

DURVAL GOMES VIANA

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS

Uma releitura dos institutos à luz da Lei nº 11.441/2007

CURITIBA
2008

DURVAL GOMES VIANA

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS

Uma releitura dos institutos à luz da Lei nº 11.441/2007

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, habilitação em Relações Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA
2008

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
I. INTRODUÇÃO	01
II. A FAMÍLIA, O MATRIMÔNIO, A DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO E O PENSAMENTO DOUTRINÁRIO CATÓLICO	
2.1 A FAMÍLIA E O MATRIMÔNIO.....	05
2.2 A DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO E O PENSAMENTO DOUTRINÁRIO CATÓLICO	09
III. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO NO BRASIL E O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO	
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO NO BRASIL	16
3.2 SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	22
3.2.1. Separação e divórcio litigiosos	25
3.2.2. Separação e divórcio consensuais.....	27
3.2.3. Aspectos processuais da separação e do divórcio.....	28
3.3. A DICOTOMIA PÚBLICO - PRIVADO.....	29
IV. A APLICAÇÃO E OS EFEITOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS	
4.1 A LEI 11.441/2007 E SUAS CARACTERÍSTICAS	36
4.2 EFEITOS DA LEI 11.441/2007.....	42
4.2.1. Estado civil dos separados e divorciados extrajudicialmente	42
4.2.2. A reconciliação por via extrajudicial	42
4.2.3. A questão dos alimentos e a execução	44
4.2.4. Da possibilidade de fraude por emancipação dos filhos.....	45
4.3. A ATUAÇÃO DO TABELIÃO NOS PROCESSOS EXTRAJUDICIAIS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	46
4.4. ACESSO À JUSTIÇA: FACULTATIVIDADE E GRATUIDADE.....	55

V. CONCLUSÃO.....61

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS66

RESUMO

Esta monografia trata da Lei 11.441/07 que permite aos cônjuges realizarem o divórcio consensual ou a separação consensual por via administrativa, sem a intervenção judicial, através de escritura pública lavrada em cartório por tabelião, como na celebração de um casamento, desde que o casal não possua filhos menores e/ou incapazes. Este trabalho inicia-se com a evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio: desde os tempos da submissão total da mulher ao homem, passando pela condenação do divórcio pelo Direito Canônico e a posição doutrinária católica da indissolubilidade do casamento. Posteriormente, faz-se o delineamento da evolução histórica da luta dos divorcistas pela implantação do divórcio no Brasil, que culminou com a edição da Lei 6.515/77. Em seguida, verifica-se o estado atual dos institutos da separação judicial e do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, nas modalidades consensual e litigiosa. A Lei 11.441/07 significa a delegação de um processo de jurisdição voluntária, antes exclusividade dos juízes, aos particulares. Ela introduziu o art.1.124-A no Código de Processo Civil e faz parte de uma série de reformas que busca dar maior presteza jurisdicional ao cidadão, pois, ao mesmo tempo em que “desafoga” o Poder Judiciário, também facilita a vida das pessoas, que contam com um modo menos burocrático e rápido de desfazer o casamento. Também é o resultado de uma menor intervenção estatal na vida das pessoas e da tendência mundial de redução do Estado e está em sintonia com a ruptura da dicotomia público-privado, pois apesar de regular questões eminentemente de ordem privada, o diploma revela um caráter misto, evidenciando a preocupação do legislador em limitar a extensão dos acordos celebrados extrajudicialmente. Não há inconstitucionalidade apenas porque foi utilizada a nomenclatura extrajudicial que conflita com o art.226, § 6º da Constituição Federal que se refere à separação judicial. Fica entendido que a conversão da separação em divórcio também abrange os processos extrajudiciais. Apesar de não estar prevista expressamente na nova lei, entende-se que será possível a reconciliação de casais separados por processo extrajudicial. O regime de bens não poderá ser alterado extrajudicialmente por notários, pois somente o juiz poderá avaliar se a alteração não provocará danos a terceiros. Os notários podem se recusar a lavrar a escritura de separação e divórcio se existirem vícios que levem a anulabilidade do seu conteúdo. A execução de alimentos pode ser determinada no acordo, mas condena-se a previsão da prisão civil no acordo. A dificuldade de fazer prova pelos notários pode levar a fraudes tais como o “divórcio de gaveta” e a emancipação dos filhos menores para burlar a vedação ao acordo extrajudicial. O acesso à justiça dos hipossuficientes é prejudicado em função da recusa dos cartórios prestarem a gratuidade apesar de prevista em lei. A lei 11.441/07 significa uma faculdade para o cônjuge e não uma obrigação, que assim pode optar pela via judicial se assim o desejar. Apesar do avanço trazido pela nova lei, a situação não é a ideal em função dos custos que restringem a participação dos hipossuficientes e da insegurança jurídica que pode gerar o despreparo do tabelião se comparado ao juiz. A situação ideal seria um melhor aparelhamento do Poder Judiciário para atender de modo eficaz esses e outros tipos de demanda.

I. INTRODUÇÃO

A sobrevivência do ser humano está ligada à necessidade de agrupar-se. Faz parte do espírito humano a associação com outras pessoas com o fim de conseguir o que quer. Este espírito associativo do ser humano possui uma célula a partir da qual estabeleceram-se todas as outras relações que caracterizam o mundo em sociedade. Esta *celula mater* é a família, que durante o transcorrer dos séculos experimentou uma evolução no número dos membros que a compõem, principiando pela família com um elevado número de pessoas, até consolidar-se no formato básico atual composto por homem, mulher e filhos. Existem variações de acordo com as diferentes civilizações, diferentes relações de poder entre seus membros, localização no tempo, mas a sua constituição modelo permaneceu quase inalterada com o desenrolar dos séculos. Ainda hoje, a família permanece como o principal núcleo básico da sociedade.

Como instituição antiqüíssima que é, a família, assim como outros institutos, sofre a influência do meio no qual está inserida. Desde o seu surgimento, passando por diversos momentos históricos como a Renascença, quando na Itália, houve a inclusão dos filhos ilegítimos como parte da família, ou nas sociedades mais conservadoras caracterizadas pela rigidez do núcleo familiar, ela sempre esteve permeável às mudanças ocorridas. Um dos principais fatores de mudanças é o ambiente econômico no qual se desenvolvem as relações sociais. O modo de produção que impera numa sociedade traz consigo o germe que influencia todas as relações sociais e acaba por determinar também o modo como os seres humanos se relacionam, trazendo profundas marcas na organização familiar. O capitalismo, que é o modo de produção da maioria dos países ocidentais caracteriza-se pela busca incessante do lucro, pelo desenvolvimento científico e tecnológico, pela contraposição aos dogmas religiosos e pela competição, que exacerba o individualismo e que isola o ser humano, tornando o homem ou mulher, rivais um do outro, competidores no mundo da sociedade de consumo.

Sendo assim, o modo de produção capitalista atual dos países ocidentais impõe-se sobremaneira no modo como os seres humanos se organizam para a consecução dos seus objetivos. E este modo de organização atinge também a formação da família. Com a necessidade da participação da mulher no mercado do trabalho, começou esta a se desvencilhar do domínio exercido pelo homem sobre

ela. A mulher começou a se tornar independente do homem, a lutar por seus direitos e a desfrutar de uma maior igualdade em relação ao sexo masculino. Esta independência econômica, derivada da sua crescente participação no mercado de trabalho, também se traduz numa independência social em relação ao homem. Já não era mais a mulher um objeto, um ser incapaz que vivia à sombra do pai ou do marido. Tornou-se um ente econômico e social e passou a concorrer com o homem. Toda esta revolução trazida pelo capitalismo, somada às idéias feministas que clamavam por uma maior liberação feminina, fizeram com que a constituição familiar monolítica, formada pelo homem e pela mulher, praticamente indissolúvel, tivesse os seus alicerces abalados de forma definitiva.

Aquela família tradicional, composta pelo homem e pela mulher, de modo perpétuo e que era regulada pela sociedade através da religião e protegida pelo Direito, começou a entrar em choque com o movimento de liberação feminina e com as necessidades ditadas pelo capitalismo. A mulher começou a desafiar a rigidez da família patriarcal tradicional e a romper as relações que a prendia a uma união que não mais a satisfazia. O número de uniões desfeitas foi crescendo, enfrentando a severa oposição dos setores mais conservadores da sociedade, influenciados pelo pensamento da Igreja, de tal modo que a realidade dos números se impôs e o Direito acabou por consagrar normas que protegem o cônjuge que, estando separado, constitui nova família. Hoje, já não existe mais o estigma que marcava a mulher ou homem separado, pelo menos nas sociedades mais desenvolvidas, desde um ponto de vista sócio-econômico. Houve-se falar muito em crise familiar, mas o que acontece é uma adaptação do instituto da família ao tempo atual. O instituto permanece e permanecerá, não apenas no seu formato tradicional, mas incorporando também outras formas de organização familiar, como já acontece na legislação brasileira que equipara a união estável e a família monoparental ao casamento heterossexual. O casamento entre pessoas do mesmo sexo já é uma realidade em alguns países e é uma tendência que deve se firmar e ganhar a sustentação legal necessária para permitir àqueles envolvidos em tal união, a devida proteção jurídica.

À parte todos estes fenômenos da evolução humana, que trazem a possibilidade de diversificação do modo como nos organizamos em família, conforme o desejo de cada um, devemos destacar igualmente o número cada vez maior de desuniões entre casais que haviam se ligado para formar uma família

durável, seja ela originada do casamento ou de uma união estável. Se a separação e o divórcio eram, até bem pouco tempo, execrados, e, a pessoa separada ou divorciada carregava quase que um estigma por essa condição, atualmente esta condição é encarada normalmente pela sociedade, a ponto de ser bastante freqüente encontrarmos pessoas que estão separadas e divorciadas. Para isso, de certa forma, colaborou o Direito, pois se as separações mereceram o justo amparo legal, por outro lado, num processo de realimentação, as legislações criadas para efetivar as separações, acabam de certa forma por facilitar o acesso dos casais à separação, estimulando o seu crescimento. Os casais à beira de um rompimento conjugal contam com a simplicidade cada vez maior dos processos de separação e divórcio para efetivar a dissolução. A legislação não se torna mais uma barreira para tal. Isso é bom por um lado ao permitir que a pessoa possa refazer o quanto antes sua vida; mas por outro lado atua como estímulo à rápida separação, não dando margem a que o casal prestes a romper a relação tenha um tempo maior para a reflexão, para o diálogo, podendo descobrir as causas que levaram às crises e que assim possam chegar a uma solução para evitar o rompimento.

O Direito procura acompanhar a evolução dos fatos, e, mesmo timidamente, está incorporando, através do Direito de Família, todos os novos fenômenos surgidos no mundo atual, o que se traduz pelas novas legislações que estão absorvendo o novo pensamento doutrinário e as considerações mais recentes da jurisprudência. O desfazimento da sociedade conjugal pela separação judicial e a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio são instituições fundamentais na nossa sociedade, arraigadas na mentalidade do povo, amparadas juridicamente e que estão em franca evolução. Entre os variados aspectos dessa evolução está a necessidade de uma maior celeridade nos seus ritos para a sua efetivação. Os casais em crise conjugal que não pretendem mais continuar unidos querem estar rapidamente livres dos laços que as prendem reciprocamente.

No Brasil, recentemente, foi promulgada a Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, que permite que a separação e o divórcio consensuais sejam realizados por escritura pública no tabelionato, obedecidos os lapsos temporais legais e desde que o casal não tenha filhos menores e/ou incapazes, devendo as partes serem assistidas por advogados ou por um advogado comum. Esta lei veio de encontro aos anseios de boa parcela da população que clamava por processos de separação e divórcio mais ágeis e menos dispendiosos para elas, além de desafogar o Poder

Judiciário de questões envolvendo separações e divórcios consensuais. Sob este aspecto, não deixa de ser um progresso, assim como foram no passado a Lei do Divórcio de 1977 e a Constituição Federal de 1988 que no seu art.226, § 6º reduziu os prazos anteriormente previstos para a conversão da separação em divórcio e para o divórcio direto. Como toda nova lei, ela está merecendo dos especialistas em família uma série de interpretações e críticas, mas é inegável que se trata de um avanço num país marcado pela morosidade nos ritos processuais e nas mudanças legislativas.

O intuito deste trabalho é fazer uma análise de alguns aspectos relacionados a esta nova lei referente á separação consensual e ao divórcio consensual e que vem somar-se aos trabalhos pioneiros de outros estudiosos da área. Como ponto de partida, será feito um breve resumo do surgimento dos institutos da separação e do divórcio, a assimilação e a evolução deles no Brasil e o que dispõe sobre eles a legislação atual.

Basicamente, a nova lei faz parte daquelas medidas cujo fundamento repousa na superação da dicotomia público-privado, significando a transferência de um processo pertencente à esfera das relações públicas para a esfera das relações privadas. A partir desta constatação, será analisado o texto da nova lei, a sua aplicabilidade no atual contexto social, os efeitos advindos desde a sua vigência e verificar-se-á até que ponto esta lei será vantajosa para toda a sociedade ou se beneficiará a um pequeno cartel interessado em tirar proveito dos lucros resultantes da deflagração de processos extrajudiciais.

II. A FAMÍLIA, O MATRIMÔNIO, A DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO E O PENSAMENTO DOUTRINÁRIO CATÓLICO

2.1. A FAMÍLIA E O MATRIMÔNIO

A família consiste no núcleo primeiro onde o indivíduo vai realizar e desenvolver a sua personalidade. Em tempos mais antigos, a família era constituída por muitas pessoas¹. Ao longo dos tempos, as famílias foram ficando cada vez mais reduzidas. Hoje, o núcleo familiar é constituído, basicamente, pelo homem, a mulher e os filhos resultantes dessa união². Apesar disto, a legislação brasileira reconhece outras figuras, elevando-as à categoria jurídica e reconhecendo-as constitucionalmente como núcleos familiares, tais quais aquelas originadas do matrimônio como a união estável e a família monoparental³, e em outros países existe legalmente a família constituída pelas uniões homoafetivas.

A família atual é fruto de todas as drásticas mudanças ocorridas nas últimas décadas e que estão ligadas à expansão da atividade capitalista no mundo. Nesse sentido, Paulo LÔBO⁴ afirma que os dois principais vetores de modificação da família teriam sido a urbanização e a liberação feminina, mas na verdade, ambos os fenômenos têm suas origens no desenvolvimento do capitalismo global⁵.

Segundo José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA⁶, a família atual resulta de “profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais

¹ A família patriarcal tradicional era constituída pelos cônjuges, por seus filhos, pelos parentes de ambos os cônjuges e por outros agregados.

² Segundo a pesquisa “Síntese dos Indicadores Sociais 2007 – Uma Análise das Condições Sociais de Vida da População Brasileira” publicada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia – com base na PNAD – Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio de 2006, e que compara dados do período de 1996 a 2006, o percentual de pessoas vivendo sozinhas (unipessoais) aumentou de 8,5 para 10,7% , de casais sem filhos passou de 13,1% para 15,6%, e o de mulheres com filhos passou de 15,8% para 18,1%. As famílias com mulheres na chefia passaram de um contingente de 10,3 milhões de famílias para 18,5 milhões. Em contrapartida, no mesmo período, houve uma redução no número de casais com filhos, de 57,4% para 49,4%. A família composta por pai, mãe e filhos passou de 73,3% para 67,6% e o número médio de membros por família passou de 3,6 para 3,2. Informação disponível na internet na home page do IBGE em: http://www.ibge.com.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=987&id_pagina=1.

³ A família monoparental é aquela composta por um chefe-de-família e seu filho ou filhos e surge a partir de casais que se separaram ou divorciaram, de pais ou mães solteiros ou de pessoas viúvas.

⁴ “A família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal”. LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

⁵ Esta idéia não abrange o conjunto dos países socialistas e também dos países cuja influência religiosa não tenha sido a judaico-cristã.

⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 12.

(revolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina)”.

Em Roma antiga, a família agregava um grande número de pessoas e era centrada na figura do *pater familias*. Os laços de sangue sempre mantiveram unidas as pessoas.

Nas mais diversas civilizações, os pais, filhos e demais parentes consangüíneos permaneciam unidos sob uma mesma família ou clã. Com algumas variações de forma e quantidade, a família sempre esteve unida no mundo antigo e preservada pelos dogmas das mais diferentes religiões.

A notória influência do Direito Canônico sobre as relações de família e as idéias liberais surgidas da Revolução Francesa foram as fontes que marcaram a gênese do Direito de Família. Este Direito de Família tinha uma natureza voltada para a preservação do patrimônio, da propriedade. E sob este ângulo patrimonialista, desenvolviam-se todas as relações de família. Os casamentos eram determinados pelos pais dos cônjuges como um verdadeiro negócio e a família resultante, tinha como finalidade a preservação do nome e do patrimônio construído pelos ancestrais⁷. Esta família patriarcal servia aos interesses da sociedade burguesa e da Igreja Católica em detrimento do ser individual. O homem era o senhor absoluto que concentrava todos os poderes e a sua volta, orbitavam, em condição inferiorizada, a mulher e prole⁸.

Segundo a lição de Maria Berenice DIAS⁹:

A ideologia da família patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constringem as relações de afeto. Elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega-se juridicidade a quem afronta o normatizado. Mas com essa postura negam-se não só direitos – nega-se a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece

⁷ Apesar desta noção estar aparentemente restrita a famílias com maior poder econômico ou social, as famílias dos estratos sociais e econômicos inferiores pautavam-se pelo mesmo modelo.

⁸ Oportuna é a visão de Orlando GOMES sobre a modificação do comportamento dos membros da família nuclear: “não mais marido tirano, mulher submissa e filhos aterrados. O ambiente familiar discontraí-se e as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos travam-se numa atmosfera bem diferente. GOMES, Orlando. **Direito de Família** 14ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.18.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 71-72.

regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito do sistema jurídico. Só que situações reais não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos.

Com a repersonalização do Direito¹⁰, a família tornou-se o local onde o indivíduo vai buscar o desenvolvimento da sua personalidade tendo por base o afeto. Esta afirmação contrapõe-se àquela visão patrimonialista original do núcleo familiar.

Vivendo em família, homem e mulher buscam não apenas a satisfação material e a formação de um patrimônio comum, a procriação e a educação dos filhos, mas também, e primordialmente, a satisfação de suas necessidades básicas de afeto, compreensão, respeito mútuo, solidariedade, o que repercute por toda a sociedade. Assim leciona o prof. Sergio Gischkow PEREIRA¹¹:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais. (...) A maior solidariedade e fraternidade na família repercutem em uma coletividade mais solidária. Renunciar à solidariedade, em nome de um pensamento econômico brutalmente concorrencial e predador, que sacraliza o enriquecimento patrimonial e o consumismo desenfreado – que passam a ser fins em si mesmo – levará à deterioração e destruição dos laços sociais, com aumento da pobreza, desemprego e violência.

Nos tempos atuais, a *affectio maritalis* tornou-se o eixo principal de manutenção do matrimônio. Se o homem ou a mulher não conseguem encontrar um parceiro que satisfaça todas essas necessidades primordiais, nada impede, nem mesmo os interesses de ordem patrimonial, que homem e mulher busquem a satisfação dessas necessidades por meio de outro grupo familiar. Depreende-se que para a felicidade humana é essencial que as pessoas possam contar com dispositivos que permitam o rápido desfazimento de uniões que não atendam às necessidades dos cônjuges e também o estabelecimento de uma nova família. Em

¹⁰ Segundo Paulo LÔBO, a repersonalização é “um processo que avança, notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo proprietário que determinou o conteúdo das grandes codificações”, LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.15.

¹¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.18.

função do choque entre o novo e o velho conceito de família, fala-se até em crise da família, mas não existe propriamente uma crise, mas sim um processo contínuo de adaptação do instituto da família aos novos tempos. A crise da família é uma expressão que não faz sentido, pois esse instituto não é estático, ele se amolda conforme evolui a sociedade¹².

Tradicionalmente, a família surge como consequência do instituto do casamento. Segundo o conceito canônico da Igreja Católica Apostólica Romana, o matrimônio é o vínculo que se estabelece entre o homem e a mulher para a constituição de uma família legítima. É a união sexual de um homem e uma mulher pela qual se regula socialmente o instituto da reprodução, retirando do ato sexual a idéia de pecado.

Sendo um dos sete sacramentos da Igreja Católica o matrimônio era exclusividade dela. Somente a Igreja podia celebrá-lo. Era um contrato celebrado em comunhão com Deus e regulado pelo Direito Canônico e que não poderia ser distratado livremente pelas partes.

Esta visão contratual católica do casamento estendeu-se para as codificações civis. O casamento tornou-se um contrato, mas oficializado não mais por um representante religioso, mas por uma autoridade pública. Apesar da instituição do casamento civil, as codificações modernas relativas ao casamento e ao Direito de Família em geral ainda guardam estreita relação com os preceitos canônicos, como a conservação da natureza contratual do casamento como sendo direitos e obrigações contraídas por ambos os cônjuges.

Uma outra teoria considera o casamento uma instituição que surge da vontade individual dos nubentes, mas que é regulada pela lei. Para Washington de Barros MONTEIRO¹³, reduzir o casamento a simples contrato “será equipará-lo a uma venda ou uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades”.

¹² “a “crise” da família contemporânea é a crise do modelo jurídico kelseniano codificado que não dá conta de apreender o real. A crise não é circunscrita à família como instituição social, mas também ao direito que não dá conta de acompanhar sua evolução sócio-cultural. Além disso, a dita crise da família ainda é, em realidade, uma crise social. A supremacia dos valores capitalistas faz imperar o individualismo e a atomização insular de seus sujeitos”. FACHIN, Luiz Edson. Do par díspar ao ímpar consorte: na fímbria da ruptura conjugal. **O Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 04 mar. 2007, p. 8.

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil vol.2** – 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 10.

Na mesma direção, Arnaldo RIZZARDO¹⁴ ao definir o matrimônio como “ente que engloba uma organização e uma série de elementos que transcendem a singeleza de um simples contrato”.

Para José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA¹⁵ o casamento é “negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial”.

Atualmente o casamento não é mais o único meio legal para a constituição de família, mas foi e continua sendo em certa medida o mais importante meio para tal constituição.

Após esta visão inicial e básica dos institutos da família e do matrimônio será feito um retrospecto histórico da dissolução do matrimônio, em contraponto com a visão da Igreja Católica.

2.2. A DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO E O PENSAMENTO DOUTRINÁRIO CATÓLICO

No contexto do mundo da Idade Antiga, já se falava em dissolução do casamento. A antigüidade foi caracterizada por uma desigualdade marcante de direitos entre homens e mulheres. Indubitavelmente, e em todas as civilizações, havia a supremacia de direitos dos homens sobre as mulheres. As mulheres tinham de se submeter aos homens e sua posição se assemelhava, em muitas civilizações antigas, a de simples objetos de propriedade do homem. Na maioria dessas sociedades antigas havia o repúdio da mulher pelo homem. Pelas leis de Manu, a mulher que gerasse apenas filhas durante onze anos, que fosse estéril durante oito anos ou cujos filhos morressem ao nascer, era repudiável pelo marido. Na Grécia havia o repúdio à mulher estéril. No evangelho de São Mateus, há uma clássica passagem, em que Jesus Cristo afirma no Sermão da Montanha: “quem quer que repudie sua mulher – exceto em caso de união ilícita – expõe-na ao adultério; e se alguém se casa com uma repudiada, é adúltero”¹⁶.

No início da história de Roma tanto o repúdio – ruptura do casamento pela vontade unilateral de um dos cônjuges – como o divórcio – ruptura do casamento

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família, vol.I**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994, p. 31.

¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4ªed. Curitiba: Juruá, 2001, p.125.

¹⁶ **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Edições Loyola, 1995, p.1198, Evangelho de São Mateus 5.31-32.

originada pela vontade comum do casal – eram extremamente raros. Passados quinhentos anos da fundação da cidade, apenas um caso havia sido registrado. Com o passar dos anos, veio a decadência dos costumes e a quantidade de divórcios aumentou. A partir dos imperadores cristãos começou a haver uma oposição ao divórcio. Constantino estabeleceu que o repúdio só seria permitido se houvesse alguma causa que o justificasse. Se algum dos cônjuges repudiasse o outro sem uma causa era sujeito a punições. Foi sob o governo de Justiniano que foram estabelecidas quatro espécies de divórcio: *divortium ex iusta causae* – justificado quando o cônjuge incorresse em alguma causa listada na Novela CXVII; o *divortium sine iusta causae* – quando não haviam causas que justificassem o divórcio; *divortium bona gratia* – quando os cônjuges queriam divorciar-se pela vontade de um deles ou de comum acordo apontando causas legítimas e o *divortium communi consensu* – quando os cônjuges queriam divorciar-se de comum acordo sem apontar causas legítimas.

Os povos germânicos receberam a influência romana, havendo entre esses povos o divórcio por mútuo consentimento. Os cristãos dos primeiros tempos praticavam o repúdio, tanto pela influência recebida dos romanos e germânicos, quanto pelo contato com outros povos cujas religiões também o aceitavam como os muçulmanos e judeus.

No século XII o Direito Canônico estabeleceu a condenação ao divórcio na sua doutrina, sendo o divórcio rejeitado pela Igreja Católica. Apesar de haver dissonância quanto à indissolubilidade do casamento dentro da própria Igreja Católica, havendo doutrinas favoráveis ao divórcio, acabou predominando aquela favorável à indissolubilidade do casamento. Como afirma PONTES DE MIRANDA: “o que se vê na doutrina da Igreja é o fio do princípio da indissolubilidade que marchou, até que se caracterizasse em fórmulas nítidas, como as que já se vêem nos séculos IX e X”¹⁷.

Com a Renascença, a Europa esteve envolta pela descoberta de novos conhecimentos científicos e a fé católica passou a ser questionada e abandonada. Junto a isso, uma nova onda de dissolução de costumes. A prostituição aumentava desproporcionalmente à população, os concubinatos começavam a tornar-se freqüentes, o homossexualismo era mais nítido e houve a multiplicação de filhos

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de direito de família: volume 1 direito matrimonial**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 444..

bastardos, a tal ponto que estes eram educados junto com os filhos legítimos. Os filhos bastardos começavam a ter direitos, tal como os filhos legítimos e rivalizavam com eles politicamente. Simultaneamente à Renascença, surgiam os movimentos religiosos contrários ao *status quo* doutrinário católico através da Reforma, que deu origem a diversas religiões protestantes. O protestantismo estava mais afinado com o espírito do homem progressista daquele tempo. Lutero afirmava que o casamento não era um sacramento por ser coisa exterior e mundana. Calvino admitia o divórcio para os seus seguidores¹⁸.

Como reação à Reforma, a Igreja Católica põe em marcha a Contra-reforma e, através do Concílio de Trento, em 1563, reafirma o dogma do sacramento do matrimônio para os católicos e a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Dessa forma, a Igreja tornava o casamento uma instituição mais sólida, contribuindo para preservar a propriedade no âmbito familiar. O casamento passou a ser uma união onde predominavam os interesses econômicos e políticos das famílias e não uma união surgida dos laços de afeto entre os nubentes. Este fato acabou por trazer uma infelicidade muito grande aos cônjuges forçados a essas uniões e o adultério passou a se tornar freqüente, uma válvula de escape à tristeza cotidiana. O divórcio continuava proibido e em raríssimos casos a Igreja Católica permitia a anulação do casamento, num processo lento que poderia demorar anos e que só era decidido com a intervenção direta da Santa Sé¹⁹.

Nos séculos seguintes a Igreja Católica manteve a sua posição dogmática. Por sua vez, a doutrina das religiões protestantes era mais branda quanto às relações de família e começou a influenciar o pensamento dos legisladores dos países, quebrando a rigidez católica. Essa influência, somada às idéias liberais que resultaram na Revolução Francesa e às de outras correntes filosóficas determinaram a “secularização do direito matrimonial”²⁰.

Neste sentido assim reflexionava Lafayette Rodrigues PEREIRA²¹:

¹⁸ “Calvino foi explícito, e explícito o Concílio de Trento em aprovar a proposição do Cardeal da Lorena contra as três causas calvinistas (*propter disparitatem cultus, propter non convenientiam in conversatione, propter longam absentiam*). PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de direito de família: volume 1 direito matrimonial**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 482.

¹⁹ Atualmente o casamento pode ser anulado pelos tribunais eclesiásticos Igreja Católica conforme o cânon 1.095 do *Codex Iuris Canonici* de 03 de dezembro de 1983. O processo dura cerca de quatro meses e é regulado pela instrução *Dignitas Connubii* emitida pelo Papa João Paulo II. SAMPEL, Edson Luiz. **Quando é possível decretar a nulidade de um matrimônio**. São Paulo: Paulus, 2006.

²⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p.419.

²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. 3ªed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p.36.

É inquestionável o direito que a cada religião pertence, de regular a intervenção do elemento divino no casamento, marcando-lhe as condições de validade e a forma, para que o ato se torne perfeito ante suas prescrições e possa receber a graça que lhe é permitida.

Mas é também, fora de toda a dúvida que, por sua natureza e por seus efeitos na vida social, entra o casamento na esfera das atribuições do Estado, o qual, para fixar-lhe a forma, condições e efeitos, enquanto ato civil, tem tanta competência quanto para regular o estado das pessoas, a organização da propriedade, as sucessões e os demais assuntos do domínio do direito privado.

Ainda assim, havia uma grande influência do Direito Canônico sobre o Direito Civil regulador do casamento. A Igreja Católica era inflexível, mesmo diante da mudança de pensamento da sociedade e de toda a evolução econômica e social. O Papa Pio IX, em 1864 consideraria o casamento como matéria que não poderia ser regulada pelo direito civil²². O Papa Leão XIII, em fins do século XIX, relacionou uma série de problemas causados pelo divórcio e o considerou inimigo da prosperidade das famílias e das nações²³. Ao mesmo tempo, nos países de religião protestante, o divórcio era livremente admitido, pois o casamento era visto como uma questão particular, ligado à autonomia privada. Assim como as pessoas podiam decidir pelo casamento, podiam do mesmo modo decidir pelo seu rompimento. Para os protestantes, o casamento não era um dogma sacramental, mas sim um contrato celebrado livremente pelas partes e que poderia ser distratado quando melhor aprovesse ao casal ou a um dos cônjuges. Para os católicos o casamento tinha uma natureza de um contrato que não poderia ser distratado, pois o casal assumia um compromisso perante à Igreja, perante o próprio Deus. Este contrato-sacramento tinha uma natureza sagrada que suplantava o direito positivo dos homens e não podia ser objeto da regulação humana. O que era unido por Deus não poderia ser separado pelos homens, conforme determinado por Cristo.²⁴. Nos países onde havia uma influência notória da Igreja Católica sobre a política, e conseqüentemente sobre a legislação, o divórcio continuava proibido.

Independente da oposição católica, o divórcio foi sendo assimilado pelos diferentes ordenamentos jurídicos nos séculos XIX e XX. Na França foi implantado

²² Segundo o anexo *Syllabus errorum* da encíclica papal *Quanta Cura* de 08 de dezembro de 1864.

²³ Segundo o texto da encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae* de 10 de fevereiro de 1880.

²⁴ No Evangelho de São Mateus, capítulo 19, 1-9 e no evangelho de São Marcos, capítulo 10, 9. Na primeira epístola de São Paulo aos coríntios no capítulo 7 e na epístola de São Paulo aos efésios no capítulo 5 também faz-se a condenação à dissolubilidade do casamento. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

em 1792 e ratificado pelo Código Napoleônico em 1804. Foi extinto do ordenamento francês em 1816 para ser restabelecido em 1884. Na Alemanha, a esparsa e complexa legislação que disciplina o divórcio, apesar da antigüidade do instituto no país, só veio a ser completamente redefinida em 1976, a partir de alterações sobre a Lei Matrimonial de 1946. Na Inglaterra já havia a possibilidade do divórcio desde 1857 pelo *matrimonial act*. Portugal começou a admitir o divórcio a partir de 1910. No México o divórcio é regulado desde 1928. Na Itália, somente em 1970 divórcio foi implantado. Tardiamente e comprovando a força da Igreja Católica nos países da América do Sul, o divórcio foi implantado na Argentina em 1987 e no Chile somente em 2004.

Hoje, apesar da reprovação da Igreja Católica²⁵ o divórcio está plenamente implantado em todos os países cristãos católicos, mas não foi sem enfrentar uma tenaz oposição por parte da Igreja Católica que se consagrou o divórcio nestes países. A influência exercida pela Igreja Católica fez com que o repúdio ao divórcio ficasse arraigado no espírito da população, por se tratar de um modo de ruptura do dogma da indissolubilidade do matrimônio.

Apesar de toda a evolução do pensamento católico, ainda hoje o divórcio é considerado um anátema. Segundo o cânon 1.056 do atual Código de Direito Canônico: “as qualidades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade, que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento”. Aquele que se submete ao divórcio de casamento celebrado pela Igreja está passível de excomunhão. Ela tolera socialmente a separação, mas não o divórcio, pois este viola o dogma da indissolubilidade do casamento.

A influência que a Igreja Católica exerceu e ainda exerce na sociedade brasileira é ampla e fundamental, principalmente nos temas relacionados com o

²⁵ A doutrina católica, em pleno Século XXI, rechaça veementemente o divórcio e exorta os fiéis a terem um atitude ativa frente a legislações contrárias à indissolubilidade matrimonial: “A solidez do núcleo familiar é um recurso determinante para a qualidade da convivência social; por isso a comunidade civil não pode ficar indiferente às tendências desagregadoras que minam na base as suas pilstras fundamentais. Se uma legislação pode por vezes tolerar comportamentos moralmente inaceitáveis (Cf. JOÃO PAULO II, Carta enc. *Evangelium vitae*, 71: AAS 87 (1995) 483; SÃO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q.96, a.2 (“*Utrum ad legem humanam pertineat omnia vita cohibere*”): Ed. Leon. 7,181), não deve jamais debilitar o reconhecimento do matrimônio monogâmico indissolúvel como única forma autêntica da família. É portanto necessário que se atue ‘também junto das autoridades públicas, para que, resistindo a estas tendências desagregadoras da própria sociedade e prejudiciais à dignidade, segurança e bem-estar dos cidadãos, a opinião pública não seja induzida a menosprezar a importância institucional do matrimônio e da família’ (JOÃO PAULO II, Exort. apost. *Familiaris consortio*, 81: AAS74 (1982) 183 ”. PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”. **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. São Paulo: Paulinas, 2005, p.140.

Direito de Família. Inquestionável é a importância dessa instituição na história ocidental, mas, sobretudo, nos países ibero-americanos como o Brasil. A opinião da Igreja Católica em todo e qualquer assunto atrai o interesse das pessoas, principalmente em temas que refletem mudanças de paradigmas sociais. A Igreja Católica sempre se manteve fiel aos seus princípios, à sua doutrina e sua opinião influencia seus seguidores que são um contingente expressivo da sociedade brasileira. A Igreja Católica opina e é chamada a opinar sobre tudo e essa opinião apesar de estar de acordo com seu programa doutrinário quase sempre representou um retrocesso nas relações sociais. A visão católica, na maioria das vezes, é uma visão conservadora, que dificilmente propugna por mudanças radicais. Assim sucedeu quando do processo de implantação do divórcio no Brasil e em outros países do mundo. Entre outros temas, atualmente a doutrina social da Igreja Católica mundial condena as uniões de fato – há vinte anos reconhecidas constitucionalmente no Brasil –, as uniões homossexuais – cuja regulamentação no Brasil está em franco debate –, a fertilização *in vitro* e a utilização de células-tronco derivadas de embriões para pesquisas científicas.

O embate entre a busca da felicidade pelo ser humano a partir do casamento e da sua dissolução e o obstáculo que representa o dogma religioso é sintetizado por José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA²⁶:

De uma perspectiva jurídico-social, o casamento só tem sentido à medida que estabelece e funda uma comunhão de vida entre um homem e uma mulher. Quando essa comunhão tenha sido, irremediavelmente rompida, torna-se incompreensível para a maioria das pessoas que delas seja exigida a abstenção quanto à formação, juridicamente reconhecida, de nova comunhão de vida com outra pessoa, até mesmo como forma de realização das potencialidades mais altas da pessoa humana, sendo esse sacrifício exigido em nome de um vínculo transcendente que, para a vida concreta, tenha ficado esvaziado de significado. Esse sacrifício, que uma determinada confissão religiosa pode exigir de seus fiéis em nome mesmo da adesão à fé (é o conhecido problema ético dos católicos em sociedade que admita o divórcio), não pode ser pelo Estado exigido do conjunto dos cidadãos.

Hoje em dia, a Igreja Católica no Brasil está experimentando um processo de enfraquecimento em razão do seu excessivo dogmatismo – que provoca o afastamento das pessoas que nasceram em famílias católicas, mas não seguem professando esta religião – e também do crescimento das seitas evangélicas que captam fiéis anteriormente católicos. Ainda assim, o catolicismo é a religião cristã

²⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4ªed. Curitiba: Juruá, 2001, p.420.

que congrega o maior número de fiéis no Brasil e é inegável a importância que as manifestações advindas das organizações católicas têm sobre o pensamento de boa parte da sociedade²⁷. Nesse sentido, toda e qualquer lei que facilita a obtenção do divórcio tornando-o mais rápido, menos burocratizado, disseminando essa prática por toda a sociedade, naturalmente, tem a desaprovação da Igreja Católica.

²⁷ Segundo pesquisa realizada pela CNT/Sensus, os católicos correspondiam a 95,2% da população brasileira em 1940 e correspondem a 73,8% em 2000. Por sua vez, os evangélicos que correspondiam a 2,6% da população brasileira, correspondem a 15,4% em 2000. PETRY, André. **Como a fé resiste à descrença**. In: Veja, dez.2007, edição 2040.

III. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO NO BRASIL E O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO NO BRASIL

No Brasil houve uma lenta progressão do desenvolvimento do instituto do divórcio e somente no último quarto do século passado e no começo deste é que está havendo uma aceleração maior, mas que ainda não contempla o divórcio na sua plena forma. O Brasil surgiu sob a égide das Ordenações Filipinas que impunham de modo irrestrito o dogmatismo da Igreja Católica²⁸. A primeira lei relacionada ao Direito de Família que divergiu da influência católica foi a lei de 11 de setembro de 1861 que regulou o casamento dos acatólicos – principalmente imigrantes protestantes²⁹ – segundo sua religião. Em 21 de janeiro de 1890 foi editado o Decreto 181, a denominada Lei do Matrimônio que instituiu o casamento civil no Brasil. Com este decreto, surgia a figura do casamento civil ao lado do casamento religioso. Nos trabalhos que resultaram na promulgação da Constituição republicana de 1891, alguns políticos defenderam a implantação do divórcio no Brasil, sem obter sucesso. Em 1893 foi proposto por Érico Coelho o primeiro projeto de divórcio no Brasil. Em 1900 foi proposto por Martinho Garcez um projeto contendo dezoito artigos que regulava o divórcio por mútuo consentimento e causa determinada no Brasil. Mesmo tendo sido aprovado em primeiro turno no Senado Federal ele não voltou a reexame pelo plenário. Rui Barbosa, que foi contrário ao projeto, justificou-se dizendo que não era ele, mas sim a maioria do povo brasileiro, que era contrária à aprovação do divórcio.

As tentativas para a implantação do divórcio no Brasil no final do século XIX e início do século XX esbarravam em oposições vindas de todos os lados. Clóvis BEVILÁQUA³⁰ autor do projeto do Código Civil de 1916, em 1895, resumia bem o modo de pensar da parcela da sociedade brasileira que se opunha ao divórcio ao dizer que “a respeitabilidade com que é cercada a família brasileira, a honestidade

²⁸ “Nas Ordenações Filipinas as relações de direito privado não se distinguem claramente das normas de direito público, tornando tarefa difícil a identificação de um conjunto normativo dirigido à família, até porque o direito canônico regulava a vida privada das pessoas desde o nascimento à morte, conferindo a seus atos caráter oficial.” LÔBO Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.22.

²⁹ Segundo Clóvis Beviláqua “a imigração, porém, e o derramamento de novas crenças vieram impor a necessidade de ser decretada uma forma de casamento mais ampla e mais compatível com os reclamos da civilização”. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Freitas Bastod, 1956, p.55.

³⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 8ªed. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

de nossas patrícias, os costumes de nosso povo, enfim, não somente dispensam o meio extremo do divórcio, como o tornariam sobremodo nefasto”.

Em 1916, o Código Civil promulgado tratava da dissolubilidade da sociedade conjugal nos seus artigos 315 a 324 e que faziam parte dos títulos I a IV do livro I. Com este Código Civil, criou-se a figura do desquite, que permitia a dissolução da sociedade conjugal, mas que mantinha o vínculo matrimonial, não podendo os cônjuges desquitados contraírem novas núpcias.

Sob a intensa influência da Liga Eleitoral Católica, pela primeira vez uma Constituição brasileira elevou à categoria de princípio constitucional o dogma da indissolubilidade do casamento. Foi a Constituição Republicana de 1934 que no seu art.144 determinou que a família era constituída pelo casamento indissolúvel e que as ações de desquite e de anulação eram condicionadas a recurso de ofício, sob efeito suspensivo. As constituições seguintes de 1937 no art.124; de 1946 no art.163, de 1967 no art.167, §1º e de 1969 no art.175, §1º mantiveram a indissolubilidade do casamento³¹. Com esta normatização constitucional, o retrocesso social foi evidente, pois seria necessário emendar a Constituição e não apenas promulgar uma lei infraconstitucional para a implantação do divórcio no Brasil. Neste íterim, um avanço significativo na legislação relacionada ao Direito de Família foi a promulgação da Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962 que finalmente regulou os direitos civis da mulher casada, que era considerada, até então, relativamente incapaz.

Nos anos seguintes, árduas batalhas foram travadas pelos divorcistas liderados pelo advogado baiano e deputado Néelson Carneiro, e os antidivorcistas, capitaneados pelo monsenhor Arruda Câmara, deputado por Pernambuco³². O Congresso Nacional foi o palco de extensos diálogos entre os dois, onde os pontos

³¹ “O art.175, § 1º, da CF de 69, em sua redação primitiva, ao proclamar a indissolubilidade do vínculo matrimonial, não merecia aplausos, na medida em que introduzia injustificada exceção ao princípio geral da rescindibilidade dos contratos, consagrada por todas as legislações do mundo, inclusive pela brasileira. Em face da anômala situação criada pela lei, ficavam os contratantes de casamento – no caso de inadimplência de um dos cônjuges – em situação especialíssima, na medida em que se negava ao cônjuge lesado pelo inadimplente, o direito de requerer a rescisão do *pactum*, consoante a regra do art.1.092, parágrafo único do CC”. PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial; comentários à Lei n.º 6.515, de 26/12/1977 à luz da Constituição de 1988**. Riode Janeiro: Renovar, 1988, p.97.

³² A estratégia de Néelson Carneiro foi por ele explicitamente verbalizada: “Havia, pois, que conjugar sistemas, numa guerra total. De um lado, ir derruindo pacientemente os alicerces, um a um, até que o edifício estivesse a pique de desabar. Por outro, atacá-lo de frente, através de emendas constitucionais, que fossem convocando os legisladores a enfrentar os problemas criados pelo desquite” CARNEIRO, Néelson. **A luta pelo divórcio**. São Paulo: Lampião, 1977, p.14.

de vista eram defendidos tendo por fundamento o Direito Canônico e o posicionamento dos setores mais liberais da Igreja em contraponto à palavra oficial do Vaticano. Projetos eram apresentados pelos divorcistas e sucessivamente derrotados. Em 1975 foi apresentada a Emenda Constitucional Nº 5 de 12 de março de 1975 que propunha alterar a redação do art.175 da Constituição Federal de 1969 e permitia a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite e sete anos de separação de fato. Apesar da maioria ter votado a favor, não foi atingido o quórum de dois terços, necessários para a aprovação da emenda.

Até este ponto, a sociedade brasileira estava mais do que amadurecida para a implantação do divórcio. O número de desquites aumentava, as pessoas constituíam livremente segundas famílias à margem da lei e o número de casamentos diminuía. O costume estava se impondo à lei, mas o legislador, pressionado pela Igreja, que exercia forte influência sobre o eleitorado, não referendava o divórcio. A separação era tolerada pela Igreja, mas não era suficiente para os casais que esperavam encontrar na legalização do divórcio uma solução para a reconstrução das suas vidas sob o ponto de vista jurídico. Os tempos mudavam e o direito não estava acompanhando devidamente as mudanças. Enquanto de um lado o divórcio não era legalizado, de outro lado o Código Civil de 1916 no seu art.219, IV ainda permitia que o casamento fosse anulado pelo fato da mulher ter sido desvirginada. Conseqüências nefastas sobrevinham também para os filhos dos casais desquitados³³, havendo grande instabilidade para eles pelo fato da proibição de novo casamento e a formação de duas famílias extralegais. Acresce-se a isso o preconceito da sociedade contra os desquitados e seus filhos³⁴.

³³ Néelson CARNEIRO, sensibilizado pela situação dos filhos dos desquitados, referiu-se ao Brasil como “injusto país sem divórcio – sem uma lei que virá no dia em que todos examinarmos o problema “pelo ângulo dos filhos””. CARNEIRO, Néelson. **ABC da Mulher e do Divórcio**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1973, p.57-58.

³⁴ Há trinta anos atrás, Sílvio RODRIGUES assim testemunhava: “Enquanto em minha mocidade os casos de casamento de desquitados eram menos freqüentes e suscitavam algum reparo, multiplicando-se as hipóteses de casamento no estrangeiro para dourar as aparências, em minha idade madura o quadro é inteiramente diverso. Os casos de ligações entre desquitados, com todos os requisitos externos de um verdadeiro casamento, desde a pequena classe média até os escalões mais ricos da sociedade, são inumeráveis. E a idéia de casar com mulher ou homem desquitado se apresenta com a maior naturalidade aos espíritos das gerações mais novas. Isso no passado não era assim correntio e principalmente a moça solteira via com muita reserva e não pouco receio a perspectiva de um enlace com homem desquitado. É que são tantas as pessoas em tais condições, forma tamanhas as modificações ocorridas no entretanto, que a moral comum evoluiu”. RODRIGUES, Sílvio. **O Divórcio a a Lei que o Regulamenta**, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 9.

Esta era apenas uma faceta da sociedade tradicionalista e hipócrita que apoiou o golpe militar de 1964 e que mergulhou o país numa era de trevas política e social. A classe política, reflexo desta sociedade conservadora e detentora do poder econômico, enxergava na manutenção do divórcio um meio de obter o apoio popular por intermédio da Igreja e assim perpetuar seu poder político. A Igreja Católica sempre manteria o seu posicionamento, por ser uma instituição secular e mesmo o Concílio Vaticano II³⁵ que implantou importantes mudanças na doutrina católica, manteve o dogma da indissolubilidade do casamento e continuava considerando o divórcio uma epidemia, uma deformação que obscurecia a dignidade do casamento cristão. A ação da Igreja Católica sempre foi coerente com a sua doutrina e assim se mantém até hoje. Jamais a Igreja Católica seria influenciada por qualquer onda renovatória de costumes inspirada por fatores econômicos ou sociais do tempo, mantendo-se fiel aos seus dogmas e impondo-os aos seus seguidores, no caso, a esmagadora maioria da população brasileira na época. No Brasil, existe a separação da Igreja do Estado, desde o século XIX, mas a Igreja Católica, dada a sua supremacia em número de fiéis sempre exerceu um poder além daquele circunscrito à religião, influenciando o pensamento de toda a sociedade, muito mais do que a somatória de todas as outras religiões que toleravam o divórcio.

Na época em que o divórcio era proibido alguns membros da Igreja Católica pronunciavam-se favoráveis à implantação do divórcio. Os divorcistas deixavam bem claro que a estabilidade do casamento não era afetada pelo divórcio, sendo este uma espécie de remédio legal para tutelar os interesses daqueles envolvidos numa separação. O divórcio não era a causa dos rompimentos conjugais. Uma posição perfeitamente consistente, mesmo porque se não era instituído legalmente como poderia ser motivo de separações? Os antidivorcistas alegavam que a liberação do divórcio traria a proliferação da poligamia e uma onda de degradação moral corromperia toda a sociedade.

Finalmente, em uma sessão conjunta do Congresso Nacional em 23 de junho de 1977, e coroando a luta dos divorcistas, foi aprovada³⁶ por 226 votos a Emenda Constitucional Nº.9, que deu nova redação ao art.175, §1º da Constituição

³⁵ Segundo a constituição pastoral *Gaudium et Spes*, a quarta constituição do Concílio Vaticano II, promulgada pelo Papa Paulo VI em 07 de dezembro de 1965.

³⁶ Essa aprovação só teria sido possível porque a Emenda Constitucional nº8 de 28 de junho de 1977 alterou o quórum necessário para aprovação de emendas de dois terços para a maioria absoluta dos votos do Congresso Nacional.

de 1969. Posteriormente, em 25 de agosto de 1977 foi aprovado o Projeto de Lei Nº.156 que se converteria na Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Esta lei não só instituiu o divórcio e alterou a nomenclatura “desquite” para “separação judicial” como promoveu uma verdadeira revisão do Direito de Família, revogando o Direito de Família constante até então no título IV, livro I do Código Civil de 1916. Foi uma grande vitória, mas como o processo que deu origem à lei foi longo e penoso, ela surgiu fazendo uma série de concessões aos antídorcionistas como a concessão do divórcio somente após três anos de separação judicial. Concessões que seriam modificadas ou revogadas com o decorrer dos anos, pois era muito difícil o preenchimento dos requisitos exigidos para o divórcio.

Podemos dizer que a implantação do divórcio no Brasil foi um marco no Direito de Família, pois possibilitou a legalização de inúmeras uniões que estavam à margem da lei, dando dignidade aos casais e permitiu a constituição de novas famílias mais harmonizadas e unidas por laços afetivos. A partir de 1977, o Direito de Família brasileiro começou a estar mais próximo da realidade dos cidadãos e novos diplomas legais surgiram para aperfeiçoar as normas existentes e para regular as novas situações.

A Constituição Federal de 1988, a “Constituição cidadã”, que consagrou o princípio da dignidade humana e confirmou novas entidades familiares como a união estável e a família monoparental, reduziu os prazos para a conversão da separação em divórcio para um ano e do divórcio direto para dois anos a partir da separação de fato, através do art.226, §6º. Posteriormente, foi editada a Lei 7.841 de 1989 que revogou o art.38 da Lei do Divórcio³⁷, que só permitia o divórcio uma única vez; e a Lei 8.408 de 1992, que confirmou os prazos do art.226, § 6º da Constituição Federal. A Lei 7.841/89 também revogou o art.40, § 1º da Lei 6.515/77 que determinava o divórcio direto fundada em culpa.

O Código Civil de 2002 não trouxe grandes avanços na área do Direito de Família, funcionando como uma espécie de compilação das leis já existentes³⁸. De

³⁷ Comentando sobre esta “possibilidade de múltiplos divórcios” ratificada pela Constituição de 1988, Yussef Said CAHALI reflexiona do seguinte modo: “a escada liberalizante a que se propôs o novel legislador parece ter representado um anseio da consciência coletiva nacional, a se ter em conta a total omissão de resistência dos vários segmentos da sociedade, inclusive da própria igreja, à inovação introduzida”. CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.1323.

³⁸ Para Paulo LÔBO, “o Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados

qualquer forma, ele revogou a Lei do Divórcio no tocante aos aspectos materiais desta lei, mas a Lei de 1977 não foi totalmente revogada, posto que permaneceram seus dispositivos de ordem processual.

A próxima reforma mais significativa foi introduzida pela recente Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 que possibilitou a separação e o divórcio consensual em tabelionato desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes e decorridos os prazos legais necessários. Esta lei possibilita que os cônjuges efetuem a desejada separação comparecendo ao tabelionato e perante o notário efetivem a separação. O notário lavrará uma escritura pública que terá efeitos *erga omnes* similares à da sentença de decretação do divórcio homologada judicialmente. Lavrada e assinada a escritura pelas partes, advogados e pelo tabelião, ela se constitui em título executivo extrajudicial hábil para averbação no registro civil e para o registro de imóveis e passa a ter efeitos tão logo termine o procedimento no tabelionato.

Como não poderia deixar de ser, ela veio à luz crivada de desconfianças e de críticas, desde os seus pormenores técnicos até a algumas questões mais relevantes. Do ponto de vista histórico representa, porém, sem sombra de dúvida, mais um avanço no Direito de Família.

Em que pese toda a força da Igreja Católica e das demais religiões que condenam o divórcio e as leis que o tornam mais efetivo, de fato vivemos em um Estado laico e o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade. Como nos ensina Sergio Gischkow PEREIRA³⁹ “ao direito cabe elaborar os textos legais mais adequados à nova realidade da família e interpretá-los consentaneamente, evitando a cristalização, a mumificação e o nocivo descompasso entre um povo e seu direito. Os dados sociais e psicológicos da família se alteraram fortemente no século XX, e assim prossegue no presente século”. Portanto, não se discute mais, desde este ponto de vista, a importância fundamental do instituto do divórcio, que foi implantando mediante um arrastado processo legislativo e que ainda hoje suscita controvérsias.

institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”. LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.15.

³⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 44.

O princípio da dignidade humana que norteia a Carta Magna brasileira confere a tutela necessária para as pessoas que desejam refazer suas vidas por meio da dissolução matrimonial. Sob este ponto de vista, asseveram Cristiano Chaves de FARIAS e Néilson ROSENVALD⁴⁰:

Na ótica do moderno constitucionalismo, então, a dissolução do enlace matrimonial há de ser compreendida como um verdadeiro direito da pessoa humana à vida digna, por conta da liberdade de autodeterminação, que há de ser compreendida inclusive pelo prisma afetivo. Dessa maneira, encerrados os projetos e anseios comuns – que servem como base de sustentação para o casamento - exsurge a dissolução do matrimônio como consequência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do indivíduo.

Eis o sinal dos tempos: afirma-se o direito de não manter o núcleo familiar constituído, dissolvendo o casamento ou a união constituída, como consequência natural da proteção da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, não se pode conceber mais a existência do instituto da separação judicial, fruto de concessões feitas aos grupos antídiorcistas do passado fundados no Direito Canônico e tampouco a investigação de culpa por parte do Estado, o que caracteriza uma intromissão absurda do Estado na privacidade das pessoas. O que se discute é a maneira como o divórcio deve ser processado no país, de modo a tutelar efetivamente o interesse das pessoas que a ele recorrem. O que se deve discutir é se a legislação, no seu atual estágio, contempla efetivamente o interesse dos ex-cônjuges.

Dado este panorama histórico será visto como os institutos da separação e do divórcio são regulados pelo ordenamento jurídico brasileiro na atualidade.

3.2. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A família, em seus vários formatos, recebe a proteção constitucional conforme o art.226, § 1º ao § 8º.

O Código Civil de 2002 regula o Direito de Família no livro IV, incluindo os artigos 1.511 a 1.783. No Subtítulo I, trata o código do casamento. É clara a influência do Direito Canônico nos artigos que regulam o casamento. O casamento é

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Néilson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p.280.

sacramento católico, e só em 1977 a sua dissolubilidade foi prevista legalmente no Brasil. Apesar do reconhecimento de outras entidades familiares, a família oriunda do casamento ainda goza de certa relevância em detrimento da família surgida da união estável ou da família monoparental.

Para o desfazimento da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, a legislação brasileira oferece respectivamente os institutos da separação judicial e do divórcio, frutos do atual estágio civilizatório da sociedade brasileira.

Hoje, estes institutos estão amplamente disseminados por toda a sociedade, que os encara com naturalidade, diferentemente do que ocorria num passado não muito distante. Mas não faltaram e não faltam até hoje vozes dissonantes na doutrina que condenam o divórcio tal qual a Igreja Católica.

Yussef Said CAHALI⁴¹ considera que “a separação de fato, a separação judicial, o divórcio são profundamente maléficos para a entidade familiar constituída com base no matrimônio, especialmente para os filhos”.

Do mesmo modo, Washington de Barros MONTEIRO⁴² ao referir-se especificamente ao divórcio o entendia como “contrário à ordem natural e ao bem da família”.

A separação judicial é uma das causas de rompimento da sociedade conjugal, segundo o art.1571, III, do Código Civil, fazendo cessar os deveres do matrimônio para os cônjuges como a fidelidade e a coabitação, bem como o regime de bens, conforme a redação do art.1576 do atual Código Civil. Todavia, o vínculo matrimonial não é rompido, somente a sociedade conjugal, impedindo os cônjuges de contraírem um novo casamento. A separação judicial era conhecida como desquite até 1977, quando então houve a mudança da nomenclatura. É uma ação personalíssima dos cônjuges, somente os cônjuges ou cônjuge tem legitimidade para propô-la. A finalidade principal da separação, ao desfazer a sociedade conjugal e não dissolver o vínculo matrimonial, seria a de dar aos cônjuges um maior tempo para a reflexão sobre os motivos que levaram ao rompimento de tal forma que, havendo a reconciliação, possam reatar a relação sem a necessidade de celebrarem um novo casamento, conforme prevê o art.1577 do Código Civil de 2002. A separação judicial seria uma espécie de estado intermediário entre o casamento e

⁴¹ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil vol.2** – 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 216.

o divórcio, como se deixasse o casamento suspenso até uma decisão final, mas não é um antecedente obrigatório para a proposição do divórcio.

Segundo a lição de Sílvio VENOSA: “Originalmente, buscara o legislador colocar a separação judicial, o antigo desquite, como fato prévio, antecedente necessário para o divórcio”⁴³. Hoje, a tendência atual da legislação é para a homologação do divórcio direto sem a necessidade da separação, o que na prática significaria a extinção do instituto da separação do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴.

A separação comporta as modalidades consensual e litigiosa. Sendo litigiosa, a separação pode ser solicitada a qualquer momento por qualquer dos cônjuges. Não importando quanto tempo permaneçam separados, eles podem a qualquer momento durante a separação pedir a conversão em divórcio. Após um ano a partir do trânsito em julgado da sentença de separação judicial, os cônjuges poderão converter a separação judicial em divórcio (divórcio por conversão).

O divórcio, esse instituto relativamente recente no Brasil é, tal qual a morte de um dos cônjuges, uma das causas da dissolução do casamento conforme o art.1571, § 1º do Código Civil de 2002. Diferentemente da separação judicial, o divórcio permite que os cônjuges separados contraiam novas núpcias. Conforme o *caput* do art.1580 do Código Civil, após um ano da sentença de separação judicial ou da medida cautelar da separação de corpos⁴⁵ a separação poderá ser convertida em divórcio. Igualmente, após dois anos da separação de fato comprovada por testemunhas, poderá ser solicitado o divórcio direto segundo o art.1580, § 2º do Código Civil de 2002. Não existe, destarte, a figura do divórcio direto propriamente dito no Brasil. Existe a necessária passagem pela separação, seja ela judicial ou de fato. Como já tramita projeto no Congresso Nacional estipulando o divórcio sem o trânsito prévio pela separação, acreditamos ser uma questão de tempo que ele seja implantado no Brasil, com a conseqüente extinção da figura da separação. Se este projeto for aprovado – e é bem provável que o seja – será mais um avanço no Direito

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 188.

⁴⁴ A Proposta de Emenda Constitucional PEC33/2007 da autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA) busca alterar o art.226, § 6º da Constituição Federal tem por objetivo a eliminação da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, permanecendo apenas a figura do divórcio.

⁴⁵ Neste sentido: “Quando os cônjuges instauram o litúgio ou quando estão prestes a instaurá-lo, o art.888,VI,do CPC permite que o juiz determine ou autorize o afastamento temporário de um dos cônjuges do lar conjugal. Trata-se da medida de separação de corpos. Essa medida é importante para os cônjuges que pretendem ingressar com a ação de separação, porque a partir dessa ordem, cessam os deveres de coabitação e fidelidade”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007).

de Família com a consolidação do instituto do divórcio⁴⁶. Por outro lado, a extinção da separação eliminaria a possibilidade das pessoas contarem com uma figura legal que permitisse a “suspensão” do vínculo matrimonial, período no qual haveria a meditação necessária para avaliar se seria correta ou não a decisão de romper com a relação matrimonial.

Assim como a separação, o divórcio também comporta as modalidades consensual e litigiosa e conforme o art.1580 do Código Civil a legitimidade para a propositura da respectiva ação cabe somente ao cônjuge ou cônjuges, sendo uma ação personalíssima⁴⁷. O divórcio termina com o casamento civil e retira os efeitos civis do casamento religioso, sendo que os divorciados ficam desimpedidos legalmente de contrair um novo casamento. Importante destacarmos também, em relação ao divórcio, que não existe a figura da reconciliação tal como na separação. Caso os cônjuges divorciados queiram voltar à sua antiga relação conjugal, eles não poderão retomar o antigo casamento, devendo celebrar um novo casamento. A sentença que decreta o divórcio deve ser averbada no registro civil passando daí em diante a ter efeitos *erga omnes*.

3.2.1. Separação e divórcio litigiosos

Tanto a separação judicial quanto o divórcio são remédios⁴⁸ para a crise que se estabelece quando o rompimento da relação que une os cônjuges é inevitável ou quase inevitável. Apesar disso, nossa legislação prevê a ocorrência do litígio tanto na separação quanto no divórcio. Seria como uma sanção aplicada ao cônjuge que tivesse culpa pelo desmoronamento da união conjugal. Esta sanção pode ser motivada por culpa do cônjuge (*caput* do art.1572 do Código Civil de 2002) havendo

⁴⁶ Cristiano Chaves de FARIAS e Néelson ROSENVALD são bem enfáticos quanto à desnecessidade do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro: “Desse modo, é lícito concluir que a “vantagem” da separação é meramente aparente, não se justificando a manutenção do instituto, seja pela insignificância da sua justificativa, seja pelo reduzido número de restabelecimentos de sociedade conjugal”. Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Néelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.288.

⁴⁷ “A separação e o divórcio são medidas jurídicas de natureza personalíssima, somente competindo aos próprios cônjuges. Não admitem, por conseguinte, substituição processual (quando alguém, excepcionalmente autorizado por lei, poderá pleitear em nome próprio direito alheio), nem mesmo em razão da morte de uma das partes – aliás, não se olvide que a morte por si só, já é causa dissolutória do casamento”. Id., p.288.

⁴⁸ Em sentido contrário leciona Yussef Said CAHALI: “O remédio, como pretenso mal necessário, supera o próprio mal que se pretende sanar; o rompimento do vínculo como tributo à preservação do dever de fidelidade não reflete por si a melhor solução, na medida em que degenera em derivações abusivas, com estímulo aos expedientes extramatrimoniais, depauperando mais ainda o combalido organismo familiar”. CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

violação aos deveres do casamento e insuportabilidade⁴⁹ da vida em comum ou sem culpa (§ 1º e §2º do art.1572 do Código Civil de 2002) quando houver ruptura da vida em comum há mais de um ano e por grave doença mental do outro cônjuge. Além do *caput* do art.1572, o Código Civil menciona atos ilícitos que atentam contra o instituto do casamento. Estes atos estão enumerados no art.1573 do Código Civil de 2002 nos incisos I a VI:

Art.1573. *Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:*

I – adultério

II – tentativa de morte

III – sevícia ou injúria grave

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo

V – condenação por crime infamante

VI – conduta desonrosa

A inclusão destes incisos revela uma despreocupação do legislador em atualizar o Direito de Família no âmbito do Código Civil. A inclusão destas causas de culpa nos remete ao começo do século XX, quando da elaboração do Código Civil de 1916. Uma época onde o homem tinha direitos sobre a mulher, onde o adultério ainda era considerado crime⁵⁰. Neste aspecto, o novel código não acompanhou a evolução social e manteve intactos os pontos que justificam a suposta culpa do outro cônjuge.

Os motivos que levam ao desfazimento de uma sociedade conjugal mesmo havendo litígio entre os cônjuges deveria ser assunto restrito à esfera do casal separando sem que houvesse a revelação destes motivos e a imputação de culpa. A noção de culpa na relação não se coaduna com a mentalidade atual da sociedade, no qual a relação conjugal deve ser pautada pelo respeito mútuo e pela igualdade. Neste sentido, Paulo LÔBO⁵¹ nos ensina:

⁴⁹ “Algumas vezes o elemento subjetivo desfaz a insuportabilidade, em vez de produzi-la. É o caso de todos os cônjuges que, a despeito da ofensa e da sua gravidade e de ser, de ordinário, insuportável, não na vêem sequer, ou vêem, mas o amor a supera. O que casa com cônjuge que se revela adúltera e, descobrindo-o, com ela continua e com ela coabita, desfaz o conceito de insuportabilidade que objetivamente se estabeleceu; o elemento subjetivo objetiva-se, mostrando que é suportável, e não insuportável, a vida conjugal” PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de direito de família: volume 1 direito matrimonial**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p.485.

⁵⁰ A Lei nº 11.106/2005 revogou o art.240 do Código Penal. Desde então, o adultério não é mais considerado como crime no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵¹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127-128.

A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos é iniciada ou concluída amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio, que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos.

De qualquer modo, a legislação atual, seja por que motivo tenha sido, por excessivo zelo ou simples negligência, resolveu manter uma lista de causas para uma separação ou divórcio culposos⁵².

A separação e o divórcio litigiosos não estão abrangidos pela Lei 11.441/2007 que se ocupa apenas dos casos de separação e divórcio consensuais.

3.2.2. Separação e divórcio consensuais

O consenso representa um maior amadurecimento tanto do casal como da sociedade em geral. Representa o reconhecimento mútuo dos cônjuges de que o casamento não está sendo benéfico para ambos, trazendo prejuízos e tornando a vida a dois, insuportável. A partir da constatação pelos cônjuges de que não existe mais viabilidade para a manutenção da união conjugal, cabe ao Poder Judiciário referendar da forma mais rápida possível a desunião para que não haja mais transtornos para as duas pessoas. A separação consensual⁵³ e o divórcio consensual funcionam como um remédio. Remédio para o mal que poderia sobrevir caso o casal não fosse por estes institutos protegido.

Segundo Orlando GOMES⁵⁴, a separação consensual “é negócio jurídico bilateral, que tem como fim precípuo legalizar a conveniência dos cônjuges de

⁵² Cristiano Chaves de FARIA resume de modo conciso a situação: “Mantendo uma possibilidade prevista na Lei do Divórcio, o Código Civil de 2002, conquanto já se venha detectando em nosso sistema jurídico, há anos, uma inescandível tendência para afastar a culpa da legislação brasileira, a partir de incontáveis manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, manteve, ainda que residualmente, a ruptura do vínculo fundada na culpa”. FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nélson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.326.

⁵³ Em função do prazo determinado pelo art.1574 do Código Civil, Maria Berenice DIAS conclui que a separação consensual nada tem de consenso, desrespeitando a livre vontade das partes. DIAS, Maria Berenice. **Da Separação e do Divórcio** In Direito de Família e o Novo Código Civil. DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores) 3ªed. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.80.

⁵⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.217.

viverem separados, estabelecidas e reguladas as conseqüências da dissolução da sociedade conjugal, tanto na ordem pessoal como na patrimonial”.

A separação ou divórcio consensual é uma espécie de acordo, de contrato bilateral em que as partes expressam pessoalmente perante o juiz ou tabelião a sua vontade de não mais quererem permanecer casados e regulam sobre as questões patrimoniais inerentes a este acordo. Neste caso, não é preciso declinar as causas que levaram ao rompimento, afastando-se a noção de culpa, de ilicitude. Para que seja homologada a separação por mútuo consentimento é necessário, conforme o art.1574 do Código Civil, que os cônjuges estejam casados por mais de um ano.

3.2.3. Aspectos processuais da separação e do divórcio

Quanto ao processo que regula as separações ou divórcios, se houver litígio a ação poderá ser pedida a qualquer tempo por qualquer dos cônjuges e seguirá o procedimento ordinário do Código de Processo Civil.

No caso da separação consensual, o processo é regulado pelo Código de Processo Civil no livro IV referente aos procedimentos especiais na parte destinada aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, abrangendo os artigos 1.120 a 1.124-A. De um ponto de vista do processo civil, a separação consensual é um procedimento de jurisdição voluntária, onde o Estado faz a administração pública de assuntos privados. A intervenção do Estado se faz pela atuação do juiz cujo dever inicial seria o de tentar promover a conciliação do casal. O juiz, nestas funções, não seria simplesmente um ouvinte, mas teria uma participação pró-ativa, no sentido de buscar o melhor para o casal diante da exposição do caso concreto⁵⁵. Na prática, infelizmente, o que ocorre, talvez até diante de inúmeros outros temas que exigem também a intervenção judicial, esse papel conciliador do juiz acaba sendo relegado a segundo plano; o juiz acaba por ter uma atuação burocrática, formalista, importando antes a celeridade do processo do que um esforço de análise e conciliação que demandaria um tempo maior e que termina por culminar na separação sem que sequer ocorra a tentativa de reconciliação por parte do juiz.

⁵⁵ Segundo PONTES DE MIRANDA: “a tentativa de conciliação é *favor matrimonii*, pelo qual se revela o interesse do Estado na continuidade da sociedade conjugal. O juiz deve exercer tal função como o juiz do processo canônico, compenetrando-se do seu papel espiritual, qual conselheiro; e é por esse traço que a conciliação se distingue da transação ou de qualquer outro ato jurídico entre as partes, que signifique renúncia. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de direito de família: volume 1 direito matrimonial**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p.498.

As partes peticionam conforme as exigências impostas pelos incisos I a IV art.1.121 do Código de Processo Civil. O juiz poderá indeferir a petição caso ela não esteja de acordo à formalidade exigida. De acordo com o § 1º do art.1.121 do Código de Processo Civil, não é necessária a prévia partilha de bens, caso não haja acordo no momento da separação consensual, podendo esta partilha ser feita após a sentença. Essa é uma questão extremamente delicada, pois os cônjuges podem concordar quanto à separação, mas discordarem quanto à partilha de bens. Também para o divórcio nossa legislação não exige a prévia partilha para a sua homologação conforme a redação do art.1581 do vigente Código Civil.

Na seqüência do processo, o juiz ouve os cônjuges numa audiência prévia de conciliação. Se o juiz entende que não é mais possível a convivência do casal, faz no prazo de cinco dias a oitiva do Ministério Público, e em seguida homologa a separação. Caso não esteja convencido de que a separação deva ser efetivada, que os cônjuges não tenham demonstrado firmeza nas suas alegações, ele determinará, dentro de quinze a trinta dias, uma nova audiência com o casal, para que eles ratifiquem ou não a separação, ficando a petição guardada em juízo neste intervalo.

Logicamente que todo este processo demanda um tempo excessivo para aqueles casais que não suportam mais a convivência e que desejam de comum acordo romper a relação. Por outro lado, esse tempo pode funcionar como um antídoto para aqueles casos onde a causa do conflito tenha sido um motivo fútil que ao cabo de alguns dias possa ter sido superado não ensejando uma separação que teria graves conseqüências para o casal⁵⁶. O fato é que a rapidez exigida para a resolução da situação dos casais que já amadureceram a vontade de separar-se para que não sejam mais prejudicados e a necessidade de desafogar o Poder Judiciário de processos que poderiam ser dirimidos de outra forma, fizeram com que se buscasse um outro meio processual para que essas separações consensuais fossem realizadas mais rapidamente, tornando-a um ato corriqueiro da vida civil e sem a intervenção estatal, tal qual o casamento.

3.3. A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO

⁵⁶ “É importante que fique registrado: o direito de família envolve relações pessoais, delicadas e de sentimento. A busca de rápida solução nem sempre é o caminho mais seguro” CRUZ, Maria Luiza Povoá. **Separação, divórcio e inventário por via administrativa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.4.

O Direito contemporâneo foi caracterizado pela sistematização em dois grandes campos, o Direito Público e o Direito Privado, fruto, entre outros motivos, do modo de organização da sociedade. Esta noção de separação vem desde a Antigüidade. Ulpiano fazia menção a *jus publicum* e *jus privatum* quando o direito tratasse de assuntos de governo ou quando tratasse de assuntos relacionados à sobrevivência dos particulares.

Esta dicotomia cristalizou-se com o surgimento do Estado liberal a partir da Revolução Francesa, caracterizado por uma mínima intervenção do Estado na economia dos particulares. A atuação dos particulares deveria ser pautada pela desregulação por parte do Estado, uma suposta liberdade para bem negociar e estabelecer contratos. Desta forma, o direito público era aquele destinado a disciplinar as relações entre o Estado e os particulares e dentro dos órgãos da esfera estatal. Já o direito privado era aquele destinado a disciplinar as relações travadas exclusivamente entre os particulares, composto por leis próprias, baseadas nas relações econômicas e fundadas nos postulados da teoria econômica clássica⁵⁷.

As sociedades do século XIX eram caracterizadas por uma igualdade jurídica formal e uma forte desigualdade econômica. Os negócios eram realizados sob o princípio da autonomia da vontade, havendo ampla liberdade para contratar.

Com o surgimento do Estado social, houve um crescimento da intervenção do Estado nas atividades dos particulares para coibir os abusos que em nome da liberdade estavam sendo cometidos pelos detentores do poder econômico e social em detrimento dos menos favorecidos. Resultado desse período é o fenômeno da constitucionalização dos direitos privados, que determinou a expansão dos direitos sociais e das garantias fundamentais aos cidadãos. Normas de direito privado passaram a migrar para as constituições, solidificando as relações sociais e tendo como foco a pessoa humana.

Com a evolução da sociedade, o campo privado das relações humanas foi ganhando relevância em relação ao campo público. Esta relevância foi intensificada

⁵⁷ Tércio Sampaio FERRAZ JR. manifesta seu ponto de vista quanto à origem histórica do direito público: “Como o Estado, na forma como o conhecemos – o Estado organismo burocrático – é um fenômeno recente, da Era Moderna, e a distinção entre direito público e direito privado só se aperfeiçoou em seus intuitos práticos mais recentemente, a grande gama de fenômenos jurídicos que nos veio da Antigüidade era, já pelo volume, muito mais de direito privado. Por isso, o direito público tende a ser conceituado, inicialmente, mais de forma negativa, sendo público aquilo que não seja privado. Para isso, contribuiu ainda o conceito minimalista de Estado, do Liberalismo, e a conseqüente relevância da liberdade privada, do livre comércio”. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 142.

principalmente a partir da década de oitenta do século passado. A derrocada do comunismo na União Soviética e nos países da Europa Oriental e as políticas neoliberais implantadas pelos governos dos Estados Unidos (Ronald Reagan) e do Reino Unido (Margareth Thatcher) foram fatos históricos que contribuíram para que esta tendência ao predomínio do capital privado se consolidasse. Como consequência, tivemos a diminuição do tamanho do Estado, a redução dos tributos, a concorrência global e a flexibilização das legislações trabalhistas, que deram aos capitalistas maiores oportunidades e possibilidades de lucros, além de um aumento sem precedentes do capital especulativo mundial que pôde trafegar livremente pelo mundo impulsionado pelo desenvolvimento das comunicações e pelo fim das barreiras protecionistas nos principais mercados. As políticas neoliberais e suas consequências se espalharam pelo mundo todo como modelo de gestão administrativa e influenciou também a ciência do Direito. O Direito, como sendo um reflexo da sociedade, acabou por absorver as teorias neoliberais, o que se traduz nas legislações que surgiram nos anos oitenta e noventa do século passado. Neste sentido cabe a reflexão de Francisco AMARAL⁵⁸:

A interferência do Estado na economia contemporânea, causada pela concentração capitalista dos meios de produção, conduz a uma interpenetração de ambas as esferas e a uma superação da tradicional dicotomia. É uma das provas mais consistentes desse processo é o surgimento de um novo direito, o direito da economia que combina processos jurídicos, institutos e conceitos de direito público e de direito privado. Com ele, o Estado intervém na economia, órbita tradicional do direito privado, utilizando-se do instrumental jurídico deste ramo, como a técnica de constituição das pessoas jurídicas e os atos jurídicos. Com o direito público ficaria assim a função de organizar atividades políticas e sociais do Estado, e com o direito privado, as atividades econômicas, quaisquer que fossem, correspondendo isso à passagem do Estado liberal para o Estado social, do Estado da ordem pública para o Estado promotor do bem-estar social. A distinção, a dicotomia direito público-direito privado, tem, assim, caráter manifestamente ideológico.

Hoje em dia, somente para fins didáticos podemos conceber a dicotomia que separa o Direito em dois grandes campos. Esta dicotomia estaria superada no direito pós-moderno. Tanto o Estado pode intervir na ordem econômica, atuando muitas vezes como um particular, quanto os particulares podem explorar atividades econômicas, atendendo a consecução de fins públicos. As práticas advindas das relações entre particulares acabam sendo absorvidas pelo ordenamento jurídico

⁵⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 70.

convertendo-se em regras que atendem o interesse público. Por sua vez, as normas públicas que organizam a sociedade e as relações entre seus entes, naturalmente têm um efeito sobre as relações entre os entes jurídicos de direito privado que devem agir dentro dos quadrantes determinados por essas normas públicas.

No entanto, a distinção entre direito público e direito privado ainda tem importância sob outro aspecto, além do meramente didático. Segundo Tércio Sampaio FERRAZ JR.⁵⁹, “dizer se uma norma (e a situação normada) é pública ou privada é importante para determinar os efeitos apropriados e quais os princípios que os regem sistematicamente”. O direito público seria fundado no princípio da soberania, limitado pelo princípio da legalidade e o direito privado seria guiado pelo princípio da autonomia privada⁶⁰.

No campo de Direito de Família mais complexa é essa discussão em torno da dicotomia público-privado, a começar pela própria discussão da natureza do Direito de Família, se a família tem a natureza de contrato regulada pelo Direito Privado ou se seria um instituto regulado pelo Direito Público. Discussão essa que se estende aos demais institutos e determina a natureza das normas a eles relacionados. Luiz Edson FACHIN⁶¹ assim leciona:

A família, proclama-se, deixou de ter um regimento submetido à vontade dos indivíduos, E, nomeadamente, quando o casamento é tratado como instituição e não como contrato, essa visão insitucionalista contribui para considerar a família como tendo este conjunto de princípios e regras ligada ao Direito Público.(...)

Não obstante este fenômeno crescente de publicização e a constitucionalização do Direito de Família, pode-se dizer que o conjunto de princípios e regras que dizem respeito à família ainda se enquadra no Direito Privado, caso se queira manter esta distinção entre Direito Público e Direito Privado.

José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA⁶² concorda com o caráter privado do Direito de família. Ele centra a família nas pessoas que a compõem ao afirmar que “a família não é uma pessoa jurídica”, mas sim uma “comunidade de pessoas que não têm existência jurídica própria além de seus membros”.

⁵⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144.

⁶⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2003p. 139-140.

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.44-45.

⁶² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p.18.

Para Orlando GOMES⁶³, o Direito de Família está situado no campo do Direito Privado “pelos sujeitos das relações, pelos fins de seu ordenamento e pelas formas de atuação”.

No Brasil, em função da influência cultural portuguesa, baseada no catolicismo romano, que determinou de modo contundente as relações entre os indivíduos, sempre houve uma grande dificuldade para o estabelecimento dos limites entre o que seria o público e o que seria privado. A família patriarcal brasileira, modelada por essa cultura e pela religião, marcou profundamente a natureza do Estado brasileiro, suas relações com os particulares e as conseqüências daí advindas. Como bem expressa Rosana Amara Girardi FACHIN⁶⁴:

Nucleados nessa perspectiva, os componentes de caracterização social vão alcançar as bases do Estado brasileiro: um estado cartorial, arquitetado pelo reino das solenidades e celebrações, ritos e processos, e que encontra, nos seus primórdios, o empreguismo público, a exclusão social e uma seleta classe dominante, afortunada e poderosa(...) Essa cartorialidade expressa-se num aparato estatal público, principiado com o governo reinícola. Aos poucos, por concessão ou delegação, se espalha por ofícios, escriturarias e registros, instalando uma tradição tabelionática.

Essa divisão entre o público e o privado, entretanto, não se fez sentir de modo tão profundo como em outros países. Independente disso, como ator global, o Brasil acaba tendo que se adaptar às novas realidades, o que faz com que as legislações muitas vezes não traduzam o modo de pensar da sociedade, mas sim reflitam uma necessidade fundada em interesses motivados pela necessidade da inserção do Brasil na ordem mundial. Fruto dessa necessidade é a Lei nº 11.101/2005, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

A lei que implanta a alternativa de um processo extrajudicial para separações e divórcio no Brasil é uma pequena parte do universo de leis e medidas que autorizam a passagem de um processo da esfera pública para a esfera privada. Mas, antes de tudo, revela um caráter misto. Se por um lado abre ao particular a possibilidade de efetivar a separação e o divórcio – o que antes era privilégio de um Juiz de Direito –, por outro lado, ainda subsiste uma regulação estatal limitando a autonomia da vontade privada quando estabelece limitações para o preenchimento

⁶³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.6.

⁶⁴ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

da condições para a efetivação dos processos extrajudiciais e também quanto ao conteúdo dos pactos.. Em obra recém publicada, PARODI e SANTOS⁶⁵ confirmam este ponto de vista:

Os particulares escolhem se unir matrimonialmente ou quebrar o pacto (autonomia privada), podendo optar em questões com a do regime de bens e da postergação de partilha; contudo não podem inovar, devendo enquadrar-se em modalidade expressamente contemplada pelo Código Civil (restrição ao princípio da autonomia da vontade privada, mediante a interferência estatal, estipulando rol exaustivo, disponibilizado para a livre escolha dos cidadãos; legitimidade da participação estatal baseada na proteção dos interesses da coletividade). Eis a importância de se determinar a real origem dos institutos de Família e regras derivadas e/ou reguladoras. Se todas as normas tivessem unicamente natureza privada, não havendo lei impeditiva, os cidadãos poderiam inovar em formas de se reger a operação das relações de familiaridade, como a vedação de alimentos em pacto antenupcial, ou a prática de figuras matrimoniais *sui generis*, como a inserção de concubinas na relação, a bigamia, entre outros.

Se a lei de que tratamos é um produto do equilíbrio entre o público e o privado, pelo fato de existirem restrições a uma maior amplitude do processamento extrajudicial de separações e divórcios, demonstrando a intenção do legislador em salvaguardar o interesse de menores e incapazes e também do cônjuge que discorda do desfazimento da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial, existe um outro viés, que tem de ser melhor compreendido: o que seria o interesse público e o que seria interesse privado na lei em questão?

O interesse público determina que uma autoridade pública imbuída de *munus publicum* exerça sua competência para a aplicação das normas públicas de direito⁶⁶. Não restam dúvidas que é do interesse público que os cidadãos contem com um sistema eficiente e célere que desburocratize os processos mais simples da sua vida cotidiana. Por outro lado, o monopólio público de exploração de serviços acaba sendo transferido da esfera estatal para a esfera do particular, no caso, o dono do tabelionato, que assim passa a auferir lucros com os processos extrajudiciais em razão da natureza deste serviço no Brasil. Poderíamos até projetar que, como capitalista que é, o empresário-tabelião estaria interessado num aumento

⁶⁵ PARODI, Ana Cecília e SANTOS, Clarice. **Inventário e rompimento conjugal por Escritura: Praticando a Lei n° 11.441/2007**. 2.ed. Campinas: Russel Editores, 2007, p.23.

⁶⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 142

do volume de separações e divórcios o que traria como conseqüência maiores lucros para ele.

Estaria dentro desta ótica capitalista o tabelião atendendo o interesse público? Seguramente não. O tabelião age movido pelo interesse particular, seu objetivo é pessoal, apesar do exercício de uma função delegada pelo Poder Público. Haveria um desvirtuamento da finalidade destes institutos que é o de propiciar uma tutela adequada aos casais que desejam o rompimento dos vínculos. Desde esse ponto de vista haveria um rompimento do aparente equilíbrio público-privado estabelecido pela norma de caráter misto em favor do empresário, o tabelião, e em detrimento de considerável parcela da população que venha a necessitar desse serviço.

IV. A APLICAÇÃO E OS EFEITOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS

4.1. A LEI 11.441/2007 E SUAS CARACTERÍSTICAS

Uma forte tendência do mundo contemporâneo, fruto da interpenetração entre os ramos público e privado é o da desjudicialização de processos⁶⁷. Um exemplo disso é o instituto da arbitragem, que a cada dia cresce como meio alternativo para a solução de conflitos envolvendo pessoas jurídicas. A desjudicialização também atinge as relações entre particulares tendo por finalidade proporcionar um melhor e mais rápido acesso à justiça pelos cidadãos. Nesse sentido, Paulo LÔBO⁶⁸ leciona do seguinte modo:

O movimento mundial de acesso à justiça tende para a desjudicialização crescente de resolução dos conflitos, pois a justiça oficial não consegue mais atender às demandas individuais e sociais. Ao mesmo tempo buscam-se soluções que levem à simplificação, redução e desburocratização de processos e procedimentos. Cresce a compreensão que o acesso à justiça não se dá apenas perante o Poder Judiciário formal. Se é assim para os conflitos litigiosos, com maior razão se impõe quando as próprias partes estão de acordo em resolvê-los.

Em sintonia com o fenômeno da desjudicialização e com o nobre objetivo de desafogar o Poder Judiciário e facilitar⁶⁹ a vida dos cidadãos foi promulgada a Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, que acrescentou no Código de Processo Civil o art.1124-A. Este é o teor do artigo incluído no Código de Processo Civil:

Art.1124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

⁶⁷ “O “Estatuto das Famílias” está em sua fase final de elaboração e deve ser apresentado no Congresso Nacional em breve. É um documento de extrema importância que facilitará todos os procedimentos abrangidos no Direito de Família, beneficiando as partes e os julgadores. Além disso, possui aspectos práticos muito relevantes, como as inúmeras modalidades de família que serão abrangidas e uma disposição clara de incentivo aos acordos, através de profissionais qualificados, que desestimularão aqueles que buscam o Judiciário, para que evitem todos os prejuízos (psíquicos, mentais, financeiros) causados por demandas judiciais” AMARAL, Sylvania Maria M. do. O novo Direito de Família. **O Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 14 out. 2007, p. 7.

⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 144.

⁶⁹ Facilitar no sentido de tornar mais rápido os processos de separação e divórcio.

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

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

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

Esta lei possibilita, de agora em diante, a realização de inventários e partilhas, separações consensuais e divórcios consensuais, no tabelionato, por meio de escritura pública⁷⁰, desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, em qualquer tabelionato, pois não existe competência territorial de tabeliães. A averbação dessa escritura deverá ser feita no mesmo cartório onde foi registrado o casamento. Esta escritura pública não depende de uma homologação judicial e é instrumento hábil para o registro de imóveis, produzindo o mesmo efeito da sentença de divórcio e de separação judicial. Esta escritura pública contém a declaração de vontade dos cônjuges onde eles manifestam expressamente o desejo de separarem-se e também a descrição dos bens comuns, a partilha destes bens, a pensão alimentícia acordada, caso haja⁷¹ e a decisão quanto à manutenção ou retomada do nome de solteiro por parte do cônjuge⁷². Outra exigência da lei é a necessidade de que as partes estejam assistidas por seus advogados ou por advogado comum para que o tabelião lavre a escritura⁷³.

Importante notar que como a escritura pública é um negócio jurídico bilateral, as partes podem dispor, caso queiram, sobre outros interesses privados, além daqueles enumerados na lei.

⁷⁰ Para as separações e divórcios extrajudiciais valem somente escrituras públicas chanceladas por tabeliães competentes. Outros tipos de documentos, mesmo que sejam fruto da vontade convergente das partes, não terão a mesma validade.

⁷¹ “A irrenunciabilidade dos alimentos, como estabelece o vigente Código, representa, sem dúvida, um retrocesso absolutamente injustificável que deve ser prontamente corrigido...Parece-nos despropositado que extinto um casamento há muitos anos, décadas, modificam-se totalmente as situações de fato, bem como os corações e as mentes e o cônjuge que renunciou a alimentos ressurgja como uma fênix-fantasma, para pleitear novamente alimentos de quem se separou em passado muito remoto” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 167-168.

⁷² Neste sentido: “A solução de a mulher divorciada, e agora o cônjuge em geral, poder manter o sobrenome do outro nunca nos foi muito simpática, em que pese franca corrente doutrinária em contrário...De qualquer forma, concluímos que, se a lei admite lide para resolver a questão do nome da mulher (ou do cônjuge) nessas premissas, nada impede que seja homologada a conversão da separação em divórcio, com as partes concordando com a manutenção do nome de casado do cônjuge, independentemente de ser declinada uma das causas descritas no dispositivo” Id., p.157.

⁷³ Não é necessária a presença do Ministério Público pois a separação e o divórcio extrajudiciais são atos resultantes da autonomia privada o que torna prescindível a presença do Ministério Público cuja atuação é fundamental quando se tratar de interesses indisponíveis, o que não é o caso das separações e divórcios consensuais.

Esta lei entrou em vigor na data da sua publicação, o que gerou muitas críticas, por não ter observado o prazo de *vacatio legis*, dada a relevância da matéria. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 35 de 24 de abril de 2007 com a finalidade de dirimir as dúvidas surgidas e de disciplinar a aplicação da lei 11.441/07⁷⁴.

Essa alteração vem se somar a outras que procuram atualizar o Código de Processo Civil – CPC. O atual CPC, na sua concepção original data de 1973 e surgiu influenciado pela doutrina de Liebman caracterizando-se pela ortodoxia do sistema de ordinarização. Várias reformas foram realizadas nas últimas décadas para melhorar a prestação jurisdicional. Conforme HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁷⁵:

Paralelamente à visão técnica do funcionamento da justiça oficial (fortemente inspirada em métodos forjados para enfrentar a contenciosidade) ganha terreno, no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do direito processual com a implantação, a par dos tradicionais, de novos métodos de composição de litígios, cuja motivação seria mais a procura da paz social do que propriamente a imposição autoritária da vontade fria da lei. Fala-se, nesse sentido, na criação de novas vertentes para certos tipos de prestação jurisdicional, que enriqueceriam o processo com instrumentos capacitados a realizar a justiça que Cappelletti chama de coexistencial.

Tem-se procurado, por intermédio destas reformas, o abrandamento da intervenção estatal na vida privada das pessoas o que beneficia tanto às pessoas quanto ao Poder Judiciário, que tem reduzida sua carga de trabalho. Esta diminuição da intervenção estatal é uma tendência que vem se verificando na sociedade nos últimos decênios e que se amplia cada vez mais, como resultado das políticas que privilegiam o capital privado e que aniquilaram o dualismo público-privado. O Estado se torna cada vez menor, transferindo funções para a iniciativa privada, mas exercendo o controle para que não se cometam abusos. Além do divórcio e separação consensuais por escritura pública, outros exemplos similares da menor ingerência estatal na vida das pessoas são as comissões de conciliação prévia da

⁷⁴ A Emenda Constitucional nº 45 ratificou que todos os serviços extrajudiciais são serviços judiciários (boa parcela dos titulares de cartórios defendia a desvinculação das atividades notariais do âmbito do Poder Judiciário) sob o controle do Conselho Nacional de Justiça.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento volume 1**. 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.10.

Justiça do Trabalho e o instituto da arbitragem. Nesse sentido, asseveram Cristiano Chaves de FARIAS e Néelson ROSENVALD⁷⁶:

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, maior racionalização das atividades do Ministério Público, além de desafogamento das assoberbadas prateleiras do Judiciário, especialmente quando for considerada a grande quantidade de ações consensuais propostas em nossos foros.

A nova lei surge então imbuída desse espírito de permitir-se ao particular a decisão sobre o não prosseguimento da sociedade conjugal quando houver consenso das partes quanto a isso, o que antes, em termos formais, cabia ao Juiz de Direito. Trata-se de estender a jurisdição voluntária a órgãos não-públicos e ao particular. Tem-se como objetivo a diminuição de ações a serem processadas pelo Poder Judiciário e também o de tornar mais rápido, para os cônjuges em vias de separar-se, o efetivo desenlace. Além disso, considerando que este processo pode ser realizado perante qualquer tabelião de notas, melhoraria o acesso à justiça.

A lógica da desta lei consiste em equalizar o processo do casamento ao processo de separação e divórcio. Se o casamento pode ser realizado sem a intervenção estatal, sendo as pessoas livres para contraí-lo, então a nova lei torna a separação e o divórcio, tal qual o casamento, um ato de autonomia privada, onde prevalece a vontade das partes sem a necessidade da homologação estatal. Como assevera Paulo Lobo⁷⁷: “para constituir o casamento não há necessidade de processo judicial, por que o há para extingui-lo, quando os cônjuges estão de pleno acordo, sem qualquer situação litigiosa?”

Apesar da evidente facilidade que traz à vida das pessoas, de representar um avanço para o Direito de Família, esta lei suscitou muitas dúvidas nos principais doutrinadores nacionais.

A alegada inconstitucionalidade da nova lei decorre de uma imperfeição técnica presente no texto constitucional, mais precisamente no art.226, § 6º ao nomear o instituto da separação como “separação judicial”. Ao referir-se à separação judicial, a Constituição estaria eliminando a separação extrajudicial da conversão em

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Néelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008 p. 315. LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.144.

⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.144.

divórcio. Claro está que a intenção do legislador foi o de permitir que todas as separações, sejam elas realizadas perante um juiz (separações judiciais) ou em cartório por um tabelião (separações extrajudiciais), possam ser convertidas em divórcio. Deve-se fazer uma interpretação ampla do termo utilizado na Constituição: A Constituição, ao dizer “separação judicial” na verdade quis dizer separação em sentido lato, seja ela judicial ou extrajudicial. Está se referindo a um instituto mais genérico que engloba as espécies judicial e extrajudicial, por isso deveria ter sido utilizada simplesmente a palavra “separação” que não deixaria dúvidas quanto à referência ao instituto. Em defesa do legislador constituinte, devemos salientar que em 1988 não havia ainda a separação extrajudicial, então, na verdade o legislador de 2007 deveria ter atentado para este fato e escolhido uma expressão mais conveniente, que não provocasse confusão com o da Magna Carta.

A palavra “separação judicial” como está colocada no art.226, § 6º da Constituição Federal é uma nomenclatura e como tal deve ser considerada, sem constituir-se num empecilho para a conversão em divórcio das separações extrajudiciais

A questão da nomenclatura já tinha sido motivo de intenso debate e de muitas críticas ao legislador de 1977, que eliminou a expressão desquite, largamente utilizada pela população nomeando o instituto de separação judicial. Compreende-se a intenção do legislador ao suprimir a expressão desquite, pois era não só uma palavra popular, mas carregava consigo todo um estigma e por isso foi extinta do nosso ordenamento jurídico⁷⁸. Além do mais, alguns autores ao referirem-se à separação judicial o fazem como sendo a separação litigiosa. No nosso entender, a separação judicial compreende tanto a modalidade litigiosa quanto a modalidade consensual.

A partilha de bens, apesar de não fazer parte do escopo deste trabalho, é outro tema delicado, que tem chamado a atenção dos doutrinadores com a implantação da nova lei. Se o casal não tem bens a partilhar no momento da

⁷⁸ Em sentido contrário Sílvio RODRIGUES registrou o seguinte ponto de vista: “Foi o Código Civil a lei que introduziu a palavra desquite, com a conotação que hoje desfruta, no Direito de Família brasileiro. Sábria solução, para distinguir a dissolução da sociedade conjugal que o desquite provoca, da dissolução do casamento, gerada pelo divórcio, e da separação de corpos, como medida cautelar. Cada vocábulo tem seu sentido específico e acredito que todos os brasileiros, de um nível cultural pouco acima de zero, conhecem a diferença entre as citadas expressões. Daí a veemente reação de muitos estudiosos não só contra a redação da Emenda Constitucional, como também contra a lei sobre o divórcio, que, desprezando a palavra desquite, de boa cepa brasileira, adotaram a expressão separação judicial.” RODRIGUES, Sílvio. **O Divórcio e a Lei que o Regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 5

separação ou do divórcio, não existem maiores problemas. Se o casal possui bens e opta por não fazer a partilha, constitui-se um condomínio entre os cônjuges separados com relação a esse bens. A falta da partilha de bens no momento da separação ou do divórcio não se constitui num motivo que impeça a separação ou divórcio extrajudicial, podendo ser realizada posteriormente. Mesmo que haja divergência com relação aos bens pode haver consenso com relação à separação ou divórcio, por isso a falta da partilha não pode se constituir em obstáculo para a efetivação da separação ou do divórcio. Para corroborar esse ponto de vista, a Súmula 197 do STJ afirma que o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, o que também consta do art.1581 do Código Civil de 2002. Os cônjuges devem apenas ter o cuidado de mencionar na escritura que a partilha será feita posteriormente⁷⁹. Importante também lembrarmos que entre as causas que impedem o novo casamento está a não homologação da partilha dos bens do casal conforme o art.1523, III do Código Civil de 2002.

De modo diferente, Paulo LÔBO⁸⁰ entende que a partilha não é facultativa, mas obrigatória quando do acordo extrajudicial, pois “a lei determina expressamente sua inclusão na escritura pública, tendo em vista que a via administrativa pressupõe acordo do casal, sobre todas as questões decorrentes da separação, não podendo haver pendências remetidas à decisão judicial”.

Se é bem verdade que se faculta a partilha extrajudicial, abrindo a possibilidade para um posterior acerto, essa questão deveria ter sido melhor detalhada pela nova lei, porque trata-se do patrimônio das pessoas e ocorrendo alterações patrimoniais poderão acirrar-se as desavenças e o que era consensual pode desaguar num litígio. Por outro lado, o objetivo da nova lei é simplificar o processo, tornando-o menos dramático e angustiante para as pessoas. Por isso, não se deve buscar empecilhos que dificultem a sua aplicação. A falta da partilha de bens não pode ser um desses empecilhos, mas seria prudente que o casal em vias

⁷⁹ Quanto à questão da partilha em separações judiciais antecedidas por separações de fato: “Como consequência da continuidade da comunhão, os bens que um dos cônjuges adquirir posteriormente à separação de fato será ainda comuns (desde que, naturalmente, o regime seja o da comunhão), e, portanto, serão partilhados em futura separação judicial. Esta situação pode se revelar injusta, já que, em regra, estes bens não foram adquiridos com o esforço comum, não tendo havido, normalmente, nenhuma contribuição do outro cônjuge, mas é consequência da falta de diligência das partes em tomar as medidas judiciais cabíveis” CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 8ªed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 476. LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.145.

⁸⁰ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.145.

de separar-se não negligenciasse este tema, e aquele casal já separado ou divorciado, não postergasse esta partilha.

4.2. EFEITOS DA LEI 11.441/2007

4.2.1. Estado civil dos separados e divorciados extrajudicialmente

Neste momento, faz-se necessário definirmos os tipos de separação e qual o estado civil decorrente da condição de separado nas suas várias modalidades. A separação pode ser litigiosa (que só pode ser feita pelo juiz - judicial), consensual ou amigável (que pode ser feita pelo juiz – judicial – ou que pode ser feita pelo tabelião – extrajudicial), de corpos (conferida judicialmente por medida cautelar) e de fato (os cônjuges não habitam na mesma residência ou não mantêm vida conjugal e sexual comum numa mesma residência).

Quanto aos estados civis, além do estado de solteiro, casado, viúvo e divorciado, temos o separado por via litigiosa judicial, o separado amigavelmente por via judicial e o separado amigavelmente pelo notário.

Mais correto seria afirmar que existe o estado de separado juridicamente que é um gênero que comporta duas espécies: o separado judicialmente e o separado extrajudicialmente.

4.2.2. A reconciliação por via extrajudicial

A reconciliação significa uma retomada do estado anterior ao da separação. Está prevista no art.1577 do Código Civil de 2002. A reconciliação do casal, após ter se divorciado, enseja a celebração de um novo casamento. Se o casal divorciado retorna à convivência anterior e não celebra um novo casamento caracteriza-se a união estável. A separação não causa maiores problemas quando os casais desejam reconciliar-se. Simplesmente retornam ao estado anterior mediante restabelecimento de sociedade conjugal.

A Lei 11.441/07 não prevê no seu texto a possibilidade de reconciliação. A reconciliação é um processo judicial que é iniciado por meio de uma petição conjunta assinada pelos cônjuges e pelos seus advogados ou advogado comum nos mesmos autos em que a separação foi homologada. Deve ser feita uma nova escritura do restabelecimento da sociedade conjugal contendo as anotações com os dados da

escritura anterior. Esta escritura de reconciliação deve ser averbada no cartório de registro civil, segundo o art.101 da Lei dos Registros Públicos.

Mesmo não tendo sido expressamente prevista, seria um contra-senso não permitir que a reconciliação prescindia da formalidade judicial e possa ser feita em tabelionato. Se o que se quer é um meio de facilitar a vida das pessoas, elas não devem ter dificuldades se desejam a reconciliação. Inácio de CARVALHO NETO⁸¹ resume de modo conciso a questão:

A Lei nº. 11.441/07, que permitiu que a separação e o divórcio consensuais sejam feitos em cartório, extrajudicialmente, não se lembrou da reconciliação para o mesmo fim. Mas não seria razoável supor que a lei pretendeu facilitar a separação e o divórcio, mas não a reconciliação. Parece-nos forçoso entender que também a reconciliação possa ser feita por escritura pública em cartório, sem intervenção judicial, se assim desejarem as partes

O problema reside na possibilidade de alteração do regime de bens de separados extrajudicialmente. Sendo verdade que a reconciliação possa ser feita extrajudicialmente por escritura pública, quando falamos em alteração de regime de bens saímos da esfera do casal e passamos a avaliar a repercussão que tal decisão possa trazer para os demais membros da sociedade. O regime de bens do matrimônio passa a valer novamente para os cônjuges reconciliados. Caso os cônjuges queiram alterar o regime de bens, o motivo deve ser avaliado criteriosamente e o Juiz de Direito é o profissional mais qualificado para fazer esta avaliação. Nesta análise, deve o juiz levar em conta as conseqüências que tal medida, sendo homologada, traria para terceiros diretamente envolvidos economicamente com os cônjuges. Deve o juiz verificar também os atos praticados pelos cônjuges com terceiros na vigência da separação e assegurar a eficácia destes atos. O principal objetivo do juiz é evitar que, por meio de uma alteração de regime de bens, possa o casal reconciliado fraudar a terceiros.

Por esse motivo, a atuação do juiz é fundamental e necessária, pois não estamos mais falando apenas de duas pessoas que decidem de comum acordo separar-se e buscam a via notarial para efetivá-lo. Assim como o legislador quis preservar o interesse de menores e incapazes ao não permitir a separação extrajudicial de casais que tenham filhos menores ou incapazes, temendo as conseqüências negativas da separação para estes menores ou incapazes que

poderiam ser melhor detectadas previamente por um juiz do que por um notário, também consideramos que, como a questão da alteração do regime de bens extravasa o âmbito dos cônjuges reconciliados, então ela deve ser criteriosamente analisada por um juiz que, atuando dessa forma, preservará os interesses de terceiros e garantirá a boa-fé nas relações jurídicas. Concluindo, a alteração do regime de bens de casais reconciliados não é possível de ser realizada pela via administrativa, assim como na via judicial.

4.2.3. A questão dos alimentos e a execução

Uma questão que decorre da interpretação da nova lei é aquela relacionada com a prestação de alimentos por parte do cônjuge. A lei permite que na escritura pública seja estipulada a pensão alimentícia para um dos cônjuges e/ou para filhos maiores. Ou seja, abre-se a possibilidade de determinação de alimentos por via administrativa sem a intervenção judicial entre cônjuges e para filhos maiores. Para filhos menores logicamente permanece a necessidade do estabelecimento dos alimentos pela via judicial.

Como a lei não é incisiva quanto à obrigatoriedade da escritura pública conter o acordo quanto aos alimentos a serem prestados, conclui-se não ser um requisito a necessidade da menção aos alimentos para a lavratura da escritura pública.

Caso as partes queiram reformular o valor da pensão ajustada anteriormente por via judicial ou extrajudicial podem, desde que haja consenso, utilizar a via extrajudicial conforme definido pelo art.44 da Resolução nº 35⁸².

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação fixada extrajudicialmente, necessariamente deve haver a provocação ao Poder Judiciário pela via judicial. Como a escritura pública é um título executivo extrajudicial⁸³ e não um título executivo judicial⁸⁴ como é o caso de uma sentença judicial, estaria prejudicada a aplicação dos arts.732 e 733 do Código de Processo Civil, pois estes artigos referem-se a execução de alimentos que emerge de sentenças judiciais. Fazendo-se uma interpretação literal da lei, realmente não poderíamos aplicar os dois artigos à

⁸¹ CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.278

⁸² Diz o texto deste artigo: “É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas alimentares ajustadas na separação e no divórcio consensuais”.

⁸³ Art.585, II do Código de Processo Civil.

⁸⁴ Segundo o art.475-N, I do Código de Processo Civil.

execução de alimentos em via extrajudicial. Por outro lado, não se pode privar o credor de alimentos de mecanismos tais como a expropriação e a prisão civil do devedor de alimentos por conta de uma mera interpretação literal dos artigos do Código de Processo Civil em face da nova lei. Claro, pois, que apesar de ser um título executivo extrajudicial deve ser estendido para a escritura pública de separação e divórcio a aplicabilidade dos arts.732 e 733 do Código de Processo Civil⁸⁵. Entende-se que as partes podem convencionar na escritura pública de separação ou divórcio não só o montante da pensão alimentícia como também o tipo de execução (art.732 ou art.733 do Código de Processo Civil) a ser seguido no caso de inadimplemento futuro desta pensão.

Segundo Maria Berenice DIAS⁸⁶: “se ficar mantida a restrição à execução coercitiva exclusivamente aos alimentos fixados em juízo, em muito estará desestimulada a pactuação extrajudicial, que agora se busca incentivar, o que configura contradição insuperável, que não deve sobreviver no âmago de um mesmo ordenamento jurídico”. Sendo assim, a impossibilidade da execução de alimentos pela modalidade do art.733 do Código de Processo Civil poderia levar à inviabilidade dos processos de separação e divórcio pela via administrativa, pois se a parte credora, em caso do não cumprimento da obrigação alimentar, não puder utilizar o dispositivo que prevê a prisão civil do devedor, teria de acionar a via judicial.

4.2.4. Da possibilidade de fraude pela emancipação dos filhos

O art.1124-A no seu *caput* faz referência à inexistência de filhos menores como requisito para que a separação ou divórcio extrajudicial possa ser realizada.

Buscou a lei preservar o interesse de filhos menores que poderiam ser lesados em função de um mau acordo estabelecido extrajudicialmente.

Apesar da literalidade da lei, seria possível o uso da via administrativa para separações e divórcios consensuais por casais que possuam filhos menores ou

⁸⁵ Quanto a esta matéria o prof. SERGIO GISCHKOW PEREIRA faz uma contundente ressalva: “Prisão é medida excepcional em matéria alimentar, com o que as interpretações não lhe podem ser favoráveis em caso de dúvida. Descabem exegeses ampliativas, extensivas ou analógicas. Precisar-se-á ser modificado o art.733. Não estou feliz com minha conclusão, pois penso que a ameaça de prisão é a única forma, quando não possível o desconto em folha, de o alimentante levar a sério esta dívida de relevância extraordinária”. PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. ⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.304.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.304.

incapazes, desde que o acordo celebrado não trate de direitos indisponíveis dos filhos. Não poderia ser interposto qualquer obstáculo com base na letra da lei se todos os direitos dos filhos menores ou incapazes como alimentos, guarda e direito de visitas tiverem sido resguardados. Essa possibilidade envolve, todavia, uma interpretação muito ampla da letra da lei o que pode vir a gerar controvérsias.

Devido à dificuldade do tabelião em comprovar a veracidade dos dados apresentados pelas partes, dificuldade essa ampliada pelo fato da não existência da exigibilidade de competência para a celebração dos acordos extrajudiciais de separação e divórcio consensuais, as partes podem omitir a informação de que possuem filhos menores para efetivar dito acordo.

No entanto, uma forma de burlar esta exigência seria a concessão da emancipação ao filho menor nos termos do art.5º, I do Código Civil. A lei nº 11.441/2007 é omissa com respeito à situação dos filhos emancipados.

Estando emancipados, os pais poderiam então celebrar o acordo extrajudicial, pois tal acordo não estaria vedado pela incapacidade civil dos seus filhos. Esta manobra constitui-se numa clara fraude para obter o acordo. Neste caso o tabelião deve verificar se há o intento fraudulento por parte dos cônjuges ao emanciparem seu filho. Segundo Rolf MADALENO⁸⁷, o tabelião deve verificar também se a emancipação do filho menor não teve por finalidade “exonerar os genitores da imprescindível pensão alimentícia do filho que não tem meios próprios de subsistência”. Todas as questões devem ser prontamente detectadas pelo tabelião para que não resulte um acordo prejudicial aos interesses do filho menor capaz.

4.3. A ATUAÇÃO DO TABELIÃO NOS PROCESSOS EXTRAJUDICIAIS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

A possibilidade da separação e do divórcio serem realizados extrajudicialmente no tabelionato coloca em foco a figura do notário. Não se trata, evidentemente, de querer compará-lo com a figura do juiz, mas sim verificar se o tabelião tem as condições necessárias de substituir o juiz na função que este

⁸⁷ MADALENO, Rolf. **Separação extrajudicial e fraude** in Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. COLTRO, Antônio Carlos Martins e DELGADO, Mário Luiz (coordenadores). São Paulo: Método, 2007, p.246.

diligentemente executava. O tabelião passa a assumir novas responsabilidades e questiona-se, em função da sua formação, se ele teria as condições técnicas, intelectuais e culturais para desempenhar a contento a função outrora exclusiva de um Juiz de Direito.

Os titulares dos serviços notariais são agentes públicos, delegados de um ofício público que estão apartados do aparelho estatal e que mantém a sua condição de particular conforme reza o art.236 da Constituição Federal e seus parágrafos⁸⁸. São, portanto, pessoas jurídicas de direito privado, mas que exercem uma função pública delegada pelo Estado. Apesar de estarem administrativamente subordinados aos juízes estaduais, não podem ser considerados auxiliares da justiça na plena acepção do termo, como os escrivães e oficiais de justiça, pois não participam da movimentação do processo sob autoridade judicial e tampouco colaboram com o juiz na prestação jurisdicional⁸⁹. A finalidade dos tabelionatos de notas é revestir de fé pública⁹⁰ os atos jurídicos praticados por particulares. Entre as diversas atividades que desempenham o notário encontramos a lavratura de escrituras públicas⁹¹. Estando escriturados na forma da lei, os atos jurídicos ganham legitimidade perante terceiros, geram segurança para aqueles diretamente nele envolvidos, dando estabilidade às relações jurídicas. O notário ou tabelião é profissional de direito, que, teoricamente, é um servidor público que presta um serviço público. A Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994 regula os serviços notariais e de registro no Brasil e regulamenta o art.236 da Constituição Federal. A Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973 dispõe sobre os registros públicos de forma geral e também deve ser obedecida pelos notários.

⁸⁸ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os agentes públicos são classificados em: a) agentes políticos, b) servidores estatais e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. Os tabeliões estão incluídos nesta última categoria. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 238.

⁸⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 218-219.

⁹⁰ A fé pública extrajudicial tem como depositário dominante o notário. Segundo Afonso Celso REZENDE, a fé pública ocorre quando a “instituição de Direito Público atribui a determinadas pessoas, com exclusão das demais, a qualidade de verdade ao que atestam e afirmam, com características semelhantes àquelas que declaram uma lei, diante do que declaram os particulares em suas variadas relações de negócios”. REZENDE, Afonso Celso E. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 4ªed. Campinas: Millenium, 2006, p. 30.

⁹¹ Escritura pública é um instrumento público, um documento escrito por oficial público, que goza de presunção de veracidade e que tem por finalidade: criar e dar forma aos negócios jurídicos; provar a existência de um fato ou que haja nascido um negócio jurídico e dar eficácia ao negócio jurídico ou ao fato que reflete o instrumento, ou seja, dar certeza do que foi realizado. REZENDE, Afonso Celso E. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 4ªed. Campinas: Millenium, 2006, pp. 83-88.

A nova lei permite ao tabelião de notas, acrescentar às suas funções originais o serviço de lavratura de escritura de separação e divórcio consensuais e também de inventários e partilhas. Apesar da determinação da matéria, não existe uma definição de como deve ser o procedimento específico a ser seguido pelos tabeliães nos casos concretos⁹². Independente do procedimento, basicamente, ele tem de verificar algumas condições para chancelar o ato. Deve verificar o prazo de dois anos, comprovado por testemunha para a concessão do divórcio direto e de um ano para a conversão da separação em divórcio a partir da data da averbação da separação na certidão de casamento. Deve verificar se as partes trouxeram seus respectivos advogados ou advogado comum e, na falta deste, recomendar aos cônjuges que procurem um advogado ou a OAB. Ele deve verificar se consta a partilha de bens no acordo, caso contrário que haja uma nota mencionando que esta partilha se fará no futuro.

Na prática, os advogados das partes ou o advogado em comum enviam previamente ao tabelião uma minuta onde constam todos os dados que devem ser incluídos na escritura pública. O tabelião insere os dados das minutas na escritura pública e verifica todos os documentos apresentados. Estando tudo em ordem, o tabelião avisa os advogados que a escritura está pronta. Posteriormente, as partes e seus advogados comparecem perante o tabelião para a assinatura da escritura pública.

À parte esta atuação burocrática, uma questão importante que se tem levantado e merece nossa análise é se, por exemplo, o tabelião negar-se a lavrar a escritura pública de separação e divórcio consensuais. Poderia o tabelião ser um ente participativo no processo, que com base nos seus conhecimentos poderia recusar aos cônjuges a prática do ato que efetiva a separação ou o divórcio extrajudicial? Neste sentido o art.46, da Resolução nº 35/07 é extremamente claro: “O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito”.

O art.1574 do Código Civil é uma cláusula de dureza que permite ao juiz recusar a homologação da separação caso os interesses dos filhos ou de um dos

⁹² DOMINGUES, Cláudia. Tentativa de reconciliação no âmbito da Lei 11.441/07. In: COLTRO, A.C.M.; DELGADO, M.L. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007.

cônjuges não sejam observados. Questiona-se este dispositivo, pois dá ao magistrado o poder de manter um casal unido contra a vontade de ambos o que é um completo absurdo. De qualquer forma, existe, pelo menos literalmente, essa possibilidade da recusa. Contudo, o juiz utiliza toda a sua capacidade de análise para recusar a homologação ou localizar os pontos que tragam desfavorecimento aos filhos ou a um dos cônjuges, orientando-os na estipulação de um acordo benéfico para todos.

Orlando GOMES⁹³ assevera o relevante papel do juiz nesta questão:

O poder de negar a homologação deve ser entendido em termos. Posto lhe não seja facultado alterar as condições estipuladas pelo cônjuges, obrigado não é a aceita-las se contravem o interesse público(...) A homologação pode ser também recusada se o juiz se convence da insinceridade do pedido de um dos cônjuges, percebendo que a sua vontade está dominada pela do outro ou se verifica que a separação é concedida poer um deles mediante pactos leoninos, de que resulte o sacrifício gravíssimo de quem os aceitou.

O oficial de notas no nosso país, na maioria dos casos, é um mero burocrata que procura apenas realizar o processo sem se preocupar com as questões do direito processual ou material. Não se pode exigir dele, no atual estágio de sua formação no Brasil, a mesma capacidade de análise que tem um juiz. A nova lei o coloca num plano no qual ele nunca esteve antes e exigirá dele um melhor preparo para o exercício das suas funções. Independente disso, ele deve verificar o conteúdo do acordo e caso haja algum vício que torne nulo ou anulável tal acordo, tais como coação, erro, fraude ou simulação, que venha a provocar prejuízos de qualquer natureza a um dos cônjuges ou às partes envolvidas indiretamente, ele deve recusar-se a celebrá-lo, até mesmo para preservar as partes de problemas futuros, solicitando aos cônjuges que refaçam o acordo, corrigindo as imperfeições. No entanto, boa parte da doutrina não concorda com esta recusa à lavratura da escritura pública de separação e de divórcio pelo tabelião. Se a doutrina já não era unânime quanto à constitucionalidade da regra que permite ao magistrado recusar a homologação da separação consensual quanto mais dar esta possibilidade ao tabelião. Cristiano Chaves de FARIAS e Néilson ROSENVALD argumentam que a Lei nº 11.441/07 concorre para a impossibilidade do Estado, por seu turno, recusar a extinção da sociedade conjugal com base no princípio da igualdade⁹⁴:

⁹³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.218-219.

⁹⁴ FARIA, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.314-318.

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 a possibilidade de indeferimento de sua pretensão, uma vez que o tabelião não pode se objetar à vontade manifestada. Assim, tratando-se de separação consensual em juízo, também não deve ser possível impedir a produção de efeitos, pena de tratar desigualmente pessoas que estão na mesma situação. Restam, com isso, revogados, tacitamente, os arts.34, § 2º da Lei do Divórcio, e o Parágrafo Único do art.1574 do Código Civil (com idêntica redação), que permitiam a recusa pelo juiz à homologação do acordo de extinção por mútuo consenso.

Maria Berenice DIAS⁹⁵ discorda do argumento acima citado do jurista baiano e contrapõe que “as situações não são iguais. Envolvendo a separação filhos menores, caso não tenham sido preservados seus interesses, persiste a faculdade de o juiz rejeitar a homologação”.

Como a tendência atual é para a celeridade do processo, não é difícil imaginarmos que o tabelião vá procurar celebrar rapidamente o acordo, sem se deter muito no conteúdo do mesmo, não verificando o acordo devidamente. Isso poderá trazer conseqüências graves para os cônjuges, principalmente nos casos em que um dos cônjuges possa estar sendo pressionado, ameaçado, chantageado por outro cônjuge a ratificar um acordo que não o beneficia. Sabemos que as decisões de um juiz são influenciadas por seus próprios valores éticos, morais, sociais, religiosos, valores pessoais esses conectados com os parâmetros estabelecidos pela sociedade que o cerca. Da mesma forma, os tabeliães são influenciados por seus valores pessoais e pelos valores da sociedade, mas independente desta falta de neutralidade, o Juiz de Direito teria melhores condições de detectar as situações desfavoráveis a um dos cônjuges, tanto pela sua formação cultural e técnica quanto pela razão do tempo. O despreparo do tabelião e a necessidade de terminar logo com o processo farão com que ele se descuide na observação dos aspectos essenciais do acordo e acabe por lavrar uma escritura de separação ou divórcio altamente prejudicial aos interesses de um dos cônjuges.

Inácio de CARVALHO NETO⁹⁶ também discorda da impossibilidade de recusa do tabelião a celebrar a separação ou divórcio extrajudicial, mas atenta para

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 303.

⁹⁶ NETO, Inácio de CARVALHO. **Separação extrajudicial: da possibilidade de recusa da realização da escritura pelo tabelião**. Artigo publicado na internet, em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1727>.

uma situação que coincide com nosso ponto de vista, relacionado ao despreparo do notário para lidar com situações anteriormente exclusivas de um juiz de direito:

Vai ele efetivamente se preocupar em investigar realmente as condições em que se deram o acordo e em que ficarão os cônjuges após a escritura? Parece-nos que, ao contratualizar ao extremo a dissolução do casamento, o legislador se esqueceu das relações pessoais dos cônjuges. O Oficial certamente não tem preparo suficiente e, sobretudo, não terá informações suficientes para alcançar a aplicação desta regra. Creio que muito raramente se observará as condições pessoais dos cônjuges eventualmente pressionados a um acordo, situação que ocorre freqüentemente.

Outra questão controversa é quanto a possibilidade de comprovação dos prazos definidos em lei para a separação consensual e para o divórcio direto a partir da separação de fato pelos notários. A este fato acresça-se a dificuldade decorrente do fato de que não existe competência territorial para notários. A solução será a implantação de um banco de dados central que contenha o registro de todas as escrituras o que diminuiria a possibilidade de fraudes.

Assim como a alteração do regime de bens merece uma análise mais apurada para que terceiros não venham a ser prejudicados, o próprio acordo de separação ou divórcio deveria merecer uma análise mais apurada. Neste último caso, entretanto, não está em jogo o interesse de terceiros, apenas coloca-se um ponto de interrogação em função da precária formação técnica e cultural dos notários. Desde que o notário execute convenientemente as suas funções, denotando capacidade técnica, o que se consegue com treinamento e com o próprio exercício da função, não há qualquer problema para que ele celebre acordos ou se recuse a celebrá-los. Tendo o suficiente preparo, ele poderia rapidamente detectar alguma nulidade e habilmente convencer os cônjuges a refazê-lo, ou ainda sugerir a via judicial para a celebração do ato. O que não se pode admitir, considerando o servidor público que ele é, é que ele atenda apenas ao requisito da celeridade, descuidando-se em pequenos detalhes que depois podem trazer grandes prejuízos aos ex-cônjuges ou, o que é muito pior, deixe de atentar propositadamente para possíveis vícios que possam estar ocorrendo, o que demonstraria a sua má-fé. Mesmo sendo passível de anulação posterior, o acordo deve ser exaustivamente lido e analisado pelo tabelião atendendo ao princípio da boa-fé e não só do ponto de vista formal, mas tendo em vista também as condições pessoais dos cônjuges, se estes realmente estão seguros da decisão que estão tomando, e, seja o acordo

celebrado, ou, seja ele recusado, deve ser conscientemente fundamentado pelo tabelião de notas.

Se houver um aumento do número de ações que visem anular os acordos de separação ou divórcio extrajudiciais viciados, haverá não só um aumento de trabalho para o Poder Judiciário, como também poderá ocorrer uma desconfiança generalizada sobre a classe dos notários, caindo em descrédito junto à sociedade e inviabilizando a prática da nova lei.

Muitos juristas, como o presidente da OAB, Cezar Britto, temem que a nova lei possa dar margem a irregularidades como o “divórcio de gaveta”, onde estaria claramente caracterizada uma fraude ao credor⁹⁷. Concordamos ser fundamental a presença dos advogados na celebração do divórcio e separação extrajudiciais, pois dada a ausência dos juízes e do Ministério Público nos processos extrajudiciais, o advogado, além de zelar pelo interesse da parte através de sua assistência jurídica, pode esclarecer pontos duvidosos e auxiliar os notários quando preciso também, mesmo não havendo litígio entre as partes. Não concordamos com as alegações de que a OAB tenha pressionado por essa presença do advogado movida apenas por interesses corporativos⁹⁸. Estamos de acordo com a visão de Cristiano Chaves de FARIA⁹⁹ que reconhece a importância da assistência do advogado no tabelionato

⁹⁷ Brasília, 05/02/2007 - O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto, classificou hoje (05) de “lei do divórcio de gaveta” a nova legislação que permitiu resolver nos tabelionatos os casos de separação amigável. Na opinião dele, a intenção de tornar mais célere a separação, legalizando sua efetivação pelos tabelionatos sem necessidade de homologação pelo Judiciário, tem produzido mais resultados negativos do que positivos. O aumento das custas no novo sistema é um exemplo. “Já de início, observa-se a formação de sistema corporativo cartorário em que os altos valores administrativos, fixados para formalizar a separação, são superiores aos fixados nas ações judiciais”, criticou o presidente nacional da OAB. “Outro aspecto negativo, talvez o mais grave de todos, é que já se começa a criar no Brasil uma espécie de divórcio de gaveta, ensejando todo tipo de fraude”. De acordo com Cezar Britto, no sistema do chamado “divórcio de gaveta”, os devedores estabelecem pacto de separação de bens para se defenderem de futuras execuções. “O divórcio, nesse caso, seria utilizado para implementar o que se chama de fraude ao credor”, observou. Nesse exemplo, um devedor pode fazer uma separação “amigável” no cartório, mas de fato continuar a união, defendendo o patrimônio total ou parte dele de uma eventual execução da dívida. (<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=8940>).

⁹⁸ “Todavia, por causa das pressões corporativas dos setores que vivem à custa de liturgias e rituais desnecessários, a Lei 11.441 ficou com dois vícios cartoriais que comprometem em parte seu objetivo. O primeiro vício é a obrigação imposta às partes de contratar um advogado para referendar aquilo que elas decidiram de comum acordo. A medida foi defendida com unhas e dentes pela OAB, sob a justificativa de que os advogados impedirão que uma parte engane a outra. Mas, se não há necessidade de audiência, não há divergências entre as partes e, muitas vezes, não existe nem mesmo bens a serem partilhados, qual a necessidade da intermediação de um advogado? A obrigatoriedade de se contratar serviços indesejados e desnecessários é um dos expedientes que a OAB desenvolveu para tentar ampliar o mercado de trabalho de seus filiados. Atualmente, há cerca de 520 mil bacharéis exercendo a profissão. É um número excessivo, produto da proliferação desenfreada de cursos jurídicos. São mais de mil faculdades de direito no País, com um total de 533 mil alunos. Obviamente, não há trabalho para tantos bacharéis. Burocratizar a vida social e as atividades econômicas, mediante a exigência de profissionais da intermediação em atos corriqueiros, é uma forma ladina de assegurar renda a um grande número de bacharéis”. **O Estado de São Paulo**, 10/02/2007.

⁹⁹ FARIA, Cristiano Chaves de. **Direito de Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.316.

para a celebração do acordo extrajudicial “na medida em que são protegidos os interesses recíprocos, evitando o sacrifício de garantias jurídicas em momento tão delicado da vida de qualquer pessoa”.

Naturalmente surgirão indivíduos mal intencionados que se aproveitarão das lacunas da lei para tentar impor seus interesses. Toda lei pode ser alvo de fraudadores e pessoas desonestas. A boa-fé deve guiar a celebração de todo e qualquer negócio jurídico. Se qualquer das personagens envolvidas na celebração dos acordos extrajudiciais – advogados, tabeliães, cônjuges ou terceiros – cometer irregularidades que denotem evidente má-fé, que acarretem lesões a outras pessoas surgirá infalivelmente o dever de indenização.

Dúvidas justificadas pairam sobre a pessoa do notário, mas acreditamos que existam notários bem preparados e que um esforço de preparação deve ser feito para que se dê àqueles menos preparados a devida condição técnica para que possam bem executar o ato. Por outro lado, toda a orientação e preparo técnico não trarão uma grande mudança cultural ao tabelião. O que se pode fazer é uma reformulação do quadro de notários, contratando-se profissionais mais bem preparados para executar a função. Além de uma desejada formação cultural, ele deve ter bons conhecimentos do Direito Civil, principalmente Direito de Família, Direito das Sucessões e o Direito das Obrigações; deve pautar seu trabalho pela ética e exercê-lo travando um contato cordial com os advogados e com as partes.

A responsabilidade por erros ocorridos na escritura é do tabelião o que evidencia a necessidade de que ele seja um profissional extremamente preparado para o exercício destas novas funções. A responsabilidade do notário é subjetiva sendo necessária a comprovação da culpa deste para a sua configuração. Esta culpa pode decorrer de imperícia, imprudência ou negligência do notário ao lavrar a escritura. O tabelião é um representante do Estado que confere a ele todas as prerrogativas da função. Como a responsabilidade do Estado é objetiva, no caso do Estado ser acionado por responsabilidade civil de ato praticado por tabelião, o Estado poderá exercer o direito de regresso contra o tabelião. Caso a vítima do dano acione civilmente o tabelião, o tabelião também poderá exercer seu direito de regresso contra o Estado.

Recentemente, a Ministra Nancy Andrighi, do STJ, em voto vencido, considerou como consumidores as pessoas que demandam serviços em cartórios¹⁰⁰. Pelo fato do tabelião prestar um serviço à comunidade, serviço esse pago e que proporciona lucros ao tabelião seria caracterizada uma relação de consumo. Esta particular visão acaba por equiparar o serviço notarial com outra atividade comercial qualquer e não como uma função delegada pelo Estado, que deve primar por garantir a estabilidade das relações jurídicas qualquer que seja o nível sócio-econômico do cidadão. Esta visão é o reflexo do modo como funcionam os serviços notariais no Brasil, nas mãos de particulares. Um negócio como outro qualquer no qual o empresário persegue os lucros num ambiente de quase monopólio. Neste caso, os cidadãos realmente são consumidores, que se por um lado deveriam ser amparados pela legislação própria que faz a defesa contra os abusos, por outro lado, tem de pagar o preço exigido pelo “dono” do serviço.

Teoricamente, o serviço explorado pelo tabelião é um serviço público delegado a um particular. O Estado continua exercendo o controle sobre a atividade notarial. A função do notário é eminentemente pública, mas, na prática, o tabelionato e o seu corpo de funcionários é uma atividade privada, gerida como empresa e que remunera o empresário deste ramo com lucros. Questiona-se fortemente o modo como são geridos os tabelionatos no Brasil, como negócio particular, muitas vezes constituindo-se num negócio de família. Existe todo um esforço por parte dos Tribunais de Justiça para aperfeiçoar os serviços notariais no Brasil através de medidas como a organização de concursos públicos para a concessão de novas delegações de tabelionatos e muitos dos novos titulares de tabelionatos exerciam a magistratura ou a advocacia, o que pode trazer como consequência uma melhoria

¹⁰⁰ “...Ademais, a atividade notarial, embora constitua serviço público, exercido em caráter privado por delegação do Poder Público, não deixa de ser serviço comum e remunerado, que, acrescido à habitualidade da prestação e à profissionalidade da atividade, fornecem os elementos essenciais à caracterização da atividade de fornecimento de serviços. Saliente-se que, o próprio dispositivo considerado (3º, *caput* e § 2º do CDC) abrange expressamente o fornecedor público. Não poderia, pois, ficar de fora o serviço público delegado prestado em caráter privado, como é o caso daquele especificamente aqui retratado, sob pena de desvirtuamento tanto da literalidade da lei quanto da finalidade destinada ao Estado através do artigo 5º, XXXII da Constituição, qual seja, promover a defesa do consumidor. Assim, os serviços notariais, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, revestem-se da mesma natureza que caracterizam as relações de consumo, porquanto, se há prestação remunerada, haverá aí uma relação de consumo. Incidente, portanto, a regra esculpida no art. 101, I, do CDC, que ao possibilitar ao consumidor a propositura da ação de responsabilidade civil do fornecedor de serviços notariais no seu domicílio, facilita ao Judiciário a sua tarefa de fiscalização destes serviços, justamente porque abre a via de acesso aos órgãos judiciais que, do contrário, restaria, muitas vezes, inviabilizada, face à vulnerabilidade econômica do consumidor, por diversas vezes presente...” (STJ – T3-Terceira Turma – Rel.Min. Nancy Andrighi, j. em 14.03.2006, publicado no DJ em 29.05.2006, p.232.).

na prestação dos serviços notariais. Apesar desse esforço, permanece a imagem do tabelionatos em geral como instituições que não gozam de boa reputação junto à população em geral, que prestam maus serviços e que são sinônimo de despesas e de obstáculos para a adequada fruição dos serviços públicos.

4.4. ACESSO À JUSTIÇA: FACULTATIVIDADE E GRATUIDADE

Um dos pilares fundamentais de qualquer Estado Democrático de Direito é o livre acesso à justiça por parte dos seus cidadãos. A Constituição do Brasil consagra esse princípio no seu art.5º, XXXV.

A assistência judiciária para os mais pobres, a reforma dos processos judiciais, a criação de tribunais especializados, a utilização de métodos alternativos para a resolução de conflitos, a edição de leis mais compreensíveis e o uso de “parajurídicos” são algumas medidas que estão sendo adotadas por países do mundo todo buscando viabilizar o acesso à justiça¹⁰¹.

No Brasil, as ondas renovatórias do processo civil, além da preocupação com a tutela dos interesses meta-individuais, têm como objetivo a democratização da justiça, desenvolvendo o acesso à justiça e pondo fim a um modelo de justiça elitista.

Para o melhoramento do acesso à justiça por todos os cidadãos, diversos fatores devem ser considerados e devidamente sopesados para que não ocorram distorções. Por exemplo, celeridade e custo: de nada adianta um procedimento que ofereça um serviço mais rápido para os usuários, mas que em contrapartida este serviço seja dispendioso. Ou entre quantidade e qualidade: de nada adianta um procedimento que desafogue o Judiciário de processos, mas que proporcione ao usuário uma tutela de qualidade inferior (sob o ponto de vista jurídico, dada a precariedade do notário em comparação com o juiz de direito). Caso não haja o balanceamento dos fatores em jogo, uma organização (tabelionatos), um procedimento (extrajudicial) e um profissional (tabelião), destinados a tutelar um interesse específico das partes, podem trazer um efeito contrário ao desejado, dificultando o acesso à justiça.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

O propalado desafogamento do Poder Judiciário trazido por esta lei não é uma unanimidade. Toda medida que tenha por objetivo a otimização de processos tem relevante importância para a sociedade, mas esta otimização não pode ser feita em prejuízo da qualidade do serviço prestado. Neste sentido reproduzimos a reflexão de Rolf MADALENO¹⁰²:

Antes de ser uma medida para desafogar o Poder Judiciário, como muitos poderão pensar, trata-se tão somente de alternativa dada aos cônjuges para a ruptura agora extrajudicial de seu casamento. Primeiro, porque não são realmente as separações ou os divórcios consensuais que entulham o Poder Judiciário e contribuem para o emperramento da máquina judiciária, especialmente porque se cuida de procedimentos amistosos, céleres e de fluída tramitação, com a constatação adicional de se constituírem em demandas que usualmente remuneram as serventias judiciais, e compensam o tempo e os custos das morosas ações litigiosas. Em segundo lugar, é evidente que apenas foi criada uma segunda opção de terminação, agora extrajudicial das justas núpcias, sem similar para a união estável, podendo o casal separando ou divorciando escolher entre a via judicial e a extrajudicial, inclusive desistindo de uma via em andamento para a promoção de sua separação ou divórcio pela outra forma, mas jamais se utilizando das duas opções legais.

A própria mecanicidade do processo extrajudicial que se funda na rapidez conspira contra a qualidade do serviço. Um juiz fundamenta seu veredito verificando atentamente a particularidade de cada caso concreto, não só os aspectos patrimoniais, mas também os estados psicológicos e emocionais. Sua formação e experiência dão a ele condições para a obtenção de um acordo que satisfaça plenamente as partes envolvidas sem prejudicá-las. Para isso, muitas vezes é necessário tempo. Os notários, mesmo carentes das mesmas qualidades que um juiz possui, alegam benefícios à sociedade como a diminuição de processos de separação e divórcio consensuais levados ao Poder Judiciário, que então poderia se ocupar de outras questões mais relevantes e também benefícios aos usuários como a rapidez para efetivar a escritura pública, ainda que esta velocidade ocorra em detrimento de uma melhor prestação do serviço.

Tendo a lei como o objetivo primordial facilitar a vida das pessoas, discute-se se a separação extrajudicial para as pessoas que atendam os requisitos para a sua proposição perante o tabelião seria obrigatória ou não. Se formos considerar que não houve uma reformulação total do processo de jurisdição voluntária dos

¹⁰² MADALENO, Rolf. **Separação extrajudicial e Fraude**. In: Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. COLTRO, Antonio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método, 2007 p.243-244.

arts.1.120 a 1.124 do CPC, mas apenas houve a introdução de um novo artigo, o art.1124-A, poderíamos concluir que a nova lei dá aos cônjuges uma alternativa. Mesmo atendendo aos requisitos da lei para a proposição da separação extrajudicial, os cônjuges poderiam optar pela separação ou divórcio judiciais, caso assim o desejassem. Eles não seriam obrigados ao processo extrajudicial. O princípio da inafastabilidade da jurisdição expresso no art.5º, XXXV da Constituição Federal garantiria a facultatividade, podendo o cônjuge optar pela via judicial.

Maria Berenice DIAS¹⁰³ critica esta facultatividade e justifica seu ponto de vista afirmando que “não há como deixar de reconhecer que falta interesse de agir a quem pretende a separação e o divórcio amigáveis pela via judicial, pois todos os efeitos pretendidos podem ser obtidos extrajudicialmente. Assim os autores são carecedores de ação, o que dá ensejo à extinção do processo”. De acordo com o pensamento da eminente jurista, estes processos teriam de ser obrigatoriamente realizados pelos tabelionatos.

Se por um lado se quer desafogar o Poder Judiciário e facilitar a vida das pessoas, por outro lado deve-se respeitar a decisão dos cônjuges que não queiram processar sua separação mediante um notário, por qual motivo for. Podemos projetar que a abertura da separação e do divórcio extrajudicial venha praticamente eliminar da mesa dos juízes os casos de separação consensuais de casais sem filhos menores ou incapazes, mas as exceções devem ser devidamente tratadas pelo Poder Judiciário ou que o juiz aconselhe o casal a procurar o tabelião de notas, evitando desperdício de tempo e de dinheiro.

Provavelmente o processo extrajudicial se consolidará tanto por vontade dos cônjuges como pela pressão do Poder Judiciário e a faculdade posta ao cônjuge não fará sentido, pois certamente a maior parte dos casais separandos resolverá a questão extrajudicialmente. Entretanto, é direito dos cônjuges o acesso à via judicial para separação ou divórcio caso assim o queiram e assim foi concluído pelo grupo de estudos da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo no seu item 1.2: “pela disciplina da Lei 11.441/07, é facultado aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial. A qualquer momento, podem desistir de uma, para promoção da outra; não podem, porém seguir com ambas simultaneamente”.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.302.

Com base no princípio da igualdade, a transferência de um procedimento da esfera pública para a esfera privada deve levar em consideração as desigualdades econômicas inerentes a qualquer país regido pelo capitalismo, para permitir a todas as pessoas um eficiente acesso à justiça. Segundo CAPPELLETTI e GARTH¹⁰⁴, “os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear, são, por isso mesmo, vitais”. As pessoas hipossuficientes não podem ser prejudicadas pela edição de uma lei que venha a excluí-las dos benefícios que ela traz a determinadas parcelas da população porque não podem pagar pelo serviço à iniciativa privada. Se o processo extrajudicial de separações e divórcios realizado por notários é um serviço pelo qual deve ser pago um valor econômico, então deve haver a condição necessária para que os hipossuficientes possam usufruir desse serviço de igual maneira àqueles que possam pagar pelo serviço. A lei deve ser igual para todos, mas desigual na medida da desigualdade dos indivíduos.

O § 3º do art.1124-A contém a seguinte redação: “A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”. Este dispositivo contempla, de modo literal, àquelas pessoas que não possam pagar pelos serviços notariais de separação e divórcio extrajudiciais. Esta situação é possível porque estes serviços são públicos ainda que exercidos por agentes privados e, como tais, podem ser prestados gratuitamente por estes agentes se a lei assim determinar. Como resume Paulo LÔBO¹⁰⁵: “a determinação legal de gratuidade democratiza a via administrativa aos casais que desejam a separação ou o divórcio, mas não podem arcar com as despesas correspondentes”.

Sendo assim, bastaria ao interessado a apresentação de um atestado de pobreza – conforme a lei 7.115 de 29 de agosto de 1983 – onde estivesse declarado o estado de miserabilidade para que a ele fosse dado o direito de usufruir do serviço contemplado pela novel lei sem a necessidade do respectivo pagamento. A grande dificuldade surge quando o tabelião negar-se a prestar o serviço mesmo em face desta declaração¹⁰⁶. Diante desta negativa, caberia ao hipossuficiente invocar o

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.32.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.145.

¹⁰⁶ Fernanda TARTUCE narra o caso em que a um casal foi negado o direito de celebrar a separação extrajudicial por terem solicitado gratuidade: “Dirigiram-se então a dois tabelionatos. No primeiro, a princípio foram bem atendidos, até que a palavra “gratuidade” foi mencionada. A partir de então, uma resposta categórica: “Não fazemos gratuidade”. No segundo cartório, a mesma resposta, com o adendo de que novas informações só estariam disponíveis a partir de fevereiro de 2007”. TARTUCE, Fernanda.

Poder Judiciário para buscar seu direito, através de ações apropriadas, mas que demandam tempo e recursos que inviabilizariam a adoção da via extrajudicial para processar a separação ou o divórcio¹⁰⁷.

Acrescente-se a isso a necessidade de advogado, o que inviabiliza o processo judicial para hipossuficientes que não em condições econômicas para pagar os honorários deste profissional. A solução seria o uso de defensores públicos, conforme a lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, mas eles não existem em todos os Estados. Resta ao pobre recorrer à via judicial, do que concluímos a inviabilidade do processo extrajudicial para hipossuficientes.

Maria Luiza Póvoa CRUZ¹⁰⁸ vislumbra outra alternativa: "o belo serviço de assistência judiciária (escritório modelo) prestado pelas faculdades de direito, que abrange o ensinamento aos acadêmicos de direito e sintoniza-se com a função social".

Se vivemos numa sociedade capitalista baseada no lucro, a passagem deste serviço, assim como tantos outros que foram transferidos à iniciativa privada sob a condição de trazer uma melhoria para a população, tem um preço. E este preço deve ser pago por toda a população. Atualmente, os tabelionatos cobram em média R\$700,00 por este serviço quando existem bens a partilhar e R\$66,00 na inexistência de bens a partilhar. Este é um custo que podem parecer reduzido para os membros da classe média, mas que tem um peso significativo para uma grande parcela da população brasileira que não pode dispor de tais somas, dados seus parcos orçamentos.

Por outro lado, os mais de vinte e três mil tabelionatos espalhados pelo país comemoram este novo serviço na sua carteira: na região de Curitiba, em média, os tabelionatos têm realizado cerca de quarenta processos por mês. Se levarmos em conta que na maioria dos casos, os casais que procuram o processo extrajudicial

Assistência Judiciária, Gratuidade e Lei 11.441/2007. In *Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais*. COLTRO, Antônio Carlos e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método, 2007, p.100.

¹⁰⁷ Segundo Cristiano Chaves de FARIA "cabará, 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, sem prejuízo da comunicação ao Ministério Público para que 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 nº 8.429/92). FARIA, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.318.

¹⁰⁸ CRUZ, Maria Luiza Povoia. **Separação, Divórcio e Inventário por via administrativa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.14.

têm bens a partilhar, teríamos um faturamento de R\$28.000,00 por mês. Em um ano, R\$336.000,00. Além disso, os custos envolvidos com as operações de separações e divórcios extrajudiciais são baixíssimos: algumas poucas horas do trabalho de um funcionário do tabelionato e os insumos necessários para a lavratura da escritura, o que possibilita um alto lucro para os tabelionatos em função dessas operações.

Para os advogados, os processos extrajudiciais trazem uma grande vantagem em relação ao processo judicial: a mais rápida efetivação do pagamento dos honorários. Também não podemos descartar a possibilidade de que venha ocorrer captação de clientes por meio de advogados ligados aos cartórios, o que fere frontalmente o art.34, IV do Estatuto da OAB¹⁰⁹.

Um melhor aparelhamento do Estado e do corpo judiciário para prestar este serviço de modo gratuito ao cidadão e processos informatizados seria a solução ideal, mas num país marcado pela pressão para a redução de custos por parte do Estado e pelo monopólio exercido pela atividade privada na exploração de serviços de caráter público, isto dificilmente terá cabimento.

Um modo eficaz para o atendimento das parcelas mais carentes da população é o serviço prestado pelos núcleos de conciliação das Varas de Família cujos acordos resultantes dispõem sobre fixação de pensões alimentícias, guarda dos filhos, direito de visitas e partilha de bens e que são homologados judicialmente.

Seguramente os notários em função da abertura proporcionada por esta lei desejarão expandir seus serviços para atingir outras atividades que ainda são exclusivas do Estado, sempre com a alegação da rapidez para o usuário e da queda de demandas para o Poder Judiciário.

¹⁰⁹ “Constitui infração disciplinar: angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;” (Art.34, IV da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994).

V. CONCLUSÃO

A família tradicional, constituída pelo matrimônio religioso e composta pela mulher e pelos filhos foi e continua sendo a base da nossa sociedade. A preservação da família era a garantia de uma estabilidade social, da manutenção da propriedade e o casamento era o contrato pelo qual se instituía oficialmente a família. Assim sendo, era vital que a família e o casamento fossem resguardados. Inicialmente a religião cumpria esse papel. A religião sacramentou o casamento e condenou a sua dissolução. O casamento era um contrato sagrado, resguardado pela religião sob as bênçãos divinas e como tal não poderia ser desfeito pela vontade humana.

Com o passar do tempo, dentro da própria Igreja, surgiram divisões que deram origem a distintas religiões que se prestavam mais aos interesses do liberalismo. Esses interesses convergiam para a preservação da família sobressaindo o aspecto patrimonial. As codificações sob inspiração liberal criaram vários institutos para secularizar as relações de família que estavam nas mãos da Igreja. Surge o Direito de Família influenciado ainda pelo Direito Canônico, mas que criou institutos como o casamento civil e admitia o divórcio que não era aceito pela doutrina da Igreja Católica.

A marcante distinção entre os campos público e privado, que era notória no início do século XX, vai perdendo força durante as décadas seguintes devido à evolução do capitalismo, o desenvolvimento tecnológico, a emancipação feminina e outros importantes fatos históricos. A sociedade foi tolerando menos a intromissão da Igreja e seus dogmas em assuntos da vida privada e o distanciamento entre ela e o Direito Civil da família aumentou. O estágio de desenvolvimento de cada país determinou um maior ou menor afastamento entre o Direito de Família e a Igreja. Nos países ibero-americanos como o Brasil, de predominante tradição católica, a Igreja exerceu e ainda exerce enorme influência sobre a sociedade e isso se reflete no Direito de Família, mais afeito às orientações da Igreja e no qual as reformas necessárias arrastam-se no duro trabalho de vencer as resistências ligadas a grupos mais tradicionais.

De qualquer forma, as transformações do mundo atual globalizado atingem a todos e mesmo nos países menos liberais os efeitos dessas transformações se fazem sentir. No Brasil, dada a influência cultural portuguesa não se distinguia

perfeitamente bem o que era público e o que era privado desde os primórdios da sua história. O serviço público explorado pelo tabelionato como um negócio de família é fruto desta mentalidade confusa. Interesses externos induzem países como o Brasil a adotarem leis que o insiram na dinâmica internacional. Tal é o caso das reformas no âmbito do Processo Civil. Busca-se a celeridade da justiça em todos os níveis para que possam atender aos anseios não só do cidadão comum mas também das empresas. Esta situação pressiona o Poder Judiciário a ser mais ágil a intervir menos em assuntos que dizem mais ao interesse pessoal de cada particular como são os assuntos de família.

O capitalismo demanda um Estado menor, menos regulador, que controle menos, que permita que o capital flua sem maiores contratempos. A justiça neste aspecto tem um papel fundamental no mundo moderno. As rápidas mudanças são lentamente positivadas pelo direito, causando transtornos para o cidadão que demanda por uma justiça mais célere. A superação da dicotomia público-privado é uma realidade em nossos dias e a cada dia é dada ao particular a possibilidade de executar tarefas antes exclusivas dos agentes públicos.

A justiça deve conter os abusos do mundo capitalista, mas não pode descuidar dos interesses do cidadão comum. Para isso ela tem de ser tão ágil quanto o mundo no qual está inserida. O seu papel primordial é equilibrar as relações, num mundo tão desigual, mesmo sendo esse mundo dominado por um capital que clama por um Estado reduzido do qual a justiça faz parte.

Neste sentido, a simples substituição de um juiz de Direito pelo serviço de tabelião de notas não é garantia de segurança jurídica para aqueles que necessitarem da tutela do Estado mesmo para operações aparentemente simples como é o caso de separações e divórcios consensuais. A presença do Juiz de Direito é importante nestes casos e ainda imprescindível. Ao invés de transferir funções tipicamente judiciais para a esfera privada, melhor seria uma estruturação mais adequada do Poder Judiciário para atender a todas as demandas dos cidadãos. Tecnicamente, o que se poderia fazer seria o aperfeiçoamento dos recursos humanos e tecnológicos do Poder Judiciário, a criação de novas Varas de Família, a contratação de mais juízes e auxiliares, o treinamento aos juízes e a otimização dos processos. Como existem constantes pressões para a redução de gastos por parte do Estado, mais fácil torna-se delegar cada vez mais funções aos particulares para que eles atendam a sociedade.

Apesar do relevante serviço prestado pelos notários, este serviço, hoje monopólio privado, deveria ser explorado como qualquer serviço público o que democratizaria o acesso de todos os cidadãos. É inadmissível que um cidadão por ser pobre não possa ter acesso ao serviço. Também não podemos conceber que os notários auferam altos lucros de uma atividade que poderia estar nas mãos do Estado que poderia distribuir melhor os “lucros” que resultassem da exploração do serviço.

A velocidade que caracteriza os tempos modernos é própria do sistema capitalista, mas não deveria servir de parâmetro principal para alterações dos textos jurídicos. O direito positivo deve ser o resultado de um processo que verifica todos os aspectos envolvidos e que deve contemplar as necessidades de toda a sociedade e não de uma parcela. Para isso é necessário tempo, para que a positivação seja a mais perfeita possível. Esta positivação não deve buscar apenas desafogar processos ou estimular a rapidez tão característica do mundo capitalista, mas buscar equalizar as relações econômicas e sociais, combater as injustiças e neste espírito, procurar acompanhar a evolução do ser humano.

A nova lei que trata da separação e do divórcio representa um avanço no sentido de tornar mais ágil o Poder Judiciário. Também pode ser encarada como um típico produto do amadurecimento das relações humanas, no sentido de que os procedimentos sejam abreviados para atender à necessidade da população. O que se discute é até que ponto a celeridade exigida pela sociedade está em consonância com o direito e quais as suas repercussões sobre as relações e conseqüentemente sobre toda a sociedade, mesmo dado o caráter privado das relações que regula.

Outras leis deverão surgir imbuídas do mesmo espírito¹¹⁰ e não só tornarão o ato de separar-se ou divorciar-se algo simples de ser feito, mas também possibilitarão outras aberturas no tocante ao Direito de Família, e que o passaria a limpo, algo que o Código Civil de 2002 não fez. A atual lei, como tantos outros diplomas, busca o equilíbrio nas relações públicas e privadas, tenta conciliar estes dois campos, mas ainda apresenta alguns graves problemas, principalmente a

¹¹⁰ “O “Estatuto das Famílias” está em sua fase final de elaboração e deve ser apresentado no Congresso Nacional em breve. É um documento de extrema importância que facilitará todos os procedimentos abrangidos no Direito de Família, beneficiando as partes e os julgadores. Além disso, possui aspectos práticos muito relevantes, como as inúmeras modalidades de família que serão abrangidas e uma disposição clara de incentivo aos acordos, através de profissionais qualificados, que desestimularão aqueles que buscam o Judiciário, para que evitem todos os prejuízos (psíquicos, mentais, financeiros) causados por demandas

restrição dada às pessoas hipossuficientes para a sua efetiva utilização em confronto com os lucros que estão sendo auferidos pelos tabelionatos com a exploração deste novo serviço.

A nova lei traz pontos obscuros, lacunas, como é o caso da omissão com relação à reconciliação e quanto à execução dos alimentos, a dificuldade de provas pelo tabelião, fraudes como o “divórcio de gaveta” e a emancipação dos filhos menores, somado ao despreparo do tabelião, o que pode resultar em acordos mal feitos que podem vir a prejudicar terceiros ou os próprios cônjuges, causando insegurança jurídica. Mas esta lei é o fruto de uma época, do pensamento de uma sociedade. No caso, da sociedade que vê a união conjugal infeliz como empecilho que deve ser rapidamente desfeito para que as pessoas possam buscar a felicidade, sem muita meditação se isso é bom ou ruim.

Esta lei significa a passagem de uma função pública para a área privada. Trata-se de retirar do juiz uma função e entregá-la para a esfera privada, para que um tabelião rapidamente destrua o empecilho. Trata-se de cumprir o desejo capitalista de menor intromissão possível dentro da esfera privada pelo Poder Público.

Sendo assim esta nova lei apesar do seu marcante papel deveria passar por correções para esclarecer as dúvidas que existem e possam dar uma resposta à sociedade. Não só esta lei, mas todas as novas legislações que vierem a surgir, devem não apenas ter por objetivo o desafogamento do Poder Judiciário ou a rapidez para os cidadãos, mas devem estar ao alcance de todos os cidadãos e considerando que o processo correspondente a esta lei 11.441/2007 está ligado à atividade privada, ela ainda não cumpre com este requisito de ser democrática.

O instituto da família continuará existindo, novas entidades familiares surgirão e demandarão seu reconhecimento pelo direito civil, mas o fato é que ela, não importa em qual formato seja, está deixando de ser o centro das relações econômicas e sociais do mundo capitalista globalizado. O casamento deixou de ser um dogma sagrado e passa cada vez mais a assumir a sua feição contratual, podendo ser rompido se não satisfizer às partes. Dentro desse espírito é fundamental que existam leis como a Lei 11.441/07 que permitam às pessoas reconstruir suas vidas mais rapidamente a partir do desfazimento do matrimônio e

judiciais” AMARAL, Sylvia Maria M. do. O novo Direito de Família. **O Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 14 out. 2007, p.7.

estabelecer uma relação tendo como pilares a afeição, a harmonia, a tolerância e a compreensão mútua entre os cônjuges. A lei 11.441/07 colabora para que as pessoas não estejam presas por longo tempo em uma relação que não esteja fundada nestes alicerces.

Por outro lado, os acordos de separação e o divórcio, apesar do caráter privado, têm sérias implicações que podem afetar a terceiros e à sociedade. Se a lei de que tratamos e outras são fundamentais neste contexto é de extrema importância que ela seja extensível a todos os cidadãos e não apenas favoreça a uma parcela privilegiada que pode pagar pelos serviços e que pode explorá-los empresarialmente.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano vol.II**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AMARAL, S.M. O novo direito de família. *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 14 out. 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 8. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2007.

CARNEIRO, Nélon. **A luta pelo divórcio**. São Paulo: Lampião, 1977.

_____. **ABC da Mulher e do Divórcio**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1973.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

COLTRO, A.C.M.; DELGADO, M.L. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Separação, divórcio e inventário por via administrativa: implicações das alterações no CPC promovidas pela Lei 11.441/2007**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____ e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Do par díspar ao ímpar consorte: na fímbria da ruptura conjugal. *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 04 mar. 2007.

_____. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio – Uma Reflexão Crítica Sobre as Origens Históricas e as Perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nélon. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, vol.2**, 29ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

PARODI, Ana Cecília. e SANTOS, Clarice Ribeiro. **Inventário e Rompimento Conjugal por Escritura: Praticando a Lei nº 11.441/2007**. Campinas: Russell Editores, 2007.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial: comentários à Lei n.º 6.515, de 26/12/1977 à luz da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família** 3ªed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PETRY, André. **Como a fé resiste à descrença**. Veja, São Paulo, ano 40, nº 51, p.72, 26 dezembro 2007.

PINHO, Ruy Rebello (coordenador). **Separação, divórcio e inventário em cartório: aspectos jurídicos e práticos da nova Lei 11.441/07**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito de família: volume 1 direito matrimonial**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

PONTIFÍCIO CONSELHO "JUSTIÇA E PAZ". **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. São Paulo: Paulinas, 2005.

REZENDE, Afonso Celso E. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 4ªed. Campinas: Millenium, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, vol.I. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994.

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

SAMPEL, Edson Luiz. **Quando é possível decretar a nulidade de um matrimônio**. São Paulo: Paulus, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento volume 1** 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.