

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

SEPARAÇÃO CONSENSUAL À LUZ DA LEI Nº 11.441/2007

**Professor: RODOLPHO VANNUCCI
Aluno: Maria Olegaria de Mello Duran**

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2009**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

SEPARAÇÃO CONSENSUAL À LUZ DA LEI Nº 11.441/2007

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Professor RODOLPHO VANNUCCI, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual.

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2009**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

SEPARAÇÃO CONSENSUAL À LUZ DA LEI Nº 11.441/2007

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Prof. RODOLPHO VANNUCCI , como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

À minha família, pelo apoio recebido e, de modo especial, à minha mãe pelo seu grande incentivo, quando muitas vezes, enquanto fazia o almoço de domingo, não poupou esforços para sentar-se ao meu lado e tentar entender um pouco daquelas “coisas difíceis” que eu estava estudando.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por dar-me força e paciência para obter resultados, em momentos de dificuldades e concluir mais uma etapa desta longa jornada.

Aos meus pais, por estarem presentes em vida em momentos, como esse de realizações e conquistas.

Em especial a meu orientador, pela paciência, colaboração e excelente supervisão e coordenação neste projeto, e fazer com que o mesmo faça parte diariamente de estudos em minha formação.

Aos meus amigos, uma fonte de fortalecimento durante esta jornada.

RESUMO

Muitas expectativas de mudança na seara do direito de família surgiram com o advento do novo Código Civil. Porém, o legislador preferiu fechar os olhos ao clamor social, doutrinário e jurisprudencial e continuar adotando, na maioria das questões, os posicionamentos passados, já recalcados em muitos aspectos. Também, na verdade, esse Codex que surgiu em 2002 não é propriamente novo, pois a redação de seu projeto foi feita há cerca de trinta anos. De lá para cá, com certeza, a sociedade já evoluiu, as acepções morais mudaram e os costumes já implantaram um outro estilo de família. O presente trabalho expõe de forma parcial os reflexos da dissolução matrimonial quando da separação consensual; tenta-se durante a exposição deste tema, apresentar as facilidades advindas com a opção desta modalidade de separação e agora à luz da Lei Nº 11.441/07. Os procedimentos que compõe a dissolução do matrimônio quando é realizado de forma pacífica e com mútuo consentimento dos cônjuges, justificam a especificação do tema, visto que trata-se de uma modalidade em tese muito mais simples. Para que o tema seja compreendido e discutido é preciso abordar tanto aspectos históricos quanto do próprio casamento, pois, sem ele, não haveria como falar em separação.

Palavras-chave: Separação Consensual, Jurisdição, Direito Processual.

ABSTRACT

Many expectations of change in Seara of family law have emerged with the advent of the new Civil Code. However, the legislature chose to close their eyes cry social, doctrinal and jurisprudential and continue taking in most of the questions, after the placements, as repressed in many ways. Nor, indeed, the Codex that emerged in 2002 is not exactly new, since the writing of the project was about thirty years. Since then, of course, society has evolved, the meanings changed moral and customs had already developed a different style of family. This paper explains in part the effects of marital dissolution when the separation agreement, attempts during the exposure of this issue, presenting the advantages of coming with the option mode of separation and now under Law number 11.441/07. The procedures that make up the dissolution of marriage when it is done peacefully and with mutual consent of spouses, justifies the specification of the subject, since it is a method in theory very simple. For the subject is understood and discussed it must address both the historical aspects as marriage itself, as without it, as there would be talk of separation.

Keywords: Consensual Separation, Jurisdiction, Process Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – DA JURISDIÇÃO.....	11
1.1. Conceito.....	12
1.2. Princípios da Jurisdição.....	13
1.3. Jurisdição Contenciosa e Voluntária.....	15
1.3.1. Jurisdição Contenciosa.....	15
1.3.2. Jurisdição Voluntária.....	16
CAPÍTULO 2 – DO CASAMENTO.....	17
2.1. Conceito.....	17
2.2. Natureza Jurídica.....	19
2.3. Deveres Mútuos do Casamento.....	20
2.4. Decomposição e Ruptura do Liame Conjugal.....	21
CAPÍTULO 3 – DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	23
3.1. Noções Gerais.....	23
3.2. Conceito.....	24
3.3. Extinção dos Deveres dos Cônjuges.....	26
3.4. Guarda Compartilhada.....	26
3.4.1. Breve Histórico.....	27
3.4.2. Conceito.....	28
CAPITULO 4 – A LEI 11.441/2007	37
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização, homem e mulher desejaram se unir e ter filhos em comum. O início e o rompimento dessa união se devem de diversas formas, passando inclusive pela luta pelo não rompimento, por ex. entre as comunidades cristãs, judaicas e hinduístas etc. Reportando-nos a uma realidade mais próxima, tivemos, após anos de batalha, o surgimento da Lei nº 6515/77, conhecida como a lei do divórcio, provocando sensíveis mudanças nas relações maritais, concedendo àqueles casais que não mais guardavam o status de marido e mulher a possibilidade de dissolver o matrimônio e, com isso, começar uma nova vida.

A Lei nº 6.515/77 trouxe significativas alterações para a matéria concernente à dissolução da sociedade conjugal, como por exemplo, a utilização da separação como ponte para o divórcio, o abandono da verificação da culpa de um dos cônjuges como condição necessária para a concessão da separação, só para citar alguns exemplos. Com relação à nomenclatura, “as expressões desquite litigioso e desquite por mútuo consentimento, deram lugar à separação litigiosa e separação consensual respectivamente”¹.

A forma de dissolução consensual busca pôr termo a relação de forma harmônica, haja vista que o processo pode ser acelerado, o casal vai para a Justiça em perfeito acordo sobre a separação e a forma que seus reflexos atuarão na vida de cada um, e agora com a faculdade de nem sequer à Justiça precisar recorrer, vez que com o advento da Lei 11.441/07 pode, de comum acordo, fazê-lo por escritura pública, em Cartório de Notas.

O estudo que se propõe com a presente monografia é exatamente discutir tais questões. Inicialmente, buscou-se neste trabalho de pesquisa desenvolver e trazer em folhas um assunto de grande relevância para o mundo jurídico, especificamente à ciência processual civil. Trata-se do instituto da ciência processual chamado jurisdição que, durante seu desenvolvimento e evolução histórica, passou a ser considerado e classificado pela doutrina contemporânea como um dos institutos fundamentais aos quais as normas processuais e toda sua ciência apóiam-se.

Como se pôde notar é um assunto indubitavelmente importante e muito discutido no cotidiano jurídico atual, tanto na esfera interna como em âmbito internacional.

¹ GOMES, Orlando. Direito de Família. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

No primeiro capítulo foi abordada a jurisdição, entendida como uma das atividades soberanamente exercidas pelo Estado na composição de litígios entre as pessoas, revela regras, princípios e garantias constitucionais responsáveis pela manutenção da ordem jurídica.

Contudo, para a manutenção de tais objetivos, a jurisdição durante as últimas décadas, influenciada pelas novas idéias de instrumentalidade e efetividade, adquiriu características inovadoras, distintas até então de sua natureza, voltando, em razão disso, a ser muito debatida entre grandes operadores do direito, principalmente, no que se refere aos meios alternativos de solução de controvérsias, tais como a mediação, a transação, a conciliação e, principalmente, a arbitragem.

No segundo capítulo o enfoque principal foi o instituto do casamento, abordando, sucintamente, os aspectos imprescindíveis para o entendimento posterior da separação consensual.

Posteriormente foi estudada a separação consensual como um todo, definido que ela pode ocorrer por iniciativa de ambos os cônjuges ou requerida por um e aceita pelo outro (casos em que pode ocorrer a conversão da separação litigiosa em consensual, nos termos do artigo 1123, do Código de Processo Civil). Questionam-se também seus conceitos, e suas consequências analisando assim as extinções e deveres dos cônjuges como a guarda compartilhada.

Com isso, o que se pretendeu foi chamar a atenção do leitor para a possibilidade de trazer finalmente uma alternativa de solução pacífica para o problema da separação que, se for litigiosa, tantos traumas pode trazer a uma família, principalmente aos filhos.

CAPÍTULO 1 – DA JURISDIÇÃO

Tecer comentários e abordar sobre o tema da Jurisdição não é matéria muito fácil, devido às inúmeras posições doutrinárias sobre o assunto.

Insere-se dentre os inúmeros aspectos polêmicos do Direito Processual Civil, a definição da natureza jurídica das jurisdições contenciosa e voluntária, tendo em vista a existência de correntes dos doutos juristas muitas vezes divergentes e diametralmente opostas em suas idéias e posturas.

Para tanto, faz-se necessário uma abordagem genérica sobre a Jurisdição como parte integrante do Poder Estatal e sendo, pois, reflexo desse Poder. Em seguida, abordaremos sobre a Jurisdição contenciosa e Jurisdição voluntária, na busca de alcançarmos a final nosso objetivo primordial, definir a natureza jurídica desta última.

Portanto, elucidando, também, problemas em relação à sua natureza e a conseqüente legalidade do seu exercício poderá fechar-se a esfera de pesquisa sobre a jurisdição, na mínima e exata necessidade para o universo do direito processual civil.

Reportando-se ao passado, lembra Humberto Theodoro Júnior² que:

Primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se apenas a definir os direitos das pessoas. Competindo a elas próprias a satisfazê-los e a executá-los com os meios que dispunham. Eram os tempos da chamada justiça privada (autotutela) ou justiça pelas próprias mãos, onde prevalecia a lei do mais forte.

No entanto, neste início, o homem ainda sem a ajuda do Estado, passou a buscar amigavelmente a solução de suas pendências. O que se denominou de autocomposição, surgindo assim, uma segunda forma de composição de litígios.

Somente com o fortalecimento e organização do Estado, a falida justiça privada foi substituída pela Justiça Pública ou Oficial.

Desta forma, o Estado moderno chamou para si o encargo e o monopólio de definir o direito, bem como o de realizar esse mesmo direito, sujeitando os cidadãos ao cumprimento dessas decisões, surgindo daí a tutela jurisdicional, como a terceira forma de composição de litígios.

Muito embora seja a autotutela uma espécie primitiva e violenta de composição de litígios, ainda hoje se encontram resquícios em nosso ordenamento jurídico. São os exemplos do desforço imediato (art. 1.210, CC), em matéria possessória e a legítima defesa em direito penal (art. 23, CP).

Assim, fora dessas escassas hipóteses legais, deve o agredido em seu direito, procurar o Estado para a solução desse litígio, sob pena de cometer crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP).

Por outro lado, é fundamental para a compreensão da tutela jurisdicional saber o conceito de bem da vida, de conflito de interesse e de lide ou litígio.

Bens da vida são todas as coisas ou valores necessários ou úteis à sobrevivência do homem, bem como o seu aprimoramento. Mas nem sempre estas coisas existem em quantidade suficiente para atender as exigências de todos.

Portanto, há conflito de interesse quando mais de uma pessoa procura usufruir o mesmo bem da vida. E quando houver resistência por uma das partes, estará formado a lide ou um litígio.

Aponta o jurista Nilton César Antunes da Costa ³, que a visão de jurisdição predominante na atualidade está amoldada na idéia do Estado Moderno de Montesquieu, ou seja, partindo do dogma dos três poderes estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário.

1.1. Conceito

A análise etimológica da expressão “jurisdição” mostra a presença de duas palavras do latim: *juris*, que significa direito e a palavra *dictio*, que significa dizer.

E esse “dizer o direito”, que o Estado chama para si a responsabilidade, transforma-se em uma função, ou melhor, em poder. E esta função do Estado é própria do Poder Judiciário.

Para conceituar a jurisdição, observar-se-á a referência de Athos Gusmão Carneiro aos ensinamentos de Galeano Lacerda ⁴: É a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito concreto.

Esmiuçando tal conceito, o eminente ex-Ministro, em nota, diverge de Galeano Lacerda no ponto em que esse considera jurisdicionais também as decisões das questões ao longo do processo, tendo como questões os pontos controvertidos, de direito ou de fato, e que, para aquele, jurisdicionais são todos os atos praticados pelo juiz em processo de jurisdição

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, vol. 1.

³ COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes do árbitro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

contenciosa, pois praticados com finalidade de eliminação da lide pela aplicação do direito em concreto ⁵.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ⁶, observam que muitos critérios foram propostos pela doutrina tradicional, que se apóiam tão somente em premissas de caráter jurídico. Mas hoje, as perspectivas buscam levar em conta aspectos sócio-políticos, surgindo daí os escopos sociais (a pacificação social) e políticos (a realização da justiça) da jurisdição.

Diante disso, conceituam jurisdição como sendo uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. E essa pacificação é feita através da atuação da vontade do direito objetivo apresentado no caso em concreto.

Dessa forma, a jurisdição é ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, ao decidir imperativamente e impor suas decisões. É função, uma vez que expressa o encargo que têm os órgãos estatais em promover a pacificação de conflitos, mediante a realização do direito justo. E como atividade, a jurisdição é exercida através do processo, formado pelo complexo de atos praticados pelo juiz, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

1.2. Princípios da Jurisdição

Não obstante às suas características, encontram-se ligadas a jurisdição vários princípios. E é por esta razão que a doutrina, por algumas vezes se confunde, referindo-se como característica um princípio.

Assim, pela lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, são princípios inerentes à jurisdição: a investidura, a aderência ao território, a indelegabilidade, a inevitabilidade, a inafastabilidade, do juiz natural e da inércia.

⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 12. ed São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 4.

⁵ Id., 2002, p. 4.

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003;

Princípio do juiz natural: juízes são aqueles integrados no Poder Judiciário que legalmente ocupam os cargos nos juízos e tribunais constitucionalmente previstos (arts. 92, incs. I a VII), regulamentados pela legislação infraconstitucional.

Grinover⁷ entre outros doutrinadores defendem que com a garantia do juiz natural assegura-se a imparcialidade do órgão jurisdicional. Por isso, afirmam que sem o juiz natural não há jurisdição, pois a relação jurídica não pode nascer.

Indeclinabilidade da prestação jurisdicional: a atividade jurisdicional não pode ser delegada ou transferida, ela é indeclinável (art. 5º XXXV da CF e 126 do CPC). O inc. XXXV do art. 5º da CF garante o direito de acesso à jurisdição brasileira, desde que seja proposta ação. Este princípio está relacionado ao art. 126 do CPC. "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei...". – Aqui, embora não se assegure sentença favorável, existe o direito a uma decisão ou sentença.

Ainda segundo Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que o princípio da indelegabilidade é, em primeiro lugar, expresso através do princípio constitucional segundo o qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Afirmam ainda que a Constituição Federal fixa o conteúdo das atribuições do Poder Judiciário, e não pode a lei, nem pode muito menos alguma deliberação dos próprios membros deste, alterar a distribuição feita naquele nível jurídico-positivo superior.

O Princípio da aderência ao território estabelece que o exercício da jurisdição deva estar sempre vinculado a certa delimitação territorial. Pois é a jurisdição uma manifestação da soberania, manifestando-se e limitando-se, primeiramente, pela soberania nacional do país, depois de seus Estados, Municípios e Territórios.

Cintra, Grinover e Dinamarco explicam que o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam ainda.

Publicidade: toda atividade jurisdicional é realizada publicamente, a exceção às causas em que tramitam em segredo de justiça.

Princípio da definitividade: Cintra, Grinover e Dinamarco conceituam como:

Sendo a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado⁸.

⁷ Id. 2003, p. 5.

⁸ Id. 2003, p. 6.

O princípio da investidura corresponde à idéia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. Sem ter sido regularmente investido na condição de juiz, ninguém poderá exercer a função jurisdicional.

O princípio da indelegabilidade é aquele segundo o qual veda qualquer tipo de transferência de atribuições inerentes aos juízes investidos nesta função, uma vez que o magistrado não age em nome próprio e muito menos por um direito próprio.

O princípio da inevitabilidade significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo.

Por último, o princípio da inércia como tratado anteriormente, consiste em condicionar o juiz de forma inerte, ou seja, o a jurisdição não pode ser exercida de ofício por ele, dependerá quase sempre de provocação pelas partes.

1.3. Jurisdição Contenciosa e Voluntária

1.3.1. Jurisdição Contenciosa

A jurisdição contenciosa é a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Pressupõe controvérsia entre as partes (lide), a ser solucionada pelo juiz.

Há doutrinadores que acreditam que a expressão jurisdição contenciosa é redundante ou pleonástica, pois jurisdição já induz, indubitavelmente, a idéia de contenda e sugerem que ao invés de jurisdição contenciosa, poder-se-ia denominarmos de jurisdição propriamente dita ou jurisdição em si mesma.

É, ainda, oportuno afirmar, quanto à Jurisdição Contenciosa, que é aquela que atua quando provocada pela parte considerada ter sido lesada em seus direitos, seja por ação ou omissão de um particular, ou da Administração Pública.

Assim, portanto, pondo de lado o sentido gramatical da denominação, a jurisdição contenciosa não se caracteriza por versar sobre litígios. Ela se exerce, em virtude de conflitos

de interesses qualificados por uma pretensão, isto é, seus objetos são as lides a serem composta.

1.3.2. Jurisdição Voluntária

A jurisdição atua, também, quando a ordem jurídica, dada à relevância de certos direitos, considerados indisponíveis, atribui ao Poder Judiciário a função de fiscalizar determinados negócios jurídicos privados. Diz-se, então, que a Jurisdição é Voluntária ou Graciosa, tradicionalmente definida como a fiscalização do interesse público nos negócios jurídicos privados.

Trata-se da chamada jurisdição voluntária, em que, segundo Humberto Theodoro Júnior⁹, “o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou fideicomisso, etc.”.

Diferentemente do que acontece na jurisdição contenciosa, porque há a lide, aqui, na jurisdição voluntária ou graciosa, não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual, envolvendo o Juiz e os interessados.

Assim, a Jurisdição Voluntária tem como objeto, tutelar interesses não em conflito, protegendo os respectivos interessados.

Portanto, na Jurisdição Voluntária, o juiz realiza apenas gestão pública em torno dos interesses privados, como ocorre, v.g., nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou do fideicomisso, dentre outros, e aqui mais especificamente, nas ações de Separação Consensual..

A eficácia do negócio jurídico depende da intervenção pública do Magistrado.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, 41^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, vol. 1.

CAPÍTULO 2 – DO CASAMENTO

2.1. Conceito

Para se falar em separação judicial é necessário, em primeira instância, abordar a instituição casamento, definindo, de maneira cristalina, seus principais aspectos. Não se consegue compreender um instituto sem antes conceituá-lo.

O conceito de casamento não pode ser imutável. O direito de família está amplamente ligado aos valores sociológicos e morais de uma determinada época, não podendo, assim, aproveitar as noções antes definidas.

Pelo Direito Romano, ainda no século III, Modestino foi o primeiro a conceituar o casamento: *Nuptia sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Tal definição, por óbvio, era um reflexo da sociedade deste século, fazendo menção à perpetuidade da relação matrimonial e à comunhão do direito divino com o humano. Adiante, ao longo do tempo, diante da imposição de novos costumes, o matrimônio deixou de caminhar junto com a divindade, passando a ser, também, uma instituição perene.

Ainda pelo Direito Romano, num segundo momento, surgiu uma nova concepção de casamento, provavelmente de Ulpiano, predominando as idéias de relação jurídica, de vida em comum e do *affectio maritalis*. Esta conceituação, gize-se, foi incorporada pelo Direito Canônico.

A união entre o homem e a mulher, abençoada no reino do céu, formando-se assim um só corpo e um só espírito, passou a ganhar força somente no cristianismo, diante das idéias formuladas pela Igreja, que exercia grande influência sobre o Estado quando o assunto era casamento.

Apesar de no “Codex Juris Canonici” não estar expressa a definição de matrimônio, sua finalidade vinha traçada, no cânon 1013, tendo como objetivos precípuos a procriação e educação da prole e, num segundo plano, visava a colaboração mútua e pretendia ser o remédio contra a lascívia.

Hoje, na vigência do novo Codex, mais precisamente no cânon 1.055, p.1, há uma conceituação de casamento como sendo: *Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis*

generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est.

Arnoldo Wald explica como:

A ‘aliança matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda’, aboliu a hierarquia entre os seus fins e que são uma consequência mesma dessa comunhão de vida toda (totius vitae consortium) ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole¹⁰.

Segundo Monteiro¹¹, o casamento, para o direito pátrio, “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”.

Silvio Rodrigues¹² conceitua: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Já Rodrigo da Cunha Pereira¹³ enfatiza: “O casamento é mais que uma instituição religiosa e jurídica: para a maior parte das pessoas é um sonho de felicidade”.

O próprio legislador definiu o casamento, no artigo 1511 do novo Código Civil, quando estabeleceu: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

O presente capítulo contém expressamente a finalidade do casamento, de modo que, futuramente, pode ser utilizado para embasar alguns pedidos de separação judicial, haja vista a falência da comunhão plena de vida. Bastaria provar que a finalidade do casamento não está mais sendo observada no caso concreto, independentemente de culpa de um dos cônjuges pelo eventual fracasso da relação.

A fundamentação para que tal providência seja requerida é o artigo 1573, parágrafo único, do diploma civil vigente, que dispõe claramente que “o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

Além do mais, pode-se vislumbrar que o legislador, aproveitando o texto constitucional, equiparou o homem e a mulher, de modo que ambos têm, no âmbito conjugal e familiar, os mesmos direitos e obrigações, diferentemente daquela remota civilização romana, já abordada.

¹⁰ WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 34. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil vol. 6, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 20

¹³ CUNHA, Rodrigo. Até que a morte nos separe. Disponível em: http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=26&CodTema=44&Tipo=1. Acesso em: 18 mar. 2009.

Tanto essa igualdade é verdadeira que foi traçado no art. 1565 do Código Civil que “homem e mulher assumem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

A prova da igualdade entre homem e mulher não cessou por aí. No mesmo diploma legal ficou estabelecido que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos (art. 1567, caput).

Mediante esse posicionamento do novo legislador, não há mais como pensar que o homem é o chefe da família e a mulher sua mera companheira. Não há mais espaço para a expressão “pátrio poder” (ou poder do pai), sendo utilizada agora como poder familiar (decorrente do homem ou da mulher). Da mesma forma, a mãe não tem mais privilégio sobre a guarda dos filhos, independentemente da análise da culpa pela separação (o art. 1584 revela que a guarda dos filhos caberá àquele que melhor tiver condições de desempenhar esse encargo, podendo ser, inclusive, um terceiro).

Como bem é explicitado na obra “Direito de Família e o Novo Código Civil”, de coordenação de Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

Cumprе ressalvar, no entanto, que o conceito de igualdade, reprisado com ênfase na Constituição e no novo Código Civil, há de ser interpretado em consonância com as naturais diferenças existentes entre homem e mulher. (...) ‘para se pensar a cidadania, hoje, há que se substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença’ e... certas discriminações ‘são positivas, pois, constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças’¹⁴.

Para finalizar, pode-se trazer à colação as sábias palavras de Rui Barbosa: tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade.

2.2. Natureza Jurídica

A natureza jurídica do casamento é, ainda, tema que acarreta muita discussão jurídica no campo doutrinário.

De acordo com o direito canônico, “o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana”. Possui também o caráter de perpetuidade e de indissolubilidade.

¹⁴ Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de Família e o novo Código Civil. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Quando o casamento de direito civil surgiu, nasceram com ele opiniões de que sua natureza jurídica seria de contrato e de que estaria mais propício a ser uma instituição (teoria desenvolvida pela França, a partir do século XX).

O que se vem entendendo hordienamente é que o casamento tem feições de negócio jurídico bilateral, que em direito de família é uma especificação do conceito contrato. A celebração, indubitavelmente, tem caráter contratual.

Já se observado este instituto do enfoque da vida em comum, dos direitos e deveres dos cônjuges, da assistência recíproca, da educação da prole, ele passa a ganhar a robustez de uma instituição.

Pode-se concluir, assim, que se está tratando, na verdade, de um negócio complexo, que ora apresenta característica de negócio jurídico, ora de instituição.

O posicionamento que se está pacificando modernamente na doutrina é que o casamento-ato é um negócio jurídico e o casamento-estado é uma instituição.

2.3. Deveres Mútuos do Casamento

Diante da isonomia entre os cônjuges, o legislador ordinário elencou na legislação civil pátria um rol com os deveres mútuos na constância do matrimônio. São eles: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

Yussef Said Cahali ¹⁵ observa, com propriedade, que é através do casamento que duas pessoas, de sexos opostos, adquirem o estado familiar de cônjuges, surgindo, a partir de então, direitos e obrigações recíprocas, representados precipuamente pela comunhão de vida, moral, espiritual, afetiva e material.

Em sua obra “Divórcio e Separação”, o mestre Cahali entende que o rol de deveres do matrimônio, constante no art. 1566 do Código Civil, não é exaustivo, devendo ser respeitados, outrossim, os deveres “vinculados aos usos e costumes, à religião, às convenções sociais, à moral”.

Por exercer, o casamento, função relevante na sociedade atual, o mundo jurídico concede especial proteção à família. E, com o intuito de tutelar a liberdade moral dos

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

indivíduos no que tange à escolha do companheiro para toda a vida, o direito criou elementos próprios que dignificam a instituição do casamento, de forma que o defeito relativo à vontade do nubente ou a violação das normas legais que regem a condição de validade e eficácia do ato, podem fazer com que o casamento fique maculado pelo vício da ilegalidade, podendo ser, até mesmo, desconstituído, dependendo da hipótese.

2.4. Decomposição e Ruptura do Liame Conjugal

A sociedade matrimonial tende a se dissipar quando os deveres do casamento são desrespeitados, de modo a interferir na própria contingência humana.

A insaciedade, o consumismo atrelado ao desejo de ter sempre mais tem levado à busca de novos prazeres e novas aventuras, principalmente naqueles momentos em que o casamento parece frustrado, seja qual for o motivo.

Certo é que em decorrência destas novas relações a ameaça de um fim ao casamento fracassado é inevitável. Ainda que a escolha do companheiro tenha sido zelosa, a ameaça se faz presente, diante de uma convivência que, ao decorrer do tempo, se tornou insuportável. Natural, então, que este casal se utilize de uma separação aparente, ainda que residindo sob o mesmo teto, para solucionar os problemas advindos da relação familiar, procurando resolver, ainda, questões de ordem emocional.

Interessante é a comparação que Ishida ¹⁶ faz, ao estabelecer semelhanças entre a entidade familiar e um organismo. Segundo ele, a sociedade conjugal necessita de tensidade e vibratibilidade, assim como os organismos vivos e sãos, para que se mantenha saudável. Utilizando-se suas palavras:

Quando um elemento mórbido vem provocar a patologia desse sistema molecular, é, fora de dúvida, a necessidade, a bem da própria conservação, de se restabelecer o equilíbrio interrompido, reintegrando-se as suas funções vitais, pela manutenção da ordem econômica e jurídica.

Com efeito, a relação matrimonial carece de harmonia. Na falta desta, o ambiente familiar se torna conturbado, de modo que a melhor saída, até mesmo para se restabelecer o bem-estar individual, pode ser a dissolução da relação adoentada.

¹⁶ ISHIDA, Válter Kenji. Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2003.

A separação de fato, a separação judicial, o divórcio e agora a separação extra judicial são os remédios utilizados pelos cônjuges para curar o vírus da moléstia degenerativa do casamento. Evidentemente, a solução desses problemas traz um mal para a entidade familiar como um todo, pois é certo que se está lidando com a emoção e afetividade das pessoas nela envolvidas. Os filhos são os mais afetados com esses tipos de problema, uma vez que não carregam mágoa qualquer pelas atitudes que o pai ou a mãe vêm tomando. Têm, acima de tudo, amor incondicional pelos pais.

Tais figuras, porém, não representam a causa da decomposição da vida conjugal. É, efetivamente, uma consequência de uma sociedade matrimonial fracassada. “Não é a lei que faz o divórcio, como não é a lei que dissolve outras sociedades, quando, pela quebra da comunhão de sentimentos ou de interesses, deixam espontânea e naturalmente de existir”.

Não há motivo, então, para repudiar as medidas judiciais encontradas pelo legislador. Não há meios, aliás, capazes de compelir os cônjuges a seguir os deveres matrimônias, sem que se interfira na liberdade individual. O que a lei pode fazer, e efetivamente faz, é criar sanções indiretas (individuais ou patrimoniais) para esse tipo de comportamento, repudiado legalmente e moralmente pela sociedade.

É óbvio que todos pretendem a plena comunhão de vida, com a conseqüente duração eterna do matrimônio, independentemente dos fatores familiares internos e externos. Porém tem-se visto que nem sempre isto é possível. E, diante dos fatos sociais, o legislador teve que criar normas que disciplinem as consequências dessa união mal constituída, de modo a realizar a sorte e a felicidade de seus jurisdicionados, conforme lição do mestre Cahali.

CAPÍTULO 3 – DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

A separação encontra-se elencada atualmente no Código Civil entre os artigos 1571 a 1581, tendo ocorrido revogação dos preceitos que tratavam da matéria na Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio). Continuam em vigor, apenas os preceitos processuais dessa lei especial anterior, com a aplicação direta da regra de direito intertemporal constante no artigo 2.043 do atual Código Civil.

Atualmente, a separação ainda é considerada como uma causa de dissolução da sociedade conjugal, não rompendo, entretanto, com o vínculo matrimonial. A separação é ação personalíssima, ou seja, de acordo com o artigo 1576, parágrafo único, do Código Civil, só pode ser requerida pelos cônjuges. Apenas em caso de incapacidade de um dos cônjuges, a separação pode ser requerida por curador, ascendente ou irmão.

A separação judicial possui duas espécies: a consensual e a litigiosa.

3.1. Noções Gerais

O instituto da separação, como já abordado, sempre foi aceito historicamente, até mesmo pelo direito canônico. Óbvio, porém, que as causas eram delimitadas taxativamente, não se admitindo que tal instituto fosse aplicado por motivos outros, senão aqueles previamente estabelecidos.

Anteriormente, nosso sistema admitia exclusivamente o divórcio a *thoro et mensal*, ou seja, o divórcio permitido pelo direito canônico, sob a denominação de desquite à luz do Código Civil de 1916, separação de corpos pelo direito estrangeiro e, mais recentemente, diante do novo Direito de Família, separação judicial.

A separação e o divórcio, estatuídos remotamente na nossa legislação, tendo em vista as objeções de muitos, são dois institutos que, além de colocarem termo à sociedade conjugal, dissolvem a comunhão universal de bens.

Ademais, possui similitude no fato de ambos necessitarem de um provimento judicial, de uma sentença com carga eficaz constitutiva negativa, para que surtam seus efeitos legais. É o que se chama de processo necessário, uma vez que a desconstituição do

matrimônio e a dissolução do vínculo conjugal somente podem ocorrer mediante interferência estatal, via Poder Judiciário.

Ultrapassadas as semelhanças, há que se falar na elementar diferença entre esses institutos. Enquanto o divórcio rompe a vida em comum dos cônjuges, pondo termo ao casamento e, conseqüentemente, aos efeitos civis por ele gerado, a separação judicial somente dispensa os cônjuges da observância dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, relaxando os liames do matrimônio, sem, contudo, romper o vínculo conjugal. Indiscutível, porém, que a separação representa uma grave ameaça ao vínculo matrimonial, uma vez que pode abrir caminho para a efetiva dissolução.

Cumpra-se também para o fato de que o divórcio permite a convolação de novas núpcias, impossível quando se tratar de separação.

Outra divergência merece ser analisada. Na separação judicial, seja qual for o motivo, os cônjuges podem, a qualquer tempo, restabelecer a sociedade conjugal, por simples petição anexada aos autos. No divórcio tal medida não é cabível. Para os cônjuges reativarem a união que possuíam mister a realização de novo casamento.

Antes do Código Civil de 2002, fazia-se também a ressalva de que a vida conjugal podia ser readmitida, nos casos de separação judicial, desde que fossem obedecidas as mesmas regras do matrimônio. Hoje, o legislador, no art. 1577 do Código Civil ¹⁷, retirou essa restrição, ao estabelecer: seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

3.2. Conceito

Este tipo de separação tem previsão legal no art. 1.574 do novo Código Civil. Nesta modalidade, as partes, de comum acordo, resolvem pôr fim com o casamento. Pode-se considerar consensual, também, aquela separação proposta por um cônjuge e aceita pelo outro.

Orlando Gomes conceitua:

A separação consensual é negócio jurídico bilateral, que tem como fim precípua legalizar a conveniência dos cônjuges de viverem separados, estabelecidas e reguladas as conseqüências da dissolução da sociedade conjugal, tanto na ordem

¹⁷ BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 6. ed. São Paulo, 2003.

peçoal como na patrimonial. É fonte de direitos e obrigações unitariamente entrosados numa situação jurídica indivisível e inalterável, no conteúdo, pela vontade das partes¹⁸.

Gize-se, todavia, que para que o juiz homologue o pedido de separação consensual mister que o casamento tenha perdurado por mais de um ano.

Deve-se deixar registrado que o prazo de vigência do casamento religioso com efeito civil começa a ser contado, para os efeitos jurídicos, do dia da celebração, independentemente do dia em que houve a inscrição do registro.

Doutrinariamente, a separação consensual é classificada como modalidade de separação-remédio, haja vista que independe do pressuposto de culpa de qualquer dos cônjuges. Não importará também, para a sua concessão, a causa ou o motivo determinante para o fim do enlace. Como mesmo afirma Washington de Barros¹⁹ tais causas devem ser até mesmo, omitidas, pois despidas de qualquer eficácia jurídica.

O art. 4º da Lei 6.515/77 já trazia em seu bojo esta modalidade de separação, com requisito temporal de dois anos. Transcreve-se: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado”.

Diante disso, pode-se afirmar que o novo legislador somente encurtou o prazo do casamento para um ano, seguindo não apenas os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que vinham se formando, mas também fundamentos lógicos. Isto porque se o art. 5º, §1º, da Lei do Divórcio, afirma que a separação judicial litigiosa pode ser requerida após o decurso de um ano da ruptura da vida em comum, não há motivos que justificassem a homologação da separação consensual após dois anos de união. Se não igualasse o lapso temporal, estar-se-ia consagrando uma interpretação atentatória aos princípios maiores do direito.

Apesar da redução do prazo, há quem, ainda, critique o legislador. O posicionamento da desembargadora Maria Berenice Dias²⁰ é uma das doutrinadoras que colocam em xeque a necessidade de se estabelecer, por lei, um período mínimo de manutenção da sociedade matrimonial. Assim, nítido está o caráter punitivo dessa restrição. O Estado não teria o poder ou o direito de se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e em pleno gozo de seus direitos. Interroga-se, ainda: se livremente casaram, por que não podem dispor da mesma

¹⁸ GOMES, Orlando. Direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 34. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. A estatização do afeto. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=29&isPopUp=true>. Acesso em: 18 mar. 2009.

liberdade para se separarem? Assim, conclui-se que “...no que a lei chama de separação consensual, o ‘consenso’ não é respeitado nem é tão livre assim a vontade das partes”.

Além do mais, o parágrafo único do art. 1574 repetiu a norma constante no art. 34, §2º, da Lei 6515, inexplicavelmente. Tais dispositivos permitem o juiz não homologar o acordo firmado, caso vislumbre que a convenção não preservou suficientemente o interesse dos filhos ou de um dos cônjuges. Mais uma vez o Estado, agora conferindo poderes ao magistrado, afronta a vontade das partes, impedindo que o desvencilhamento do matrimônio ocorra, representando verdadeiro retorno à indissolubilidade do vínculo.

Necessário destacar que se o interesse que o Estado visa preservar com a manutenção de relações falidas for de ordem econômica, a solução mais palpável seria decretar a separação, sem, contudo, homologar a partilha. Caso vise assegurar o interesse dos filhos, está incidindo em erro, na medida em que não é interessante para as crianças viverem em um lar desprovido de laços afetivos e onde os pais são obrigados a se suportar mediante decisão judicial.

3.3. Extinção dos Deveres dos Cônjuges

Uma vez homologada pelo juiz a separação, cessam os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, continuando a vigorar entre os cônjuges os deveres de mútua assistência e o de guarda, sustento e educação dos filhos ²¹. Em consequência, os cônjuges deixam de residir na mesma casa e a esposa readquire o direito de fixar seu domicílio. Já, no tocante ao dever de fidelidade, não é razoável que seja imposto aos cônjuges eterna abstinência. Nesse passo, o relacionamento do cônjuge separado com terceiro não enseja a exoneração da obrigação alimentar, somente um relacionamento duradouro – casamento ou união estável – superveniente é motivo a exonerar os alimentos acordados na separação, o que tem deixado muitas mulheres que se separam na idade madura totalmente desamparadas, visto que o marido agora provê as necessidades de outra família e ela, que a vida inteira labutou com os afazeres do lar (inclusive sem direito trabalhista algum), fica à deriva da sorte, sem direito até mesmo à Pensão por Morte em caso de falecimento dele.

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: RT, 2002.

3.4. Guarda Compartilhada

O instituto da guarda compartilhada vem à baila para socorrer as deficiências que outros modelos de guarda, principalmente o da guarda dividida – onde há o tradicional sistema de visitas – possuem. Tais modelos, ao sobrecarregar sobremaneira a mãe, na esmagadora maioria dos casos, levam a profundos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social, no seu desenvolvimento. Esses revezes atingem a mãe e também o próprio pai, cuja falta de contato mais íntimo leva fatalmente a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o do desejo de perpetuação de seus valores e cultura.

Por ser um instituto novo, ainda sem grande penetração no Brasil, traz consigo inúmeras dificuldades quanto à sua compreensão, seus benefícios e sua aplicabilidade. Sem grandes pretensões, este trabalho visa promover apenas algumas considerações, a fim de evidenciar pontos importantes, a merecerem um maior aprofundamento pela doutrina e jurisprudência nacionais.

3.4.1. Breve Histórico

A fim de melhor compreender o assunto, necessário se faz uma análise do evoluir histórico que ensejou o instituto, de modo que se percebam as origens da tradicional ideia ora arraigada na cultura jurídica nacional.

Segundo Barreto:

No alvorecer do século XIX, era atribuição do pai deter a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos, enquanto a mãe se submetia às suas determinações. Tal era a decorrência de uma ideologia cristalizada numa legislação que considerava a mulher relativamente incapaz para exercer os atos da vida civil; consequentemente, era ela inibida, legalmente, de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial ²².

Com a industrialização, e a passagem da família dita extensa para a família nuclear, onde só havia o casal e filhos, o pai passa a trabalhar, e despender a maior parte do tempo fora do lar. Somado isto ao advento da capacidade plena da mulher, passou a ser ela a considerada mais apta à guarda dos filhos, em casos de separação, por ter, entendia-se, por natureza, o

²² BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

amor aos filhos, e a inata capacidade de bem deles cuidar. Ao pai, então, coube a incumbência de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mulher se dedicava às prendas do lar.

Todavia, a revolução sexual, a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, e a divisão mais equânime das tarefas de educação de filhos, levaram a uma mudança na estrutura familiar, e no próprio entendimento que confere primazia à mãe na atribuição da guarda.

A mudança social ocorrida selou o alicerce para a construção de novas teorias sobre a guarda, buscando, sempre, um exercício mais equilibrado, onde a manutenção do contato do filho com ambos os pais deve continuar tal qual o era antes do rompimento.

Assim, hoje, já se percebe que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe atende ao melhor interesse da criança. Neste contexto, surgiram fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Psicanálise, Sociologia e, como não poderia deixar de ser, do Direito, a teorizar acerca da guarda compartilhada, de modo que, em muitos países, já é comumente aplicada, e concebida como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

3.4.2. Conceito

Por guarda compartilhada, também identificada por guarda conjunta (*joint custody*, no direito anglo-saxão), entende-se um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao seu bem estar educação e criação. É tal espécie de guarda um dos meios de exercício da autoridade parental, quando fragmentada a família, buscando-se assemelhar as relações pai/filho e mãe/filho que naturalmente tendem a modificar-se nesta situação às relações mantidas antes da dissolução da convivência, o tanto quanto possível.

Como bem coloca o ilustre advogado Waldyr Grisard Filho²³:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem

²³ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir? São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=10&lsTextoId=1094972355> >. Acesso em: 20 mar 2009.

separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

Assim, tem o instituto da guarda compartilhada por escopo tutelar, não somente o direito do filho à convivência assídua com o pai, assegurando-se-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina/paternal. Visa também o direito do pai de desfrutar da convivência assídua com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural, axiológico, e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e dos cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

Para um melhor entendimento acerca deste conceito jurídico, que, não há que se negar, está ainda em consolidação, mister se faz procedermos a uma distinção entre a guarda compartilhada e outras modalidades, a fim de evitar confusões, tanto na correta aplicação dos institutos, quanto na sua precisa compreensão, o que leva alguns a direcionar a uma espécie críticas cabíveis apenas contra outra. É o que ocorre com o advogado Segismundo Gontijo, em suas severas palavras direcionadas ao que ele crê seja guarda compartilhada ²⁴:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc.

Equivoca-se o ilustre jurista mineiro, ao tomar por guarda compartilhada o que, na verdade, seja outra modalidade de guarda, conforme veremos a seguir:

a)Guarda Alternada: Conhecida no Direito anglo-saxão sob a denominação de *joint physical custody* ou *residential joint custody*, é aquele modo que possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos. Caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que poder ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao termo do período, os papéis invertem-se. É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança. Objetiva-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. Esta é a modalidade a que se refere, equivocadamente, o eminente advogado

supracitado. Suas críticas podem ser pertinentes, como visto, à guarda alternada, nunca à compartilhada.

b)Aninhamento ou Nidação: Por este modelo, os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, os pais são quem a ela mudam-se, segundo um ritmo periódico. É a *birds nest theory* do Direito Americano, que, por ser pouco prática, bastante exótica, e levar a prejuízos semelhantes aos já descritos no modo anterior, é muito pouco defendida.

c)Guarda Dividida, Guarda Única, ou Guarda Exclusiva (*sole custody*): É o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro. É bastante criticada, tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique o fenecer da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor.

Isto posto, vale ressaltar que na guarda compartilhada, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham eqüitativamente sua guarda jurídica, esta chamada por *joint legal custody* no sistema da *commom law*. Assim, o genitor que não mantém consigo a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, mas participa ativamente de sua construção. Decide ele, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos caros ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho.

Neste sentido, bastante esclarecedora a definição trazida pela Seção Judicial do Estado americano de Iowa, em informativo na sua página oficial da Internet:

Joint custody means that both parents have the legal custodial rights and responsibilities toward a child. Under joint custody, neither parent has legal custody rights superior to the other. Joint custody does not necessarily mean that the child spends equal time with or lives with both parents. A parent may have joint custody even though a child resides with another parent ²⁵.

Tal modelo, ao passo que possibilita ao menor manter o contato com ambos os pais, o que se afigura como de suma importância para seu desenvolvimento regular e sadio, não traz o inconveniente da instabilidade familiar verificado na guarda alternada, bem como no aninhamento; tampouco leva ao rompimento de relações parentais, como no obsoleto modelo da guarda dividida.

²⁴ GONTIJO, S.. Guarda de Filho. Belo Horizonte: Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo, 2002. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 29 mar. 2009.

²⁵ IOWA JUDICIAL BRANCH. Child Custody. Des Moines: Iowa Judicial Branch, 2002. Disponível em: <<http://www.judicial.state.ia.us/families/custody.asp>>. Acesso em: 29 mar 2009.

3.5. Da Separação Consensual

A separação consensual pode ocorrer por iniciativa de ambos os cônjuges ou requerida por um e aceita pelo outro (casos em que pode ocorrer a conversão da separação litigiosa em consensual, nos termos do artigo 1123, do Código de Processo Civil).

Desse modo, observa-se que a separação consensual caracteriza-se por ser um acordo de vontade dos consortes em propor uma ação, que tem por fim legalizar a conveniência de viverem separados. Sendo assim, não há necessidade de motivação para ocorrer esta espécie de separação. O único requisito exigido é estarem os cônjuges casados por um tempo superior a 01 (um) ano. A falta desse requisito acarreta a extinção do processo pela ausência de interesse de agir.

Orlando Gomes conceitua:

A separação consensual é negócio jurídico bilateral, que tem como fim precípua legalizar a conveniência dos cônjuges de viverem separados, estabelecidas e reguladas as conseqüências da dissolução da sociedade conjugal, tanto na ordem pessoal como na patrimonial. É fonte de direitos e obrigações unitariamente entrosados numa situação jurídica indivisível e inalterável, no conteúdo, pela vontade das partes ²⁶.

O Código Civil tratou da separação consensual no artigo 1574. Este dispositivo ao não taxar nenhuma causa como requisito para extinção do casamento deu uma evoluida, pois não traz a necessidade de mostrar a culpa de um dos consortes. Entretanto, retroage ao estabelecer um período de convivência para ganhar fundamento a pretensa ação.

Este é o posicionamento de Maria Berenice Dias:

“Trata-se de verdadeira imposição de um “estágio probatório”, durante o qual o desejo dos cônjuges não possui o mínimo significado. Antes do decurso desse interstício, mesmo que não mais queiram os cônjuges a manutenção do casamento, resiste o Estado em cancelar a vontade das partes, o que, na ausência de melhor justificativa, parece se tratar de imposição de um “prazo de purgação”. Quem sabe melhor identificar esse interregno como um verdadeiro purgatório? De qualquer sorte, nítido o caráter punitivo de tal restrição. Será a determinação de um período de reflexão? Ou não se admite que o amor possa ter acabado antes desse prazo? Afinal, qual a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos? Dizer que é para preservar os sagrados laços do matrimônio? Mas o casamento não mais existe! Se livremente casaram, por que não dispõem da mesma liberdade para pôr fim ao casamento?” ²⁷.

Esta imposição temporal trazida pelo Código Civil como requisito indispensável para a propositura da ação de separação consensual não tem razão de existir, pois os cônjuges no anseio de receberem a sua liberdade de volta, acabam simulando uma separação litigiosa,

²⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

sendo que um deles passa espontaneamente à condição de culpado, para receber a tão almejada separação.

Outra medida que vem sendo utilizada para suprir este lapso temporal é a separação de corpos consensual, defendida pela jurisprudência, mas que carece de qualquer dispositivo legal, não se encaixando na modalidade prevista no artigo 888, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Portanto, o Estado ao impor este requisito temporal para que o pedido de separação consensual seja juridicamente possível, acaba por criar indiretamente, caminhos paralelos e alternativos aos cônjuges que não mais almejam a vida em comum. Uma das conseqüências desta intervenção do Estado dentro da esfera familiar é o próprio acúmulo de demandas no Poder Judiciário, o que acaba gerando uma lentidão na “marcha” processual aos casos que realmente precisam da tutela estatal.

Além disso, o parágrafo único do artigo 1574 do Código Civil traz que a separação consensual poderá não ser homologada pelo juiz se não estiver preservando os interesses dos filhos. A doutrina chama isto de “cláusula de dureza”, ou seja, os cônjuges querem se separar, todavia, para que isso ocorra, será observado, também, o bem estar dos filhos, além do requisito temporal, já explicitado.

A finalidade do legislador, neste caso, foi garantir o bem estar dos filhos, para que estes cresçam dentro de uma família. Entretanto, como se pode falar em bem estar dos filhos, dentro do seio familiar, se não existe mais o amor entre os seus pais? Neste caso, o legislador deveria ter falado mais, para uma melhor elucidação do dispositivo, isso para não ferir a liberdade entre os cônjuges de por um fim no casamento e de buscarem novamente a felicidade.

Desse modo, na separação dita consensual, o “consenso” não é respeitado nem é tão livre assim a vontade das partes ²⁸.

3.5.1. Processo e Procedimento

²⁷ DIAS, M. B. *Separação e divórcio: uma inútil duplicidade*. Disponível em: <<http://www.professorchristiano.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.

²⁸ DIAS, M. B. *Separação e divórcio: uma inútil duplicidade*. Disponível em: <<http://www.professorchristiano.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009

Inicialmente se estabelece a diferença entre processo e procedimento. O processo pode ser definido como um conjunto de peças que documentam o exercício jurisdicional em um caso concreto. Por outro lado, o procedimento abrange as formas a que está subordinado o cumprimento dos atos e os trâmites do processo. Sobre o assunto, Santos emite sua opinião a respeito destas diferenças:

Processo é o complexo de atividades que se desenvolvem tendo por finalidade a previsão jurisdicional; é uma unidade, um todo, e é uma direção no movimento para a provisão jurisdicional. Mas o processo não se move do mesmo modo e com as mesmas formas em todos os casos; e ainda no curso do mesmo processo pode, nas suas diversas fases, mudar o modo de mover ou a forma em que é envolvido o ato. Vale dizer que, além do aspecto intrínseco do processo, como direção no movimento, se oferece o seu aspecto exterior, *como modo de mover e forma em que é movido* o ato. Sob aquele aspecto fala-se em *processo*, sob este fala-se em procedimento. [...] Procedimento é, pois, o modo e a forma por que se movem os atos no processo ²⁹.

Assim sendo, verifica-se que o procedimento apresenta-se de formas diferentes, dependendo do tipo de separação judicial: consensual ou litigiosa. A separação judicial consensual seguirá o procedimento especial, enquanto que a separação judicial litigiosa observará o procedimento ordinário.

3.5.2. Procedimento da Separação Judicial Consensual

O procedimento judicial da separação consensual seguirá o disposto no Código de Processo Civil, artigos 1.120 a 1.124, os quais se localizam no Livro IV, Título II, que envolvem os Procedimentos Judiciais de Jurisdição Voluntária.

Os procedimentos especiais regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando subsidiariamente as disposições do procedimento ordinário, conforme o artigo 272, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário ³⁰.

A jurisdição voluntária é a que melhor se identifica com a separação judicial consensual, vez que não há lide já que é a vontade harmoniosa dos cônjuges que decide pelo fim da sociedade conjugal.

²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. rev. e atual. Por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82-83.

³⁰ BRASIL. **Código de processo civil**. In: ABREU FILHO, 2009, p. 425.

A respeito da jurisdição voluntária, Rocha esclarece:

De fato, a jurisdição voluntária, diversamente da contenciosa, é aquela que não tem como pressuposto a violação atual ou potencial de um dever, podendo ser exercida de ofício pelo juiz, cujas decisões não são cobertas pelo atributo da coisa julgada, ou seja, não tem função de concreção terminal do direito ³¹.

Assim, os cônjuges devem efetivar obrigatoriamente o pedido de separação judicial através de uma petição que conterá as cláusulas que regerão o acordo e assinada por ambos, por seus advogados ou por advogado escolhido de comum acordo.

A esse respeito, dispõe o artigo 1.121 do Código de Processo Civil:

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

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

II- o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;

III- o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV- a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

§1o Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX.

§2o Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos ³².

Além da validade do casamento, o pedido de separação consensual tem que observar a exigência legal do tempo não inferior a 1 (um) ano, conforme dispõe o artigo 1.574 do Código Civil: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção [...]” ³³.

Desta forma, caso os cônjuges decidam separar-se antes de 1(um) ano, terão que valer-se da Ação de Separação Judicial Litigiosa, baseada no desrespeito aos deveres do casamento.

O foro de competência para a ação de separação judicial é o da residência da mulher, conforme estabelece o Código de Processo Civil no artigo 100: “É competente o foro: I – da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento” ³⁴

Vale ressaltar que há posicionamentos diferentes em relação ao foro de competência, assim se posiciona Carvalho Neto sobre o tema: “É competente para conhecer do pedido de

³¹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 94.

³² BRASIL. **Código de processo civil**. In: ABREU FILHO, 2009, p. 529.

³³ Ibid., p. 337.

³⁴ BRASIL. **Código de processo civil**. In: ABREU FILHO, 2009, p. 406.

separação consensual o foro da residência de qualquer dos cônjuges, não necessariamente o da residência da mulher, como já se pretendeu”³⁵.

O doutrinador Cahali pensa da seguinte forma: “Temos para nós que *já não prevalece mais o foro privilegiado*, assim estabelecido a benefício da mulher casada, porquanto conflitua com o princípio da igualdade entre os cônjuges, proclamado no art. 226, § 5º da Constituição Federal de 1988”³⁶.

Após a apresentação da petição ao juiz, e se estiver em ordem preenchidos todos os requisitos exigidos, o juiz ouvirá o relato dos cônjuges a respeito dos motivos da separação, bem como procurará esclarecer a respeito das consequências de sua manifestação de vontade.

O juiz pode não decretar a separação judicial, caso verifique que o acordo deliberado pelas partes não preserve de maneira suficiente os interesses dos filhos ou de qualquer dos cônjuges, de acordo com o artigo 34, §2º da Lei do Divórcio, e parágrafo único do artigo 1.574 do Código Civil.

Art. 34 - A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário.

§2º - O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges³⁷.

Art. 1.574. [...] Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges³⁸.

Portanto, a separação consensual só terá eficácia jurídica com a homologação judicial que envolve ato de fiscalização e controle do acordo firmado entre as partes.

Desta forma, o artigo 1.124 do Código de Processo Civil dispõe o seguinte: “Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se achar registrados”³⁹.

Vale ressaltar que os processos relativos às ações de separação e de divórcio correm em segredo de justiça, conforme determina o artigo 155, II do Código de Processo Civil.

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

II- que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores⁴⁰.

³⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio à luz da lei 11.441/07, que permitiu separação e o divórcio consensuais em cartório**: teoria e prática. 9. ed. rev. e atual. uritiba: Jaruá, 2008, p. 107.

³⁶ CAHALI, 2002, p. 521. (grifo do autor).

³⁷ BRASIL. Código civil. In: ABREU FILHO, 2009, p. 654.

³⁸ Ibid., p. 337.

³⁹ Ibid., p. 289.

⁴⁰ Ibid., p. 412.

Por fim, se houver reconciliação do casal a sentença homologatória perderá sua eficácia, uma vez que é possível o restabelecimento da sociedade conjugal, a qualquer tempo.

CAPÍTULO 4 – A LEI 11.441/2007

Vigente no Brasil, a Lei nº 11.441, promulgada em 4 de janeiro de 2007, deu novo rumo às ações de inventário, partilha, bem como às ações de separação e divórcio consensuais que até então somente eram processadas judicialmente.

Assim, com o advento da nova Lei, houve importantes inovações no País que alteraram o contexto que até então existia, permitindo que essas ações fossem realizadas via extrajudicial.

Desta forma, será realizado um apanhado das principais alterações introduzidas aos dispositivos da Lei nº 5.869/1973 – Código de Processo Civil – pela nova Lei nº 11.441/2007.

O artigo 1º da Lei nº 11.441/07 modificou a redação dos artigos 982 e 983 do Código de Processo Civil. Ao artigo 982, foi acrescido o parágrafo único, enquanto que o artigo 983 altera os prazos de abertura e encerramento de inventário, com a possibilidade de serem prorrogados, enquanto que o parágrafo único foi revogado, passando a vigorar da seguinte forma:

Art. 1º Os arts. 982 e 983 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Parágrafo único. (Revogado) ⁴¹.

O artigo 2º da Lei nº 11.441/07 por sua vez, altera o *caput* do art. 1.031 do Código de Processo Civil, passando a vigorar com o artigo 2.015 do Código Civil de 2002:

Art. 2º. O art. 1.031 da Lei no 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.

Portanto, verificou-se que os artigos 982, 983 e 1.031 do Código de Processo Civil foram modificados, entretanto o artigo 3º da Lei nº 11.441/07 acrescentou ao Código de

⁴¹ BRASIL. Lei 6.515/1977. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de. **Constituição federal, código civil e código de processo civil**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 949.

Processo Civil o artigo 1.124-A, o qual dispõe acerca dos requisitos e procedimentos a serem observados na realização da separação consensual e divórcio consensual, via extrajudicial.

O artigo 4º da Lei nº 11.441/07 dispõe: “Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”. O artigo 5º da nova Lei revoga o artigo 983 do Código Civil, conforme já comentado anteriormente.

A respeito das alterações proporcionadas pelo novo texto legal, Cassetari se posiciona da seguinte forma:

[...] abre-se uma possibilidade de duplo favorecimento para ambos os lados: o jurisdicionado ganha uma nova forma de realizar separação, divórcio e inventário muito mais ágil, e o judiciário ganha mais tempo para se dedicar às questões complexas, com a redução da tramitação desses processos ⁴².

É importante ressaltar que, com a aplicabilidade da nova lei, muitas dúvidas começaram a surgir quanto aos problemas práticos do dia-a-dia, os quais exigiam interpretação da recente legislação com a já existente.

Em razão disso, tornou-se necessária a adoção de medidas uniformes para a sua regulamentação em todos os Estados do nosso País, as quais foram criadas através da Resolução 35/07, pela presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministra Ellen Gracie.

A Resolução 35/07 do Conselho Nacional de Justiça foi elaborada em conjunto com os seguintes órgãos: Colégio Notarial do Brasil, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação dos Notários e Registradores do Brasil e Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Convém ressaltar que a Resolução 35/07 consta de 54 artigos, sendo que os 10 primeiros artigos da seção I focalizam um apanhado sobre inventário, partilha, separação e divórcio consensuais. A seção II dispõe sobre o inventário e a partilha nos artigos 11 a 32. A seção III aborda disposições referentes a separação e o divórcio, com os artigos 33 ao 46. Nos artigos 47 a 51 da seção IV, verificam-se orientações sobre a separação consensual, enquanto que a seção V dispõe sobre divórcio consensual nos artigos 52 e 53. Por fim, o artigo 54 dispõe que a referida Resolução entra em vigor a partir da data de sua publicação ⁴³.

Vislumbra-se que a Lei nº 11.441/07 foi implantada visando buscar a racionalização das atividades processuais, procurando desafogar o Judiciário e simplificar a vida jurídica dos cidadãos brasileiros.

⁴² CASSETARI, Cristiano. **Separação, divórcio e inventário por estrutura pública: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo, 2007. p. 25.

Com a intenção de modernizar e agilizar o Judiciário, Ações de separação, divórcio e inventário consensuais podem ser realizadas extrajudicialmente, com a presença de um advogado e de um tabelião.

Assim, tanto a separação quanto o divórcio consensuais podem ser realizados sem a intervenção judicial e sem a atuação do Ministério Público, através do procedimento extrajudicial, não mais se submetendo à burocracia antes imposta.

Por fim, com a nova lei, a separação e o divórcio, enquanto meios instintivos da relação do casamento, ganharam disciplina procedimental própria, particular. Atualmente, tais procedimentos já estão sendo feitos na esfera administrativa, em cartório extrajudicial, através de escritura pública, quando não houver filhos menores e incapazes, estando as partes interessadas de comum acordo ⁴⁴.

Serão focalizados a seguir os procedimentos extrajudiciais de separação consensual que pode, por decisão das partes, ser utilizados para a dissolução da sociedade conjugal constituída pelo casamento.

4.1. Separação Extrajudicial

A separação extrajudicial é uma das formas de dissolução da sociedade conjugal introduzida pela Lei 11.441/07, permitindo a separação consensual sem intervenção judicial, por vontade das partes, através de escritura pública, quando não houver filhos menores e incapazes. Assim sendo, a separação extrajudicial dispensa o procedimento judicial de jurisdição voluntária e permite às partes o acesso à via administrativa notarial, sem depender da posterior homologação em juízo.

4.1.1. Requisitos da Separação Extrajudicial

⁴³ GRACIE, Ellen. **Resolução 35 de 24 de abril de 2007**. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=57:resolucoes&id=2927:resoluno-35-de-24-de-abril-de-2007>. Acesso em: 20 out. 2009.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. **O novo procedimento da separação e do divórcio**: de acordo com a Lei nº 11.441/07. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 7.

Quando as partes desejarem encaminhar a separação consensual via administrativa, através de escritura pública, deverão observar determinados requisitos como: lapso temporal de um ano de casamento, que as partes estejam de comum acordo, inexistência de filhos menores e incapazes e assistência de advogado comum ou por advogado de cada um deles.

Tais requisitos estão dispostos no artigo 47 da Resolução 35/07, que prevê:

Art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum ⁴⁵.

Pontue-se que a normatização da separação e do divórcio consensuais por via administrativa é feita pelo artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, que regula:

Art. 3o A Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A: Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

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

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

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

Destaca-se que na escritura pública constarão dispositivos referentes à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e à questão da manutenção ou não do nome de casado.

Farias assim conclui:

Institui, assim, o ordenamento jurídico o desfazimento do casamento, sem intervenção judicial (e, por igual, sem a atuação do Ministério Público) através de simples manifestação de vontade dos cônjuges, por intermédio de *escritura pública* adequandose, inclusive, à dimensão constitucional da liberdade de autodeterminação da pessoa humana ⁴⁶.

4.1.2. Lapso temporal

No caso da separação consensual extrajudicial, o tempo de duração do casamento deve ser de um ano, conforme o artigo 47, “a” da Resolução 35/07 que deixa bem claro tal exigência: “são requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um

⁴⁵ GRACIE, loc. cit.

⁴⁶ FARIAS, 2007, p.35-36.

ano de casamento;”⁴⁷ sendo que o prazo é comprovado pela apresentação da certidão do casamento no ato de lavratura da escritura pública.

Salienta-se que, o prazo de um ano de casamento é exigido, também, para as separações consensuais originadas de separação litigiosa em juízo, quando é obtido acordo entre as partes pelo magistrado.

A este respeito, Venosa faz o seguinte comentário: “[...] fundamentar-se-ia a exigência no fato de tratar-se de um período de prova, no qual se aguarda a acomodação e compreensão da vida em comum, não permitindo que um aqodamento possa jogar por terra o matrimônio nos primeiros meses”⁴⁸.

Além da certidão de casamento já citada inicialmente, o artigo 33 da Resolução 35/07 elenca outros documentos que são exigidos, tanto para a lavratura da escritura pública de separação consensual, como também para o divórcio consensual:

Art. 33. Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) *certidão de casamento*; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver⁴⁹.

A doutrina vem apontando divergências a respeito da necessidade de observar o lapso temporal mínimo para a separação consensual. Dias citado por Farias faz o seguinte comentário: “Sem dúvida, não guarda qualquer coerência impor a duas pessoas permanecerem casadas contra a sua vontade, atentando, frontalmente, contra a sua liberdade e a sua própria dignidade, além de servir como estímulo à fraude”⁵⁰.

4.1.3. Acordo de Vontades

Para obter a separação extrajudicial, o acordo de vontades é outro requisito exigido pela Lei nº 11.441/07 que tem como finalidade facilitar e agilizar a separação e o divórcio consensuais, subtraindo do Poder Judiciário considerável parte das ações de jurisdição contenciosa ou voluntária.

⁴⁷ GRACIE, loc. cit.

⁴⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6. p. 226.

⁴⁹ GRACIE, loc. cit.

⁵⁰ DIAS apud DIAS, Christiano Chaves. **O novo procedimento da separação e do divórcio**. (de acordo com a Lei nº 11.441/2007). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 128-129.

É necessário frisar a relevância do artigo 2º da Resolução 35/07 que assim dispõe: “É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial, podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial”⁵¹. Assim se manifestam Coltro e Delgado:

Como visto, a “disponibilidade” e a “facultatividade” são vocábulos aptos a habitar a Lei 11.441/07 no sentido de conferir opção aos casais para separarem-se, consensualmente, por meio de processo judicial ou de procedimento extrajudicial. Ademais, a sistemática adotada na CF/88 prestigia o acesso – pleno e incondicional – ao Judiciário como direito fundamental, isto é, não é *conditio sine qua non* o exaurimento da via administrativa⁵².

Entretanto, ressalte-se que, para a obtenção da separação consensual extrajudicial, torna-se necessário que a escritura pública esteja de acordo com o artigo 47, “b” da Resolução 35/07: “manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas”⁵³.

Convém acrescentar o artigo 35 da Resolução 35/07 que regula:

Art. 35. Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das conseqüências da separação e do divórcio, firmes no propósito de pôr fim à sociedade conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente, sem hesitação, com recusa de reconciliação⁵⁴.

Prevendo o restabelecimento da sociedade conjugal, após a separação extrajudicial, a Resolução nº 35/07 estabeleceu em seus artigos 48, 49, 50 e 51 normas cabíveis em tal situação:

Art. 48. O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão de sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

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

Art. 50. A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações.

Art. 51. A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal somente poderá ser efetivada depois da averbação da separação no registro civil, podendo ser simultânea⁵⁵.

Desta forma, não há impedimento algum para que os separados judicialmente restabeleçam a sociedade conjugal através de escritura pública, entretanto a mesma não pode ser restabelecida com modificações.

⁵¹ GRACIE, loc. cit.

⁵² COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007. p. 23.

⁵³ GRACIE, loc. cit.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

É importante destacar a responsabilidade do tabelião em orientar as partes quanto à apresentação do seu traslado ao registro civil do assento do casamento, a fim de que seja efetuada a averbação devida.

Cassettari explica as consequências que poderiam trazer para as partes interessadas, caso seja proibida a reconciliação extrajudicial:

A proibição da reconciliação extrajudicial na hipótese de inexistência de filhos menores e incapazes contribuiria para a formação de uma união estável entre ex-cônjuges, haja vista que, em razão da dificuldade de se formalizar a reconciliação extrajudicialmente, as partes iriam optar por reconciliar faticamente, fazendo com que as normas vigentes na relação do casal sejam aquelas descritas nos arts. 1.723 e seguintes do Código Civil ⁵⁶.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça firmou entendimento no sentido de manter o restabelecimento da separação extrajudicial, através da Resolução 35/07.

Cumprir lembrar que, para a lavratura da escritura pública, as partes podem declarar a sua vontade pessoalmente ou por procuração, nos termos do artigo 36 da Resolução 35/07:

Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias ⁵⁷.

Logo as partes só poderão ser dispensadas pessoalmente de comparecer à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais se o mandatário for constituído por instrumento público, com poderes especiais. Cassettari assim se manifesta sobre o assunto:

Certíssima a posição dos Tribunais Estaduais, haja vista que aceitar o divórcio consensual por procuração com poderes especiais outorgada por cônjuge residente no exterior é conceder o direito à igualdade (direito fundamental previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal) ⁵⁸.

Cumprir salientar que o representante é obrigado a provar ao tabelião a existência e extensão dos poderes que lhe foram conferidos para atuar em nome do representado, pois do contrário não será admitida a prática do ato.

Se a atuação do representante conflitar com os interesses do representado, sendo que tal fato era conhecido do terceiro com quem se tratou, o ajuste de vontades será anulável ⁵⁹.

4.1.4. Ausência de filhos menores ou incapazes do casal

⁵⁶ CASSETARI, 2007, p. 62.

⁵⁷ GRACIE, loc. cit.

⁵⁸ CASSETARI, op. cit., p. 51-52.

O texto legal permite a adoção do procedimento extrajudicial somente quando não houver filhos menores ou incapazes, de acordo com o artigo 47, “c” da Resolução 35/07 que dispõe sobre a ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal: “São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: [...] c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal”⁶⁰.

A respeito da emancipação, Cassettari diverge do texto legal:

Como o legislador foi abrangente, entendemos que a emancipação voluntária dos filhos maiores de 16 e menores de 18 anos (inciso I do parágrafo único do art. 5º do Código Civil), não é suficiente para permitir que a separação e o divórcio possam ser realizados por escritura pública, já que nesse caso haverá a aquisição da capacidade de direito, mas não da maioridade que se dá aos 18 anos [...] ⁶¹.

Com base neste entendimento, mesmo que o filho menor seja voluntariamente emancipado pelos pais, apesar de se tornar capaz, só completará a maioridade aos 18 anos, sendo assim a separação consensual só se efetivará via judicial. Entretanto este posicionamento não está pacificado na doutrina.

A Resolução 35/07 dispõe em seu artigo 34: “As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento”⁶².

A vedação legal procura resguardar os interesses dos filhos menores e incapazes, sendo necessária a intervenção do Ministério Público, do contrário acarreta nulidade do processo.

4.1.5 Assistência de advogado

A necessidade de assistência às partes por advogado é outro requisito obrigatório para a lavratura de escritura pública de separação ou divórcio consensuais, pois os interesses recíprocos das partes devem ser protegidos.

O artigo 3º, parágrafo 3º da Lei nº 11.441/07, assim dispõe:

Art. 3º A Lei no 5.869 de 1973 – Código de Processo Civil – passa a vigorar acrescida do art. 1.124-A: [...]
§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial ⁶³.

⁵⁹ FARIAS, 2007, p. 37.

⁶⁰ GRACIE, loc. cit.

⁶¹ CASSETTARI, 2007, p. 29.

⁶² GRACIE, op. cit.

Assim as partes devem comparecer ao cartório do domicílio de qualquer dos consortes, assistidas por advogado, comum ou não, e lavrar a escritura pública, dissolvendo o casamento através da separação ou do divórcio consensuais.

Farias enfatiza a importância do advogado na lavratura da escritura. “Entendo, contudo, fundamental a presença do advogado na lavratura da escritura, inclusive assinando conjuntamente o ato, de modo a demonstrar que as partes estavam, naquele momento, devidamente assistidas” ⁶⁴.

É oportuno ressaltar ainda que o tabelião deve permitir que as partes contratem advogado de sua confiança, de acordo com o artigo 9º, primeira parte da Resolução 35/07, que regula: “É vedada ao tabelião a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer para o ato notarial acompanhadas de profissional de sua confiança” ⁶⁵.

Entretanto a segunda parte do artigo 9º da Resolução 35/07 esclarece que, se a pessoa não dispuser de recursos financeiros, será caso de atuação da Defensoria Pública ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil:

“Art. 9º [...] se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil” ⁶⁶.

Se as partes dispuserem de recursos, poderão ajustar com seu advogado honorários devidos através de contrato de prestação de serviços.

É conveniente lembrar que a Lei nº 11.441/07 tem a finalidade de garantir ao cidadão segurança jurídica, através da assistência de um advogado.

4.2. Aspectos Destacados do Procedimento Extrajudicial na Separação e Divórcio Consensuais à Luz da Lei n.º 11.441/2007

A Lei nº 11.441/2007 teve origem no Projeto de Lei do Senado nº 155 de 2004, de autoria do Senador César Borges que justificou seu projeto com a possibilidade de tornar mais acessível o procedimento de inventário via extrajudicial, permitindo a redução de custos e maior agilidade no andamento do processo.

⁶³ BRASIL. **Lei 11.441 de 2007**. In: ABREU FILHO, 2009, p. 949.

⁶⁴ FARIAS, 2007, p. 42.

⁶⁵ GRACIE, loc. cit.

⁶⁶ Ibid.

Após a tramitação pelo Congresso Nacional, o Projeto 155 de 2004 sofreu alterações na Câmara dos Deputados, ampliando seu conteúdo para permitir que as separações e divórcios consensuais fossem realizados administrativamente, no caso de não existirem filhos menores e incapazes. A partir das modificações, o Projeto recebeu o nº 6.416 de 2005.

Findos os trâmites legais, foi promulgada a Lei nº 11.441 em 04 de janeiro de 2007 entrando em vigor já no dia seguinte, isto é, em 05 de janeiro de 2007. A *vacatio legis* de 45 dias prevista pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil⁶⁷ não foi aplicada vez que a vigência se deu imediatamente.

A este respeito, Cassetari manifestou-se da seguinte maneira:

[...] muitos desses problemas se deram em virtude de o legislador não estabelecer um prazo de *vacatio legis* para a citada lei, determinando que esta entrasse em vigor na data da sua publicação, contrariando expressamente o que determina o art. 8º da Lei Complementar 95/1998, que só permite esta prática quando a lei for de pouca repercussão, o que não é o caso. O prazo de *vacatio legis* seria benefício para estimular a discussão sobre as dúvidas geradas pela referida norma⁶⁸.

Após a análise jurídica da nova Lei através da interpretação dos seus dispositivos legais, o legislador vem acompanhando a sua aplicabilidade a fim de verificar se está atendendo aos anseios da sociedade.

Sintonizada com inspiração constitucional, a Lei 11.441/07 seguiu a trilha do Código Civil de 2002, buscando inovar e facilitar a dissolução consensual do casamento via administrativa, mantendo estreita relação com a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, Farias assim explica:

Fácil perceber, então, que toda e qualquer norma familiarista (inclusive a Lei nº 11.441/2007) demanda a verificação do fundamento de validade constitucional, não podendo produzir efeitos se fugir à orientação e balizamento da dignidade humana⁶⁹.

A nova Lei revela-se reformadora no que diz respeito à dinâmica das suas proposições e inovadora quanto aos meios de atingir seus objetivos.

4.2.1. Autonomia privada

⁶⁷ BRASIL. **Decreto lei 4657 de 1942**. In: ABREU FILHO, 2009, p. 1085.

⁶⁸ CASSETARI, 2007, p. 25.

⁶⁹ FARIAS, 2007, p. 31.

A Lei inovou ao primar pela menor intervenção do Estado na vida dos casais e permitiu maior autonomia por parte das pessoas, sendo que prevalece o interesse privado ao público. A este respeito, Cruz se manifesta informando que: “[...] é justo que seja oferecido às partes um caminho simplista, para a dissolução da sociedade conjugal, afastando a intromissão do Estado e possibilitando ao casal o fim do casamento, por um simples ato notarial”⁷⁰.

Verifica-se que é por meio da autonomia privada que os direitos serão exercidos, alguns com caráter negocial, outros com natureza existencial como acontece com um casal apaixonado que resolve casar.

Coltro e Delgado têm a seguinte opinião sobre o assunto:

Neste sentido, não há interesse juridicamente relevante que autorize às partes a buscarem o Judiciário para formalizarem a extinção do vínculo jurídico nascido em um casamento que ambas as partes não mais desejam manter, por não mais interessar a uma ou a ambas⁷¹.

A autonomia privada contida no dispositivo legal citado deve servir como mecanismo que possibilite às partes a satisfação dos seus interesses através do exercício dos direitos.

4.2.2. Facultatividade

Convém registrar que a nova Lei possibilitou a facultatividade na escolha da opção judicial ou extrajudicial para o pedido de separação ou divórcio consensuais, através do artigo 2º da Resolução 35 de 2007.

Os processos de separação e divórcio judiciais, encaminhados antes da vigência da lei, não impedem a opção pelo procedimento notarial, bastando a juntada de cópia autêntica da escritura para desistência do feito.

Se a lei for observada de forma adequada, proporcionará a redução do número de processos no Judiciário, entretanto isto ocorrerá por decisão das partes e não por imposição judicial.

Neste contexto, Franco e Catalan assim complementam:

⁷⁰ CRUZ, Maria Luiza Pova. **Separação, divórcio e inventário por via administrativa**: implicações das alterações do CPC promovidas pela lei 11.441/2007. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 11.

⁷¹ COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Coord.); DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007.

Por último, vale destacar que, para o procedimento de divórcio, separação e conversão desta naquele, o consenso é pressuposto que direciona os interessados ao procedimento extrajudicial. A ausência de consenso, a existência de filhos de filhos menores, bem como eventuais vícios em uma separação, divórcio ou conversão anteriormente homologada, autoriza aos interessados e eventuais terceiros interessados a busca pela providência jurisdicional cabível ⁷².

Vale dizer que o percurso administrativo não é obrigatório, logo, se as partes não demonstrarem interesse poderão valer-se imediatamente do Poder Judiciário, como na hipótese especial de fixação de pensão alimentícia para um dos cônjuges, a fim de viabilizar uma posterior execução de obrigação alimentar.

A liberdade e o princípio da autonomia da vontade do cidadão, consagrados pela Constituição Federal de 1.988, estarão sendo observados.

4.2.3. A escritura pública como instrumento do procedimento extrajudicial na separação e divórcio consensuais

O requisito fundamental da separação ou divórcio consensuais é o acordo de vontades entre os cônjuges, levado ao registro, através da escritura pública, que deverá conter os termos do acordo, a partilha de bens adquiridos, a obrigação de prestar alimentos a quem deles necessitar, a utilização ou não do sobrenome adquirido pelo casamento além de outras conseqüências que podem surgir ⁷³.

A separação e o divórcio realizados através de escritura pública gozam de presunção relativa de autenticidade em conseqüência da fé pública que possui o oficial perante o qual é lavrada, fazendo prova do que contém ⁷⁴.

A fim de preservar os efeitos legais e a própria presunção que produz, o legislador exigiu que a elaboração da escritura pública contenha as formalidades exigidas pelo §1º do artigo 215 do Código Civil, conjugado com o parágrafo único do artigo 219 também do Código Civil, que assim regulam:

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.
Parágrafo 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:
I- data e local de sua realização;

⁷² FRANCO, André; CATALAN, Marcos. **Separação e divórcio na esfera extrajudicial**: faculdade ou dever das partes. In: COLTRO; DELGADO, 2007, p. 45-46.

⁷³ FARIAS, 2007, p. 94.

⁷⁴ Ibid., p. 39.

II- reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;
 III- nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;
 IV- manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;
 V- referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;
 VI- declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;
 VII- assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.⁵⁴
 Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.
 Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las⁷⁵.

Portanto, a escritura faz prova plena, pois é dotada de fé pública, devendo preencher as formalidades expressas na lei, sendo que após a sua lavratura não mais será possível alterá-la, a não ser para correção de erros materiais.

4.2.4. Competência territorial

O Código de Processo Civil, em seu artigo 100, inciso I, regula: “Art. 100. É competente o foro: I – da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento”⁷⁶. Entretanto, na esfera extrajudicial, houve inovação quanto à competência do tabelionato de notas para as ações de separação e divórcio consensuais através do artigo 1º que dispõe: “Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil”⁷⁷.

Além dos artigos citados, convém também acrescentar o artigo 8º da Lei 8.935/1994, que estabelece não haver competência territorial para os atos realizados no tabelionato de notas, da seguinte forma: “É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens, objeto do ato ou negócio”⁷⁸. Portanto,

⁷⁵ BRASIL. **Código civil**. In: ABREU FILHO, 2009, p. 213.

⁷⁶ BRASIL. **Código de processo civil**. In: ABREU FILHO, op. cit., p. 406.

⁷⁷ BRASIL. **Lei 11.441 de 2007**. In: ABREU FILHO, op. cit., p. 949.

⁷⁸ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1560.

não há competência territorial, vez que é livre a escolha do tabelião de notas para a lavratura destas escrituras.

É bom ter sempre presente a responsabilidade do tabelião em informar com clareza aos cônjuges dos procedimentos que devem ser levados a efeito, após a lavratura da escritura pública no Cartório.

4.2.5. Segredo de justiça

Os processos judiciais referentes a separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores correm em segredo de justiça, conforme preceitua o artigo 155, II do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: [...] II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”⁷⁹.

Entretanto, a Resolução 35/07 preceitua em seu artigo 42: “Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais”⁸⁰.

Vislumbra-se que a publicidade deve ser restrita a quem possua legítimo interesse de ordem jurídica em virtude de sua natureza, assim como ocorre com a publicidade do testamento.

Torna-se prudente disponibilizar uma sala ou um ambiente reservado e discreto para o atendimento das partes, para evitar transtornos futuros.

4.2.6. Assistência judiciária e gratuidade

Inicialmente, convém destacar que há diferença entre assistência judiciária e gratuidade, sendo que a primeira consiste no patrocínio da causa a quem não tem condições de contratar advogado, enquanto que a gratuidade envolve a isenção no pagamento de custas e despesas processuais.

⁷⁹ BRASIL. **Código de processo civil**. In: ABREU FILHO, 2009, p. 412.

Desde que os cônjuges não possuam condições para arcar com os encargos financeiros do processo, ou seja, custas, despesas e honorários, serão beneficiadas com a gratuidade, sendo que a Lei exige declaração escrita pelo necessitado sobre sua real situação financeira. Outrossim, caberá impugnação com prova em sentido contrário pela parte interessada.

Por outro lado, a Resolução 35/07 prevê, em seu artigo 7º⁸¹, a possibilidade de obtenção da gratuidade com a simples declaração das partes, mesmo que estejam constituídas por advogado. Já o artigo 6º da Resolução 35/07 preceitua que a gratuidade abrange as escrituras de separação e divórcio consensuais⁸².

No que diz respeito à extensão da gratuidade, abrangerá também todos os atos inseridos no contexto da escritura como a sua lavratura e eventual averbação.

Caso haja negativa por parte do tabelião quanto à aceitação da declaração do requerente, este poderá valer-se de procedimento administrativo como comunicação à Corregedoria do respectivo Tribunal de Justiça e/ou impetração de mandado de segurança.

4.2.7. Responsabilidade do notário

O notário é auxiliar importante na prática de determinados atos jurídicos revestidos de forma notarial exprimindo a fé pública, isto é, uma confiança da própria coletividade na validade e eficácia do documento elaborado.

Convém lembrar que, para a lavratura da escritura pública exige-se que o ato seja praticado em frente de um notário, porque a escrituração dos atos notariais faz com que eles ganhem fé pública e essa fé pública lhes dá a presunção de validade.

Constata-se que a Lei nº 8.935 de 1994, em seu artigo 6º, elenca as atribuições do notário da seguinte forma:

Art. 6º Aos notários compete:

- I- formalizar juridicamente a vontade das partes;
- II- intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

⁸⁰ GRACIE, loc. cit.

⁸¹ GRACIE, loc. cit.

⁸² Ibid.

III- autenticar fatos ⁸³.

O notário desempenha o papel criador da vontade individual, devendo estar comprometido com a lealdade e com o respeito à segurança das relações juridicamente constituídas, prestando serviço eficaz. Caso se comprove que o notário tenha divulgado dados particulares dos separandos a que teve acesso, responderá civilmente pelos danos causados, quer materiais, quer morais. Todavia este entendimento não está pacificado na doutrina.

Os direitos e deveres dos notários e oficiais de registro podem ser encontrados no artigo 28 da Lei nº 8.935/ 94, que assim dispõe: “Art. Os notários e oficiais de registro gozam da independência no exercício de suas atribuições, tem direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei” ⁸⁴.

A função do notário é proporcionar segurança, na medida em que proporciona a estabilidade própria às relações jurídicas que circulam pelo sistema notarial e registral.

⁸³ BRASIL, 2009, p. 1560.

⁸⁴ BRASIL, 2009, p. 1560.

CONCLUSÕES

Para a definição da natureza jurídica da Jurisdição voluntária, faz-se necessário uma análise do que vem a ser Jurisdição, para sabermos se a Jurisdição voluntária a ela se encaixa. Por isso, fizemos uma breve explanação sobre a Jurisdição e seu papel como função estatal, bem como da Jurisdição contenciosa, que vem sendo denominada pela maioria dos processualistas de a verdadeira e pura Jurisdição.

Assim, para realmente saber sobre a natureza jurisdicional de certos meios alternativos de composição de conflitos ou controvérsias, deve-se levar em conta a jurisdição como poder, função e atividade, bem como passar por todos os seus princípios e características que desse tripé formam o poder jurisdicional do Estado.

Tendo em vista os argumentos apresentados, percebe-se, que existe uma tendência natural do ser humano de afastar aquilo que aparenta ser novo. O repúdio à idéia de compartilhar, o machismo predominante no núcleo familiar, a famosa Lei de Gerson, que se traduz no desejo de “sempre levar vantagem”, faziam com que muitos pais se limitassem a pagar uma pensão (e às vezes até se omitiam a ela), deixando para a mulher a difícil tarefa de administrar e “fazer render” aquela quantia em benefício dos filhos, além de arcar com toda a responsabilidade sobre sua formação física, psíquica e espiritual. Assim vem esse instituto da Guarda Compartilhada tentar minimizar esse erro e dar uma solução mais eqüitativa em que mesmo que os filhos permaneçam na companhia da mãe, o pai seria incentivado a assumir com ela responsabilidade pela totalidade da formação dos filhos.

Sendo assim a separação judicial consensual é a forma, que assiste aos cônjuges, de terminar a sociedade conjugal, sem entrar em conflito e de forma menos lesiva à prole e dividindo responsabilidades entre eles e troca de afeto com seus filhos.

O instituto da guarda compartilhada foi favorecido por um contexto histórico, onde a inserção da mulher no mercado de trabalho, a consolidação da igualdade entre homem e mulher, e o maior aprofundamento trazido pelas contribuições de vários campos do saber, exigiu um novo entendimento acerca do que abrangeria o melhor interesse do menor, quando da separação de seus pais.

Por guarda compartilhada, entende-se um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os pais, que continuam a tomar as importantes decisões na criação de seus filhos conjuntamente, buscando-se assemelhar o tanto

quanto possível as relações pré e pós separação, ainda que o menor fique sob a guarda física de apenas um dos pais.

Em suma a forma de dissolução consensual busca pôr termo a relação de forma harmônica, haja vista que o processo pode ser acelerado, o casal vai para a Justiça em perfeito acordo sobre a separação e a forma que seus reflexos atuarão na vida de cada um.

Ao se fazer uma abordagem do procedimento extrajudicial adotado pela Lei nº 11.441/07 para a dissolução da sociedade conjugal proveniente do casamento, percebe-se que, por longo tempo, prevaleceu o casamento como sacramento, tendo como característica a indissolubilidade que refletia a forte influência religiosa.

Entretanto a referida lei, após sua implantação, trouxe dúvidas e incertezas. Assim, a Resolução 35/07, com seus dispositivos legais, foi instituída com a finalidade de orientar os recentes procedimentos adotados e esclarecer as dúvidas emergentes da nova Lei.

Observa-se que a Lei nº 11.441/07 inovou ao primar pela menor intervenção do Estado na vida das pessoas, permitindo maior autonomia na escolha do procedimento a ser adotado para a separação e o divórcio consensuais. Quanto aos processos em andamento, via judicial, é perfeitamente possível a sua desistência para requerer extrajudicialmente através de escritura pública, sendo também permitida a possibilidade de reconciliação extrajudicial entre os cônjuges no tabelionato de notas.

Outro fator considerável é que a nova Lei permite agilizar o tempo de espera das partes em relação aos processos encaminhados via judicial. Além de disponibilizar um menor tempo, visa desafogar o Judiciário. Mas isso não é tudo, também pretende facilitar a vida das pessoas que não mais necessitam recorrer ao Judiciário apenas para homologar um acordo de vontades.

Como toda lei nova, é normal que gere expectativas e crie resistências à sua aplicabilidade, uma vez que tudo o que é novo possibilita incertezas. Os juristas resistentes ao novo dizem que os inventários, separações e divórcios pela via administrativa abrem oportunidades para fraudes. Outros discordam deste posicionamento. Há também os que citam vários questionamentos de ordem prática, processual e administrativa. Caberá à doutrina e à jurisprudência esclarecer o texto legal e sanar as possíveis omissões.

Por fim, aguarda-se que a Lei nº 11.441/07 atinja suas metas e contribua da melhor forma para a celeridade, a simplificação das formas e a eficiência na solução dos conflitos da família brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). **Constituição federal, código civil, código de processo civil**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ConstituicaoConstitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15. mar. 2009.

_____. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 6. ed. São Paulo, 2003.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1977.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 12. ed São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 4.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio à luz da lei 11.441/07, que permitiu separação e o divórcio consensuais em cartório**: teoria e prática. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

CASSETARI, Cristiano. **Separação, divórcio e inventário por estrutura pública**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo, 2007.

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

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ, Maria Luiza Pova. **Separação, divórcio e inventário por via administrativa: implicações das alterações do CPC promovidas pela lei 11.441/2007**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A estatização do afeto**. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=29&isPopUp=true>. Acesso em: 18 mar. 2009.

_____. **Separação e divórcio: uma inútil duplicidade**. Disponível em: <<http://www.professorchristiano.com.br>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2006.

DIAS apud DIAS, Christiano Chaves. **O novo procedimento da separação e do divórcio**. (de acordo com a Lei nº 11.441/2007). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves. **O novo procedimento da separação e do divórcio**: de acordo com a Lei nº 11.441/07. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRANCO, André; CATALAN, Marcos. **Separação e divórcio na esfera extrajudicial: faculdade ou dever das partes**. In: COLTRO; DELGADO, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONTIJO, S.. Guarda de Filho. Belo Horizonte: **Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo**, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo, 2002. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 29 mar. 2009.

GRACIE, Ellen. **Resolução 35 de 24 de abril de 2007**. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=57:resolucoes&id=2927:resoluno-35-de-24-de-abril-de-2007>. Acesso em: 20 out. 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir?** São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=10&lsTextoId=1094972355> >. Acesso em: 20 mar 2009.

IOWA JUDICIAL BRANCH. Child Custody. **Des Moines: Iowa Judicial Branch**, 2002. Disponível em: <<http://www.judicial.state.ia.us/families/custody.asp>>. Acesso em: 29 mar 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Maria Berenice; CUNHA, Rodrigo (coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** vol. 6, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 20 CUNHA, Rodrigo. Até que a morte nos separe. Disponível em: http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=26&CodTema=44&Tipo=1. Acesso em: 18 mar. 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. rev. e atual. Por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, vol. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.