

## Comentários A Lei 11.441/2007

Gisele Leite \*

### **Lei 11.441/07**

O humanismo iluminista do século dezoito já propunha que o ser humano e sua dignidade fosse o centro e o valor fundamental de todas as ciências, impondo assim também que fosse a preocupação máxima de todo ordenamento jurídico, de todo sistema jurídico.

De fato, as normas são feitas para a pessoa, para sua plena realização existencial e social, devendo garantir o mínimo de direitos fundamentais aptos a fornecer-lhe e manter a vida com dignidade.

Nesse sentido, andou bem o legislador pátrio ao substituir no Código Civil de 2002, a expressão "homem" pelo vocábulo "pessoa". O que bem traduzir a repersonalização de todo o direito civil brasileiro e, porque não ousar dizer de todo o direito privado.

Nesse particular ressalta a boa doutrina o quão marcante foi a Constituição Federal Brasileira de 1988, alcunhada de "constituição-cidadã" imprimindo significativa alteração de valores e paradigmas. E efetivamente erguendo como valor crucial o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana provendo uma releitura especial de todo o direito privado e quiçá do Estado Liberal.

Cuidou o legislador pátrio de garantir que qualquer violação ou ameaça de violação de direitos reconhecidos tivesse direito de acesso amplo à ordem jurídica (art. 5º,XXXV da CF) que garante não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas efetivamente ao direito que

deve ser socorrido por tutela jurisdicional justa, adequada, eficaz e preferencialmente célere.

Já clamava **Rui Barbosa** que justiça tardia, é nenhuma justiça.

Daí, o legislador infraconstitucional que não tardou em se preocupar com a presteza dessa tutela jurisdicional passando até a provar as conhecidas tutelas de urgência, a tutela cautelar e o poder geral de cautela do magistrado.

Aliás, na seara processual há alguns anos estamos sob fluxo das sucessivas ondas reformistas do nosso CPC, principalmente desde de 1994 tudo em prol de se re-construir uma sociedade mais justa e solidária.

No meu modesto sentir, o garantismo é sem dúvida o ressurgimento desse humanismo iluminista e que vem a fornecer caráter verdadeiramente instrumental ao direito tanto material como processual.

O ideal constitucional vem em busca da liberdade de maneira que seja tão fácil casar como descasar, sem abandono de proteger a prole e o hipossuficiente na questão.

A promoção da integridade e da dignidade humana se estende desde do seu aspecto físico, psíquico ao intelectual que devem corresponder aos direitos concretizados. É certo que a separação e divórcio não são um mal para a sociedade, mas verdadeiramente um "remédio para um mal".

Infelizmente os procedimentos dissolutórios do casamento são lentos e penosos, principalmente quando temos o litígio entre as partes envolvidas. Veio então, a Lei 11.441 de 2007 retirar a intervenção do Estado do âmbito da vida privada dos cônjuges, extinguindo uma indevida intromissão que atentava contra a dignidade humana.

A nova planilha axiológica constitucional clama sempre por vigorosa atualização legislativa que promova a restauração da liberdade, acabando com a obrigação de se permanecer casado contra a vontade, facilitando a dissolução da sociedade conjugal.

Vem o Direito Civil brasileiro a materializar normas que efetivem as garantias constitucionais, preservando a dignidade da pessoa humana e, em especial, o direito à liberdade de autodeterminação.

Não pode o processo civil servir de entrave ao exercício desses direitos fundamentais e garantias que estão respaldadas expressamente na constituição pátria. Desta

forma, veio o direito civil disciplinar a ruptura da sociedade conjugal no mesmo diapasão que disciplina a liberdade de casar.

Tanto o tempo mínimo exigido como a demora da prestação jurisdicional juntamente com a injuriosa burocracia são elementos perniciosos à pacificação social e fere de forma fulminante o direito ao acesso à justiça.

Não deve o *due process of law* ser responsável pela demora na prestação jurisdicional a efetividade do processo vez que deixa de garantir a entrega da solução judicial através da tutela adequada com a regulamentação da real situação social dos cônjuges.

Bem sábio se revelou o Desembargador **Luiz Fux** ao identificar "o tempo é um inimigo contra o qual o juiz luta desesperadamente, no afã de dar a resposta judicial o mais rápido possível"(...).

Garantir a maior efetividade aos direitos materialmente assegurados pelo sistema jurídico vigente, explicitando um caráter instrumental ao processo civil para promover a justiça de forma célere e adequada o quanto possível.

A efetividade é fim primacial do processo civil mesmo em jurisdição voluntária pois que promove a entrega da tutela jurisdicional e a igualdade entre os cidadãos(não só a igualdade processual, mas sobretudo, a substancial).

A Constituição Federal do Brasil na qualidade de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e que subordina todas as demais normas, sendo tal o sentido de sua supremacia, servindo, ainda, de garantia externa para execução dos preceitos das normas infraconstitucionais (cf. **Anabelle Macedo Silva** in Concretizando a Constituição).

**Gustavo Tepedino** assimila a revigoração dos institutos do Direito Civil que se encontrava defasado da realidade contemporânea, passa pela interpretação civil-constitucional e pela revigorante dinâmica do "diálogo das fontes".

A simplificação do procedimento dissolutório conjugal e de inventário que passou a vigorar com Lei 11.441/2007 fundamenta-se nas formas consensuais. E ganha providências administrativas através de escritura pública, quando as partes interessadas forem maiores e capazes e dêem que estejam acordes as partes.

Frise-se, portanto, não se aplica a todas formas de dissolução conjugal.

Criticou **Leonardo Greco** ao afirmar textualmente: "parece claro que a reconciliação do casal deixou de ser o objetivo da intervenção do juiz na separação matrimonial. Quando os cônjuges vêm à presença do juiz, já estão fazendo um grande esforço de se comportarem com civilidade, criando obrigações jurídicas recíprocas inspirados em princípios éticos ou religiosos de responsabilidade familiar ou em interesses econômicos relevantes. Será que o juiz deve criar dificuldade à consumação desses vínculos, insistindo na conveniência do restabelecimento da vida conjugal? Muitos juízes, muitas vezes instigados por membros do MP inexperientes, opõem dificuldades à homologação de separações consensuais que os advogados passaram meses negociando, em busca de redações ideais de determinadas cláusulas. Com isso, ou forçam o casal a concordar com o que não quer e que não vai ser cumprido ou levam ao impasse, que muitas vai ser desastroso para a parte mais fraca, porque o mais forte não transige e". depois de dois anos está livre do casamento do mesmo jeito, pelo divórcio direto." (cf. Jurisdição voluntária moderna,).

O atual CPC brasileiro sem dúvida, tornou-se uma extensa "colcha de retalhos" o que nos faz vislumbrar a necessidade de nova codificação processual que seja harmônica, orgânica e sintonia com a tendência atual da CF e, os novos paradigmas do direito material vigente.

Assinala com veemência **Alexandre Freitas Câmara** que o CPC brasileiro perdeu completamente sua identidade, perdeu a coerência e, isto não se resgata por meio de reformas setoriais que atua como mero paliativo.

A construção de um direito mais justo, solidário e humano requer a simplificação procedimental principalmente para o direito da família. De modo que "estar ou não casado" é opção exclusiva de cada um dos cônjuges, não sendo necessária a interferência do Estado nessa vontade.

Nesse sentido é meritória a contribuição de certos doutrinadores entre eles a Des. **Maria Berenice Dias, Jander Maurício Brum, Belmiro Pedro Welter, Cristiano Chaves de Farias e Marcelo Zenkner.**

E, ante a rigidez do direito positivo anterior muitas decisões mitigavam a dureza e a insensibilidade dos trâmites processuais. Não se pode esquecer que a nova lei em comento veio a superar a antiga exigência de homologação judicial das dissoluções conjugais.

Representava naquela ocasião uma dentre tantas participações estatais dentro da intimidade da vida privada do cidadão, a dita homologação era indispensável para a produção de efeitos da dissolução matrimonial.

Tal exigência por alguns entendida como condição de eficácia da sentença que formalizava o acordo entre os cônjuges tinha como principal pressuposto que o único modelo de família legalmente admitida era matrimonializada.

O declínio do paternalismo, a crescente participação e emancipação da mulher e os impactos da globalização sobre a família, a revolução sexual, a igualdade entre homem e mulher, pluralização das formas de família esculpam o perfil pós-moderno contemporâneo.

O que nos leva a questionar sobre as reais fronteiras limítrofes do interesse público e o interesse privado na família pós-moderna. Também a elevação da criança e do adolescente como reconhecidamente sujeitos de direito, trouxe à baila o princípio do melhor interesse da criança.

O Estado se agigantou e ganhou tantos tentáculos acabando por projetar seu tamanho em seus interesses, tornando o cidadão em proporções liliputianas e manipuláveis, ao ponto de ter seus interesses pulverizados ante do Estado.

Daí a enorme importância da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de família brasileiro que vai repaginar conceitos de direito material e mesmo até procedimentos judiciais.

Há até quem cogite da inconstitucionalidade da imposição da limitação à escolha de regime de bens no casamento de pessoa maior de 60(sessenta) anos (art.1.641, II CC) bem como o eventual efeito às uniões homoafetivas que ousou chamar de união dos iguais.

Dentre as garantias fundamentais constam expressamente a liberdade, a privacidade e a igualdade substancial. E o expreso reconhecimento da união estável como fundadora de entidade familiar digna também da tutela que o Estado tradicionalmente dedicou somente ao casamento e às demais formas de composição de família.

Dentro desse garantismo constitucional a facilitação da dissolução conjugal confere efetividade ao princípio da liberdade de autodeterminação. O direito de constituir família através do casamento deve corresponder o direito de desconstituí-la com a mesma facilidade desde que atendidas as formalidades exigidas pela lei.

A suplantação definitiva da participação do estado nas relações familiares muito se coaduna com o princípio que proíbe intromissão ao planejamento familiar e restaura o respeito à vida privada do cidadão e das famílias.

A expressão da liberdade é poder reconhecido aos cônjuges de decidirem sobre a direção da vida familiar interpretando as exigências de ambos da família. Assume os acordos entre consortes o papel de regra e de instrumento de realização do princípio de igualdade moral e jurídica.

A nova lei consagra enfim o cidadão como sujeito ativo na formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis. Consagra-se como sujeito e jamais como objeto da História.

O Estado que respeita os legítimos interesses de seus cidadãos principalmente o de determinar sua vida afetiva revela-se em ser Estado de Direito.

Assim o vencedor, a pessoa humana revigorada pelo reconhecimento, em sede constitucional, de sua fundamental dignidade. Só se justifica a intervenção estatal nas relações familiares para dirimir conflitos e desentendimentos deflagrados durante a convivência ou em face dos interesses especiais de crianças e adolescentes.

Resta debater sobre a intervenção do MP na área cível, afastando o parque de uma série de atos típicos da vida privada (habilitação para casamento, a atuação custo legis em ações tipicamente decorrentes da autonomia privada do titular, reconhecimento e dissolução de uniões estáveis, o pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido, conforme a Lei 6.858/80).

Ademais é preciso frisar a imperiosa integração entre a atividade do MP na área cível como organismo de facilitação do acesso à justiça e na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis conforme o perfil do art. 127 da Lei Maior (usando efetividade, instrumentalidade e celeridade do processo civil contemporâneo).

Ratifica-se que a dissolução conjugal deve estar submetida somente um único requisito a lúdima e idônea vontade das partes, desatrelada de fatores outros (internos ou externos) tais como o lapso temporal ou perquirição anímica.

Concluindo: casar e não permanecer casado constituem direitos fundamentais e não podem sofrer restrições indevidas. É natural a efetividade e superioridade da Constituição Federal que ocupa o ápice na hierarquia das fontes das leis.

A supremacia normativa constitucional possui seus corolários: a) a necessidade de releitura dos conceitos e institutos jurídicos clássicos (como o casamento, filiação, poder familiar e, etc.); a elaboração de novas categorias jurídicas (como entidade familiar); a interação estreita entre os diferentes campos do conhecimento (reconhecendo a visão multidisciplinar do direito, buscando amparo na Psicologia, Antropologia, filosofia, História e na Sociologia e Estatística).

Ocorre também a migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas, assim o texto constitucional assume seu papel reunificador do sistema, passando a delinear um novo Direito Civil, inclusive no que concerne à proteção dos núcleos familiares.

A reconstrução da dogmática jurídica a partir da afirmação da cidadania como mola propulsora sendo cada vez mais sujeito de direito, seja idoso, seja criança, seja adolescente, ou seja, nascituro (um sujeito de direito exponencial ou virtual).

A incontroversa supremacia da Constituição Federal brasileira traça uma peculiar arquitetura axiológica onde o respeito às garantias fundamentais encontra lugar privilegiado (vide arts. 1º, 3º, 5º, e 7º da Carta Magna de 1988).

Assim a Lei 11.441/07 promover a concretização da norma constitucional através de procedimento administrativo de dissolução de casamento por mútuo consentimento bem como o inventário consensual.

Nas garantias constitucionais jaz a dignidade humana, a liberdade e multiplicidade nas formas de constituição de família e facilitação da dissolução do casamento, resguardando de forma inequívoca as posições jurídicas em que se inventem as partes.

O constitucionalismo contemporâneo está encharcado da ênfase ao princípio da dignidade humana onde a proteção evidente da pessoa humana sublinha nitidamente que o Direito foi feito pelo homem e para o homem.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da facilitação da dissolução do casamento atuando concretamente: diminui o lapso temporal para o divórcio por conversão, precedido de separação judicial (fixado o prazo: criou nova modalidade dissolutiva do casamento, o divórcio direto), cumprido os dois anos de separação de fato do casal; permitiu mais de um divórcio por pessoa, superando o limite de uma única dissolução matrimonial por pessoa.

Portanto, resta impossibilitada a discussão em ação divorcista a culpa conjugal pois após a CF de 1988 o objeto da cognição restringe-se a ser o lapso temporal. Afora isso, o limite ao número de divórcio gerava uma obtusa situação: se uma pessoa divorciada que se casou como outra que era solteira, não seria possível a dissolução deste casamento, violando frontalmente a liberdade daquele que nunca havia se divorciado antes.

O STJ chegou mesmo a confirmar o entendimento de que a exigência do lapso temporal para decretação do divórcio conduz, inclusive à desnecessidade da prévia partilha patrimonial para dissolução conjugal, vindo a estabelecer a Súmula 197 que *in verbis* aduz: "o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens".

O que veio mais tarde se consolidar na lei civil através do art. 1.581 do CC de 2002. Nesse sentido o novo codex facilitou a separação consensual reduzindo o tempo mínimo exigido para um ano (art. 1.574 CC).

Com A Lei 11.441/07 acrescentou-se ao CPC Brasileiro o art. 1.124-A onde é possível o procedimento cartorário para a dissolução conjugal amigável, não havendo filhos menores ou incapazes, observados os prazos legais exigidos, e mediante escritura pública que deverá forçosamente proceder a partilha de bens comuns, dispor sobre eventual pensão alimentícia e ainda, o acordo quanto ao nome adotado em razão do casamento.

Tal ato só deverá ser lavrado se os cônjuges forem assistidos pro advogado comum ou, advogados de cada um, cuja qualificação assinatura constarão do ato notarial. Serão gratuitos tais atos aos declaradamente pobres.

Dá-se o desfazimento do casamento sem a intervenção judicial e sem a atuação do MP, através de simples manifestação de vontade dos cônjuges. Se as pessoas podem casar-se mediante a simples declaração de vontade, igualmente podem se descasar.

O que sugere a confirmação da natureza negocial do casamento cedendo vez à vetusta tese canonista quanto a natureza jurídica do casamento. Mas, ratifique-se que é a tese eclética ou mista a que melhor identifica a natureza do casamento, como sendo uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação. Tal corrente é defendida pelos notáveis **Eduardo de Oliveira Leite**, **Flavio augusto Monteiro de Barros**, entre outros.



Em apertada síntese, e pela dicção do doutrinador de clareza solar, **Cristiano Chaves de Farias** eram três as teses que contornam a celeuma da natureza jurídica do casamento:

- a) a natureza negocial (baseado no consentimento);
- b) a natureza institucional (de origem sociológica) e demonstrando a adesão a um conjunto de regras impostas pelo Estado e, por fim:
- c) a tese eclética que considera o casamento um ato complexo impregnado dualmente de características tanto contratuais como institucionais.

Assim com a nova sistemática da dissolução conjugal, por mútuo consenso, vem a confirmar as predominantes concepções filosóficas, legais e sociológicas acerca da natureza jurídica do casamento, como negocial.

O que não significa a livre determinação de seu conteúdo pelos nubentes, mas de sua formação por acordo livre e espontâneo de vontades. Convém lembrar que o Código Civil lusitano em seu art. 1.577 ousou fixar assim: "o casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexos diferentes que pretendem constituir família mediante plena comunhão de vida".

A escritura pública é instrumento público que serve de prova documental e é título hábil registrável (no civil e imobiliário). Embora seja anulável e não rescindível porque a decisão judicial as hipóteses do art. 171 CC (defeitos do negócio jurídico) através de ação anulatória, sob o procedimento comum ordinário dentro do prazo decadencial de quatro anos (art. 178 CC).

A referida escritura goza de presunção relativa de autenticidade tanto que admite prova em contrário seja por falsidade ideológica, seja por falsidade material. Nesse sentido, o Enunciado 158 das Jornadas do Direito Civil/DF onde consigna que "prova plena" importa somente presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do § 1º do art. 215 CC devendo ser conjugadas com o disposto no parágrafo único do art. 219 do mesmo diploma legal.

Reforce-se que o uso do vernáculo pátrio que é a língua portuguesa que é idioma oficial da República federativa do Brasil conforme impõem §§ 3º e 4º do art. 215 do Código Civil. Sendo exigível a presença de tradutor público caso seja versado em diferente idioma.

A exigência da presença de um advogado ou advogados é um reforço do que já consta no art. 133 da Lei Maior que expressamente reconhece a indispensabilidade do advogado na administração justiça.

Conveniente é relembrar que o STJ tem ratificado mesmo após o advento do CC de 2002 em seu polêmico do art. 1.707 que admite a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros e, uma vez homologada essa renúncia, inadmissível ulterior pleiteá-los.

Relevante aludir que a lei não exige a presença do advogado e a necessidade das partes serem assistidas por advogado. Todavia, entende **Cristiano Chaves de Farias** que é fundamental a presença do advogado.

Não resta dúvida que são, portanto devidos os respectivos honorários ajustados por contrato de prestação de serviços, sendo negócio jurídico autônomo.

No caso de pessoas declaradamente pobres, será devida também a atuação da Defensoria Pública (art. 134 CF). Não há pedido logo é desnecessário mandato ao advogado bastando sua assistência na elaboração do teor da escritura pública.

Na sua ausência poderão os cônjuges apresentar procuração *ad negotia* sendo necessário o reconhecimento de forma do signatário outorgante para conferir a devida validade ao ato.

Lavrada a escritura pública para dissolução matrimonial pelo tabelião que goza de fé pública independentemente da presença de testemunhas. Por analogia também é aplicável o mesmo procedimento administrativo atinente a extinção da sociedade conjugal para a dissolução da união estável.

Ao fixar o legislador pátrio a facilitação para conversão de união estável em casamento, desejou tornar menos solene e complexo o matrimônio daquelas pessoas que já conviviam maritalmente, estando notoriamente na posse de estado de casado.

Apesar de que pesa em doutrina a controvérsia acesa se existe ou não hierarquia entre os dois institutos: união estável e casamento.

Ao se inserir no procedimento administrativo extrajudicial de dissolução conjugal o tabelião não exerce poder jurisdicional daí não se cogitar de competência ou não deste. Sendo livre a escolha em qual cartório deverá se promover a dita dissolução descomplicada, não há privilégio de foro da mulher e nem se pretende a regra do domicílio do casal.

A retomada da vida conjugal conforme estatui os arts. 46 ao 48 da Lei de Divórcio após a separação ocorre por simples petição sem necessidade de novas núpcias, exceto no caso do divórcio. A reconciliação seja qual for a modalidade de separação é possível desde que antes do divórcio.

Dispensada a homologação judicial dessa reconciliação sendo passível de proceder-se extrajudicialmente, ocorrendo seus efeitos a partir do efetivo registro. Diferentemente se trata de divórcio consensual, nesse caso a reconciliação só é viável pela convocação de novas núpcias.

O cônjuge que vier a falecer após a celebração do negócio jurídico dissolutório mas antes de sua lavratura cartorária deixará o cônjuge no estado de viuvez, afastada a possibilidade de registro *post mortem*.

O que efetivamente aponta para o caráter personalíssimo do negócio jurídico da dissolução consensual da sociedade conjugal.

Há a indispensável necessidade do registro do casamento estrangeiro para admissibilidade de sua dissolução cartorária, inclusive através de escritura pública. A separação ou divórcio consensuais por essa via quando celebrados no exterior se realizasua aceitação sem o crivo do STJ.

Há a impossibilidade de dissolução conjugal cartorária por escritura pública quando um dos cônjuges for mentalmente incapaz. E nesse caso, s terá que ser judicial e ser o incapaz representado processualmente por curador, ascendente ou irmão conforme a Lei do divórcio em seu art. 3º.

Nada impede, todavia que o representante processual promova acordo extinguindo o casamento por separação ou divórcio consensuais devidamente fiscalizado pelo MP e homologado judicialmente.

Mas se plenamente capazes forem os cônjuges a desburocratizada dissolução matrimonial se dará sem a necessária intervenção do MP. É curial frisar a facultatividade do uso do procedimento administrativo conforme a Lei 11.441/2007 logo se mantém a possibilidade da via judicial e, toda vez que não preenchidos os requisitos basilares (a inexistência de filhos menores ou incapazes e, ainda os prazos legais exigidos para a pretendida dissolução matrimonial).

A situação, *verbi gratia* da fixação de verba alimentícia para um dos cônjuges pode se justificar a atuação forçosamente judicial até para viabilizar futura execução especial. Evidente que há falta de interesse de agir nas ações propostas de separação e divórcios consensuais, sendo carecedores de ação seus requerentes.

Bem nos recorda **Marinoni** e **Arenhart** que o interesse de agir repousa sobre o binômio "**necessidade + adequação**" entendendo por "necessidade" quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz.

A via judicial dissolutória restringe-se quando há conflito de interesses entre as partes ou da existência de interesses de incapaz. Do contrário, caberá ao juiz extinguir o feito sem resolução do mérito, *ex vi* o art. 267, VI do CPC por carência de ação, mais precisamente interesse de agir ou processual. O que não viola a ampla garantia de acesso ao Judiciário.

Portanto, oportuno esclarecer que fazer o registro deve ser admissível, não sendo necessária a designação da audiência para a tentativa de reconciliação do casal chamada de "ratificação de acordo" em razão da simplificação do procedimento dissolutório conjugal.

O primeiro parágrafo do art. 2º da LICC está integralmente revogado ou ab-rogado , e também o art. 3º., §2º da Lei 6.515/77. E parcialmente derogado o art. 1.122 do CPC.

A obtenção da separação consensual é possível pelo requerimento dos cônjuges ou por meio de transação extintiva celebrada no curso da separação litigiosa. Abre-se a possibilidade de transformar o rito litigioso em consensual e a bem da celeridade e efetividade processual, poderá nesse caso o juiz dissolver o feito sem resolução do mérito.

Entendendo que o caráter consensual não significa, todavia reconciliação do casal. E, sim, a conversão ao procedimento consensual. A tentativa de transação entre as partes continua a ser necessária.

Quanto à gratuidade para as pessoas que não podem pagar as despesas cartorárias temos ainda o ditame do parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50 que estabelece que é possível averbar que se considera necessitado "todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

Deve-se ler então o significado de pessoa necessitada à luz da valorização humanitária bem presente no texto constitucional vigente. Dispensa-se a prova da

necessidade de gratuidade com o procedimento administrativo, cabendo somente a parte alegá-la expressamente conforme aduz o art. 4º da Lei 1.060/50.

Havendo a descabida exigência da prova de pobreza ou miserabilidade por parte do tabelião, caberá seguramente, a impetração de mandado de segurança (na vara de registros públicos) pelo particular prejudicado pela exigência ilegal e abusiva da autoridade pública (art. 198 da Lei 6015/73).

Há extensão da gratuidade aos inventários consensuais apesar da omissão da Lei 11.441/07 basta uma interpretação sistemática. Devem os cônjuges comparecer ao cartório do domicílio de qualquer um dos consortes, e assistidas por advogado (comum ou não) e lavrar a escritura.

Poderão as partes declarar diretamente as suas vontades, ou por meio de procurador munido de poderes especiais e específicos para o negócio dissolutório conjugal. Havendo, pois mera representação privada.

Não é, demais registrar que a atuação do representante conflitar com interesses do representado o ajuste será anulável no prazo decadencial de 180 dias, contados da conclusão do negócio conforme o art. 119 do CC.

A natureza negocial da extinção da sociedade conjugal por escritura pública dá azo a representação privada por uma ou ambas as partes interessadas, desde que exigida a outorga de poderes especiais e específicos para o ato.

Aliás, por pura analogia entenderíamos do mesmo jeito pois é perfeitamente possível o casamento por procuração (art. 1535 CC) assim também para a referida dissolução

Não se admite, todavia, o que a doutrina chama de autocontrato ou negócio consigo mesmo apesar dos termos do art. 117 CC onde o representante atua em nome de outrem e, em nome dos próprios interesses.

Mesmo a atuação do representante voluntário não dispensa a atuação necessária do advogado e, não deve o causídico acumular funções, exercendo na mesma ocasião a representação das partes e seu ofício conjuntamente.

É importante não confundir representação com mandato pois este é apenas uma das diversas formas que aquela pode assumir. A representação resta livre do servilismo obediente do mandato. Sendo plenamente possível haver a representação sem mandato e mandato sem representação.

Podem os cônjuges extinguir o matrimônio pela via cartorária por meio de escritura pública com atuação direta de advogado desfrutando quando maiores e capazes de liberdade negocial nas cláusulas dissolutórias.

Não há necessidade de se apontar a causa do fracasso conjugal e, é proibida a menção a culpa conjugal. Não é preciso a ratificação de vontade para posterior homologação judicial. Podendo regulamentar os efeitos advindos da dissolução conjugal porém existem limitações como a inserção do pacto sucessório nas escrituras públicas dissolutórias.

E serão nulas de pleno direito (art. 166 do CC) bem como efeitos de conotação sexual ou a fixação de milionárias indenizações por situações exóticas.

Após a lavratura do conteúdo da escritura pública é inalterável, salvo para fins de correção de erros materiais. Não pode haver retratação do acordo celebrado após a referida lavratura.

Mas a presença de defeito do negócio jurídico (erro, coação, lesão) torna anulável a avença pleiteada por meio de ação anulatória dentro do prazo decadencial de quatro anos(art. 178 CC).

A nova tábua axiológica erguida pelo texto constitucional brasileiro em vigor esforça-se em recuperar a prevalência da pessoa em relação ao patrimônio, surtindo uma despatrimonialização das relações jurídicas. Mas a proteção do patrimônio mínimo vem colocar em primado a pessoa e suas necessidades fundamentais.

É a garantia do mínimo patrimonial indispensável à dignidade da pessoa humana. As cláusulas obrigatórias de acordo com a lei em comento, a descrição dos bens quanto a partilha de bens comuns, a pensão alimentícia, a retomada ou não ao nome de solteira da mulher.

Uma apressada leitura da lei nos levaria a crer que a ausência dessas cláusulas acarretaria invalidade do negócio dissolutório, mas isso não ocorre. A minudente partilha de bens deve se referir tanto aos bens móveis ou imóveis.

Mas, a ausência dessa cláusula não embarga a validade e nem a eficácia do acordo dissolutório conjugal. Poderá a referida partilha ser desigual da qual não escapará da incidência tributária.

Também é admissível a renúncia integral à meação por um dos cônjuges através de expressa disposição. Se inexistir bens a serem partilhados, é preciso que haja a declaração nesse sentido.

Havendo omissão poderá o bem ser futuramente partilhado (art. 1321 CC) ou mesmo por nova escritura pública. Não ocorrendo tal fato, permanecerão os bens em condomínio e com posse de ambos os cônjuges.

Deverão tratar ainda do uso do nome de caso. Mas, não havendo tal disposição, não se vicia a escritura. A ausência só gera a presunção que foi mantido na íntegra o nome de casado.

Não custa lembrar que o nome é direito da personalidade, sendo indisponível relativamente. Não poderá ser retirado o nome de casado da mulher caso isso redunde em prejuízos financeiros, profissionais ou materiais à esta.

Conclui-se que a perda do sobrenome do casado nas separações e divórcios consensuais dependerá de expressa manifestação de vontade do titular. A regra geral é pela manutenção do nome de casado.

Mesmo diante de litigiosidade ou de culpa conjugal a obrigação alimentar persiste. Assim essa pode ser alvo de renúncia válida (se decorre de vício de consentimento). E, no futuro, o ex-cônjuge poderá pedi-los de seus parentes próximos conforme o art. 1694 do CC.

Se há renúncia aos alimentos gera-se a certeza de que no futuro os mesmos não serão cobrados, desta forma, não se permite posterior petição de alimentos pois seria um *venire contra factum proprium*.

É possível a estipulação de alimentos transitórios (de cunho resolúvel, vigendo por um prazo fixo) que concretiza a boa-fé objetiva exigida entre as partes nas relações privadas.

Vige a possibilidade de inserção de outras cláusulas assumindo obrigações e reconhecendo direitos recíprocos. Sendo possível realizar doações (puras ou não) entre si ou a terceiros, instituir usufruto, uso ou habitação em favor do outro, de filhos ou a terceiros.

Estipular cessão de bens, comodato ou locações, assumir o dever de indenizar, comprometer-se a pagar dívidas, outorgar procurações e assumir obrigações de fazer e de não-fazer.

É possível, outrossim, realizar doações gravadas com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (vide art. 1911 CC). Assinale-se a relativização das cláusulas restritivas, sendo plausível o levantamento de sub-rogação em excepcionais situações como em caso de perigo de perecimento da coisa, para garantir utilidade do bem ou a dignidade humana do titular do patrimônio.

Permitidas as cláusulas condicionais, a termo ou com encargo (modais) desde que respeitem o limite da disponibilidade do direito dos respectivos titulares. **Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias** aponta a teoria do abuso do direito que redonda numa concepção relativista dos direitos, e veio com a introdução no direito pátrio vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e proibido.

Retoma assim a finalidade social do direito e penetra em seu âmago ao ponto de ser reconhecido por todo o ordenamento jurídico. Para tanto é forçoso admitir que a jurisprudência obrou bons contornos leais aos institutos do abuso de direito.

Como no caso de conta-corrente coibindo a prática do banco em lançar mão do numerário do devedor. (vide STJ, Ac, 4ª. T., Resp 25052-3/SP, rel, Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., v.u., 19/10/2000, DJU 18.12.2000, p.203).

É bom recordar que para plena tipificação do abuso de direito é preciso o elemento "motivo legítimo" que é extraído das condições objetivas nos quais o direito foi exercido.

Merecer crítica o uso da expressão contida no art. 187 do CC "exercê-lo" dando a falsa idéia de que a conduta omissiva não pode tipificar também o abuso, o que não é *vero*.

Desta forma, a teoria do abuso de direito serve de espécie de freio na estipulação de cláusulas convencionais em acordos dissolutórios funcionando como séria advertência para as separações e divórcios consensuais, por escritura pública. Daí abstenham-se de impor cláusulas que extrapolem o limite do regular exercício de seu próprio direito, deve respeitar as garantias constitucionais.

Vige a proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*) que é uma das materializações do abuso de direito, avinda da violação da confiança e da boa-fé objetiva (art. 422 do CC).

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



lavrada 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.

A comprovação do prazo de um ano de casamento para separação consensual diminuindo o período mínimo de casamento exigido pela Lei Divorcista que era de dois anos (art. 4º).

A facilitação da comprovação do prazo exigido para o divórcio direto, o prazo mínimo de dois anos de separação de fato, vem confirmar a tendência de descomplicar o processo de dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

Normalmente deve ser o prazo ininterrupto e contínuo (biênio) de separação de fato ainda é possível provar por meio de simples declaração de testemunhas com firmas reconhecidas apresentadas ao tabelião no ato da lavratura da escritura pública.

Seria inadequado formalismo exigir a presença física das testemunhas no cartório. Pode-se recorrer a outros meios de prova admissíveis em Direito conforme aduz o art. 332 do CPC até por decisão judicial de separação de corpos.

E, outros documentos que consignem a "ruptura da vida em comum". O divórcio conversão ou indireto decorre de prévia separação judicial ocorrida há mais de um ano. Impõe-se provar o lapso temporal exigido.

Em regra, é demonstrável através da certidão de casamento devidamente averbada devido a sentença separatória ou da certidão de trânsito em julgado.

No divórcio por conversão consensual (incluindo o litigioso) não se discutirá a eventual retomada da vida em comum pelos divorciandos, sendo irrelevante.

Há a possibilidade de se converter em divórcio a separação obtida administrativamente por escritura pública. Assim, com a Lei 11.441/2007 há necessidade de nova interpretação do art. 226, sexto parágrafo do CF, entendendo-se que o divórcio por

conversão pode ser obtido pela comprovação de um ano de separação judicial ou extrajudicial, harmonizando todo o sistema jurídico pátrio.

Constam já fundados pareceres doutrinários que contam o prazo não apenas da separação dos corpos, mas também da concessão de outras medidas cautelares que evidenciem a ruptura de vida conjugal em comum.

Seja sentença que fixa alimentos ou que deferiu arrolamento de bens, regulamentou direito de visitação aos filhos. Não comprovado cabalmente o lapso temporal exigido para a separação e divórcio extrajudicial restará obstada a dissolução pretendida. O mesmo ocorrerá se as partes não tiverem capacidade, ou se não assistida por advogado ou versar sobre interesses de incapazes.

Convém lembrar que para manejo da ação de separação litigiosa com imputação de culpa conforme o art. 1.572 CC que não exige nenhum lapso temporal.

Deixou a lei em comento de mencionar a realização de divórcio-conversão por escritura pública, mas em rude operação hermenêutica pode se admiti-lo. Pode então, o pedido ser formulado tanto no âmbito judicial como no cartorário.

Poderão as partes alterar as cláusulas pactuadas ou simplesmente mantê-la na lavratura da conversão dissolutória matrimonial. O direito intertemporal, a obrigatoriedade da norma jurídica não começa com a sua publicação, salvo expressa disposição em contrário.

Pode-se ainda ter um tempo de espera(*vacatio legis*). Mas, a Lei 11.441/2007 entrou em pleno vigor na data de sua publicação. O comando inserido no art. 8º da Lei Complementar no 95/98 fora sacrificado, o novo procedimento pode ser utilizado por qualquer interessado desde o dia 04 de janeiro de 2007 em todo território nacional.

Podendo as partes, já demandantes desistirem de sua ação proposta e, optarem pelo procedimento extrajudicial.

## Referências

FARIAS, Cristiano Chaves de. O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei 11.441/07).Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil Série Concursos Públicos volume 5, São Paulo, Editora Método, 2007.

\* Gisele Leite - Professora universitária, Mestre em Filosofia, Mestre em Direito, Doutora em Direito Civil. Conselheira-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Professora da EMERJ e FGV além de outras universidades privadas.

Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/articles/5167/1/comentarios-a-lei-114412007/pagina1.html>>

Acesso em: 11 de abril de 2008.