do oferecimento de advogados pelos cartórios enquanto os cartórios indicavam os advogados, como troca de favores. Como já foi dito acima, o Conselho

⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. I, 18ª ed., 2008, p.96.

⁸⁴ É válido lembrar as palavras de Fredie Didier Júnior que afirma que apenas em regra a competência territorial é relativa, mas quando assim se faz, torna-se plenamente derogável pela vontade das partes. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil Teoria Geral do processo e processo de conhecimento*, Editora Juspodium, Salvador, 2009, p.121.

⁸⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento, 50ª ed., 2009, p.165

Federal da OAB já expediu resolução proibitiva com imposição de sanção aos advogados que assim procederem.

Todavia, fica a pergunta, agiu certo o Conselho ao afastar as normas de competência?

No nosso ponto de vista sim. Como já foi dito, a resolução segue vetores, muito nobres, dentre os quais se encontra o objetivo de tornar menos onerosa a separação. Assim, não há maneira melhor de se cumprir o vetor que a liberdade de escolha em relação ao tabelião.

4.4 Trata-se de Procedimento Facultativo ou de Utilização Obrigatória a Lavratura de Escritura Pública em Cartório

A Resolução de nº 35 do Conselho Nacional de Justiça determina em seu artigo 2º que a escolha entre o procedimento extrajudicial e o judicial é facultativa às partes, in verbis:

“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.”

Todavia, surgiu o entendimento doutrinário de que tal disposição é contrária ao sistema processual adotado no Brasil, posto que pelo artigo acima colacionado, haveria possibilidade de o casal que atinge os requisitos para o divórcio extrajudicial, ainda assim, ingressar em juízo em ação de divórcio.

Conforme informa Inácio de Carvalho Neto, “já se fala, contudo, em falta de interesse processual na ação judicial de separação consensual, pretendendo-se que, uma vez permitida a separação em Cartório, não cabe o acesso ao Judiciário”⁸⁶

Posicionamo-nos contrariamente à decisão do CNJ e ao texto no artigo pelas razões aqui expostas.

⁸⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº. 11.441/2007. O Estado Do Paraná*, 19/07/2008. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRAJUDICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>>. Acesso em 15/07/2011

Primeiramente deve-se levar em consideração as disposições do sistema processual no que tange às condições da ação.

Para que exista ação e para que esta não esteja fadada a uma decisão de extinção sem julgamento de mérito, há requisitos inafastáveis que devem ser observados. São eles: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte na causa e interesse de agir em juízo.⁸⁷

Por outro lado, há entendimento de que o princípio da indeclinabilidade ou inafastabilidade da jurisdição⁸⁸ não poderia objetar o controle jurisdicional, impedindo

⁸⁷ Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, “Para atingir a prestação jurisdicional, ou seja, a solução de mérito, é necessário que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos, sem cuja presença o órgão jurisdicional não estará em situação de enfrentar o litígio e dar às partes uma solução que componha definitivamente o conflito de interesses. É que, embora abstrata, a ação não é genérica, de modo que, para obter a tutela jurídica, é indispensável que o autor demonstre uma pretensão idônea a ser objeto da atividade jurisdicional do Estado. Vale dizer: a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam ‘condições da ação’, cuja ausência, de qualquer um deles, leva à ‘carência de ação’, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial.[...] Por conseguinte, à falta de uma condição da ação, o processo será extinto, prematuramente, sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurídica do autor, isto é, sem julgamento de mérito (art. 267, nº VI). Haverá ausência do direito de ação, ou, na linguagem corrente dos processualistas, ocorrerá carência de ação.” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento*, 50ª ed., 2009, p.58). E acrescenta Marcus Vinicius Rios Gonçalves que a “carência é matéria de ordem pública, que deve ser conhecida de ofício. As condições da ação devem estar preenchidas no momento da sua propositura e ao longo de todo o processo, até o julgamento. O juiz reconhecerá o autor como carecedor de ação se a falta de condições for superveniente. Falecerá interesse de agir, por exemplo, no prosseguimento de ação de despejo se o réu, no curso do processo, procedeu à desocupação.”(GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume I : teoria geral e processo de conhecimento* - 7. ed. - São Paulo: Saraiva,2010, p.81)

⁸⁸ Afirma Humberto Theodoro que “a jurisdição é indeclinável: o órgão constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode recusar-se a ela, quando legitimamente provocado, nem pode delegar a outros órgãos o seu exercício”. (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento*, 50ª ed., 2009, p.40). E Dinamarco que afirma: “Todo esse feixe de aberturas propiciado pelo princípio da inafastabilidade sujeita-se às restrições legitimamente postas pelas regras técnicas do processo e mesmo pelo convívio com outras normas viventes no próprio plano constitucional. Isso explica por que certas pretensões em face do Estado encontram a barreira representada pelas fórmulas de independência dos Poderes e equilíbrio entre eles; por que a propositura de uma demanda em juízo é sempre sujeita a uma série de requisitos técnico-processuais, inclusive de forma; por que as pretensões só poderão ser afinal julgadas se presentes os chamados pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito etc. Tais são óbices legitimamente postos à plena universalização da tutela jurisdicional, de cuja presença no sistema se infere a legítima relatividade da garantia da inafastabilidade dessa tutela. Essa relatividade não significa debilidade da garantia e não pode conotar-se por um nefasto conformismo diante de situações não jurisdionalizáveis, sob pena de inutilidade da garantia. Dos óbices legítimos e intransponíveis é indispensável distinguir os óbices perversos, residentes às vezes na própria lei, em sua interpretação apegada a valores do passado e principalmente em certas realidades sociais, econômicas ou culturais estranhas à ordem processual - como a pobreza, o temor reverencia) etc. Essas são verdadeiras barreiras internas e externas, que dificultam o acesso à justiça (Morello).DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições De Direito Processual Civil* - VOL.1. 6ed., 2009 p. 109 Todavia aqui compactuamos com o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso que

o reconhecimento da carência de ação. Porém, trata-se de entendimento extremamente minoritário, pois há que se levar em consideração que o direito de ação não é ilimitado.

Esse direito sofre limitações que lhe são naturais e restringem sua amplitude, mas nem por isso constituem ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nem todo aquele que ingressa em juízo obterá um provimento de mérito, porque é preciso o preenchimento das condições da ação. Quem não tem legitimidade ou interesse, ou formula pedido juridicamente impossível, é carecedor de ação e não receberá do Judiciário resposta de acolhimento ou rejeição de sua pretensão. Essas limitações não ofendem a garantia da ação, pois constituem restrições de ordem técnico-processual, necessárias para a própria preservação do sistema e o bom convívio das normas processuais.⁸⁹

O interesse de agir constitui-se de dois aspectos: necessidade e adequação.⁹⁰ “Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor a vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser”.⁹¹ Adequado é o meio processual escolhido, quando capaz de produzir um resultado útil.

Já a necessidade da tutela jurisdicional repousa na “impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado - ou porque a parte

propõe uma nova inteligência para desse dispositivo constitucional para seja visto como uma “oferta residual” em que “o Judiciário atuaria como *instância residual*, e não, como hoje acontece, *protagonizando* a cena enquanto instância primária, chamado a atuar ainda em meio à *eclosão* dos conflitos, sobretudo os metaindividuais, os quais poderiam e deveriam passar por um estágio de maturação e tentativa de resolução ou ao menos de equacionamento perante *outras* instâncias, consultivas ou decisórias, e bem assim, mediante *outros meios*, auto e heterocompositivos” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.39).

⁸⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30

⁹⁰ Conforme Humberto Theodoro Júnior, “localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Aliorío. Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento*, 50ª ed., 2009, p.63

⁹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, AdaPellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p.274

contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal).⁹²

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves, significa, portanto, que:

A propositura da ação será necessária quando indispensável para que o sujeito obtenha o bem desejado. Se o puder sem recorrer ao Judiciário, não terá interesse de agir. E o caso daquele que propõe ação de despejo, embora o inquilino proceda à desocupação voluntária do imóvel, ou do que cobra dívida que nem sequer estava vencida.⁹³

Desta feita, conclui-se, que não há interesse de agir nos processos de separação e de divórcio amigável, assim como também se verifica relativamente, por causa de falta de necessidade de intervenção judicial consubstanciada na existência de meio pelo qual os interessados tem a certeza de alcançarem seus objetivos na via extrajudicial.

Assim, ainda que a Resolução de número trinta e cinco tenha facultado aos interessados a escolha entre processo e escritura pública, é entendido que pelo sistema processual atual vigente, e também pela *mens legis* da lei 11.441/07, torna-se incabível a propositura de ação de divórcio consensual porque, falta necessidade em se buscar a tutela jurisdicional.

Consigne-se que, tal entendimento encontra-se em consonância com o atual entendimento de que para haver ação “não é necessário o esgotamento da via administrativa”, pois, tal brocardo refere-se tão-somente à ocasião em que não se tem certeza da solução do litígio administrativamente. Diferente é o caso da escritura de divórcio em que as partes obtêm o seu objetivos, visto que a citada escritura sequer é homologada.

Muito embora se admita que há verossimilhança no argumento de que isto poderia levar à absurda hipótese de que os cônjuges simulem um dissenso entre si para poder levar à juízo o divórcio, tal só poderia ser requerido por cônjuges desinformados porque a opção cartorária é muito mais vantajosa e rápida que a

⁹² Idem, Ibidem.

⁹³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.82

judicial, sendo um fato quase impossível.

Aliás, há que se lembrar que o citado artigo de número dois não está em consonância com os princípios da resolução, pois esta visa também a desafogar o Poder Judiciário dos processos de divórcio e de separação consensuais e como o Conselho pretende, ainda é possível haver muitos processos a troco de nada no Poder Judiciário, processos estes que já poderiam estar resolvidos pelo cartório.

Todavia, importante consignar que há o entendimento consolidado de que pode-se iniciar processo de divórcio em âmbito judicial, sendo importante mencionarmos que os magistrados que defenderam tese contrária a este entendimento sofreram processo disciplinar.⁹⁴

⁹⁴ Parecer 269/2007-E - Protocolado CG 26.081/2007

Data inclusão: 20/02/2008

TABELIONATO DE NOTAS – Possibilidade da realização de separações, divórcios, inventários e partilhas na esfera administrativa não impede a opção pela via judicial – Entendimento já consolidado nesta Corregedoria Geral da Justiça (Conclusões nº “1.1” e “1.2” do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG nº 01/2007 e ainda o Comunicado nº 236/2007) – O mesmo entendimento também se consolidou no Conselho Nacional de Justiça (art. 2º da Resolução nº 35/2007, bem como decisão proferida no Pedido de Providências nº 1413/2007) – Conveniência da publicação no DOE desta última decisão, na íntegra, para conhecimento dos MM. Juízes, em razão da menção à possibilidade de “abertura de processo disciplinar contra magistrados, por descumprimento de seus deveres funcionais”.

[...]

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

Cuida-se de expediente relativo à aplicação da Lei nº 11.441/07, que permite a ocorrência de separações, divórcios, inventários e partilhas na esfera extrajudicial, questionando-se acerca da subsistência da via judicial, quando todos forem capazes e concordes.

É o relatório.

Passo a opinar.

De início, observo o que dispõem as conclusões nº “1.1” e “1.2” do Grupo de Estudos quanto à prática dos atos notariais relativos à Lei Federal nº 11.441/2007, instituído por meio da Portaria CG nº 01/2007, tendo elas sido aprovadas por Vossa Excelência:

“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”.

Vossa Excelência, a seguir, editou o Comunicado nº 236/2007, in verbis:

Termos em que, já foi pacificado nesta Corregedoria Geral da Justiça o entendimento segundo o qual a possibilidade de realização de separações, divórcios, inventários e partilhas na esfera administrativa não impedem a opção pela via judicial.

Desta forma, para o TJ/SP o interesse de agir está na busca por sigilo, o que ainda será discutido em item à frente, muito embora se adiante que não há preservação de intimidade a ser alcançada em uma separação consensual.

Note-se que a superveniente Resolução nº 35/2007, emanada do Conselho Nacional de Justiça, contém disposição do mesmo teor, como se observa:

“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”.

Em remate, sobreveio a recente decisão proferida pelo mesmo CNJ, nos autos do Pedido de Providências nº 1413/2007, ratificando tal entendimento e fazendo menção à possibilidade, em tese, de abertura de processo disciplinar contra magistrados discordantes, por descumprimento de seus deveres funcionais

Diante do exposto, o parecer que respeitosamente submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência é no sentido de que:

A) seja publicada no DOE, por três dias alternados, a íntegra da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça nos autos do Pedido de Providências nº 1413/2007 (fls. 19/22), para conhecimento dos MM. Juízes, em razão da menção à possibilidade, em tese, de abertura de processo disciplinar contra magistrados, por descumprimento de seus deveres funcionais, no que concerne à aplicação da Lei nº 11.441/07.

B) ocorra, ao final, o arquivamento destes autos.

[...]

DECISÃO: Pelos fundamentos do parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria, que adoto, determino a publicação de Comunicado no DOE, por três dias alternados, dando ciência da íntegra da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça nos autos do Pedido de Providências nº 1413/2007, para conhecimento geral, em razão da menção à possibilidade, em tese, de abertura de processo disciplinar contra magistrados, por descumprimento de seus deveres funcionais, no que concerne à aplicação da Lei nº 11.441/07. A seguir, arquivem-se estes autos. São Paulo, 7 de agosto de 2007. (a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor Geral da Justiça

Tendo em vista que, a despeito dos termos do artigo 3º da Lei n. 11.441/07 (“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”), inúmeras reclamações têm chegado à Corregedoria Geral, derivadas da extinção de processos de separação e divórcio consensuais, o Desembargador Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça, ALERTA os Meritíssimos Juízes de Direito que o interesse dos cônjuges em recorrer à via judicial pode consistir na preservação do segredo de justiça assegurado pelo artigo 155, II, do Código de Processo Civil. Fixado o entendimento de que escrituras de separação e divórcio consensuais não podem ser lavradas sob sigilo (Conclusão 5.11 do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG n. 01/2007 – D.O. de 08/02/07), extinções de processos sem resolução do mérito provocarão situação insolúvel para as partes, vez que impedidas de, sob sigilo, utilizar tanto a via judicial quanto a extrajudicial.

4.5 Da Desnecessidade de Homologação Judicial Para a Produção dos Efeitos da Dissolução

Homologação judicial é o ato através do qual o juiz confirma a validade do ato praticado e dá segurança jurídica a ele.

A respeito dela, dispõe o artigo 3º da resolução nº35/07:

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.)

No entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, “o divórcio ou a separação produzem seus efeitos imediatamente na data da lavratura da escritura pública, porque esta não depende de homologação judicial.”

Tal entendimento, aparentemente, conflita com o artigo 32 da Lei 6.515 de 26 dezembro de 1977, chamada de Lei do Divórcio, o qual prescreve que: “Art 32 - A sentença definitiva do divórcio produzirá efeitos depois de registrada no Registro Público competente” (original sem grifos). Este dispositivo estava sendo utilizado em analogia, pois, como se verá adiante, com a resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, foi abolida qualquer necessidade de registro.

O Código Civil também é claro, em relação ao divórcio judicial:

Art. 1.525. 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:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do

registro da sentença de divórcio.

Todavia, o dispositivo em apreço mostra-se em consonância com o disposto pela citada Lei nº 6.515/77, no que tange a separação judicial: “Art 8º - A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, o à da decisão que tiver concedido separação cautelar.” Tal dispositivo, por sua vez, também estava sendo em analogia para determinar-se a produção dos efeitos da escritura pública de separação.

No entanto, hoje a produção de efeitos está uniformizada, sendo certo também, que esta abolida qualquer necessidade de registro, haja vista que o art. 10º da resolução assim expõe:

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.

Desta forma, pode ser entendido que no momento em que termina a lavratura do ato, cessam os deveres conjugais esta é a alternativa mais harmônica com os vetores da separação e do divórcio, pois, permite aos ex-cônjuges procurarem sua felicidade a partir do momento em que saem do cartório. Desta maneira, conclui-se que a decisão do CNJ é correta em afastar a necessidade de homologação judicial, não porque esta seja inútil, mas porque ela está atrelada à produção dos efeitos do divórcio e é, por assim dizer, melhor para os divorciantes.

4.6 *Comparecimento Pessoal no Ato de Lavratura da Escritura*

Fato é que a resolução dispensou a presença dos cônjuges, facultando o envio de representante, conforme se percebe da leitura do artigo trinta e seis.

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.

Mas, o Conselho agiu bem a facultar o não comparecimento de um cônjuge? Ou na medida em que há advogado poderia ser dispensado não somente a presença do cônjuge como também a do representante?

Antes, de analisar as questões acima suscitadas, é importante estudar a disciplina do comparecimento em audiência em sede de ação de divórcio e separação e, outrossim, a regra geral dos procedimentos comuns.

Como se sabe, o não comparecimento do réu, em uma ação cujo rito é sumário, acarreta a revelia e seus efeitos.

Art. 277. [...] § 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 1995).

Conforme informa Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

O primeiro ato nela realizado é, efetivamente, a tentativa de conciliação, podendo o juiz ser auxiliado por um conciliador (CPC, art. 277, § 1º). Por isso, é preciso que as partes compareçam pessoalmente, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir (CPC, art. 277, § 3º).⁹⁵

Também no procedimento dos Juizados Especiais a revelia é a sanção para o réu contumaz: “Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.”

Já em relação ao não comparecimento do autor, os autores Nelson Nery e Rosa Nery afirmam:

"Como a falta do réu enseja o decreto de revelia, com a presunção da veracidade dos fatos afirmados na inicial (CPC 276, § 2º [atual art. 277, § 2º]), ao autor deve ser aplicada medida assemelhada, ou seja, a extinção do processo sem conhecimento do mérito, aplicando-se, por extensão, a LJE (Lei dos Juizados Especiais), Deixar o autor sem sanção equivale a violar o princípio constitucional da isonomia"⁹⁶

⁹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.295

⁹⁶ NERY, Nelson, NERY, Rosa. *Código de processo civil comentado*. 5ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2009 p. 560.

Conforme se depreende da doutrina contemporânea este é o entendimento majoritário: o não comparecimento do autor na audiência acarreta a extinção do processo sem julgamento de mérito. Todavia há que se consignar que existe o entendimento minoritário de que a falta do autor deveria ser entendido como ausência de vontade de conciliarem-se, nesse sentido, Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“Parece-nos, porém, que essa solução só pode ser alvitrada *de lege ferenda*. Não tendo a lei processual estabelecido regra equivalente à da Lei dos Juizados Especiais, a ausência do autor não poderá implicar a extinção do processo, mas apenas a inviabilidade da tentativa de conciliação e a dispensa das provas por ele requeridas (CPC, art. 453, § 2º).”⁹⁷

Por sua vez, a Lei dos Juizados é bem mais clara ao se referir ao não comparecimento do autor, pois segundo o “Art. 51. Extingue-se o processo, [...]: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;”

E desta forma funciona a doutrina da audiência em respeito aos princípios processuais do devido processo legal e da lealdade processual. Da mesma maneira, em sede de separação judicial consensual prevê o CPC em seu artigo 1.122, parágrafo segundo, que “se qualquer dos cônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará autuar a petição e documentos e arquivar o processo.”

Se em âmbito processual mostra indispensável a presença das partes na audiência, pontua-se que em sede de Direito Civil, mais especificamente nas disposições relativas à celebração do casamento há expressa autorização para a celebração do chamado casamento por procuração.

Por se tratar de uma separação ou divórcio consensual, não haveria entraves em se aplicar uma noção geral de paralelismo das formas e permitir que alguém represente um dos divorciantes por procuração.

Desta forma, nota-se que ao dispor sobre o comparecimento das partes em audiência, a resolução contrariou as disposições processuais, mas aproximou-se das disposições do direito material com a alteração no que tange às separações e divórcios consensuais no sentido de facultar às partes que se façam representar por

⁹⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.295

procurador, de maneira que tornou a escritura a ser lavrada em cartório viável àqueles que não podem comparecer para sua lavratura, por algum motivo, sempre na direção dos vetores da resolução.

Todavia se conjugar-se o presente artigo com artigo 46 da Resolução⁹⁸, que ainda será analisado, que prevê a possibilidade de recusa na lavratura da escritura “*em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade*” de um dos cônjuges, estar-se-á diante de verdadeira arma para tornar impossível a averiguação de ausência de vontade pelo tabelião, uma vez que o mandatário fará o previsto na procuração sem titubear. Também não haverá como o tabelião cumprir com sua obrigação do artigo 35 da Resolução⁹⁹.

Agora, poderia uma pessoa representar, ao mesmo tempo ambas as partes? A conclusão do grupo de estudos do TJ/SP é que não, muito embora a resolução seja silente sobre o assunto.

No entanto, entende-se, aqui, que não haveria problema, pois, se os cônjuges estão de mútuo acordo, tal decisão encontra-se dentro da autonomia da vontade do artigo 5º, II da Constituição.

4.7 Ausência de Sigilo nas Escrituras Públicas de Divórcio e de Separação Consensual

Segundo Moacir Amaral dos Santos, em âmbito processual a publicidade é princípio garantido pela Constituição Federal (artigo 5º, LX) e pelo pergaminho processual civil.¹⁰⁰

De fato, a publicidade dos atos processuais é a regra quando se trata de processo civil no código atual. Tal publicidade encontra-se prevista no artigo 155 do

⁹⁸ 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

⁹⁹ 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 (o original da ostenta grifos).

¹⁰⁰ SANTOS, Moacir Amaral, *Primeiras Linhas De Direito Processual Civil, Volume 1 – 27 ed.* São Paulo: Saraiva: 2010, p.293

Código de Processo Civil.¹⁰¹

Nestes casos *supra* mencionados, o sigilo guarda relação com situações em que a demanda processual está ligada a situações em que a honra, intimidade ou imagem dos litigantes encontra-se vulnerável à uma exposição excessiva ou até mesmo vexatória.

Como bem lembra Vicente Greco Filho, “quando a publicidade pode fazer mais bem do que mal” o processo seguirá em segredo de justiça.¹⁰²

Em sede de Resolução, já pôde ser percebido que esta parece, em alguns pontos, ser contrária às leis processuais vigentes. Isto ocorre com o artigo 42 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça que prescreve a ausência de sigilo das escrituras públicas de divórcio.

“Art. 42- Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais.”

Também disciplinando a matéria referente ao sigilo, não se pode deixar de analisar o atual sistema extrajudicial, presente na Lei dos Registros Públicos (a Lei n.º 6.015/73).

Mais branda que o artigo 155 do Código de Processo Civil assevera a Lei de Registros Públicos em seu art.17 que: “Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”.

Assim, não é difícil de notar que a Lei de Registros Públicos não exige a demonstração do interesse jurídico como requisito indispensável para a requisição de informações. Desta forma, poderia concluir-se que em matéria de lavratura de escritura pública a publicidade é irrestrita e irrestringível, conforme se extrai do artigo 17 da referida Lei Cartorária, no entanto é notório também que a regra da publicidade

¹⁰¹ Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977)

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

¹⁰² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)* – 22 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71

comporta exceções, como ocorre no testamento.

Na maioria dos artigos que confrontam o assunto fica claro que a opção pela lavratura da escritura pública em cartório com a finalidade de por fim a sociedade conjugal, seja por separação, ou seja, por divórcio consensual afasta a aplicabilidade da regra do CPC na qual está prevista o respeito ao sigilo nos casos de separação e divórcio, uma vez que há na LRP previsão expressa no sentido de haver possibilidade de qualquer pessoa que não seja “parte” na separação ou no divórcio consultar o conteúdo de tais certidões cartorárias.¹⁰³

A doutrina e os artigos afirmam não há que se indagar, no presente momento, se haverá segredo de justiça no procedimento via cartório, porque como está no próprio artigo 155 do Código de Processo Civil correm em segredo de justiça os processos e esta é uma disposição do Código de Processo Civil estando a incidência desta norma adstrita à via Judicial. Aliás, o nome segredo de justiça seria bem restrito, não sendo cogitável haver um segredo de justiça fora da justiça, ainda que os cartórios estejam ligados à Justiça Pública numa relação de hierarquia.

Tal é o entendimento. E este, acima alinhavado, corresponde à corrente majoritária em matéria de sigilo no âmbito cartorário, não sendo possível a incidência do segredo de justiça, mas muitos autores que assim pensam decidem sem mencionar os argumentos que o levaram a tomar tal posicionamento. A título de exemplo, Ivano José Genuíno de Moraes Júnior cita a conclusão feita pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em jornada de estudos, na qual firmou “não haver sigilo para as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais; logo, o disposto no art.155, inciso II do Código de Processo Civil incidiria apenas nos processos judiciais” e se limitou estas palavras.¹⁰⁴

Reforça o argumento o fato de que alguns casais que estão se divorciando e que gostariam de fazê-lo em segredo de justiça ficariam sem ter como obtê-lo, se for

¹⁰³ MORAIS JÚNIOR, Ívano José Genuíno de. *Observância ou não ao segredo de justiça em sede de separações e divórcios realizados no procedimento extrajudicial - uma discussão inócua*. ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4117> Acesso em 28/07/2011

¹⁰⁴ Conforme se extrai do estudo de Ivano José Genuíno de Moraes Júnior in MORAIS JÚNIOR, Ívano José Genuíno de. *Observância ou não ao segredo de justiça em sede de separações e divórcios realizados no procedimento extrajudicial - uma discussão inócua*. ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4117> Acesso em 28/07/2011

lembrado o atual entendimento em relação à obrigatoriedade da via administrativa e que faltaria interesse de agir aos divorciantes que optem pela via judicial.

Tendo em vista o acima exposto, decidiu o tribunal de São Paulo:

TABELIONATO DE NOTAS - Possibilidade da realização de separações, divórcios, inventários e partilhas na esfera administrativa não impede a opção pela via judicial - Entendimento já consolidado nesta Corregedoria Geral da Justiça (Conclusões nº "1.1" e "1.2", do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG nº 01/2007, e ainda o Comunicado nº 236/2007) - O mesmo entendimento também se consolidou no Conselho Nacional de Justiça (art. 2º, da Resolução nº 35/2007, bem como decisão proferida no Pedido de Providências nº 1413/2007) - Conveniência da publicação no DOE desta última decisão, na íntegra, para conhecimento dos MM. Juízes, em razão da menção à possibilidade de "abertura de processo disciplinar contra magistrados, por descumprimento de seus deveres funcionais [...]o Desembargador Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça, ALERTA os Meritíssimos Juízes de Direito que o interesse dos cônjuges em recorrer à via judicial pode consistir na preservação do segredo de justiça assegurado pelo artigo 155, II, do Código de Processo Civil."¹⁰⁵

Todavia, há que se destacar que tal decisão do venerando Tribunal de Justiça da comarca de São Paulo – TJSP, ainda não se acha pacificada.

Acredita-se neste trabalho que outro pode ser o rumo da resolução, conforme expõe Ívano José Genuino de Moraes Júnior “o que se deve discutir não é a aplicabilidade do art.155 do Código de Processo Civil ao procedimento extrajudicial, mas sim o direito ou não de sigilo do casal durante a realização” do procedimento extrajudicial.¹⁰⁶

E afirma o aludido autor:

Então, se afirmássemos que deveria haver uma restrição à publicidade enunciada no já referido art.17 da Lei de Registros Públicos, pensariam alguns estarmos diante de um aparente conflito entre artigos do mesmo Diploma Legal. Só que esse mesmo Diploma já prevê exceções à ampla publicidade. É o caso do testamento, que em virtude de sua natureza tem a publicidade restrita.¹⁰⁷ O terceiro somente poderá ter acesso à certidão quando demonstrados os motivos e interesses de tal requerimento, devendo

¹⁰⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. *Ementário Consolidado das Decisões da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo: extrajudicial - biênio 2006/2007. 2008.* Disponível em: <<http://www.extrajudicial.tj.sp.gov.br/absp.org.br>>. Acesso em: 28/07/2011.

¹⁰⁶ MORAIS JÚNIOR, Ívano José Genuino de. *Observância ou não ao segredo de justiça em sede de separações e divórcios realizados no procedimento extrajudicial - uma discussão inócua.* ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4117> Acesso em 28/07/2011

¹⁰⁷ ALVES, Jones Figueredo. *Escrituras e segredos de justiça.* Diário de Pernambuco, Recife, 11/02/07. Caderno Vida urbana, direito de família, p. C5.

a ordem ser judicial e não da competência do tabelião.

Desta maneira, o que deveria ocorrer é a proteção do sigilo em cartório e não a mudança de entendimento em relação ao interesse de agir e abertura de possibilidade de ingresso na via judicial, pois, como já exposto, a lei 11.441/07 visa diminuir a quantidade de processo de divórcio e de separação, tal como a resolução de nº 35 do Conselho nacional de Justiça.

Partindo desse mesmo ponto é que se defende a mudança da Resolução no sentido de que aos interessados deverão ser assegurados o sigilo da escritura, obrigando que os terceiros se submetam a mesma condição que é exigida pelo Código de Processo Civil, qual seja, provar os motivos de tal requerimento perante autoridade judicial, a qual decidirá pela permissão ou não.

Mas para tanto, não bastaria a Resolução nº35, devendo haver previsão legal para o sigilo da escritura nestes casos.

Por fim, bastaria retificar o nome do instituto, pois, em sede do procedimento administrativo deve haver o sigilo cartorário, e não segredo de justiça, típico de processos judiciais. Por ser questão ligada à intimidade das partes, direito fundamental individual que não pode ser afastado pela Resolução.

Todavia a opção do CNJ foi outra, a de manter a facultatividade e retirar o sigilo da escritura, o que, em nosso entender coloca em risco a efetividade da lei 11.441/07, pois deixa na mão do cidadão optar pelo procedimento cartorário, muito embora de agora em diante, este deva demonstrar necessidade de sigilo para ingressar em juízo.

4.8 Negativa do Tabelião em lavrar a escritura

Uma vez efetivada a lavratura de uma escritura pública, esta se torna inalterável, excetuando-se, obviamente, à possibilidade de correções ou retificações por eventuais erros materiais ou de conteúdo. Assim, torna-se possível alcançar a segurança jurídica indispensável e característica dos serviços notariais, características estas que são o verdadeiro escopo almejado pelos usuários dos cartórios e tabeliões. No outro lado da moeda, da mesma forma, há que se realçar a

grande responsabilidade do tabelião ou cartorário na promoção de seu ofício.

Em relação aos *supra* ditos erros de conteúdos constantes da escritura eventualmente lavrada importa consignar que para a sua retificação o usuário dispõe apenas do Poder Judiciário para alcançar seu intento, não havendo, ainda, via administrativa para que se possa pleitear. Assim, caberá ao juiz togado promover a declaração de nulidade, ou anulá-las, se tais escrituras apresentarem vícios, materializando desta forma por sentença a relatividade das declarações e atos já praticados.

Assim, conforme ensina Cristiano Chaves de Farias estabelecida e lavrada a separação consensual ou o divórcio extrajudicial, segundo os preceitos da Lei nº. 11.441/07, não caberá a retratação do pacto celebrado, ainda que sob consenso de ambas as partes, conforme de depreende do trecho *infra* colacionado:

Após a realização da escritura pública, não mais será possível a sua alteração – salvo para a correção de erros materiais. Não há, portanto, a possibilidade de retratação do acordo celebrado (o que evidencia, inclusive, a necessidade de assistência por advogado). Assim, caso pretendam as partes dispor, novamente, sobre o patrimônio deverão fazê-lo por meio de simples negócio jurídico, nos termos gerais do Código Civil (inclusive, não se tratando de bem imóvel, poderá ser celebrado por escritura particular).¹⁰⁸

Uma vez sabida as limitações da escritura e dos cartórios no que tange às modificações materiais das escrituras, resta analisar tópico referente à possibilidade da recusa da lavratura da escritura pública.

Conforme explicado em tópico acima, o tabelião atua como um agente público, sendo verdadeiro particular em regime de delegação¹⁰⁹, devendo como tal ater-se às determinações legais a ele impostas, fato que encontra-se vinculado às regulamentações dos tribunais que disciplinam sua atividade de modo que somente

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. A desnecessidade de procedimento judicial para as ações de separação e divórcio consensuais e a nova sistemática da Lei nº11.441/07: o bem vencendo o mal. **Jus Podivm**, 08/01/2007. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1470.html>. Acesso em: 18/07/2011.

¹⁰⁹ A atividade notarial é exercida por particulares em colaboração com o Poder Público, através de delegação da função pública. Apesar de ser exercida em caráter privado, a atividade notarial exerce uma função pública, de garantia da segurança jurídica dos atos praticados pelos Tabeliães. ANTUNES, Luciana Rodrigues. Introdução ao Direito Notarial e Registral. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 691, 27 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6765>>. Acesso em: 16 set. 2011.

lhe é lícito agir quando a lei lhe autorizar e de acordo com a autorização, na medida de sua discricionariedade ou de maneira vinculada.

Desta maneira, limitada é a sua autonomia e restrita a limites legalmente impostos, sendo que agindo assim está a homenagear o princípio da legalidade administrativa (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal). Assim, não é forçoso concluir que o tabelião tem também a obrigação de recusar-se à lavrar a escritura sempre que estiver diante de um divórcio que aparente ser praticado contrário à qualquer parte da legislação vigente.

Talvez por considerar o respeito à legalidade e também a dificuldade para modificação e retificação de escritura erroneamente lavrada, o Conselho Nacional de Justiça tenha resolvido editado no artigo 46, *infra*:

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.

Ao se manifestar sobre a recusa motivada da homologação de separação ou divórcio ensina o professor Inácio de Carvalho Neto, em brilhante lição:

“Não se pode permitir a realização de um negócio nulo para se viabilizar a sua anulação em seguida; se o Oficial tem conhecimento do vício, cumpre-lhe evitar a nulidade. Parece-nos, portanto, evidente que o Oficial do Cartório não só pode como deve recusar-se à homologação”.¹¹⁰

Tal posicionamento, entretanto, não é unânime, pois, Cristiano Chaves de Farias entende que há a absoluta impossibilidade do tabelião recusar-se a homologar a escritura pública que dissolve o casamento, por falta de previsão legal e por atentar contra a liberdade individual das partes divorciantes. Conforme ele, esse acordo extintivo do casamento tem natureza “de negócio jurídico bilateral, decorrendo da autonomia privada, não comportando objeção ou questionamentos pelo Estado.” E afirma que o próprio comando legal (art. 1.124-A, em seu §1º) é de claro ao estabelecer que a escritura pública independe de homologação judicial para que

¹¹⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº. 11.441/2007. O Estado do Paraná*, 19/07/2008. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRA+JUDICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>>. Acesso em 15/07/2011.

tenha valor de título executivo extrajudicial. Assim, com razão, então, descabe ao tabelião substituir a vontade das partes, recusando-se a promover o registro, sob qualquer alegação. E se houver algum vício ou defeito na declaração de vontade não cabe ao tabelião (que não detém poderes para tanto) discuti-lo, devendo, então, lavrar a escritura. E a maneira de expurgar o vício é a propositura de ação anulatória, no prazo de quatro anos (CC. art. 171 c/c 178). Por fim, afirma que nem mesmo, a ausência de referências no pacto às cláusulas referidas na lei poderá autorizar a recusa ao seu registro, pelos motivos antes ponderados, de acordo, inclusive, com o entendimento pretoriano.¹¹¹

E ainda neste sentido observação interessante é apontada por Gisele Leite.¹¹²

Vale lembrar que o venire contra factum proprium pode derivar de comportamento comissivo, omissivo do contratante. Há a total impossibilidade de o tabelião recusar-se a lavrar a escritura pública dissolutória apenas por discordar do conteúdo das cláusulas do negócio jurídico. Convém lembrar que é negócio jurídico bilateral decorrente da autonomia privada dos cônjuges, não comportando objeção ou questionamentos do Estado. E o art. 1.124-A do CPC é explícito em apontar que a referida escritura independe de homologação judicial. E, é valorada como título executivo e, mesmo com vício de vontade, não caberá ao tabelião ou escrivão discuti-lo. Com a inovação temos o afastamento (diante do consenso e da plena capacidade das partes e, ainda ausência de filhos menores ou incapazes) do juiz da esfera íntima da pessoa humana.

Inácio de Carvalho Neto por sua vez, discorda do posicionamento acima. Diz que “Em primeiro lugar não falta previsão legal para tal recusa; ao contrário, ela é determinada pelo citado parágrafo único do art. 1.574, que não foi alterado pela Lei nº. 11.441/07.”¹¹³

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A desnecessidade de procedimento judicial para as ações de separação e divórcio consensuais e a nova sistemática da Lei nº11.441/07: o bem vencendo o mal*. Jus Podivm, 08/01/2007. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1470.html>. Acesso em: 15/07/2011.

¹¹² LEITE, Gisele. *Comentários A Lei 11.441/2007*. Webartigos.com. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/articles/5167/1/comentarios-a-lei114412007/pagina1.html>>. Acesso em 15/07/11.

¹¹³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº. 11.441/2007*. O Estado Do Paraná, 19/07/2008. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRAJUD>

E prossegue em seu argumento, entendendo o *infra* exposto:

“Segundo, não podemos falar em liberdade das partes em nível absoluto, a ponto de nenhum limite se poder opor; e, sobretudo, não se pode falar em liberdade a ponto de permitir que um dos cônjuges seja pressionado pelo outro (ou pelo advogado do outro, ou até pelo advogado comum) a realizar um acordo contra os seus interesses. Que liberdade seria esta, que chegaria ao ponto de ferir a liberdade alheia? Terceiro, a desnecessidade de homologação judicial não significa que o tabelião não tenha que cumprir as normas referentes à separação consensual que eram determinadas ao Juiz antes de se permitir a separação em Cartório.”¹¹⁴

E prossegue, ponderando que:

“É claro que o acordo realizado em Cartório estará sempre sujeito à anulação judicial. Mas isto não pode justificar o desleixo na aplicação da norma legal. Não se pode permitir que se celebrem atos nulos ou anuláveis simplesmente porque eles podem ser declarados nulos ou podem ser anulados posteriormente.”

Em seu ponto de vista, tal se dá desta maneira pois, é dever de todo agente público evitar toda e qualquer nulidade. Para ele, a lei deveria ter sido mais atenta em situações como esta, pois este é um dos pontos mais negligenciados na nova lei. E ainda afirma: “Observe-se que, muitas vezes, a situação de penúria resultante de um acordo mal feito pode ser tamanha, que o cônjuge prejudicado talvez não tenha condições nem mesmo de promover a anulação do acordo”.¹¹⁵

No mesmo sentido, escreveu Fernando Gaburri, que:

O procedimento extrajudicial trazido pela lei em análise restringe-se àquelas hipóteses de ausência de litigiosidade ou quando esta puder ser composta amigavelmente entre os contratantes, e se não envolver interesse de menores ou incapazes. Todo o procedimento, em resumo, visa a resolver a partilha de bens entre maiores e capazes. Deste modo, caso perceba o tabelião que um dos contratantes esteja dispondo, no todo ou em parte, de sua meação ou mesmo renunciando à pensão alimentícia da qual

ICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>. Acesso em 15/07/2011

¹¹⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº. 11.441/2007. O Estado Do Paraná*, 19/07/2008. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRAJUDICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>>. Acesso em 15/07/2011

¹¹⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº. 11.441/2007. O Estado Do Paraná*, 19/07/2008. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRAJUDICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>>. Acesso em 15/07/2011

notoriamente necessita, deverá recusar-se a lavrar a escritura. No procedimento judicial, a tutela dos interesses daquele que está sendo lesado, é desempenhada pelo membro do MP e pelo próprio juiz. Todavia, o tabelião não terá à sua disposição meios para adotar tais medidas acautelatórias com o mesmo zelo e proficiência que o faz o representante do MP, fato que avultará ainda mais a importância do advogado. O tabelião certamente não poderá fazer aquelas análises do parágrafo único do art. 1.574 CC, com a mesma profundidade que o juiz e não terá meios para verificar o cumprimento do lapso temporal exigido para o divórcio, todavia não cabendo-lhe recusar pura e simplesmente a lavratura da escritura. Percebendo que a convenção não resguarda o interesse de uma das partes, deverá encaminhar os autos à autoridade judicial competente.¹¹⁶

Desta feita se mostra que por um lado autores sustentam a possibilidade de declínio por outro lado há quem afirme a obrigatoriedade da lavratura da escritura de separação ou divórcio quando o tabelião for provocado para a lavratura da escritura.

Eugênio Guedes de Oliveira mostra-se atento e percebe uma relação entre as posições adotadas pelos autores em relação à obrigatoriedade da lavratura e a posição dos autores em relação à natureza jurídica do casamento, como se segue:

Aqueles que defendem tal recusa argumentam que a liberdade do indivíduo encontra-se limitada na medida em que este não possui autonomia plena para estabelecer condições que possam ferir interesses dos filhos ou de um dos cônjuges sob um acordo desproporcional. Assim se crê na facção sociológica da defesa de interesses conjuntos os quais uma vez criados pelo instituto do matrimônio, mesmo frente sua resolução devem ser garantidos de modo que os direitos dos interessados não sejam jamais ultrajados.

Por outro lado, aqueles que posicionam a favor da total liberdade do indivíduo frente às relações a que estes desejam restabelecer por novo pacto acreditam numa maior autonomia privada a que ao Estado não compete interferir.

Tem-se assim explicitado a problemática fundamental da real natureza jurídica do instituto do casamento que no Brasil encontra-se sob anos vítima de um embate técnico e do qual agora sua resolução depende a questão ora formulada.

Assim, ciente que o legislador não enfrentou a questão da natureza jurídica deste instituto tem-se que para os adeptos a teoria de que o casamento seria um negócio jurídico, a admissão de uma maior flexibilidade nos acordos formulados entre as partes e, portanto a desnecessidade de interferência estatal, logo, sendo vedado ao tabelião a recusa da escrituração da separação ou divórcio.

Já aqueles que defendem o casamento como um instituto tem inferido a defesa pela possibilidade de recusa pelo tabelião no momento da lavratura do ato, faculdade essa que somente deve ser exercida sob pretexto de alguma disparidade legal.

Por fim frisa-se que adoção da tese eclética do casamento como ato

¹¹⁶ GABURRI, Fernando. *Primeiros apontamentos sobre separação e divórcios extrajudiciais*. IBDFAM, 18/01/2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=255>>. Acesso em 15/08/2008

complexo e sui generis, impregnado de caracteres duais, tanto contratuais como institucionais, não comporta análise vez que pelo menos frente à possibilidade de recusa ou não pela lavratura de escritura pública de separação ou divórcio pelo tabelião, não leva a conclusão significativa à contenda.

Retomando o exposto no início deste subitem, o tabelião atua como um agente público, devendo ater-se às determinações legais a ele impostas devido ao fato que encontra-se vinculado às regulamentações dos tribunais que disciplinam sua atividade de modo que somente lhe é lícito agir quando a lei lhe autorizar e no sentido em esta o autorizar na medida de sua discricionariedade ou de maneira vinculada. Uma vez que o Conselho Nacional de Justiça, superior hierárquico dos cartórios autoriza a negativa da lavratura, não há que se falar em falta de dispositivo autorizador, mas sempre resta a dúvida, de onde o CNJ extrai a sua competência para autorizar a recusa do tabelião? A questão ainda está a ser discutida no plenário do Supremo Tribunal Federal como foi dito no início deste capítulo.¹¹⁷

4.9 A reconciliação

Mais uma lacuna foi deixada pela Lei n.º 11.441 de 2007, que permitiu que a separação e o divórcio consensuais fossem feitos em Cartório, extrajudicialmente, sem mencionar a respeito da reconciliação pelo mesmo procedimento. Por conta disto, a Resolução n.º 35 do CNJ regulamentou (e de maneira suficiente) o restabelecimento da sociedade conjugal em âmbito de separação consensual.

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,

¹¹⁷ Vale lembrar que em caso de “dúvida” pode ser instaurado procedimento de dúvida junto ao juiz.

podendo ser simultâneas.

É importante salientar que o assunto aqui tratado tem relevância tanto àqueles que seguem a corrente de que a Emenda Constitucional nº 66/10 pôs termo a separação, pois é aplicável àqueles que à época da emenda estavam ainda cumprindo o prazo para a obtenção do divórcio quanto para aqueles que entendem que a separação ainda vige na legislação pátria, por razões óbvias.

Mas, há que se trazer aqui o entendimento da doutrina, antes da Resolução que se posicionava contra o restabelecimento da sociedade conjugal. Dizia esta que não seria razoável entender que a Lei 11.441/07 pretendeu facilitar a separação e o divórcio, mas não a reconciliação, entendia também que a reconciliação poderia ser feita por escritura pública, ausente de intervenção judicial, se assim fosse desejado pelas partes.¹¹⁸

Pode-se indagar também se é possível restabelecer a sociedade conjugal por meio de escritura, especialmente quando a sociedade conjugal foi desconstituída por sentença transitada em julgado. A lei é omissa também quanto a esse aspecto, mas é preciso ter presente que o intuito do legislador foi exatamente o de facilitar a vida das pessoas, desobrigando-as de recorrer ao Poder Judiciário para constituir ou desconstituir a sociedade conjugal e o casamento. Não seria lógico que o casal fosse dispensado do procedimento judicial para obter a separação jurídica e, ao mesmo tempo, não pudesse se valer dessa facilidade para reconstituir o mesmo vínculo.

E Paulo Luiz Netto Lôbo também entende que o restabelecimento da sociedade conjugal pelos separados extrajudicialmente “também pode ser formalizado, pelas mesmas razões de facilitação, mediante escritura pública que será levada a averbação no registro do casamento”.¹¹⁹

Inácio de Carvalho Neto argumenta que “além de a lei dever facilitar a reconciliação, mais do que a separação ou o divórcio, também serve de argumento a este entendimento o fato de que a reconciliação tem procedimento bem mais simplificado” quando comparado aos procedimentos da separação e do divórcio. E segue em sua lição, aferindo que “mesmo sendo feita em Juízo, a reconciliação é

¹¹⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. IBDFAM, 21/01/07. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=256>>. Acesso em 28/07/2011

¹¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio e separação consensuais extrajudiciais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1433, 04/06/2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9970>>. Acesso em: 28/07/2011.

bem simples, bastando a ouvida do Ministério Público e a subsequente homologação judicial.” E se utiliza de um argumento relacionado ao custo benefício pois “mais simples ainda será se for ela feita em Cartório, já que se dispensará a ouvida do Ministério Público e a homologação judicial”. Por fim, conclui a falta de entraves, pois, segundo o autor, “não há qualquer inconveniente para a reconciliação extrajudicial, e nenhuma dúvida sobre a constitucionalidade de tal procedimento”.¹²⁰

Basta, agora a análise do artigo 48, resposta da dúvida a respeito de qual restabelecimento de sociedade conjugal poderia ser feito em cartório, ou melhor, se a reconciliação de separação em juízo poderia ser feita em cartório ou se apenas aquela separação efetuada em cartório poderia ser convertida. Quanto ao tema, novamente Inácio de Carvalho Neto defendeu posicionamento que depois viria a ser acatado pela resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça. Afirma o autor que “deve-se acrescentar que não só quando a separação tiver sido feita em Cartório é que será possível a reconciliação em Cartório, como já se pretendeu”. Assim, as portas estão abertas, pois, “a reconciliação sempre poderá ser feita em Cartório, ainda que a separação tenha sido judicial”. Isto porque a lei não faz qualquer restrição e “não há qualquer razão para tal restrição, sobretudo em face da redação irrestrita do art. 1.577 do Código Civil”:

Art. 1.577. 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 (o original não possui grifos).

Importa recordar, outrossim, na lição de Maria Berenice Dias, que a reconciliação só é possível antes do divórcio; casais já divorciados não restabelecer a sociedade conjugal por escritura pública; restando apenas a opção por se casar novamente.

Pois bem, nota-se que a Resolução seguiu o entendimento majoritário e no que diz respeito à reconciliação, foram exaustivas as suas disposições.

Apesar de possibilitar a reconciliação por escritura pública a resolução a condicionou a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação

¹²⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº. 11.441/2007. O Estado Do Paraná*, 19/07/2008. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRAJUDICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>>. Acesso em 15/07/2011

da separação no assento de casamento.

Também obrigou o tabelião que no caso de restabelecimento de sociedade conjugal, 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, quando a separação se der em juízo.

Dispõe também que a sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações. Desta forma, caso queiram modificar, *verbi gratia*, o regime de bens deverão reconciliar-se pela via judicial

Por fim, a averbação do restabelecimento da sociedade conjugal somente poderá ser efetivada depois da averbação da separação no registro civil, podendo ser simultâneas, ou seja, logo após ainda que no mesmo dia.

4.10 Conversão de Separação Judicial em Divórcio Consensual

Novamente a lei não dispôs sobre um assunto relevante e ficou mais uma vez a cargo da doutrina, e depois da Resolução de nº 35, averiguar sua possibilidade ontológica. A doutrina e a prática sempre se inclinaram à possibilidade de haver também a conversão consensual da separação em divórcio em Cartório, sem procedimento judicial ou autorização judicial.

Afirmam articulistas que “não seria mesmo razoável permitir o divórcio direto em Cartório e não a conversão da separação em divórcio”.¹²¹

¹²¹ GABURRI; Fernando. *Primeiros apontamentos sobre separação e divórcios extrajudiciais*.IBDFAM, 18/01/2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=255>>. Acesso em 15/08/2008

Outros entendem haver, inclusive previsão legal para tal conversão, já que esta refere-se à divórcio sem especificar qual espécie de divórcio poderia ser feita em cartório. Tal linha de raciocínio utiliza-se do princípio geral de hermenêutica: Não cabe ao interprete distinguir quando a lei não distingue.

Assim, "sendo a conversão da separação em divórcio uma espécie de divórcio, e não sendo a lei restritiva ao falar em divórcio, pode-se mesmo entender que a conversão está incluída na referência pura e simples da lei ao divórcio"¹²².

Mesmo assim, diante da falta de clareza, o Conselho Nacional de Justiça impôs que:

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.

Para tanto, exige-se os mesmos requisitos para a lavratura, que serão estudados em momento oportuno.

Porém, resta ainda questionar se é necessária a presença em cartório dos divorciantes, uma vez que no procedimento judicial estão dispensados de comparecer para a conversão. Quanto a este ponto, leciona o professor Inácio de Carvalho Neto:

Ressalte-se, ainda, que, para a conversão, ao contrário da separação e do divórcio direto consensuais, não se requer a presença dos cônjuges em Cartório, já que tal presença também não seria exigida para o procedimento judicial de conversão. Nada impede, portanto, que os cônjuges façam a conversão por procuração.¹²³

E assim é na via judicial, todavia, em confronto com o art. da Resolução, alguém deverá ir em seu lugar, com procuração outorgada pelo divorciante.

¹²² OLIVEIRA, Euclides de. Em debate. In: Boletim IBDFAM. Belo Horizonte, jan.-fev./2007, v. 42, p. 4

¹²³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº 11.441/2007. O Estado Do Paraná*, 19/07/2008. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRAJUDICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>>. Acesso em 15/07/2011

4.11 A Existência de Processos de Separação ou de Divórcio

Mais uma dúvida, em âmbito judicial, surgiu sobre o que ocorreria com os processos de separação ou divórcios que estivessem tramitando e as partes tivessem os requisitos exigidos pela lei preenchidos.

Questão muito interessante, pois, quando do momento da entrada em juízo, antes da lei, tais casais teriam interesse de agir. Todavia, agora, após o advento da lei, não mais teriam a condição da ação a seu favor.

Qual seria a opção correta? Os juizes deveriam extinguir as ações de divórcio e separação ou as julgaria? Deveria informar as partes de tal possibilidade extrajudicial?

A resposta para tais questões passa pela adoção, ou não, da teoria da asserção no ordenamento pátrio.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves o juiz deve verificar o preenchimento ou não das condições da ação. A teoria da asserção afirma que elas devem ser verificadas em abstrato, pelo que contém a petição inicial, presumindo-se, momentaneamente, que aquilo que dela consta é verdadeiro e o que fica provado depois, ao longo do processo e durante a instrução, é matéria de mérito.

E apresenta o seguinte exemplo: se alguém ajuíza ação de cobrança de uma dívida alegando, na inicial, que ela está fundada em uma prestação de serviços, estarão preenchidas as condições da ação, ainda que mais tarde se apure que, na verdade, a dívida tinha origem em jogo. Como a verdadeira origem do débito só foi apurada mais tarde, ao longo da instrução, e não figura na petição inicial, o julgamento será de mérito, devendo o juiz dar pela improcedência do pedido, e não pela carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.”¹²⁴

¹²⁴ De fato, nota-se que o professor aduz em seu livro: “Grande discussão doutrinária grassa a respeito da forma pela qual o juiz deve verificar o preenchimento ou não das condições. Goza de grande prestígio entre nós a teoria da asserção, pela qual elas deveriam ser verificadas em abstrato, pelo que contém a petição inicial, presumindo-se, momentaneamente, que aquilo que dela consta é verdadeiro. O que fica provado depois, ao longo do processo e durante a instrução, é matéria de mérito. Assim, se alguém ajuíza ação de cobrança de uma dívida, aduzindo, na inicial, que ela está fundada em uma prestação de serviços, estarão preenchidas as condições da ação, ainda que mais tarde se apure que, na verdade, a dívida era oriunda de jogo de azar. Como a verdadeira origem do débito só foi apurada mais tarde, ao longo da instrução, e não figura na petição inicial, o julgamento será de mérito, devendo o juiz dar pela improcedência do pedido, e

Por outro lado, entende de maneira diferente Alexandre Freitas Câmara:

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indistigável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tem o direito material.

Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido.

Como se comportará a teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo carecedor de ação? Ao afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores desta teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade, em caso contrário, chagar-se-ia à conclusão de que só preenche as condições da ação quem fizer jus a um pronunciamento jurisdicional favorável.

Desta forma, a solução desta questão passa pela infundável discussão acerca da teoria da asserção, pois, se adotada a teoria em questão e presente o interesse de agir no momento da propositura da ação, o juiz não poderia extinguir o processo com base no 267 do Código de Processo Civil, mas em caso de não aceitação dessa teoria, nada impede a extinção do feito.

Mas, embora não se tenha certeza da adoção dessa teoria, de uma coisa temos a certeza, os juízes não poderão extinguir o feito por falta de interesse de agir, dada a determinação do CNJ.

Mas, as partes poderão ter seu processo extinto, se assim quiserem, optando

não pela carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.” Não nos parece que tenha sido acolhida entre nós a teoria da asserção. Ao contrário, as condições da ação devem ser examinadas não apenas pelo que consta da petição inicial, mas por tudo aquilo que foi trazido aos autos pelas partes. Assim, no exemplo anterior, se constatado que a dívida é de jogo, ainda que isso não figure na inicial, a sentença deverá ser de carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, e não de improcedência. Essa nos parece a posição mais acertada. O acolhimento de uma ou outra das teorias repercutirá na avaliação acerca da existência ou não da ação. Admitida a teoria da asserção, no exemplo da dívida de jogo cuja origem foi comprovada ao longo da instrução, a sentença será de improcedência. Terá havido, portanto, resposta de mérito e exercício do direito de ação. Admitida a teoria do exame em concreto das condições da ação, a sentença será de extinção sem resolução de mérito, e não terá havido o exercício do direito de ação. Desnecessário demonstrar, ainda, a repercussão do acolhimento de uma ou outra, na formação da coisa julgada material, própria apenas das sentenças de mérito.

pela via extrajudicial, a qualquer momento.

4.12 Há necessidade de apresentação de procuração pelo advogado?

Há o entendimento de que não é necessária a exigência de procuração do advogado que esteja assistindo as partes, como se mostra no artigo 8º da Resolução: “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”

Tal já era, porém, o entendimento da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Geral o qual mediante o provimento 164 de 2007 expunha que

Art. 3º Em quaisquer dos atos referidos no art. 1º e §§ 1º e 2º deste Provimento, é necessária a assistência das partes interessadas por advogado comum ou advogados de cada uma delas.

Parágrafo único. O tabelião de notas deverá fazer constar da escritura o nome do advogado e o número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, cuja assinatura será aposta na escritura juntamente com as das partes, sem a necessidade de exibição do instrumento de procuração.

Sendo assim, aparentemente não houve inovação no que diz respeito à necessidade de procuração para o advogado.

Pode-se acrescentar que a exigência ilegal de procuração ao advogado pode ensejar a impetração de Mandado de Segurança contra o Tabelião, nos termos da Lei 12.015/09, conforme ainda se verá em tópico específico.

5 A Escritura Pública

Uma vez vistos os principais aspectos a respeito do divórcio extrajudicial, convém analisar o instrumento pelo qual este toma forma: a escritura pública, bem como os requisitos para sua lavratura, e aspectos práticos como recolhimento de custas, tributos, entre outros.

5.1 O Conceito e as Regras Gerais acerca da Escritura Pública

Escritura pública é o ato notarial ligado à manifestação de vontade das partes, respeitados os requisitos legais.

Conforme aduz Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro, “a escritura pública é uma das formas de dar origem, alterar ou extinguir direitos”,¹²⁵ e porque não dizer que a escritura também é instrumento hábil a transferir os direitos subjetivos, da mesma forma.

Os requisitos de todos os tipos de escritura encontram-se no artigo 215 do Código Civil, na Lei nº 7.433/1985¹²⁶ e no Decreto Regulamentar nº 93.240/86¹²⁷.¹²⁸

¹²⁵ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Direito notarial e registral – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008,p. 223

¹²⁶ “Art 1º - Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.

§ 1º - O disposto nesta Lei se estende, onde couber, ao instrumento particular a que se refere o art. 61, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, modificada pela Lei nº 5.049, de 29 de Junho de 1966.

§ 2º - O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.

§ 3º - Obriga-se o Tabelião a manter, em Cartório, os documentos e certidões de que trata o parágrafo anterior, no original ou em cópias autenticadas.

Art 2º - Ficam dispensados, na escritura pública de imóveis urbanos, sua descrição e caracterização, desde que constem, estes elementos, da certidão do Cartório do Registro de Imóveis.

§ 1º - Na hipótese prevista neste artigo, o instrumento consignará exclusivamente o número do registro ou matrícula no Registro de Imóveis, sua completa localização, logradouro, número, bairro, cidade, Estado e os documentos e certidões constantes do § 2º do art. 1º desta mesma Lei.

§ 2º - Para os fins do disposto no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, modificada pela Lei nº 7.182, de 27 de março de 1984, considerar-se-á prova de quitação a declaração feita pelo alienante ou seu procurador, sob as penas da Lei, a ser expressamente consignada nos instrumentos de alienação ou de transferência de direitos.

Art 3º - Esta Lei será aplicada, no que couber, aos casos em que o instrumento público recair sobre coisas ou bens cuja aquisição haja sido feita através de documento não sujeito a matrícula no

Registro de Imóveis.

Art 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art 5º - Revogam-se as disposições em contrário.”

¹²⁷ Art 1º Para a lavratura de atos notariais, relativos a imóveis, serão apresentados os seguintes documentos e certidões:

I - os documentos de identificação das partes e das demais pessoas que comparecerem na escritura pública, quando julgados necessários pelo Tabelião;

II - o comprovante do pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos, quando incidente sobre o ato, ressalvadas as hipóteses em que a lei autorize a efetivação do pagamento após a sua lavratura;

III - as certidões fiscais, assim entendidas:

a) em relação aos imóveis urbanos, as certidões referentes aos tributos que incidam sobre o imóvel, observado o disposto no § 2º, deste artigo;

b) em relação aos imóveis rurais, o Certificado de Cadastro emitido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, com a prova de quitação do último Imposto Territorial Rural lançado ou, quando o prazo para o seu pagamento ainda não tenha vencido, do Imposto Territorial Rural correspondente ao exercício imediatamente anterior;

IV - a certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e a de ônus reais, expedidas pelo Registro de Imóveis competente, cujo prazo de validade, para este fim, será de 30 (trinta) dias;

V - os demais documentos e certidões, cuja apresentação seja exigida por lei.

§ 1º O Tabelião consignará na escritura pública a apresentação dos documentos e das certidões mencionadas nos incisos II, III, IV e V, deste artigo.

§ 2º As certidões referidas na letra a, do inciso III, deste artigo, somente serão exigidas para a lavratura das escrituras públicas que impliquem a transferência de domínio e a sua apresentação poderá ser dispensada pelo adquirente que, neste caso, responderá, nos termos da lei, pelo pagamento dos débitos fiscais existentes.

§ 3º A apresentação das certidões previstas no inciso IV, deste artigo, não eximirá o outorgante da obrigação de declarar na escritura pública, sob pena de responsabilidade civil e penal, a existência de outras ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e de outros ônus reais incidentes sobre o mesmo.

Art 2º O Tabelião fica desobrigado de manter, em cartório, o original ou cópias autenticadas das certidões mencionadas nos incisos III e IV, do artigo 1º, desde que transcreva na escritura pública os elementos necessários à sua identificação, devendo, neste caso, as certidões acompanhar o traslado da escritura.

Art 3º Na escritura pública relativa a imóvel urbano cuja descrição e caracterização conste da certidão do Registro de Imóveis, o instrumento poderá consignar, a critério do Tabelião, exclusivamente o número do registro ou matrícula no Registro de Imóveis, sua completa localização, logradouro, número, bairro, cidade, Estado e os documentos e certidões mencionados nos incisos II, III, IV e V, do artigo 1º.

Art 4º As disposições deste decreto aplicam-se, no que couberem, ao instrumento particular previsto no artigo 61, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, modificada pela Lei nº 5.049, de 29 de junho de 1966, ao qual se anexarão os documentos e as certidões apresentadas.

Art 5º Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de setembro de 1986; 165º da Independência e 98º da República.

¹²⁸ Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do

Importante notar que o Código Civil se preocupou com a situação em que qualquer dos comparecentes não sabe a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa o comparecente. Neste caso, deverá ser chamado um tradutor público para servir de intérprete no ato.

Caso não haja na localidade um tradutor, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes poderá fazer as vezes de tradutor. Em nosso entender, nos casos de divórcio e separação judicial, nada obsta aplicação desta regra, uma vez que é direito das partes comparecerem para que acompanhem a lavratura, e mesmo que não o façam devem enviar procurador, não seria razoável que se aceitasse que a parte estivesse no cartório de corpo presente sem, no entanto, compreender o que se passa a sua frente e o envolve como sujeito e direito.

Em relação à exigência de data e local de sua realização da escritura publica, a doutrina informa que tal requisito surge na Antiguidade, pois em tal época era muito comum a ocorrência de fraudes, seja ante-datando seja pós-datando os documentos que eram produzidos.¹²⁹ Desta forma, tal preocupação foi transportada ao longo dos séculos e não nos espanta que o Código Civil tenha dedicado um capítulo próprio para as provas, em que se ocupa e prescrever disposições para preceituar o que

outro cônjuge e filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;

VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

¹²⁹ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Direito notarial e registral – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 224

deve conter em uma escritura pública, pois como documento carregado de fé pública e presunção de veracidade e legitimidade é imprescindível que constem algumas informações sobre o negócio jurídico para futura produção de prova.

Importante notar também que, como medida de segurança, adotou-se como método a transcrição da data por extenso.

Ainda é necessário salientar que, muito embora a esta regra seja redundância do Código Civil (artigos 3º e 4º), as partes devem ser capazes. Tal requisito não foi repetido pela Lei 11.441/07 por uma questão lógica. O casamento como ato da vida civil só pode ser contraído por pessoas capazes.

Excepcionalmente, o código civil dá àqueles que almejam alcançar o matrimônio antes da idade, o direito de se casarem.¹³⁰

Ora, logo o casamento, em regra, já é ato para os civilmente capazes e ainda aqueles que não possuíssem a maioridade, após celebrado o casamento, já a teriam, conforme o artigo 5º do Código Civil:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Logo, o divórcio e separação são atos que somente os capazes podem requerer, devido às disposições do Código Civil. Convém lembrar que, na lição de Pablo Stolze, mesmo com a dissolução da sociedade conjugal, permanece a

¹³⁰ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

E ainda:

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez

capacidade civil.¹³¹

Quanto à identificação dos comparecentes, quando um deles não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas desde que estas o conheçam e atestem a sua verdadeira identidade.¹³²

5.2 Requisitos para o Divórcio ou Separação Extrajudicial

Os requisitos encontram-se no artigo 1.124-A, os quais traz-se à análise neste momento:

Art. 1.124-A. 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.

Desta forma, destaca-se como requisitos:

a) inexistência de filhos menores ou incapazes

Cumpre-nos lembrar que a incapacidade é regulamentada pelo Código Civil, na maioria dos casos.¹³³

¹³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil, Vol. I - Parte Geral*, 12ª ed. Editora Saraiva, 2010, p. 152

¹³² Código Civil, Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

[...]§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

¹³³ Há que se consignar que a capacidade de uma maneira geral encontra-se regulamentada pelo Código Civil, todavia, não podemos olvidar que em algumas leis trata-se da capacidade civil, v.g., o Estatuto do Índio: “Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos

Na presença de filhos tanto relativamente incapazes como absolutamente incapazes cônjuges não poderão se divorciar pela via administrativa. Deverão neste caso optar pelo processo de divórcio ou separação nos termos do Código de Processo Civil

As relações práticas cotidianas demonstram que algumas questões podem discutíveis podem surgir em relação à Lei 11.441/07 no que tange a presença de incapazes.

A primeira delas diz respeito à faculdade de um casal se separar ou divorciar-se no caso da mulher encontrar-se gestante.

Numa análise à Lei 11.441/07, vê-se que as partes estão limitadas apenas pela presença de filho menor. Desta forma, se o feto ainda não nasceu não haveria que se falar na presença de filho menor.

Todavia, o artigo 2º do Código Civil põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, levando uma parte da doutrina a equiparar o feto ao incapaz.

Deste entendimento compartilha Luís Gustavo dos Santos o qual afirma, baseado em Silvio de Salvo Venosa,¹³⁴ uma vez que a situação do nascituro é de direito eventual, isto é, um direito potencial, de formação, para quem ainda nem foi concebido.

Entretanto, a lei em comento não cita a situação da mulher grávida que

usos e costumes da comunhão nacional. Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil." (Lei Ordinária Federal nº 6.001/73)

¹³⁴ "a situação do nascituro remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem ainda nem foi concebido.

Entretanto, a lei em comento não faz qualquer menção à situação da mulher grávida que resolve separar-se de modo consensual. Ou seja: a lei é lacunosa, uma vez que não afirma categoricamente que, na hipótese de nascituro por ocasião da separação ou divórcio, o casal deverá buscar a tutela do Judiciário, mas apenas que, havendo filhos menores e incapazes, o procedimento será judicial.

O legislador dá destaque ao filho menor e/ou incapaz, esquecendo-se que no rol dos incapazes insere-se a figura do nascituro.

Certamente, a doutrina e a jurisprudência trilharão o entendimento de que, nos casos de ocorrência de gravidez, tanto a separação quanto o divórcio consensual somente serão possíveis com a intervenção do Ministério Público e do órgão julgador. Esta deverá ser a tendência, justamente por aquilo que Venosa chama de direito eventual. Havendo para o nascituro uma expectativa de direito, analogicamente, aplica-se-lhe a mesma regra incidente sobre o menor ou incapaz. Em síntese, o procedimento será judicial." SANTOS, Luiz Gustavo. *A Situação do Nascituro Frente a Lei 11.441/07*. Disponível em : <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=336&option=com_content&task=view>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

resolve separar-se de modo consensual. Não afirma categoricamente que, na hipótese de nascituro por ocasião da separação ou divórcio, o casal deverá buscar a tutela do Judiciário, limitando-se apenas a figura dos filhos menores e/ou incapazes, o procedimento será judicial.

Uma possível solução para o autor, a ser avençada pela doutrina e jurisprudência será de que, nos casos de ocorrência de gravidez, tanto a separação quanto o divórcio consensual somente serão possíveis com a intervenção do Ministério Público e do órgão julgador. Esta deverá ser a tendência, justamente por aquilo que Venosa chama de direito eventual. Havendo para o nascituro uma expectativa de direito, analogicamente, aplica-se-lhe a mesma regra incidente sobre o menor ou incapaz. Em síntese, o procedimento será judicial.¹³⁵

No entanto, há que se consignar que a gravidez não é necessariamente a existência de filho menor e que por vezes a gravidez não gera frutos, por acidente naturais, abortos espontâneos e outras vicissitudes, lembrando sempre que nestes casos e até mesmo nos casos em que a gravidez gera frutos, devemos optar pelo procedimento judicial, tudo para preservar os direitos do nascituro, optando por seguir a mesma linha utilizada pelo Código Civil que como já mencionado preserva os direitos dos menores e/ou incapazes.

Outra questão que pode ser arguida acerca da incapacidade é se a existência de filho menor, porém emancipado, obsta a lavratura da escritura pública.

Antes, devem-se lembrar as causas autorizadoras de emancipação esculpidas no artigo 5º da Carta Civil:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.
Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
II - pelo casamento;
III - pelo exercício de emprego público efetivo;
IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;
V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com

¹³⁵ SANTOS, Luiz Gustavo. *A Situação do Nascituro Frente a Lei 11.441/07*. Disponível em : <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=336&option=com_content&task=view>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

dezesseis anos completos tenha economia própria.

Não é possível vislumbrar nenhum impedimento, nos casos de emancipação do artigo 5º, inciso II, III, IV e V, também não há o que impeça a escritura na presença de menor emancipado por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos, pois, nestes casos o menor já não é mais mero espectador do mundo, mas sim sujeito de direito com plena capacidade podendo defender seus interesses em juízo, com auxílio, inclusive, da defensoria pública.

Todavia, se por acaso um casal emancipar seu filho de 16 anos apenas para que seja possível o divórcio consensual extrajudicial, haveria alguma fraude?

Obviamente, não há que se falar em ilegalidade nem sequer em fraude, pois o próprio Código permite a emancipação é por que o menor de idade já possui discernimento para obtê-la, sendo, portanto, possível a lavratura da escritura, ainda que haja menor emancipado.

b) Observados os requisitos legais quanto aos prazos

A presente disposição encontra-se prejudicada pela Emenda Constitucional de nº 66/2010. Certo é que a Emenda aboliu os prazos para o divórcio, podendo este ser conseguido de maneira direta, sem necessidade de prazo algum.

Poderia se avançar, *ab absurdo*, que as disposições constitucionais seriam normas de eficácia limitada e que, portanto, dependeriam de lei, e que assim ainda valeriam as exigências de prazo.

Porém, com todo o respeito, não é esse o melhor entendimento, uma vez que, a EC nº 66 não fez qualquer menção à lei, nem a qualquer limite, desta forma a emenda vale sem que a regule, sendo, portanto norma de eficácia plena. A respeito da Emenda constitucional, reporta-se o leitor ao exposto no capítulo segundo deste trabalho, onde já foram debatidas e analisadas as questões referentes à emenda e, inclusive, o cuidado do poder legislativo federal em suprimir da emenda do artigo 266, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil a expressão “nos termos da lei” para que esta emenda fosse desde já válida.

c) 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.

A doutrina vem entendendo que este não seria um requisito, podendo as partes, posteriormente, discutir assuntos tais com partilha de bens, pensão alimentícia. Ainda neste capítulo, analisaremos as possibilidades dos divorciantes no que toca estes assuntos, ou seja, o que deverá constar e o que pode ser discutido posteriormente.

Por ora, serão apenas analisadas as posições doutrinárias acerca da obrigatoriedade, ou não, de já no momento do divórcio estarem presentes as disposições acerca do nome, alimentos e partilha de bens.

O primeiro a se manifestar a respeito do assunto é Carlos Roberto Gonçalves para quem a omissão dos consortes sobre a guarda dos filhos não é obstáculo à homologação judicial da separação consensual. Para o jurista, “as partes podem optar em partilhar os bens ou resolver sobre a pensão alimentícia, a posteriori” e ainda “o juiz, deduzindo que os genitores não chegaram a um consenso a esse respeito, simplesmente homologará a separação por eles requerida.”¹³⁶

Tal entendimento encontra supedâneo no artigo 1.581 do Código Civil: “O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”, bem como a súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.”

Segundo a doutrina, embora se refiram ao divórcio, nada obsta que se apliquem à separação consensual. E na ocasião de nada dispuserem sobre a partilha, o patrimônio será de propriedade de ambos, em regime de condomínio, até que se partilhem os bens.

d) Acompanhamento por um advogado

Como já foi dito, é necessário que o advogado ampare as partes. Também é consenso na doutrina que não se faz preciso que cada um dos divorciandos esteja assistido por um advogado, podendo haver apenas um advogado para ambos.

Em relação ao advogado, já foram analisadas questões referentes à sua presença no capítulo anterior.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* p.236

5.3 Documentação Necessária

No âmbito cartorário, alguns documentos são exigidos dos comparecentes, para que logrem êxito em lavrar a sua escritura pública de divórcio, a saber:

a) Certidão de casamento atualizada

Frise-se que de um Estado para o outro a quantidade de dias que foi expedida a certidão pode mudar a exemplo do que acontece em São Paulo que, conforme Portaria 01/2007 a certidão deve ter até noventa dias, enquanto que no Rio Grande do Sul a certidão deve ter, no máximo, sessenta dias de expedição, segundo a norma extraída do artigo 134, § 7º da Consolidação Normativa Notarial e de Registro, por analogia.

A certidão é fornecida pelo cartório de registro de pessoas naturais onde o casamento foi averbado.

b) Carteira de Identidade e documento de Cadastro de Pessoa Física.

Mostram-se importantes os presentes documentos para que os tabeliães possam verificar se, de fato, aqueles que dizem serem os casados realmente são quem estão alegando ser, evitando suposta fraude. Também, em nosso ponto de vista, se faz necessária a apresentação destes documentos por parte do procurador, bem como o seu instrumento que comprove seus poderes, em caso de separação por procuração.

c) Certidão de nascimento dos filhos, caso haja, para a verificação da idade

Uma vez que a existência de filhos menores impede a lavratura da escritura pública de divórcio e separação, na presença de filhos, cumpre ao casal demonstrar que estes já são maiores.

Este documento poderá ser substituído por um que comprove a emancipação podendo ser sentença ou certidão a variar a espécie de emancipação.

d) Pacto Antinupcial

A apresentação de pacto antinupcial não é necessariamente obrigatória, está condicionada a sua existência.

No entanto mostra-se útil e indispensável para que o notário saiba das condições do casamento.

e) Documentação comprobatória de propriedade e de direitos sobre qualquer espécie de bens

Observa-se que, conforme já foi visto acima, é desnecessária a apresentação de procuração por parte do advogado.

Note-se ainda que, havendo partilha de bens, deve ser juntada também a certidão de propriedade dos imóveis. Caso os divorciantes possuam bens móveis, como por exemplo, veículos ou dinheiro em conta, devem ser juntados documentos que comprovem suas existências, bem como, havendo direitos em comum devem estes ser comprovados.

5.4 Nome do Divorciando

Dispõe a Lei 6.515/77 que a sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que possuía antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se as alterações para o nome antigo nome de solteira acarretarem evidente prejuízo para a sua identificação ou manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida ou, ainda causar a esta dano grave reconhecido por decisão judicial.¹³⁷

¹³⁷ Art. 25. Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se alteração prevista neste artigo acarretar: (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.408, de 13.2.1992)

I - evidente prejuízo para a sua identificação; (Inciso incluído pela Lei nº 8.408, de 13.2.1992)

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida; (Inciso incluído pela Lei nº 8.408, de 13.2.1992)

III - dano grave reconhecido em decisão judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 8.408, de 13.2.1992)

Não custa lembrar que a não disposição a respeito da manutenção do nome de casado não invalida a escritura pública. Neste caso, presume-se mantido.

5.5 Pensão Alimentícia

Se, por acaso, um dos cônjuges precisar de auxílio para depois do fim do casamento, deve ser atribuída a este, em ação própria, uma pensão alimentícia a ser recebida, valendo lembrar que a não referência ao eventual pagamento de pensão alimentícia não impede a lavratura da escritura.¹³⁸

Por outro lado, também não há óbice para a lavratura da escritura pública o fato de que os ex-cônjuges já tenham negocialmente fixado um valor de pensão em favor de um dos outros.

Explica Maria Berenice Dias que tanto a sentença, quando a escritura pública e ainda o documento particular assinado por duas testemunhas e o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou advogado servem como título executivo extrajudicial.¹³⁹

Indaga-se, então, se caberia prisão por dívida de alimentos fixados em escritura pública.

Tratando do tema, Yussef Said Cahali ensina que o magistrado deve decretar a prisão civil por alimentos, por até 60 dias, se os alimentos definitivos estiverem fixados por sentença ou fixados em acordo, o que nos faz crer que não somente o acordo em escritura, mas também documento particular assinado por duas testemunhas e o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou advogado.¹⁴⁰

No entanto há corrente que defenda a sua não possibilidade é o caso da Dra. Marlise Beatriz Kraemer Vieira:

“o artigo 733 do C.P.C., que disciplina a executiva por dívida alimentar, sob

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. op.cit. p.236

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice, op.cit.p.498

¹⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. *Alimentos*. In Enciclopédia Saraiva de Direito.v. 6; p.135

pena de prisão, expressamente refere a sentença ou decisão, ou seja, a fixação alimentar ou o acordo que os estabeleceu necessariamente tem de passar sob o crivo do Judiciário. Logo, como a escritura pública que trata da separação de um casal não é encaminhada ao Judiciário, inexistente no caso uma decisão ou uma sentença".¹⁴¹

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito, conforme se mostra:

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.(STJ, HC nº 22401. T-3. Rel. Carlos Alberto Meneses. DJ. 30.09.02).¹⁴²

Porém, em pesquisa mais recente, verificamos um novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que segue abaixo:

RECURSO ESPECIAL- PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS REFERENDADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL - AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL - OBSERVÂNCIA DO RITO DO ARTIGO 733 E SEQUENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Diante da essencialidade do crédito alimentar, a lei processual civil acresce ao procedimento comum algumas peculiaridades tendentes a facilitar o pagamento do débito, dentre as quais destaca-se a possibilidade de a autoridade judicial determinar a prisão do devedor.
2. O acordo referendado pela Defensoria Pública estadual, além de se configurar como título executivo, pode ser executado sob pena de

¹⁴¹ Apud PARREIRA, Antonio Carlos. *A Lei nº 11.441 e a possibilidade de prisão por dívida alimentar*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1358, 21 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9630>>. Acesso em: 21 ago. 2011.

¹⁴² SOUZA FILHO, Luciano Marinho de B. E.. *Breves considerações acerca da prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 182, 4 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4670>>. Acesso em: 20 ago. 2011. Em nova pesquisa de jurisprudência feita em 23 de outubro de 2011, apresentou como único resultado o presente acórdão aqui colacionado. Muito embora seja um acórdão anterior à Lei 11.441/07, pode ser percebida a tendência. No entanto, há que se ressaltar que a lei foi promulgada à menos de quatro anos e recentemente vem se destacando posições favoráveis a prisão civil, diversa da já proclamada pelo referido órgão.

prisão civil.

3. A tensão que se estabelece entre a tutela do credor alimentar versus o direito de liberdade do devedor dos alimentos resolve-se, em um juízo de ponderação de valores, em favor do suprimento de alimentos a quem deles necessita.

4. Recurso especial provido. (STJ, Resp nº 1117639.T-4.Rel.Massami Uyeda.DJ 21.02.2011).

Bem como há entendimento de que seria possível a constrição ao direito de locomoção:¹⁴³

Também, antagonicamente à jurisprudência dominante, entendemos possível a coação especial baseada em título executivo não judicial. Destaque-se que não há na legislação qualquer especificidade quanto a essa limitação, senão, permissa maxima venia, quando se submete a legislação consolidada a uma interpretação 'literal-restritivo-distorcida' dos termos "decisão ou sentença" – presente(s) no art. 733 do CPC. Com a adoção da medida, ademais, não existe qualquer afastamento que prejudique o controle desses casos pelo judiciário, ou invasão de conteúdo judicante, mas estrita obediência à legislação positivada.¹⁴⁴

Por fim, vale lembrar que a pensão pode ser fixada ao ex-conjuge ou aos filhos.

Agora, as partes podem renunciar aos alimentos?

A questão a nosso ver parece apaziguada pela súmula nº 379 do Supremo Tribunal Federal: “No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.”

Da mesma maneira, o Art. 1.707 preceitua que: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

No entanto, cumpre-nos citar a opinião divergente de ARNALDO RIZZARDO, para quem uma vez extinta a sociedade conjugal e dela não remanescendo alimentos, tornava-se perfeitamente renunciável o direito a alimentos, não podendo o ex-cônjuge postulá-los depois da homologação do acordo de sua separação, salvo

¹⁴³ Maria Berenice Dias também compactua da possibilidade de prisão do devedor de alimentos em escritura pública (op.cit. p.490)

¹⁴⁴ Idem, ibidem.

provando haver sua renúncia se assentado em erro de sua parte ou em dolo do seu marido.¹⁴⁵

Outra questão que pode ser levantada a respeito de escritura pública e alimentos é se as partes que fixam prestações alimentícias em escritura podem ou não alterar as cláusulas de obrigações alimentares.

Quanto a isto, estabeleceu a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo na orientação 5.14 ser admissível a retificação das cláusulas de obrigações alimentares desde que haja consenso entre as partes.

Caso não haja tal consenso, a parte poderá interpor uma ação revisional de alimentos para que tenha sua dívida diminuída ou seu direito aumentado.

Outra questão surge em relação ao desconto em folha.

Seria possível realizar o desconto em folha de pagamento com a exibição ou a entrega da escritura pública no departamento competente do trabalho do devedor. Nada impede, ao nosso ver, que seja feito o desconto de folha de pagamento, desde que as partes consentam com o avençado.

Para nós, trata-se de questão que esta na esfera da autonomia da vontade das partes sendo que não há o que possa opor-se a respeito do desconto em folha de pagamento autorizado.

5.6 Partilha de Bens

É importante ressaltar que a partilha de bens aqui tratada não corresponde à Partilha de bens extrajudicial em ocasião do evento morte. Esta partilha de bens se dá no bojo da separação ou divórcio

Quando na separação consensual os cônjuges não chegam a um consenso sobre o destino de seus bens, a partilha seguirá o rito do inventário e do arrolamento. Caso haja consenso, já poderá ser feita por escritura pública.

Uma questão interessante surge quando da aplicação do direito de habitação ao ex-cônjuge.

¹⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Certo que quando um bem por ocasião da partilha é vendido, seu montante é repartido entre os participantes dela. Muitas vezes com o dinheiro advindo não é possível conseguir um outro imóvel. Por isso há o direito de habitação e sua consequente impossibilidade de retirada do ex-conjuge do imóvel de sua moradia. Mas, um instituto de direito das sucessões pode ser aplicado ao divórcio e separação?

Maria Berenice Dias afirma que o direito real de habitação, muito embora seja instituto de direito sucessório, pode ser aplicado a casos de separação consensual, quando o cônjuge quer permanecer na residência e não tem condições de seguir outro lugar para morar.¹⁴⁶

Haja vista que a jurisprudência acompanha este entendimento, conforme se mostra:

1621034800 Relator(a): Antonio Celso Aguilar Cortez Data de registro: 17/11/2006 EMENTA: DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C.C PARTILHA - COMPROVADA A CONVIVÊNCIA 'MORE UXORIO' - INCABÍVEL, ENTRETANTO, PEDIDO DE MEAÇÃO - IMÓVEL ADQUIRIDO ANTERIORMENTE A CONVIVÊNCIA "MORE UXORIO" - BEM EXCLUÍDO DA COMUNHÃO - CONFERIDO DIREITO DE HABITAÇÃO À EX-COMPANHEIRA E À PROLE - SENTENÇA CONFIRMADA - APELO NÃO PROVIDO.

Poderá, ou não incidir tributos, como se verá.

5.7 Do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e do Imposto de Transmissão Causa Mortis e por Doação

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “havendo transmissão de propriedade entre os cônjuges, de bens do patrimônio separado, ou partilha de modo desigual do patrimônio comum: sujeitam-se eles ao recolhimento de tributo.¹⁴⁷” Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já editou súmula no mesmo sentido: “Súmula nº 116 de 13 de dezembro de 1963: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.”

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. op.cit, p.295

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op.cit. p.236

No caso de transmissão gratuita estará sujeito a ITCMD e no caso de transmissão onerosa será cobrado ITBI. Serão analisados estes tributos importantes para a lavratura da escritura pública.

5.7.1 O ITBI

Em relação ao ITBI, a constituição preceitua:

Art. 156 - "Compete aos Municípios instituir imposto sobre: (...)
II - transmissões inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição. (...)
§ 2º O imposto previsto no inciso II:
I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;
II - compete ao Município da situação do bem" (grifos nossos).

A sua base de cálculo é o valor venal dos bens imóveis transmitidos, caso a administração fazendária não concorde com o valor poderá arbitrá-lo.

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrar aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Assim, considerada a totalidade do patrimônio do casal (dinheiro, imóveis, automóveis, jóias, créditos, entre outros bens e direitos) se um cônjuge receber montante maior que seu ex-cônjuge e o outro pagando pela diferença, incidirá o imposto. Exemplo: casal divorciante, possui um patrimônio de R\$238.000,00 (duzentos e trinta e oito mil reais) A mulher que esta se divorciando fica com R\$100.000,00 (cem mil reais) e o ex-marido fica com um carro no valor de 138.000,00 (cento e trinta e oito mil reais). O homem paga R\$19.000,00 (dezenove

mil) à ex-mulher e sobre este valor incide o ITBI.¹⁴⁸

5.7.2 O ITCMD

Como pode ser percebido, o imposto acima tem sua incidência tão somente quando o ato de transferência é oneroso, no caso de disposição gratuita, incidira em seu lugar o ITCMD, o qual tem suas disposições também em nossa Constituição:

Art. 155 da CF/88: “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão ‘causa mortis’ e doação, de quaisquer bens ou direitos. (...)

§ 1º O imposto previsto no inciso I, ‘a’:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o ‘de cujus’ possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior;”

É imposto de natureza Estadual, e Sabbag explica sua base de cálculo:

Consoante a dicção do art. 35 do CTN, será o valor venal dos bens ou direitos transmitidos e da doação. Em princípio, representará o valor de mercado do bem objeto da transmissão, não devendo superá-lo. O cálculo é feito sobre o valor dos bens na data da avaliação (Súmula no 113 do STF), observada a alíquota vigente na data da abertura da sucessão (Súmula no 112 do STF). Ademais, sabe-se que o imposto não é exigido antes da homologação do cálculo (Súmula no 114 do STF).¹⁴⁹

Desta forma, obteve-se, em linhas gerais, uma idéia dos impostos que podem eventualmente vir a incidir sobre a transmissão de bens em uma partilha feita por escritura pública de divórcio.

A incidência deste imposto se dá quando por ocasião da partilha de bens um dos cônjuges abre mão de parcela de bens que lhe cabia em prol do outro.

¹⁴⁸ LUZ, Valdemar P. da, *Dissolução do Casamento: Separação e divórcio judicial e extrajudicial (dissolução por escritura pública) Lei nº11.441 de 04.01.07-Florianópolis*: Editora Conceito, 2007, p.114

¹⁴⁹ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos de Direito Tributário*. 10ª edição, Editora Premier Máxima, 2009, p. 422.

Os bens são uma universalidade de direito. No entanto, quando da dissolução desta universalidade pode ocorrer o fato gerador do ITCMD, quando um dos cônjuges, que era proprietário de metade do patrimônio da sociedade conjugal, recebe uma parcela maior que o quinhão a que tinha direito. É preciso, também, que a parte que exceda a meação seja cedida graciosamente. Segundo o § 5º do artigo 2º da Lei 10.705/2000 e suas alterações, “estão compreendidos na incidência do imposto os bens que, na divisão de patrimônio comum, na partilha ou adjudicação, forem atribuídos a um dos cônjuges, a um dos conviventes, ou a qualquer herdeiro, acima da respectiva meação ou quinhão”.

6 Dissolução de entidades familiares constituídas de forma diversa do casamento

6.1 Da União Estável

Até o presente momento, tratou-se da dissolução do casamento em cartório. Agora, é momento de averiguar a sua possibilidade para as outras formas de dissolução de entidade familiar.

No bojo de nossa Constituição, reconheceu-se outra forma formação de família, diversas do casamento. Mas nem sempre foi assim.

Em rápida digressão histórica, é de fácil constatação o fato de que o Código Civil de 1916 era contrário a vínculos afetivos extramatrimoniais, não só porque não os previa, mas também porque vedava doações e a possibilidade de a concubina figurar como herdeira legatária.¹⁵⁰

No entanto tal ojeriza do código antigo não impedia as pessoas de entre si criarem laços. Tais laços recebera o rótulo de concubinato.

Naturalmente, estas relações também se findavam e acabavam sendo de conhecimento das autoridades judiciárias, que as tratavam como uma relação patrimonial insertas no direito das obrigações.¹⁵¹

Após, engendrou o entendimento de que as uniões estáveis não passavam de sociedades de fato, sendo certo também que para que houvesse divisão de bens era necessária a prova de ter contribuído a concubina financeiramente para a constituição do patrimônio. No entanto, ainda não possuía direitos sucessórios.¹⁵²

Com a constituição de 1988, passou-se a adotar o termo genérico entidade familiar e as sociedades de fato passaram a ser união estável.

A partir de então, duas leis surgiram: a 8.971/94 que assegurou direito de alimentos e sucessórios e a lei e Lei 9.278/94 que reconheceu a união estável.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28 ed. São Paulo –Saraiva, 2004, p.263

¹⁵¹ Idem, *Ibidem*.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p. 156

Após, o código civil entrou em vigor e dispôs:

Artigo 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

E as duas leis anteriores passaram a ser aplicadas subsidiariamente.

Entretanto, mais recentemente, nossa Constituição, mais precisamente em seu artigo 226, parágrafo terceiro, para efeitos da proteção do Estado, reconheceu a a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

6.1.1 Conceito

Maria Berenice Dias, em sua obra, afirma ser tarefa árdua conceituar União estável, pois não é fácil conceituar o que está sujeito a tantas transformações culturais e sociais.

Certo é que esta nasce da convivência e há “alguns elementos importantes para a configuração do concubinato são extraídos desse conceito (de união estável): fidelidade presumida dos concubinos, notoriedade e estabilidade da união, comunidade de vida e objetivo de constituição de família”.¹⁵³

Da mesma maneira, Carlos Roberto Gonçalves entende como requisitos objetivos para a constituição da união estável, na lição de Carlos Roberto Gonçalves, são a notoriedade, a estabilidade ou duração prolongada, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a relação monogâmica e a diversidade de sexos.¹⁵⁴

Maria Helena Diniz, ao seu turno, traz em sua obra um interessante conceito do instituto, um conceito por exclusão. Conceitua a união estável como sendo “uma união de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por

¹⁵³ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Concubinato e união estável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/545>>. Acesso em: 11 set. 2011.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. op.cit. p.

casamento civil.”¹⁵⁵

A união estável pode ser resultado da união de fato ou pode ser fruto de contrato de conveniência (termo empregado por Maria Berenice Dias). E dispõe o artigo 1.725 do Código Civil que serão aplicadas à união estável as regras do regime da comunhão parcial de bens.

Para que seja constituída uma união estável não é necessário nada além que a união dos conviventes. Todavia, a prática mostra que nestas uniões estáveis simplesmente constituídas de fato possuem o incrível inconveniente em sua prova, quando dela resulte algum direito para os conviventes.

Desta maneira, a precaução aconselha que se lavre uma escritura pública de união estável, para que depois não seja necessária a ação de reconhecimento de união estável.

6.1.2 Da dissolução de União Estável por escritura pública

Da mesma maneira que um casamento acaba, uma união estável também pode acabar. E desta dissolução, assim como da outra, direitos e deveres devem ser regulamentados.

Indaga-se, portanto, quais seriam os meios para a dissolução da união estável? O que há na legislação para que se dissolva esta entidade familiar?

Num primeiro momento, questiona-se se a escritura publica serviria para extinguir o vínculo entre os conviventes. Primeiramente, porque na lei processual só se encontra previsão para a separação e o divórcio, sendo que para a união estável estaria num primeiro momento, numa visão legalista, afastada a possibilidade de dissolução extrajudicial.¹⁵⁶

Aliás, pode ser interpretado como um reconhecimento desta corrente (que é legalista) o fato de que o projeto do novo Código de Processo Civil após a emenda

¹⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. op.cit. p. 373

¹⁵⁶ Art. 1.124-A. 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.

de número 66/2010 ter substituído a expressão “separação” por “dissolução de união estável”.

No entanto o Novo Código Civil aponta no sentido de ser possível a aplicação, por analogia, das disposições do casamento à união estável. Inteligência do artigo 1.725, a saber: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Ora, se há possibilidade de aplicar-se as disposições concernentes ao regimes de bem, não se vislumbra motivo para que não se aplique por analogia os dispositivos que findam o casamento extrajudicialmente, até porque trata-se, em ambos os casos, de entidades familiares, conforme a própria Constituição Federal preceitua.

A Lei de União Estável (Lei Ordinária Federal de número 9.278 criada no ano de 1996), em seu artigo 7º declara que Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Ressalte-se que o termo empregado, rescisão, parece sugerir que a união estável tem o caráter de contrato, haja vista que a rescisão é instituto de rescisão contratual.

No entanto, acredita-se, aqui, que não se pode retirar daí conclusões pois pode ter ocorrido uma verdadeira atecnia legislativa.

Mas não teria sido este o único momento que a Lei de União Estável tratou o instituto aqui estudado como um contrato. Assim o fez também no artigo 5º ao prescrever que “os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.¹⁵⁷

A relevância disto para o tema aqui desenvolvido é que o distrato pode ser feito na mesma forma que o contrato. Sendo a escritura pública uma das formas de

¹⁵⁷ RIBEIRO, Alex Sandro. União estável: dissolução e alimentos entre os companheiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3033>>. Acesso em: 13 set. 2011

reconhecimento de união estável, sua dissolução poderia ser feita da mesma forma, claro que se houver consenso.

Destaque-se, outrossim, que até hoje na doutrina e jurisprudência se discute se o casamento é um contrato, uma instituição ou ambos, sendo certo que esta discussão pode se refletir na união estável.

Mas, caso seja contrato, é impossível afirmar-se que não cabe distrato. “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”, nas palavras do artigo 472 do Código Civil.

Ora, se se pode constituir uma união estável por escritura pública, deve admitir como válida escritura pública declaratória de extinção de união estável. E isto não acarreta na proibição de busca da via judicial, trata-se tão-somente nova possibilidade aos conviventes, uma outra via mais rápida e tão eficaz quando a judicial. Ressalte-se também que “a escritura declaratória de extinção de união estável não fica adstrita somente aos casos em que existam bens a serem partilhados, eis que seus reflexos vão muito além e atingem principalmente a esfera previdenciária”. No entanto, caso não haja uma escritura de união estável, mesmo assim pode haver dissolução da união. “Assim, se a escritura declaratória de extinção de união estável não foi precedida de escritura de existência dessa união, aquela deverá iniciar por esta, ou seja, deixar evidente e comprovado com duas testemunhas, que houve efetivamente a união estável”, antes de inicial a declaração de extinção da união.¹⁵⁸

Além disto, não podem ser esquecidos os vetores que norteiam a Lei 11.441/07, dentre eles o objetivo “desafogar” o Poder Judiciário.

Então, por analogia ou por similitude na forma, crê-se que há possibilidade de dissolução em cartório.¹⁵⁹

¹⁵⁸ MEZZARI, Mario Pazutti. *União Estável*. Arpen Brasil, março 2009. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2178&Itemid=83> Acesso em 16 de set. de 2011

¹⁵⁹ Anote-se, porém, que, Maria Berenice Dias entende como impossível a interpretação analógica (Dias, 2009, p.171).

6.2 Da União Homoafetiva

A muito tempo os homossexuais aguardavam a declaração de seus direitos de poder se unir à pessoa amada.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal só tenha reconhecido tal direito em 2011, a doutrina, principalmente gaúcha, já reconhecia o direito desta minoria de poder se unir.

É válido destacar a posição de Maria Berenice Dias que já em 2009. À época, sustentava a autora que nem a constituição nem o Código Civil previam o casamento apenas para homem e mulher e diante desta ausência era possível ocorrer o casamento.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

E Código Civil:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

Haja vista que o artigo Art. 1.517 afirma que “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. Tenha-se presente a idéia que o artigo não propõe que homem e mulher podem se casar, mas que podem casar, sendo a melhor interpretação a que retira desde artigo a igualdade entre eles no que tange a capacidade nubente.

Cumpra nos lembrar também de uma decisão do TSE que reconheceu a união estável em relação à candidato homossexual:

Brasil. TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 24-564, acórdão publicado em sessão, em 1—10- 2004- Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

6.2.1 Do Reconhecimento da União Homoafetiva e ADI nº 4.277 e ADPF nº 132

No entanto, apesar dos avançados estudos do sul do país apenas este ano se reconheceram, através de decisão do Supremo Tribunal Federal que os homossexuais podem se unir.¹⁶¹

¹⁶¹ Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O julgamento começou na tarde de ontem (4), quando o relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Na sessão de quarta-feira, antes do relator, falaram os autores

Como fundamentos destacam-se que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, alegou-se que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal.

No entanto, os próprios ministros não chegaram em um consenso sobre a natureza jurídica da união homoafetiva, valendo esta para uns como união estável e para outros como novo instituto, chamado de união homoafetiva.

Agora, notam-se decisões esparsas pelo país convertendo a união estável em casamento. A primeira delas ocorreu no estado de São Paulo.

Um casal homossexual de Jacareí (SP) conseguiu no Poder Judiciário o direito de converter sua união estável em casamento. O juiz da causa Fernando Henrique Pinto, da 2.^a Vara da Família e das Sucessões, teve sua decisão registrada em 27 de junho de 2011.

O casal que conseguiu a conversão, José Sérgio Sousa Moresi e Luiz André Sousa Moresi, de Jacareí, no Vale do Paraíba, retiraram no Dia Mundial do Orgulho LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a certidão de casamento civil, sob o regime de comunhão parcial de bens, num cartório da cidade. Eles estão juntos há oito anos e só haviam conseguido oficializar a união estável em maio, após decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que equiparou a união

das duas ações – o procurador-geral da República e o governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio de seu representante –, o advogado-geral da União e advogados de diversas entidades, admitidas como amici curiae (amigos da Corte). A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. (fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>)

estável homossexual à heterossexual.¹⁶²

Conforme o texto da própria Constituição, é reconhecida a união estável “como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

No entanto, uma semana antes, um pedido do casal Lula Ramires e Guilherme Amaral Nunes de conversão do contrato de união estável para casamento foi negado pela juíza Renata Mota Maciel, na cidade de São Paulo. O Ministério Público também havia emitido parecer desfavorável.

Um dia depois, juíza Junia de Souza Antunes, da 4ª Vara de Família de Brasília, reconheceu a união estável homoafetiva entre duas mulheres e a converteu em casamento civil.¹⁶³

E uma semana depois, em 2 de agosto de 2011, a Justiça de Pernambuco fez o primeiro casamento entre pessoas do mesmo sexo no Estado. O juiz da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca do Recife, Glicério Bezerra e Silva, decidiu em sentença a conversão uma união homoafetiva em casamento civil. Esse foi o primeiro ato jurídico no Estado de Pernambuco que validou um casamento homoafetivo.

E a jurisprudência vai tomando cada vez mais corpo neste sentido, sendo certo que, em breve haverão divórcios de casamentos homoafetivos.

E como há quem afirme que direitos dos casais heterossexuais agora podem ser estendidos aos homossexuais, tais como adoção, por exemplo, não haverá óbice em se desfazer o casamento por escritura publica o que só não será possível se o casal tiver adotado uma criança ainda menor.

6.2.2 Dissolução de união homoafetiva

Como pressuposto lógico da dissolução de uma entidade familiar, basta estar unido.

Apesar de ainda estarem se formando uniões estáveis homossexuais e os

¹⁶² Segundo notícia, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,juiz-converte-uniao-estavel-em-primeiro-casamento-civil-gay-no-brasil,737759,0.htm>>. Acesso em 16 de set. de 2011

¹⁶³ Notícia disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-28/juiza-df-converte-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

juízes, ainda timidamente a convertendo-nas em casamento, isto quando as convertem, não é absurdo dizer-se que em breve haverá dissoluções das uniões e divórcios dos casamentos convertidos.

No entanto, deve-se atentar para a divergência em relação da natureza jurídica da união homoafetiva, sendo certo que, caso se decida por sendo uma união estável nos exatos moldes da união heterossexual, não haverá nenhum impedimento para a dissolução em cartório.

Já, se entender-se que a natureza jurídica é diversa e isto acarrete algum impedimento para ocorrer a dissolução em cartório, deverá, em nosso entender, ser efetivada por meio de lei este direito dos homossexuais.

Por enquanto, aguarda-se a manifestação do Congresso Nacional, com lei específica que regulamente a União Homoafetiva ou do Supremo Tribunal Federal no sentido de estabelecer o regime jurídico destas uniões homoafetivas.

Mas, claro, enquanto há este vazio legislativo, caso casais homossexuais queiram se separar, não se pode negar-lhes a liberdade de correrem atrás de sua felicidade. Deve receber a união homoafetiva o mesmo tratamento da União estável, até porque na votação da ADI e ADPF a maioria entendeu ser possível a União Estável entre Homossexuais.

7 Conclusão

A Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 alterou os artigos do Código de Processo Civil, permitindo que a separação e o divórcio fossem feitos por escritura pública.

Como foi dito, tal mudança vêm sendo elogiada pela doutrina por trazer um meio veloz, tão eficaz quanto os outros e bem menos oneroso, atendendo ao desejo da população e desafogando o Poder Judiciário de um montante considerável de processos de Jurisdição Voluntária.

Não há como se negar que a lei alcançou seu objetivo. Ela tem cumprido bem o seu papel de alternativa à via judicial. De fato, são numerosos os casos que são resolvidos por escritura pública e os juizes, assim, podem concentrar suas energias onde realmente haja litígio.

Luiz Carlos Weizmann informa que no âmbito notarial as inovações trazidas pela Lei 11.441/07 foram “recebidas como o reconhecimento da importância do notário no contexto social” pois este recebeu a incumbência de substituir a atividade jurisdicional nas questões versadas pela lei.

A lei alcançou tal mérito que encadeou o início de estudos para a ampliação de sua aplicação, sendo certo que já se fazem dissoluções de união estável, ainda que não haja lei possibilitando isto. Mas, como foi visto o Novo Código de Processo Civil expressamente prevê a possibilidade de dissolução extrajudicial da União estável

Gerou, outrossim, novos projetos. Dentre eles cabe destacar o Projeto de Lei nº 791 de 2007, proposto pelo Deputado Walter Ihoshi do Partido Democrata de São Paulo prevê a alteração do artigo 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para a seguinte redação:

“Art. 18(...)

§ 1º As autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública 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.

§ 2º É dispensada a participação de advogado no ato de lavratura da

escritura pública de que trata o § 1º deste artigo (NR).”

Conforme o próprio deputado proponente, em justificção, que a Lei 11.441/07 “restou silente no que tange à possibilidade de a separação ou o divórcio consensuais de brasileiros no exterior serem realizados perante as autoridades consulares brasileiras”.¹⁶⁴

Os registros civis ou notariais seriam lançados nos livros consulares e assim, a partir de então, as partes estariam divorciadas.

O projeto visa “atender à circunstância de ausência do Brasil das partes interessadas e têm plena validade enquanto estas se encontrarem no exterior” conforme a justificção do projeto.

Esta proposição tem por escopo beneficiar os brasileiros que se estão residindo fora do país, estendendo a eles os benefícios da Lei nº 11.441, de 2007.

Mas, se por um lado a ideia da lei é ótima, por outro lado a lei é lacônica. Como foi analisado no capítulo quatro, formas muitos os pontos em que a lei deixou dúvidas.

Por certo, uma lei de apenas alguns artigos não poderiam prever exaustivamente um instituto importante como a escritura pública de divórcio. Desta maneira, o Conselho Nacional de Justiça se viu obrigado a editar a resolução nº 35. As quais serão retomadas aqui:

Uma das lacunas deixadas pela Lei 11.441/07 foi a falta de previsão da aplicação, ou não, das regras de competência do Código de Processo Civil, em relação aos cartórios que lavrariam a escritura pública de divórcio e de separação consensual.

O CNJ decidiu que não se aplicam as regras de competência do CPC.

A Resolução de nº 35 do Conselho Nacional de Justiça determinou em seu artigo 2º que a escolha entre o procedimento extrajudicial e o judicial é facultativa às partes, in verbis:

“Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou

¹⁶⁴ Justificção legal do projeto de lei de iniciativa na Câmara dos Deputados nº791/07, disponível no site: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=348765>>.

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.”

Viu-se, também que a resolução determinou a desnecessidade de homologação judicial para a produção dos efeitos da dissolução, bem como a resolução dispensou a presença dos cônjuges, facultando o envio de representante.

Preceituou a ausência de sigilo nas escritura públicas de divórcio e de separação consensual.

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

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.

Mais uma lacuna foi deixada pela Lei n.º 11.441 de 2007, que permitiu que a separação e o divórcio consensuais fossem feitos em Cartório, extrajudicialmente, sem mencionar a respeito da reconciliação pelo mesmo procedimento.

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.

Mais uma dúvida, em âmbito judicial, surgiu sobre o que ocorreria com os processos de separação ou divórcios que estivessem tramitando e as partes tivessem os requisitos exigidos pela lei preenchidos.

E, por fim, destacou que o advogado não precisa de procuração para atuar em sede extrajudicial de divórcio.

Pode-se acrescentar que a exigência ilegal de procuração ao advogado pode ensejar a impetração de Mandado de Segurança contra o Tabelião.

Assim, concluímos que a soma das disposições do CNJ com os artigos do CPC e as normas das corregedorias constituem o sistema normativo suficiente para regular e dar operabilidade da separação e divórcios extrajudiciais, ainda que se

vislumbre melhoras nele.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueredo. **Escrituras e segredos de justiça**. Diário de Pernambuco, Recife, 11/02/07. Caderno Vida urbana, direito de família, p. C5.
- ALVIM, Arruda. **Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil**, in Revista de Processo. Coord.Teresa Arruda Alvim Wambier, nº191, São Paulo, ED. RT, jan.2011.
- CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Traduzido por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas : Servanda, 2000
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Vol. I**, 18ª ed., 2008
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6a ed., Coimbra: Almedina, 2002
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei nº. 11.441/2007. O Estado Do Paraná**, 19/07/2008. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248782/?noticia=SEPARACAO+E+DIVORCIO+EXTRAJUDICIAIS+PONTOS+POLEMICOS+DA+LEI+NO+114412007+III>>. Acesso em 15/07/2011
- CENEVIVA, Walter. **Lei de notários e dos registradores comentada** – São Paulo: Saraiva, 1996,
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Volume II. Campinas –SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002,
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, 9ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006
- COMEL, Denise Damo. **Divórcio imediato e normas remanescentes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2211, 21 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13194>>. Acesso em: 15/06/2011
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría General del Proceso**. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 4 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2007
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro**, vol. 5 – 25 ed. São Paulo: 2010
- DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil teoria Geraldo processo e processo de conhecimento**, Salvador, Editora Juspodivm, 2009
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições De Direito Processual Civil - VOL.1**. 6ed., 2009
- DOMINNI, Rogério José Ferraz. **Dissolução do vínculo conjugal: divórcio e suas modalidades – A proposta de emenda à Constituição para extinção da separação. In Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao**

professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi (orgs.). São Paulo: Atlas, 2010

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A desnecessidade de procedimento judicial para as ações de separação e divórcio consensuais e a nova sistemática da Lei nº11.441/07: o bem vencendo o mal.** Jus Podivm, 08/01/2007. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1470.html>. Acesso em: 15/07/2011.

GABURRI; Fernando. **Primeiros apontamentos sobre separação e divórcios extrajudiciais.**IBDFAM, 18/01/2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=255>>. Acesso em 15/08/2008

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, Vol. I - Parte Geral**, 12ª ed. Editora Saraiva, 2010, p. 152

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **O novo Divórcio:** Saraiva. 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol.6 – 8 ed. São Paulo, 2011

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, **Novo curso de direito processual civil**, v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil, volume 1: (teoria geral do processo a auxiliares da justiça)** – 22 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. I - Teoria Geral e Processo de Conhecimento**, 50ª ed., 2009

LEITE, Gisele. **Comentários A Lei 11.441/2007.** Webartigos.com. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/articles/5167/1/comentarios-a-lei114412007/pagina1.html>> . Acesso em 15/07/11.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências**, IBDFAM, 09/07/10. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 07/06/2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio e separação consensuais extrajudiciais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1433, 04/06/2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9970>>. Acesso em: 28/07/2011.

LUZ, Valdemar P. da, **Dissolução do Casamento: Separação e divórcio judicial e extrajudicial (dissolução por escritura pública) Lei nº11.441 de 04.01.07-** Florianópolis: Editora Conceito, 2007

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa Machado. Um novo Código de Processo Civil? disponível em : <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=5763>>Acesso em 16/09/2011

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009

Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo, Editora Malheiros, 30ª edição, 2005

MELO JR., Regn Roberto Marques de. *Da natureza jurídica dos emolumentos notariais e registrais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 591, 19 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6313>>. Acesso em: 17 jun. 2011

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição: São Paulo, Editora Saraiva, 2009

MORAIS JÚNIOR, Ívano José Genuino de. *Observância ou não ao segredo de justiça em sede de separações e divórcios realizados no procedimento extrajudicial - uma discussão inócua*. ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4117> Acesso em 28/07/2011

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**, 8a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004

NETO, Inácio de Carvalho. *Caducidade da separação de corpos*. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/zb198a.pdf>> Acesso em 11/06/2011

OLIVEIRA, César. *Nova lei de divórcio acaba com a separação judicial*. CONJUR, 17/07/2010, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>> Acesso em: 08/06/2011

OLIVEIRA, Euclides de. Em debate. In: Boletim IBDFAM. Belo Horizonte, jan.-fev./2007, v. 42, p. 4

OLIVEIRA, Eugênio Guedes de. *Separação e divórcio extrajudiciais: das serventias e do novo procedimento*. Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38724>> Acesso em: 27/06/2011

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, 2007

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito notarial e registral** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos de Direito Tributário**. 10ª edição, Editora Premier Máxima, 2009

SANTOS, Luiz Gustavo. A Situação do Nascituro Frente a Lei 11.441/07. disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=336&option=com_content&task=view>. Acesso em 25 de agosto de 2011

SANTOS, Moacir Amaral, **Primeiras Linhas De Direito Processual Civil, Volume 1** – 27 ed. São Paulo: Saraiva: 2010

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. IBDFAM, 21/01/07. Belo Horizonte, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=256>>. Acesso em 28/07/2011

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. *Ementário Consolidado das Decisões da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo: extrajudicial - biênio 2006/2007*. 2008. Disponível em: <<http://www.extrajudicial.tj.sp.gov.br/absp.org.br>>. Acesso em: 28/07/2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do Processo Cautelar** — Rio de Janeiro: Forense, 2001

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 796

a 889, v.11. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. p. 661.

SIMÃO, José Fernando Simão *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de Direito de Família*, IBDFAM, 16/07/10. Belo Horizonte, disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=636>>. Acesso em 15/06/2011

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Nova lei do divórcio não protege a família*, Consultor Jurídico, 17/07/10. São Paulo, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/leidivorcio-nao-protege-dignidade-membros-familia>>. Acesso em 15/06/2011

VALLE, Alexandre Magno Mendes do. *Instituto é independente*. Faculdade Católica de Uberlândia. 29/07/2010. Disponível em: <<http://www.catolicaonline.com.br/portal/noticias/instituto-e-independente-do-divorcio>> Acesso em 08/07/2011

VOLPI NETO, Angelo. *Divórcios, inventários, partilhas e separações através de Escritura Pública*. Direito Justiça, 19/07/2008. Paraná, Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/222211/>, Acesso em 22/06/2011

WEIZNMANN, Luiz Carlos. ***A escritura Pública decorrente da Lei 11.441/07 e seu Registro***. In TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.) – Novo Direito imobiliário e Registral – São Paulo: Quartier Latin, 2008