® BuscaLegis.ccj.ufsc.Br

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

Cristiano Chaves de Farias
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia
Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal. –
Universidade Católica do Salvador
Professor de Direito Civil das Faculdades Jorge Amado (graduação e pós-graduação),
e do JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas, na Bahia
Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Civil do Curso JusPODIVM
Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

Sumário:

1. Colocação do problema e necessidade de interpretação conforme os valores constitucionais; 2. O novo regramento das separações e divórcios consensuais; 3. Facultatividade da via administrativa e interesse de agir; 4. A possibilidade de representação voluntária das partes; 5. As cláusulas obrigatórias e as conseqüências de sua eventual preterição; 6. A gratuidade do procedimento administrativo; 7. A prova do lapso temporal exigido por lei na separação e no divórcio por escritura pública; 8. A possibilidade de divórcio-conversão por escritura pública. 9. A existência de interesse de filhos menores e a (im)possibilidade de dissolução do casamento por escritura pública; 10. O direito intertemporal e a violação da Lei Complementar nº95/98; 11. À guisa de arremate: a esperança de uma interpretação afinada com os novos tempos; Referências.

"Tudo bem simples, tudo natural... Bom é bem simples, sem nos complicar, e bastante tempo para se amar..." (Roupa Nova)

Colocação do problema e necessidade de interpretação conforme os valores constitucionais

Buscando a racionalização das atividades processuais e a simplificação da vida jurídica dos cidadãos brasileiros, está em vigor a Lei nº11.441/07, tornando desnecessário o procedimento judicial para as separações, os divórcios e os inventários consensuais.

Para tais providências é bastante a atuação na esfera administrativa, através de escritura pública, quando as partes interessadas forem maiores e capazes e dês que estejam acordes (isto é, não exista conflito de interesses) quanto aos termos do ajuste dissolutório do casamento ou da partilha dos bens transmitidos por morte.

Sem dúvida, essa boa nova processual (que integra um grande espectro de reformas processuais iniciado em 1994 e em continuidade com o escopo de garantir um processo civil mais célere e efetivo) constitui notável avanço da legislação brasileira, importando, seguramente, em maior racionalização das atividades do Ministério Público no processo civil, além de desafogamento das assoberbadas prateleiras do Judiciário, especialmente quando for considerada a grande quantidade de ações consensuais propostas em nossos foros.

Em oportunidades anteriores, seja em palestras, seja mesmo através de textos científicos¹ (ao lado de eminentes doutrinadores, atentos e preocupados com a construção de um Direito mais justo e solidário²), defendi a necessidade dessa simplificação procedimental, por não vislumbrar razão para a existência de procedimento judicial para dissolver um casamento, se não foi exigida tal providência para a celebração matrimonial. A situação chegava, sem dúvida, a produzir desconfortos explícitos (às partes, inclusive³) ou mesmo atuações pouco ortodoxas

¹ Seja consentido remeter ao que, anteriormente, defendi no texto "A desnecessidade de audiência de tentativa de reconciliação nas ações dissolutórias do casamento: por um Direito mais próximo da sociedade", oportunidade em que afirmei que "a permanecer o entendimento decorrente da lei divorcista, com nítida violação à privacidade dos cônjuges, só faltava ao Estado-Juiz determinar a 'união dos corpos'..." E que era preciso "coragem àqueles que lidam com a ciência jurídica para fazer respeitar o Texto Constitucional, mesmo que rompendo com regras infraconstitucionais que se mostram dissonantes com o tom garantista da Lex Fundamentallis." Conclui, então, que "estar ou não casado é opção exclusiva de cada um dos cônjuges, não sendo possível a interferência do Estado nessa vontade. Até mesmo porque, como disse um grande poeta contemporâneo, 'apenas não te quero mais'...", cf. FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE, Escritos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

² Preste-se, aqui, a justa homenagem a importantes e visionários juristas que, através de suas penas, já vinham defendendo uma significativa mudança na estrutura da separação e do divórcio, vislumbrando a desnecessidade da existência de um procedimento judicial para a separação e o divórcio consensuais. Em nome de todos, rendo um preito de gratidão (rogando por novas colaborações doutrinárias para continuar a constante travessia rumo a uma ciência mais próxima da dignidade da pessoa humana), com o perdão pela omissão de outros nomes, a MARIA BERENICE DIAS, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p.260 ("parece que a intenção da lei é a preservação do casamento, o que, no entanto, acaba adquirindo caráter punitivo"), a JANDER MAURÍCIO BRUM, cf. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, cit., p.36 ("ré preciso coragem para uma posição menos antipática. Chegou o momento de pensar em coisas mais atuais") e BELMIRO PEDRO WELTER, cf. *Separação e divórcio*, cit., p.61 ("o interesse público superior é de que ele se preste a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material, sem o qual ela nada representa, porquanto a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função de sua finalidade").

³ Em uma das inúmeras situações de incoerência propiciadas no âmbito das dissoluções consensuais de matrimônio, exigia-se a presença das partes, pessoalmente (não sendo aceita a representação por procurador, mesmo que constituído com poderes específicos), apesar de já terem manifestado, de forma inequívoca, a sua vontade de se separar, para uma audiência de tentativa de reconciliação da vida conjugal. E o pior: mesmo que a parte estivesse a quilômetros de distância. Por isso, lúcidas decisões mitigavam a dureza e insensibilidade do texto legal, como se pode ver: "Separação judicial consensual. Dificuldade extraordinária e inexigível do comparecimento

pelos atores processuais. Por isso, merece a nova lei ser recepcionada com aplausos e festejos, esperando que seja o "ponta-pé inicial" de um novo tempo no tratamento das questões atinentes ao Direito de Família e das Sucessões, com menor ingerência estatal e maior prestígio da autonomia privada.

Todavia, é mister atentar para algumas importantes considerações relacionadas ao procedimento administrativo de separação e divórcio consensuais, que, de qualquer maneira, continuam a exigir um importante papel do jurista contemporâneo, pena de tornar inócua a relevante busca da simplificação da ciência jurídica. E como diz o adágio, a simplicidade e irmã da perfeição.

A título de advertência prévia, ainda, não se pode olvidar que a nova lei vem a superar uma histórica exigência legislativa de homologação judicial das dissoluções matrimoniais – formalidade talhada em momento histórico distinto do atual, à época sob o regime autoritário de exceção e sob as influências do Código Civil de 1916, que vislumbrava no casamento o único modelo de constituição de família. Ou seja, buscava-se a manutenção do casamento, pois a sua extinção implicaria na fratura da própria célula familiar, uma vez que inexistia família sem ele.

Uma vigorosa e consistente travessia ocorreu no Direito de Família após a Carta Social de 5 de Outubro. Além de incontáveis mudanças nas concepções filosóficas e nos próprios valores do ordenamento jurídico como um todo, o Direito de Família, particularmente, ganhou novas cores, tons, matizes, impressos pela Constituição da República de 1988 – que, propiciamente, foi apelidada de *Constituição-cidadã*, deixando antever a sua preocupação fundamental em privilegiar a tutela avançada da pessoa humana, já explicitada logo em seu art. 1º, III, ao estabelecer como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana*.4

exterior. Representação por meio de mandatário constituído especialmente para o fim. Admissibilidade. Orientação principiológica. Petição inicial indeferida. Condições de procedibilidade presentes. Recurso provido para anular a sentença. A circunstância de um dos cônjuges encontrar-se residindo e trabalhando no exterior caracteriza dificuldade extraordinária e inexigível de seu comparecimento pessoal à audiência de ratificação do pedido de separação consensual. Nestes casos, à luz dos princípios gerais do direito, mormente o de que ninguém está obrigado ao impossível, a petição inicial deve ser subscrita diretamente por ambos os cônjuges, com as firmas

pessoal de um dos cônjuges à audiência de ratificação do pedido, por encontrar-se residindo e trabalhando no

reconhecidas por quem de direito, e o separando ausente far-se-á representar por mandatário, com poderes especialíssimos para atuar em todos os atos e termos do procedimento de separação por mútuo consentimento. Daí ser nula a sentença indeferitória da exordial e extintiva do processo, à míngua da possibilidade jurídica do pedido". (TJSC, ApCív.2002.010996-2, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben)

⁴ Sobre a aplicação e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família vale mencionar o que escrevi em outra sede, chamando a atenção para a violação do referido vetor constitucional pela legislação ao

Mais ainda. A Carta Magna esculpiu, logo em seguida, garantias fundamentais (art. 5º), dentre as quais constam, expressamente, a *liberdade*, a *privacidade* e a *igualdade substancial*.

Na linha desse garantismo constitucional, o legislador aclamou, ao cuidar da organização da família (art. 226, § 6º), a facilitação da dissolução do casamento, conferindo efetividade, em especial, ao princípio da liberdade de autodeterminação. Assim sendo, observase que ao direito de constituir família, através do casamento (atendidos meros requisitos legais, independentemente de perquirição estatal acerca da certeza ou da convicção dos nubentes em relação ao propósito alvitrado), haverá de corresponder o espelho invertido, que é o direito de desconstitui-la – e com a mesma facilidade, sem submeter-se a formalidades não exigidas quando de sua celebração.

É nesse novo e alvissareiro panorama que se haverá de compreender toda a sistemática legal infraconstitucional (inclusive da nova sistemática da separação e do divórcio por escritura pública), pois a *Lex Legum* tem prevalência e supremacia hierárquica, vinculando – formal e materialmente – todas as normas que compõem o respectivo sistema jurídico.

Vale o registro: é a lei que tem de ser compreendida pela legalidade constitucional (regras e princípios) e não a Constituição que tem de ser interpretada pela norma infraconstitucional, o que implicaria em subversão hermenêutica!

2. O novo regramento das separações e divórcios consensuais

Com o advento da Lei nº11.441/07, foi acrescido ao Código de Processo Civil o art. 1.124-A, com a seguinte redação: "a separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. §1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil

impor limitação à escolha do regime de bens pelo maior de 60 anos de idade (CC, art. 1.641, II), bem como em eventual interpretação negando efeitos familiaristas às uniões homoafetivas, FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE, cf. *A Separação judicial à luz do garantismo constitucional*, cit., p. 50-60.

_

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."

Não seria necessária a expressa menção na lei para que se conclua que a escritura pública como negócio jurídico poderá ser anulável (não rescindível, porque de decisão judicial não se trata), nas hipóteses previstas no art. 171 do Código Civil (defeitos do negócio jurídico), através de ação anulatória, de procedimento comum ordinário, promovida no decadencial prazo de quatro anos (art. 178, CC).⁵

Importantes questionamentos surgem, então: haveria obrigatoriedade no uso da via administrativa? É possível às partes estarem representadas na celebração da escritura pública? Qual a conseqüência da preterição das cláusulas obrigatórias? Como provar o lapso temporal exigido por lei? Seria possível o uso da via administrativa para a conversão da separação judicial em divórcio? Convém, então, esquadrinhar algumas idéias. Senão vejamos.

3. Facultatividade da via administrativa e interesse de agir

Evitando uma indevida intromissão do Estado na vida privada, permite-se, doravante, a dissolução consensual do casamento através de simples escritura pública, independentemente de homologação judicial e, por óbvio, da participação do Ministério Público (que, por certo, tem tarefas mais relevantes à sua feição constitucional para cumprir do que velar pela vida conjugal de quem quer que seja).

Prima facie, convém registrar que a Lei nº11.441/07 tornou facultativa a utilização da via administrativa, mantendo a possibilidade de formulação de pedido judicial para a homologação da separação ou divórcio consensuais. Dispõe o art. 1.124-A do Código de Processo Civil, com a sua nova redação: "a separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos

⁵ Em obra dedicada à Teoria Geral do Direito Civil, já tive, em conjunto com eminente mestre na matéria, oportunidade de destacar que "o prazo para pleitear a anulação do negócio viciado por defeito do negócio jurídico é de quatro anos (art. 178, I e II, CC), contado: a) no caso de coação, do dia em que ela cessar; e b) nas hipóteses de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo, lesão e simulação relativa, do dia em que se realizou o ato negocial. A natureza do prazo extintivo para a propositura da ação anulatória é decadencial, uma vez que se trata de ação constitutiva negativa (desconstitutiva)", FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON, cf. Direito Civil: Teoria Geral, cit., p.434.

menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, *poderão* ser realizados por escritura pública". Conquanto alguns possam endossar a preocupação legal em manter aberta a via judicial (possivelmente, com espeque na garantia constitucional de inafastabilidade da atividade judiciária, lembrando que nada poderá ser subvertido à apreciação do Poder Judiciário – art. 5°, XXXV, CF), não se me apresenta a melhor solução.

Com efeito, se as partes pretendem, por acordo recíproco, dissolver um contrato antes de seu termo final ou mesmo se querem convolar núpcias, não lhe é permitido movimentar a máquina judiciária, carecendo de ação, por falta de interesse de agir. Assim, caro leitor, outra solução não deve ser emprestada para a dissolução consensual do casamento. Se as próprias partes podem pôr termo ao casamento, por mero acordo de vontades (é claro, quando não houver conflito de interesses entre elas), faltará a *necessidade* de provimento judicial – o qual se apresentaria despiciendo.

Lembre-se que o *interesse de agir*, enquanto condição da ação, materializa-se na necessidade e utilidade da prestação jurisdicional, permitindo gerar benefícios ou vantagens efetivas para o autor.⁶ Destrinchando esta idéia, vale dizer que o interesse de agir decorre da indispensabilidade da tutela jurisdicional, sendo imperiosa a atuação do magistrado para que possam decorrer conseqüências úteis, vantajosas, ao autor da demanda.⁷

Transportando tais idéias para a matéria *sub occulis*, tem-se que não se apresenta necessária a propositura de uma ação de separação ou divórcio consensuais, pois todos os efeitos pretendidos podem obtidos através de escritura pública, lavrada perante o tabelião. Por conseguinte, faltará uma das condições de ação, implicando na resolução do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267 do CPC.8

⁶ RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE, em oportuna abordagem sobre o *interesse de agir*, assevera que na propositura de qualquer ação "deve ser a jurisdição *indispensável ou necessária* para que não se desenvolva uma atividade inútil", cf. *Condições da ação*: enfoques sobre o interesse de agir, cit., p.177.

⁷ Com o mesmo entendimento: "o interesse de agir, como condição da ação, fulcra-se na premissa de que, embora o Estado tenha interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparelho judiciário sem que com isso obtenha algum resultado útil".(TJ/MS, Ac.unân.2ªT., ApCív.38.337-3, rel. Des. José Augusto de Souza, j.7.6.94, in RJTJMS 97:29) e "o interesse de agir sobressai da necessidade de exigir-se prestação jurisdicional". (TRF-3ªRegião, Ac.unân.3ªT., RNMS7.118, rel. Juíza Annamaria Pimentel, j. 6.11.91, in Revista TRF-3ªRegião 9:249).

⁸ Interessante texto escrito, com a habitual pena de mestre, por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, formula crítica à concepção tradicional das condições da ação, merecendo referência, cf. "Condições da ação?", cit., em especial p.63 e ss..

Nessa ordem de idéias, a utilização da via judicial para a dissolução do casamento (por separação ou divórcio) restringe-se às hipóteses de conflito de interesses entre as partes ou de existência de interesse de incapaz. Fora disso, restará, por óbvio, obstada a esfera judicial, sob pena de esvaziamento e inutilidade do novo regramento da matéria. E repita-se à exaustão: não se viola, com esse entendimento, a garantia de amplo acesso ao Judiciário, pois havendo conflito de interesses entre as partes, será possível movimentar a máquina jurisdicional, para o recebimento de uma tutela justa, adequada e eficaz.

Não é despiciendo apontar que mesmo para quando, eventualmente, seja admissível a utilização da via jurisdicional para a separação ou o divórcio consensuais, não mais é necessária a designação de audiência para a tentativa de reconciliação do casal (também chamada de audiência de ratificação do acordo), em razão da simplificação da dissolução das núpcias. Observe-se, inclusive, que não sendo exigível a audiência na via administrativa, não poderá se cogitar da mesma na esfera judicial, até mesmo porque *quem pode o mais, pode o menos.*⁹ Com isso, está revogado integralmente (ab-rogado) o art. 3º, §2º, da Lei nº6.515/77 – Lei do Divórcio¹0 e parcialmente (derrogado) o art. 1.122 do Código de Processo Civil.¹1

4. A possibilidade de representação voluntária das partes

O procedimento há de ser descomplicado. Assim, as partes devem comparecer ao cartório do domicílio de qualquer dos consortes e, assistidas por advogado (comum ou não),

⁹ Em outra sede, já tive oportunidade de defender a inconstitucionalidade ou inutilidade da audiência de ratificação. Veja-se, a respeito e com fartas indicações doutrinárias, FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE. Escritos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Na jurisprudência, a voz, sempre pioneira, da Desa. Maria Berenice Dias também já tinha ecoado nesse sentido: "Separação consensual. Audiência de ratificação. Ainda que haja determinação legal e seja recomendável a realização da audiência de ratificação, excepcionalmente pode ser dispensada, principalmente quando não há filhos, nem obrigação alimentar. Não se verificando vício na manifestação de vontade das partes, possível chancelar a separação consensual, sem a formalidade (a designação de audiência)". (TJRS, Ac.7ªCâm.Cív., AgInstr.70012081089 – comarca de Santo Antônio das Missões, rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. 9.11.2005)

¹⁰ Art. 3º, §2º, Lei do Divórcio: "o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário". O escopo do legislador parecia bastante evidente: fazer com que o juiz (representando o Estado, em sua acepção lata) tentasse obter a reconciliação do casal, evitando a ruptura da relação casamentária, como se algum interesse público houvesse na manutenção de algum matrimônio, ainda que às custas da felicidade e da realização pessoal dos cônjuges – o que, a toda evidência, parece atentar frontalmente contra a dignidade garantida a todas as pessoas humanas pelo art. 1º, III, da CF/88 (FARIAS, Cristiano Chaves de. Escritos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

¹¹ Art. 1.122, CPC: "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 consegüências da manifestação de vontade".

lavrarão a escritura (juntamente com o seu patrono), dissolvendo o matrimônio pelo divórcio ou pela separação, através de cláusulas decorrentes da vontade de ambos.

Justifica-se a necessidade de assistência por advogado, na medida em que são protegidos os interesses recíprocos, evitando o sacrifício de garantias jurídicas em momento tão delicado da vida de qualquer pessoa. Induvidosamente, a fragilidade emocional e a vontade de estar livre do vínculo jurídico (que unia quem já estava distanciado afetivamente), não raro, contribuíam para a celebração de acordos leoninos, dos quais muitos vinham a se arrepender posteriormente, sem que pudessem reclamar seus direitos, em face do entendimento cimentado na Súmula 305 do Supremo Tribunal Federal que impedia a retratação do acordo de dissolução consensual nupcial, após a ratificação perante o juiz.¹²

Naturalmente, como em qualquer outro ato congênere, as partes podem declarar a sua vontade pessoalmente ou por procurador, munido de poderes específicos para o ato.

Trata-se de mera *representação privada*, decorrente do poder reconhecido a todo e qualquer interessado em declarar vontade através de um representante voluntário, consoante autorização expressa da própria Lei Civil. Aliás, é de se lembrar que "a representação voluntária surge da idéia fundamental da cooperação (colaboração) jurídica. Assim, torna possível a celebração de negócios jurídicos (e, lembre-se, a escritura pública de dissolução nupcial tem natureza negocial) entre um interessado direto (o representado) e uma outra pessoa interessada (o terceiro), por intermédio de um agente interposto (o representante), de maneira que os efeitos atinjam apenas o representado e o terceiro, passando longe da esfera jurídica de interesses do representante." Com efeito, "qualquer negócio jurídico, como regra, admite a representação privada. De qualquer modo, as relações negociais se apresentam como o domicílio mais comum da representação voluntária".¹³

Em sendo assim, detectada a natureza negocial da extinção matrimonial por escritura pública, não há como se negar a perfeita possibilidade de representação privada por uma ou

¹³ Veja-se, a respeito, FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON, cf. *Direito Civil:* Teoria Geral, cit., p.410, para onde se pede vênia para remeter o leitor para referências mais fartas acerca do instituto da representação privada.

¹² Súmula 305, Supremo Tribunal Federal: "acordo de desquite ratificado por ambos os cônjuges não é retratável unilateralmente."

mesmo por ambas as partes interessadas, apenas exigida a concessão de poderes específicos e constituição por escritura pública.

Seja consentida, inclusive, uma analogia: se para o casamento é possível aos nubentes estar representado por procurador (CC, art. 1.535)¹⁴, para a sua dissolução, igualmente, é facultada essa representação voluntária, sob pena de conferir-se ao desfazimento do casamento importância superior à sua própria celebração.¹⁵

Resolve-se, assim, o problema de inúmeras pessoas que eram obrigadas a abandonar as suas ocupações (profissionais liberais que tinham de largar as suas fontes de renda, servidores públicos que obrigados a desfalcar os quadros da máquina estatal, empregados que precisavam contar com a boa vontade de seus superiores, etc). Com o mesmo raciocínio, soluciona-se, também, o drama vivenciado por pessoas casadas que não mais residem no mesmo domicílio do consorte de quem está se separando ou divorciando (não raro, já estão residindo em outro estado ou, quiçá, em outro país) e que, doravante, não mais serão obrigadas pela lei a assumir grandes despesas financeiras, profissionais e emocionais.

Infelizmente, ainda era grande o volume de pessoas casadas – porém separadas de fato há considerável lapso temporal – que não conseguiam desfazer, juridicamente (até mesmo porque afetivamente já nada restou), os laços conjugais, porque uma norma legal, da década de 70 (portanto, mais de dez anos antes da *Lex Fundamentallis*), exigia que a ruptura nupcial fosse precedida de uma audiência na qual o juiz deveria exortar a retomada da vida conjugal. São, *verbi gratia*, brasileiros que vivem no exterior e estão separados de fato de cônjuges que ficaram no país ou mesmo pessoas que estão residindo em localidades muito distantes do domicílio de seu ex-consorte e que, em face das dificuldades, permaneciam vinculadas juridicamente, muito embora sem qualquer laço afetivo e sem, sequer, manter qualquer espécie de relação. Agora, poderão estas pessoas findar, juridicamente, o liame que, afetivamente, não prosperou, de forma simples e natural: da mesma maneira que convolaram as núpcias, podendo estar representadas por procurador, constituído com poderes especiais para o ato.

¹⁴ Art. 1.535, CC: "presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial..."

¹⁵ Com idêntico senso, Jander Maurício Brum observa que "se se admite o casamento por procuração (CC, art. 1.542), ilógico seria negar seu desfazimento pela mesma forma", cf. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, cit., p.36. Em nossa jurisprudência, já se colhia, antes mesmo da reforma, precedente do sodalício bandeirante afirmando que "em casos excepcionais, é possível dispensar o comparecimento de um dos cônjuges à audiência" (TJ/SP, in RJTJESP 94:97).

Vislumbro, nesse particular, o ponto alto da inovação legal. A materialização do princípio constitucional da dignidade humana e da liberdade de autodeterminação, na medida em que desburocratiza a vida privada, reconhecendo como um simples ato de vontade das partes a constituição de uma família através do casamento e, por idêntico, a desconstituição consensual dessa família, por meio da separação ou do divórcio.

5. As cláusulas obrigatórias e as conseqüências de sua eventual preterição

Exige a lei processual (art. 1.124-A, *caput*) que a escritura pública contenha o acordo de partilha dos bens comuns do casal, de uso do sobrenome de casado do cônjuge e o dever de prestar alimentos, podendo levar o mais afoito à conclusão de que a sua ausência implicaria em invalidade do negócio jurídico.

No entanto, não se olvide de que, trilhando as pegadas da Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça, 16 é perfeitamente lícito aos cônjuges findar o casamento (pela separação ou pelo divórcio) sem a prévia partilha de bens, mantendo-os em condomínio. Aliás, o próprio Código Civil, em seu art. 1.581, 17 confirma essa possibilidade, autorizando a dissolução nupcial sem partilha do patrimônio comum. Exatamente por isso, é possível afirmar que a ausência da cláusula de partilha de bens não macula, em nada, o acordo de vontades, que continua válido e eficaz entre as partes, produzindo seus regulares e jurídicos efeitos, inclusive para fins de execução judicial.

De mais a mais, infere-se que, não havendo disposição relativa à partilha de bens, presumir-se-á a permanência, em condomínio, do eventual patrimônio comum do casal, o qual poderá ser partilhado, posteriormente, de acordo com a vontade das partes em extinguir o condomínio (seguindo a orientação do art. 1.320 do *Codex*), através de nova escritura pública ou de procedimento judicial de partilha, conforme previsão do art. 1.321 da Lei Civil¹⁸ (nesse caso, submeter-se-á ao procedimento especial de partilha, aplicável à dissolução do condomínio, por força de disposição da codificação civil).

¹⁶ Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça: "o divorcio direto pode ser concedido sem que haja previa partilha dos bens". Vale, inclusive, lembrar que a súmula foi editada em 1997, publicada no DJ de 22.10.97, p.53.614, muito antes, portanto, do Código Civil vigente.

¹⁷ Art. 1.581, CC: "o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens."

¹⁸ Art. 1.321, CC: "aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (arts. 2.013 a 2.022)."

É importante, ademais, pontuar que a partilha dos bens pode ser realizada de maneira desigual, cabendo a um dos consortes parcela patrimonial menor do que a lei lhe garantiria. Trata-se, repita-se, de mero negócio jurídico, que permite, por óbvio, transações deste jaez. Logicamente, na hipótese de partilha desigual, decorrerá a incidência tributária, como, aliás, já reconhecia a Súmula 116 do Pretório Excelso. 19 Já a renúncia integral à meação – que também é possível – somente poderá se concretizar caso o disponente não comprometa a sua própria subsistência e, naturalmente, desde que não viole a legítima. 20 É evidente que, também aqui, haverá incidência fiscal.

Na hipótese de inexistir bem a ser partilhado, o casal deverá declarar tal fato. Essa afirmação (de ambos, por lógico) de que não há bem a ser dividido, inclusive, não importará em prejuízo para qualquer deles ou mesmo para terceiros, pois, havendo alguma omissão, o bem poderá, no futuro, ser partilhado autonomamente, através do procedimento específico de partilha contemplado no art. 1.321 da Lei do Cidadão, já mencionado alhures.

Outro não é o efeito da eventual ausência de indicação do ajuste de vontade quanto ao uso do nome patronímico pelo cônjuge (que, eventualmente, tenha acrescido ao seu o sobrenome do consorte quando do casamento, conforme permissivo do §1º do art. 1.565 da Codificação). Ausente disposição expressa de vontade, presume-se que o consorte manteve o seu nome de casado. Mesmo porque, não custa lembrar, o nome é direito da personalidade e, como tal, incorpora-se ao seu titular.²¹ Por isso, manter, ou não, o nome de casado concerne à própria dignidade da pessoa, sendo-lhe inafastável.

Nessa esteira, são significativas as palavras firmes de Silmara Juny de Abreu Chinelato E Almeida, ao esclarecer que se o cônjuge adota o nome patronímico do outro, "o nome adotado

¹⁹ Súmula 116, Supremo Tribunal Federal: "em desquite, ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados".

²⁰ Nesse caminho, os arts. 548 e 549 da Codificação de 2002 limitam, explicitamente, o direito de realizar doações. Veja-se: art. 548, CC: "é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador" e art. 549, CC: "nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento".

²¹ Compreendam-se os *direitos da personalidade* como aqueles reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são os direitos em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. Nesse sentido, consulte-se ORLANDO GOMES, cf. *Introdução ao Direito Civil*, cit., p.149.

com o casamento passa a ser o nome de família e o seu próprio nome, integrando seu direito à personalidade".22-23

A jurisprudência, inclusive, já sacramentou esse entendimento, como se pode notar:

"Conversão de separação. Direito ao uso do nome de casada. Admissibilidade. Nome que integra direito da personalidade, já incorporado ao patrimônio jurídico da mulher." (TJ/SP, ApCív.104.801-1, rel. Des. José Osório)

"O nome, direito individual à pessoa, integra a personalidade, é fator de identificação e individualização. Depois de usar o patronímico do marido por 36 anos, é demasiado sacrifício exigir volte ao nome de solteira. Ausência de alguma vantagem ou prejuízo para o ex-marido. Manutenção de liame com o nome das filhas. Recurso improvido". (TJ/RS, Ac.8ªCâm.Cív., ApCív.596.063.495, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j.21.11.96)

Com isso, inclusive, é fatal a conclusão de que a perda do sobrenome de casado, nas separações e divórcios consensuais, dependerá, sempre e exclusivamente, de expressa manifestação de vontade do titular. E mais, a regra geral é a preservação do nome de casado (que é direito da personalidade), somente havendo a perda na hipótese de concordância do interessado.

Demais disso, também merece registro que a preterição do acordo de alimentos entre as partes, por igual, não importará em conseqüências sobre a escritura pública dissolutória do casamento. É que, mesmo deixando de prever o pensionamento alimentício, as partes poderão, posteriormente, reclamar os alimentos de que necessitem para viver dignamente, como faculta-lhes o art. 1.694 do *Codex*.²⁴

²³ Nesse mesmo sentido, Gustavo Tepedino, sustentando que "com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido", cf. Temas de Direito Civil, cit., p. 375.

²² ALMEIDA, SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E. Cf. Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade, cit., p.138. E também assevera que "o ponto fundamental a ser discutido na questão do nome da mulher casada é reconhecer-lhe a natureza jurídica inequívoca de direito da personalidade".

²⁴ Art. 1.694, CC: "podem os parentes, *os cônjuges* ou companheiros pedir uns aos outros *os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social*, inclusive para atender às necessidades de sua educação."

Sublinhe-se, porém, que os interessados podem, isolada ou conjuntamente, na escritura pública dissolutória, renunciar aos alimentos aos quais, eventualmente, façam jus. Nesse caso, consoante a orientação da nossa melhor jurisprudência,²⁵ a cláusula de renúncia será perfeitamente válida (se não houver vício de consentimento) e eficaz, malgrado a defeituosa redação do art. 1.707 do Código Civil,²⁶ poder conduzir a outro raciocínio. Sem dúvida, a melhor solução para o caso é o reconhecimento da validade da renúncia manifestada por um dos consortes, pois não é crível que, após anos da dissolução do casamento (em que se renunciou aos alimentos), um deles venha a pleitear daquele com quem não mais mantém qualquer vínculo a pensão alimentícia. Necessitando, deverá o ex-cônjuge pleitear de seus parentes próximos, de acordo com a previsão do art. 1.694 da Codificação de 2002.

Não se pode deixar de sublinhar, demais de tudo isso, a plena possibilidade das partes estabelecerem outros ajustes na escritura pública. Faculta-se-lhes, assim, dispor sobre outros interesses privados, assumindo obrigações e reconhecendo direitos mútuos, realizando, *e.g.*, doações recíprocas, instituindo usufruto, uso ou habitação em favor do outro, de filhos ou mesmo de terceiros, estipulando cessão de bens, direitos, comodato ou locações, assumindo o dever de indenizar, outorgando procurações, assumindo o dever de prestar alimentos transitórios, reconhecendo obrigações diversas de fazer ou não fazer etc.²⁷ Cuida-se de simples materialização da *autonomia negocial*, defluindo da própria liberdade de reconhecida pela Constituição da República às partes.

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).

²⁵ Veja-se a firme posição do Superior Tribunal de Justiça, mesmo após o advento do Código Civil de 2002: "Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. - A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. - Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido." (STJ, Ac.unân. 3ªT., REsp.701902/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j.15.9.05, DJU 3.10.05, p.249).

²⁶ Art. 1.707, CC: "pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora."

²⁷ Também assim, Carlos Roberto Gonçalves, cf. *Direito Civil Brasileiro*, cit., p.199.

Por derradeiro, convém registrar a absoluta impossibilidade do tabelião recusar-se a homologar a escritura pública dissolutória do casamento, por falta de previsão e por atentar contra a liberdade das partes. Repita-se à exaustão que esse acordo extintivo das núpcias tem natureza de negócio jurídico bilateral, decorrendo da autonomia privada, não comportando objeção ou questionamentos pelo Estado. Veja-se, inclusive, que o próprio comando legal (art. 1.124-A, em seu §1º) é de clareza solar ao estabelecer que a escritura pública independe de homologação judicial para que tenha valor de título executivo. Com muito mais razão, então, descabe ao tabelião imiscuir-se na vontade das partes, recusando-se a promover o registro, sob qualquer alegação.

Havendo algum vício na declaração de vontade não cabe ao tabelião (que não detém poderes para tanto) discuti-lo. O caminho será a propositura de ação anulatória, no prazo de quatro anos (CC, art. 171 c/c 178).

Repise-se que, nem mesmo, a ausência de referências no pacto às cláusulas referidas na lei poderá implicar em recusa ao seu registro, pelos motivos antes ponderados, de acordo, inclusive, com o entendimento pretoriano.

Em interpretação sistêmica, assim, é de se compreender abolida de nosso ordenamento (finalmente!) a lamentável *cláusula de dureza*, ²⁸ pois não mais é possível ao Estado objetar-se à vontade dos cônjuges de extinguir a relação afetiva que vivenciam na sua esfera mais íntima – e, lembre-se, sem incomodar ao Estado. Aliás, mesmo para quem, hipoteticamente, admita a propositura de ações consensuais de separação ou divórcio, a questionável cláusula de dureza também não mais será admitida. É que violaria o princípio constitucional da igualdade tratar diferentemente quem se encontra na mesma situação, pois se as partes promovem a dissolução em cartório, não há cláusula de dureza, uma vez que o tabelião não pode se objetar à vontade das partes. Assim, mesmo que o façam em juízo também não será possível impedir a produção de efeitos, pena de tratar desigualmente pessoas que estão na mesma situação. Restaram, com

cit., p.263.

²⁸ Já se podia afirmar, antes mesmo do advento da Lei nº11.441/07, que a cláusula de dureza (como sempre foi apelidada a abominável possibilidade do juiz indeferir o acordo de separação ou divórcio amigáveis, nos quais as partes diretamente interessadas estavam acordes em todos os termos da dissolução do *seu* próprio matrimônio) era incompatível com os preceitos constitucionais, em especial por violar a liberdade individual. Comungando com esse entendimento, MARIA BERENICE DIAS chegou a disparar ser "a regra de escancarada *inconstitucionalidade*, já que afronta o princípio da liberdade que impera no contexto das relações familiares", cf. *Manual de Direito das Famílias*,

isso, revogados tacitamente os arts. 34, do §2º,2º da Lei do Divórcio, e o Parágrafo Único do art. 1.574 do Código Civil (que contém idêntica redação),3º que permitiam a recusa pelo juiz à homologação do acordo de extinção por mútuo consenso.

6. A gratuidade do procedimento administrativo

Como não poderia ser diferente,³¹ previu o reformador processual que a lavratura da escritura pública dissolutória e demais atos notariais serão gratuitos para as pessoas que se declarem pobres. Reza o dispositivo legal: "§3" a escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei".

Obtempere-se, por oportuno, que a gratuidade dependerá, tão somente, da declaração da parte interessada, não sendo exigível que faça prova da falta de recursos financeiros para custear a lavratura da escritura e dos demais atos notariais. Aliás, não é demais realçar que negativas absolutas como esta (a impossibilidade de pagar as despesas cartorárias sem privar a si ou a sua família do que é necessário para manter-se dignamente) são impossíveis de serem provadas.

Concretamente, seria possível provar o estado de riqueza, mas jamais seria possível provar o estado de pobreza.

Nessa linha de intelecção, infere-se, com tranquilidade, que bastará a alegação (das partes ou de seu advogado) de falta de recursos financeiros para que as partes obtenham a gratuidade cartorária, não sendo possível ao tabelião exigir prova do fato.

²⁹ Art. 34, *§2*°, Lei do Divórcio: "o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges".

³⁰ MARIA BERENICE DIAS já criticava acidamente o dispositivo que agora resta vencido, esclarecendo que se a preocupação era a proteção patrimonial, "a solução seria decretar a separação, deixando-se somente de homologar a partilha". E mais, ponderava, corretamente, que "não se atina qual seria o interesse dos filhos em viver em um lar em que os laços de afeto não mais existem e que a permanência do vínculo legal entre seus pais é imposta judicialmente. Ora, havendo a obrigação de ambos os genitores, mesmo que separados, de prover o sustento dos filhos, e assegurado o convívio, por meio da regulamentação de visitas, descabe falar em desatendimento dos interesses da prole a ponto de impedir que os pais concretizem o desejo de se separarem", cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p.197-8.

³¹ Os próprios procedimentos judiciais são gratuitos para as pessoas que não podem custear as despesas processuais sem sacrifício de sua subsistência, como garante a Lei nº1.060/50. Outrossim, a celebração do casamento também será gratuita para todos os nubentes e, além disso, a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão, do mesmo modo, serão gratuitas para as pessoas pobres, consoante a dicção do art. 1.512 do Código Civil. Assim, outra solução não se poderia dar à escritura dissolutória do casamento, senão garantir a sua gratuidade nos mesmos moldes.

É de se registrar que havendo indevida exigência de prova pelo tabelião caberá, além da impetração de *mandado de segurança*, o manejo de *procedimento administrativo de dúvida* (no caso, seria a *dúvida inversa* – que, admitida jurisprudencialmente, é promovida pelo particular interessado no registro, exortando o juiz a retificar eventual exigência indevida feita pelo tabelião ou oficial do registro). Também pode ser caso de reclamação funcional à Corregedoria Geral da Justiça, para a adoção de providências administrativas, relativas ao servidor, e o pronto restabelecimento da ordem jurídica. Tudo isso sem prejuízo da comunicação ao Ministério Público estadual correspondente para que, através de seus órgãos de execução internos com atribuição para a defesa da moralidade administrativa, analise a ocorrência eventual de improbidade administrativa por conta do abuso de poder do servidor público, consistindo em violação de princípio norteador da Administração Pública (art. 10 da Lei nº8.429/92).

7. A prova do lapso temporal exigido por lei na separação e no divórcio consensuais por escritura pública

Relevante questionamento poderá ser feito quanto à prova do lapso temporal (indevidamente!) exigido para a separação consensual e mesmo para o divórcio. Quanto à separação consensual não há maiores indagações: prova-se o prazo de um ano das núpcias (pasmem, caro leitor, significa que, antes desse prazo, mesmo que o casal pretenda *não* poderá dissolver o casamento, estando *obrigado* a permanecer casado³², consoante exigência do art. 1.574 do *Codex* de 2002³³) pela apresentação da certidão de casamento. Dificuldades existem quanto ao divórcio.

Oport

³² Oportuna a crítica de Maria Berenice Dias à exigência legal de prazo mínimo para a separação consensual: "trata-se de verdadeira imposição de um 'estágio probatório',durante o qual o desejo dos cônjuges não possui o mínimo significado... Nítido o caráter punitivo de tal restrição. Será a determinação de um período de reflexão? Ou não se admite que o amor possa ter acabado antes desse prazo? Afinal, qual a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos? Dizer que é para preservar os sagrados laços do matrimônio? Mas, o casamento não existe!", cf. "Da separação e do divórcio", cit., p.66-7. Em sentido contrário, porém, permissa maxima venia, sem apresentar argumentos razoáveis, SíLVIO DE SALVO VENOSA, tentando justificar o que é muito difícil de fazê-lo, afirma que fundamentar-se-ia a exigência no fato de tratar-se de um período de prova, no qual se aquarda a acomodação e compreensão da vida em comum, não permitindo que um açodamento possa jogar por terra o matrimônio nos primeiros meses, cf. Direito Civil, cit., p.226. O argumento é não convence. Se o casamento vier a findar nos primeiros meses, o interesse é privado e diz respeito somente às partes. Mais: para casarem, não se exigiu algum cuidado, para evitar manifestações de vontades açodadas... Por isso, mereceu de Maria Berenice Dias a justa crítica de que o referido fundamento é "pueril. Cabe indagar qual seria o motivo de o Estado opor-se ao desejo de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos. Se livremente casaram, nada justifica não disporem da mesma liberdade para pôr fim ao casamento", cf. Manual de Direito das Famílias, cit., p.260.

³³ Art. 1.574, CC: "dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção".

Pois bem, as partes poderão demonstrar o transcurso do prazo bienal exigido para o divórcio direto (CF, art. 226, §6º)³⁴ através de testemunhas que compareçam à lavratura da escritura ou mesmo por meio de simples declarações apresentadas ao tabelião. É que palmilhando a linha simplificadora da dissolução matrimonial, não pode haver dúvida quanto a possibilidade de prova do lapso temporal de dois anos de separação de fato através de simples declarações assinadas por testemunhas, com firma reconhecida de pessoas que atestem conhecer o casal e saber já estar separado de fato pelo aludido período de tempo, como exige a norma constitucional.

Aliás, acrescente-se que as declarações, com firma reconhecida, possuem o mesmo valor jurídico do testemunho pessoal, uma vez que, por igual, deixam prevenidas as responsabilidades civil e criminal do declarante, não se justificando exigir a presença da testemunha. 35

Outrossim, vale frisar a possibilidade de utilização de outros meios de prova do lapso temporal exigido por lei. Exemplificativamente, é possível imaginar uma medida judicial de separação de corpos, que tenha se efetivado há mais de dois anos. Em casos assim, em que eventual prova documental seja suficiente para demonstrar os dois anos de ruptura da vida conjugal, será desnecessária a produção de outros meios de prova.

8. A possibilidade de divórcio-conversão por escritura pública

Conquanto não exista previsão legal expressa, escaparia da razoabilidade impedir a realização de divórcio-conversão por escritura pública.

³⁴ Art. 226, § 6º, Constituição Federal: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressamente previstos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

³⁵ Nesse diapasão, a jurisprudência já vinha consentindo com a demonstração do lapso temporal de separação de fato através de prova documental, firmada por testemunhas, como se pode notar: "APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO. COLETA DE PROVA ORAL PARA COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL. Considerando o acúmulo cada vez mais significativo de ajuizamento de ações a reclamar pronta resposta do Judiciário, a ausência de litígio entre as partes e a falta de lei vedando aferir-se a prova do transcurso do prazo legal através de documentos, é desnecessária a realização de audiência de oitiva de testemunhas com o propósito de comprovar o lapso temporal. As declarações acostadas aos autos são suficientes para demonstrar o tempo da separação de fato, sobretudo ante a ausência de qualquer alegação de que os documentos são falsos." (TJRS, Ac.unân. 8ªCâm.Cív., ApCív. 70011398880 – Comarca de Cruz Alta, rel. Desa. Walda Maria Melo Pierro, j. 29.12.2005)

Dessa maneira, mesmo que tenha havido anterior separação judicial (seja por meio de procedimento litigioso, seja mesmo através do procedimento consensual – nas hipóteses anteriores ao advento do *novel* diploma legal), é possível aos interessados converterem a separação em divórcio através de escritura pública, provado o lapso temporal de um ano exigido constitucionalmente.

De fato, não seria justificável permitir às partes um divórcio direto por via administrativa e impedir-lhes o uso da mesma sede para obter um divórcio por conversão. Para tanto, terão as partes de comprovar o lapso temporal de um ano de separação judicial imposto pelo mesmo dispositivo constitucional citado (art. 226, § 6º). A outro giro, será imprescindível, ainda, a prova do trânsito em julgado da sentença de separação, afinal não é possível converter em divórcio a separação que ainda não se ultimou.

Assim, é possível o manejo da escritura pública para pôr fim ao casamento seja através do divórcio direto, seja mesmo pelo divórcio-conversão.

A existência de interesses de filhos menores e a (im)possibilidade de dissolução do casamento por escritura pública

Reza o *caput* do art. 1.124-A do Código Instrumental que "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*", deixando, de algum modo, que se pudesse afirmar que, *a contrario sensu*, a existência de filhos menores ou incapazes do casal impede a dissolução nupcial pela via administrativa, impondo-se-lhes o procedimento judicial (mais oneroso e lento).

Não é a solução adequada. Com efeito, a *ratio* essendi da disposição legal é obstar a utilização da escritura pública quando exista discussão acerca de interesses indisponíveis³⁶ à vontade das partes (tais como os interesses titularizados por incapazes, como a guarda, a visita ou mesmo os alimentos devidos à prole). Tais direitos não podem, por evidente, serem tratados em negócio jurídico, motivo pelo qual justifica-se a vedação legal.

³⁶ Na cátedra de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, "direitos indisponíveis são os direitos chamados personalíssimos, fundamentais (à liberdade, à educação, à cultura, à honra, ao nome, aos alimentos, à intimidade, etc.)", cf. Código de Processo Civil Anotado, cit., p.230.

Não se pense, entretanto, que se o casal tem filhos comuns não poderá se valer da facilitada e simplificada via administrativa. Por certo, não é assim. Se o casal tem prole comum poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, dês que não verse o pacto sobre direitos dos filhos, que são indisponíveis. Assim, podem ajustar a partilha dos bens, os alimentos devidos reciprocamente e a permanência do nome de casado, deixando para resolver as questões atinentes à guarda e visita dos filhos e aos alimentos devidos a eles (além de outras eventuais indagações) na via judicial, através de ações próprias. Tais ações, inclusive, podem ser propostas antes ou mesmo depois da escritura pública, até mesmo porque em nada dependem dela.

Esta é, seguramente, a melhor solução, até porque o casal, ao celebrar a escritura pública, poderia, se assim não fosse, omitir a eventual existência de filhos menores, realizando o seu ajuste patrimonial e dissolvendo o seu matrimônio, sem que o tabelião pudesse se objetar a tanto. Não tenho dúvidas, de que já se foi o tempo em que o operador da ciência jurídica labutava distante da sociedade, falseando a realidade fenomenológica da vida dos brasileiros. É hora de um Direito (e de um processo) mais rente ao nosso cotidiano!

10. O direito intertemporal e a violação da Lei Complementar nº95/98

Dispõe o art. 4º da Lei nº11.441/07 que esta lei entra em vigor na data de sua publicação, indicando que não se submeterá a qualquer prazo de vacatio legis.

Com isso, martiriza-se, frontalmente, o comando inserido no art. 8º da Lei Complementar nº95/98 que, atualmente, impõe a toda e qualquer norma legal a previsão expressa de um período de *vacatio legis*, correspondente ao número de dias necessários para que todos dela tomem conhecimento. Somente podem entrar em vigor na data de sua publicação as chamadas "leis de pequena repercussão" – o que não é, a toda evidência, o caso do diploma legal em apreço. Ao revés.

Veja-se a dicção legal da Lei Complementar nº95/98, cujo art. 8° (com a redação emprestada pela Lei Complementar nº107/01) reza: "a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena

repercussão. §1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. §2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial."³⁷

Com isso, nota-se que o novo procedimento (agora administrativo, através de escritura pública) das separações e divórcios consensuais pode ser utilizado imediatamente por qualquer interessado, já a partir do dia 04.01.07. Outrossim, podem as partes que, eventualmente, promovem ações dissolutórias em juízo desistir do andamento da demanda e extinguir o seu casamento por intermédio da nova possibilidade cartorária, já que a lei alcança, inclusive, os matrimônios pendentes (o que abrange, via de conseqüência, aqueles que ainda não foram sentenciados).

Seguindo a linha ideológica antes apresentada, entendo que as ações de separação e divórcio que, desde a data de publicação da Lei nº11.441/07, estiverem sendo processadas em varas de família deverão ser extintas pelo juiz – de ofício, inclusive – sem resolução de mérito, por perda do interesse de agir, o que gera a ausência de condição da ação – que constituindo matéria de ordem pública deve ser controlada durante toda a relação processual, desde o despacho inicial até a própria sentença.

Para aqueles que, por ventura, entenderem que a via administrativa é uma mera opção às partes, por seu turno, é de se destacar que o magistrado deverá intimar as partes, por meio de seu advogado constituído, para que informem se ainda possuem interesse no prosseguimento do feito, após a superveniência do *novel* diploma legal.

11. À guisa de arremate:

a esperança de uma interpretação afinada com os novos tempos

³⁷ A esse respeito é curioso notar que também a Lei nº10.406/02, que instituiu o Código Civil vigente, não atendeu ao que determinou a referida Lei Complementar, como se infere da simples – e ainda que perfunctória – leitura do art. 2.044, dispondo que "este Código entrará em vigor um ano após a sua publicação".

De nada adiantará uma nova sistemática legal para as separações e divórcios consensuais se, nesse momento, não se promover uma substancial modificação nas mentes e corações dos operadores do Direito.

Assim, impõe-se (desde o primeiro momento interpretativo desse novo regramento) aos advogados, promotores de justiça, defensores públicos, magistrados, professores, estudantes e estudiosos do Direito de Família e do Direito Processual Civil um maior comprometimento com a efetividade do direito material, assegurado em sede constitucional, à liberdade de autodeterminação e à própria dignidade humana.

Se o nosso sistema não exige maiores indagações formais para o casamento, também não poderá fazê-lo quando da sua eventual dissolução e o operador deve ser intérprete da solução dos conflitos e não de sua potencialização.

A nova sistemática tem de ser utilizada para facilitar a vida do cidadão brasileiro (que, segundo estatísticas recentes publicadas na imprensa, vem casando mais e, igualmente, separando mais).³⁸ Não se pode esquecer que, em matéria de Direito de Família, a atuação do jurista impõe conseqüências diretas à vida das pessoas, motivo pelo qual se exige do operador muito mais sensibilidade, do que técnica e dogmática.

É preciso que se esteja atento para o sinal projetado pela nova sistemática das separações e divórcios consensuais: tal qual um exército vencido na guerra, retira-se o Estado de um ambiente que não lhe pertence e que lhe é estranho, a vida privada.³⁹ Por isso, doravante, toda e qualquer interpretação de regras relacionadas à dissolução do casamento (mesmo que nos procedimentos judiciais) deverá estar em sintonia com a autonomia privada,

³⁸ Segundo dados oficiais do *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no período compreendido entre 1993 e 2003, "as uniões legais (casamentos) registraram uma recuperação, em parte devido à realização de casamentos coletivos em diversas Unidades da Federação, numa parceria entre prefeituras e a Igreja Católica, para legalizar uniões consensuais. Em 2003, inclusive, houve mais casamentos coletivos que no ano anterior, o que colaborou para uma variação relativa da ordem de 4,7%." Em contra-partida, "o número de separações e divórcios também vem aumentando gradativamente. De 1993 a 2003, o volume de separações subiu de 87 885 para 103 529 e o de divórcios de 94 896 para 138 676 (ou 17,8% e 44%, respectivamente)." Os dados constam de http://www.ibge.gov.br/english/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=283, acesso em 04.01.07.

³⁹ Oxalá, em breve tempo, seja possível estar debatendo (e festejando!) os reflexos da aprovação do Projeto de Emenda Constitucional nº413/05 (que pretende extinguir a distinção entre separação e divórcio, criando uma medida única extintiva do casamento – o que, seguramente, facilitará a todos os juristas explicarem ao povo do Brasil porque uma pessoa separada não mais é casada, porém não pode casar de novo, pois se tal diferença é complexa para o próprio operador, imagine o que dizer para o cidadão comum...) ou, no mínimo, do Projeto de Lei nº5.698/05 que elimina a necessidade de conversão da separação judicial em divórcio, tornando-a automática, por decisão judicial *ex officio*, independente de pedido do interessado.

afastando-se exigências burocráticas e indevidas. É um novo tempo. Um tempo de afirmação da dignidade humana, aqui materializada através do respeito à sua liberdade (afetiva e jurídica) de casar e de não continuar casado. É um tempo bom e a previsão do futuro depende do compromisso do jurista no presente. Enfim, já é chegado o tempo do bem, vencendo o mal...

Referências

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada:* direito de Família e Direitos da Personalidade, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

BRUM, Jander Maurício. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Aide, 2002

CÂMARA, Alexandre Freitas. "Condições da ação?", In *Escritos de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação, São Paulo: RT, 10ªed., 2002

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio:* teoria e prática à luz do novo Código Civil, Curitiba: Juruá, 5ªed., 2003

DIAS, Maria Berenice. "Da separação e do divórcio", In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 4ªed., 2005

_____. Manual de Direito das Famílias, São Paulo: RT, 3^aed., 2006

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A separação judicial à luz do garantismo constitucional*: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. Escritos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil*: Teoria Geral, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ªed., 2006

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação:* enfoque sobre o interesse de agir, São Paulo: RT, 2ªed., 2001

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 11ªed., 1995

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 2006, vol.VI

PARIZATTO, João Roberto. Separação e divórcio, Leme-SP: Edipa, 3ªed., 2002

RODRIGUES, Sílvio. O divórcio e a lei que o regulamenta, São Paulo: Saraiva, 1978

SOARES, Glauber Rocha. "Divórcio, dignidade humana e isonomia", In *Jus navigandi*, disponível em www.jus.com.br, acesso em 01.08.2005

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo: Saraiva, 6ªed., 1996

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Direito de Família, São Paulo: Atlas, 4ªed., 2004 WELTER, Belmiro Pedro. *Separação e divórcio*, Porto Alegre: Síntese, 2000

Fonte:

http://www.acarvalho.com.br/site/internas/automacao/Arquivos/artigos/desnecessidade_procedimento_judicial_novembro_2007.doc

Acesso em 02/07/2009