

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

PAULO ROBERTO DA COSTA

OS EFEITOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DA LEI 11.441/07
NA ÁREA DO DIVÓRCIO ADMINISTRATIVO

RUBIATABA – GO

2011

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



PAULO ROBERTO DA COSTA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

OS EFEITOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DA LEI 11.441/07
NA ÁREA DO DIVÓRCIO ADMINISTRATIVO

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do professor Wilson Luiz da Silva, especialista em Direito Civil e Processo Civil e Docência Universitária.

35886
5

Tombo n°	18397
Classif.:
Ex.:	1.
.....
.....
.....
Origem:	d
Data:	09-02-12

RUBIATABA – GO

2011

PAULO ROBERTO DA COSTA

**OS EFEITOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DA LEI 11.441/07 NA
ÁREA DO DIVÓRCIO ADMINISTRATIVO**

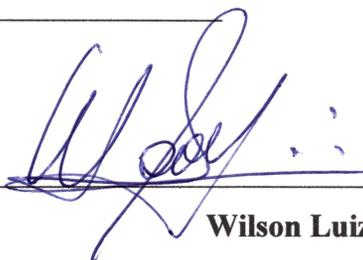
COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RESULTADO: _____

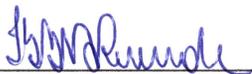
Orientador: _____



Wilson Luiz da Silva

Especialista em Docência Universitária, Direito Civil e Processo Civil

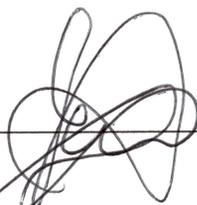
1º Examinador: _____



Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende

Especialista em Docência Universitária, Direito Civil e Processo Civil

2º Examinador: _____



Valtecino Eufrásio Leal

Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento

RUBIATABA - GO, 2011

DEDICATÓRIA

A todas as pessoas que de uma forma ou de outra contribuíram para esta minha conquista, professores, todos os funcionários da FACER, os quais sempre me trataram respeitosamente bem, meus admiráveis colegas acadêmicos, enfim todos os que acreditaram em mim, me encorajaram, me disseram palavras de incentivo, especialmente à minha querida esposa Maria Betânia, meus amadíssimos filhos Marco Aurélio e Luis Guilherme, meu maior exemplo de vida minha mãe Dona Isolina Moreira Ferreira, com saudades a meu Antonio Ferreira da Costa "in memoriam", enfim, todos os meus familiares. Quero registrar, através desta modesta homenagem, sentimentos de gratidão que palavras não conseguem descrever.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, por ter me possibilitado mais essa conquista, pela proteção, pela força e sabedoria; a todos aqueles que, com palavras sábias, me estimulou a seguir adiante, aos professores que se dedicaram, aos amigos e a todas as pessoas que acompanharam essa minha difícil, mas recompensadora caminhada, e que agora celebram comigo, enfim, meu agradecimento todo especial à minha querida e amada família, minha esposa Maria Betânia, meus filhos Marco Aurélio e Luis Guilherme, que abriram mão de minha companhia e souberam compreender o tempo em que me ausentei por conta de meus estudos, minha querida mãezinha modelo de força e de alegria de viver Dona Isolina Moreira Ferreira, a meu Antonio Ferreira da Costa "in memoriam", que infelizmente não pode comemorar conosco, mas certamente, lá junto de Deus está muito orgulhoso por esse feito.

Epígrafe

Semear é preciso:

*“Se não der frutos, valeu a beleza das flores;
se não der flores, valeu a sombra das folhas;
se não der folhas, valeu a intenção da semente”*

Henfil

RESUMO: Este trabalho versa sobre o Divórcio, tendo em vista que tema que gerou muitas expectativas na sociedade desde quando se passou a cogitar sobre uma lei que o regulamentasse, porém durante décadas houve uma grande resistência da Igreja Católica que tornou impossível legislar sobre o assunto. Porém em 1977 o divórcio foi introduzido no Direito Brasileiro, com o advento da Lei nº. 6.515/77, regulamentando a dissolubilidade do vínculo matrimonial, que já havia sido introduzida pela Emenda Constitucional nº. 9, também de 1977. O direito seguiu sua evolução e com o advento da Lei nº. 11.441/2007, foi dada a possibilidade dos interessados em pôr fim ao casamento, fazê-lo via administrativa, ou seja, em Tabelionato de Notas, sendo necessário que as pessoas estivessem separadas judicialmente por mais de um ano ou de fato por mais de dois anos; por fim com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66 de 2010, aboliu-se a exigência do lapso temporal, permitindo que seja feito o chamado “divórcio direto”, o que faz crer, na possibilidade de um processo mais célere, capaz de atender as necessidades de uma sociedade moderna.

Palavras Chave: Casamento, Separação, Litigiosa, Consensual, Administrativa, Divórcio.

RESUMEN: Este trabajo trata sobre el divorcio, un tema que ha generado muchas expectativas en la sociedad, pero durante décadas ha habido una gran fuerza de la Iglesia Católica que hace difícil legislar sobre el tema. Pero en 1977 la ley de divorcio fue introducida en Brasil con la promulgación de la Ley núm. 6.515/77, que regula la disolubilidad del matrimonio, que había sido introducida por la Enmienda Constitucional. 9, también en 1977. El derecho y seguir su evolución con el advenimiento de la Ley núm. 11.441/2007, se le dio la oportunidad a las partes interesadas para poner fin al matrimonio, lo administrativo, es decir, notas Notario, siendo además requisito necesario antes de la separación legal por más un año, o de hecho por más de dos años, con la entrada en vigor de la Enmienda Constitucional. 66, 2010, se suprimió el requisito de el paso del tiempo, lo que le permite darse el llamado "divorcio directo", lo que sugiere la posibilidad de un proceso más rápido, capaz de satisfacer las necesidades de una sociedad moderna.

Palabras Clave: El matrimonio, separación, litigios, consensual, divorcio administrativo.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

Art. ou art. = Artigo

Atual. = Atualizado

Cap. = Capítulo

CF/88 = Constituição Federal de 1988

CC/02 = Código Civil de 2002

CPC = Código de Processo Civil

Ibidem. = mesma obra do mesmo autor. Refere-se à última fonte citada.

Inc. = inciso

Idem: adv. O mesmo. (Emprega-se para evitar repetições e abrevia-se assim: id.).

In verbis. = significa que o texto foi transcrito na forma literal (*ipsis litteris*)

Ipsis litteris = significa que o texto foi transcrito na forma literal (*in verbis*)

Status = Posição

Usque = até

n°. = Número

p. = página

PEC = Proposta de Emenda à Constituição

STJ = Superior Tribunal de Justiça

TJGO = Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

§ = parágrafo

Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
1. Conceitos.....	15
1.1. Casamento.....	15
1.2 Divórcio.....	16
1.3 Separação e divórcio.....	17
1.3.1 Divórcio na redação anterior.....	18
1.4 Separação judicial.....	19
1.4.1 Separação judicial por mútuo consentimento.....	19
1.4.2 Separação litigiosa.....	21
1.4.3 Separação litigiosa como remédio.....	22
1.5 O fim da separação judicial ocorreu?.....	23
2. CELERIDADE TRAZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL nº. 45/2004.....	25
2.1 A era que antecede a Lei nº. 11.441/07.....	27
2.2. Lei nº. 11.441/2007 (Separação Extra Judicial, ou Administrativa).....	27
2.3 Mudanças que trouxe a Lei nº. 11.441/2007.....	28
2.4 A manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.....	30
2.5 Separação extrajudicial consensual.....	31
3. A OBRIGATORIEDADE DA SEPARAÇÃO CONSENSUAL, DO DIVÓRCIO CONSENSUAL E DO INVENTÁRIO PELA VIA JUDICIAL.....	35
3.1. Causas que levam ao divórcio judicial.....	37
3.2. Hipóteses culposas na separação judicial, segundo o novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02).....	38
3.3 Efeitos da separação judicial.....	42
3.4 A guarda dos filhos diante da dissolução da sociedade conjugal.....	43
3.5 Nome de solteira na separação.....	45
4. EVOLUÇÃO PARA O NOVO CONCEITO DE DIVÓRCIO.....	47
4.1 Divórcio direto.....	48
4.2 Divórcio indireto.....	49
4.3 Distinções existentes entre separação e divórcio.....	50
4.4 Propostas de emenda à Constituição nº. 413/05 e nº. 33/07.....	51
4.5 Divórcio imediato - emenda constitucional.....	53

CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	62
ANEXOS	65

INTRODUÇÃO

O estudo a que se propõe a presente monografia visa discutir questões relevantes sobre os efeitos práticos trazidos pelas modificações que a legislação processual tem sofrido, em especial no que se refere ao Divórcio Administrativo, no cotidiano das pessoas que desejam se separar.

Sendo o objetivo geral procurar identificar e demonstrar os pontos em que as pessoas possam se beneficiar ao optarem por esse tipo de procedimento.

É notório que o Código de Processo Civil tem sido alvo de diversas modificações, buscando melhor atender às necessidades das pessoas, e a se adequar à nova realidade social. Entretanto para que o tema em tela seja discutido e alcance a compreensão esperada, torna-se necessário abordar alguns aspectos históricos sobre o instituto do casamento e da separação.

Tendo como objetivos específicos o estudo das várias formas de separação e divórcio, fazer referências às mudanças adotadas durante essa evolução do Direito Brasileiro, e diante das diversas modalidades, procurar verificar se a sociedade brasileira foi ou não beneficiada, afinal de contas não é todo dia que o Judiciário delega uma tarefa, exclusivamente sua, para que seja realizada fora do âmbito do Judiciário, por pessoas a serviço do judiciário, porém, particulares.

Assim, o primeiro capítulo, inicia-se com um breve relato acerca da evolução histórica da família e do casamento, mostrando que da convivência familiar surgiram os conflitos que culminaram no fim do matrimônio.

Em seguida, no mesmo capítulo, passou-se ao conceito de casamento e divórcio, mostrando suas evoluções dentro da legislação brasileira no decorrer dos tempos. Foram também abordadas as diversas modalidades de separação que antecederam a atual separação feita pela via administrativa, introduzida em nossa legislação pela Lei nº. 11.441, publicada em cinco de janeiro de 2007 e que será amplamente explanada nos capítulos seguintes.

O segundo capítulo inicia-se dando ênfase ao fato de que as mudanças na Lei da separação, ocorreram para atender às necessidades da sociedade moderna, enfocando principalmente a mobilização do Poder Judiciário e do Congresso Nacional para fazer surgir a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que incluiu no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII que trouxe o princípio da celeridade processual.

Tratará também este capítulo sobre a Lei nº. 11.441/2007, que é o foco principal desta monografia, mostrando a era que a antecedeu e as mudanças que ocorreram no Código de Processo Civil e na vida das pessoas com o advento da referida Lei. Serão abordadas, ainda, neste capítulo, questões acerca dos efeitos das inovações trazidas pela citada Lei no campo do Divórcio Administrativo, tais como as possíveis vantagens para quem optar por esse tipo de procedimento em detrimento do procedimento judicial.

Bem como, analisadas as modificações que foram realizadas por meio da Lei nº. 11.441/07, na área desse tema – Divórcio Administrativo – procurando identificar pontos dessas benesses que sejam atrativos, esclarecendo, igualmente, alguns consectários processuais resultantes às pessoas, por este novo procedimento de dissolução do vínculo conjugal.

Mostrará também, que o meio é facultativo, significando que os casos de dissolução desta sociedade que não se enquadram neste tipo de procedimento deverão ocorrer pela via judicial.

O terceiro capítulo terá como foco as causas que tornam impossível a coabitação do casal e fundamenta a propositura da ação que determina o pedido de separação. Será discutido também, o fim da culpa na separação judicial, bem como os efeitos causados pela separação na vida da família, como: guarda dos filhos e mudanças no nome da mulher que se separa.

O quarto e último capítulo tratará do divórcio como instituto de dissolução do casamento, ressaltando que o chamado divórcio direto é aquele antecedido da separação de fato por um período superior a dois anos. E o divórcio indireto ou por conversão é aquele precedido por uma separação judicial ou extrajudicial, sendo que por esta modalidade o

divórcio só poderá ser requerido após um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial.

E ainda, abordará sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº. 413/05 que teve por escopo acabar com a separação judicial no direito brasileiro e instituir o divórcio direto em nossa legislação. Assim, como a Proposta de Emenda à Constituição nº. 33/2007, que buscaram a mudança da redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que regulamentava o divórcio em sua redação anterior.

E por fim, tratar da PEC nº. 22/99, também chamada de PEC do Divórcio, que veio facilitar a dissolução do casamento civil, quando eliminou a exigência de separação judicial prévia por um decurso temporal de mais de um ano ou de separação de fato por mais de dois anos para que os casais pudessem se divorciar.

Este capítulo iniciará trazendo os conceitos dos institutos casamento e divórcio, com um breve relato sobre o seu desenvolvimento através dos tempos. Pois desde os primeiros relatos da existência humana, percebe-se a formação da família por meio da união matrimonial, e a bíblia traz o relato do primeiro casamento como instituição primeira que alicerça a sociedade.

Assim, a bíblia destaca que o primeiro casamento foi celebrado por Deus. Assunto que se encontra em seu primeiro livro, trazendo a descrição da primeira união entre um homem e uma mulher, onde é narrado que Adão e Eva foram colocados por Deus, no jardim do Éden com a finalidade de procriar e multiplicar-se, dando início à família, conforme citação extraída da Bíblia Sagrada, quando o próprio Deus fala: “Não é bom que o homem esteja só. Vou dar-lhe uma companheira que lhe seja adequada”.¹

É com base neste versículo que o casamento religioso passou a ser celebrado, perdurando até os dias atuais, sendo que com o advento da Constituição de 1988 adquiriu “*status*”² de casamento civil, passando assim a ter as mesmas garantias destinadas a este. Portanto, no ordenamento jurídico pátrio o casamento religioso possui efeitos civis para os fins de direito.

¹ Bíblia Sagrada. Ave Maria. Gen. Cap. 2, Vers. 18, p. 50

² *Status*: Posição. Disponível em: <http://www.multcarpus.com.br/latim.htm#S>. Acessado em 05/11/2011

Porém, da convivência entre homem e mulher, nesta união chamada casamento, surgiram também os conflitos e incompatibilidades que resultaram no rompimento desta união, inicialmente chamado de desquite, sendo a pronúncia de fato, e a segunda fase da separação deu-se o nome de divórcio, disciplinado no Brasil pela Lei nº. 6.515/77.

Posteriormente por meio da Constituição Federal de 1988 em seu art. 226 determinou que houvesse separação judicial e divórcio e, por fim, resumida apenas em divórcio por determinação da Emenda Constitucional nº. 66 de julho de 2010 como veremos no decorrer deste trabalho.

Contudo, ressalta-se que o presente trabalho visa apresentar os pontos relevantes da Lei nº. 11.441/07, os quais tornaram o agora divórcio, mais simples e objetivo.

A metodologia utilizada para elaboração deste trabalho científico foi a da compilação, que consiste na exposição do pensamento de vários autores acerca do tema proposto (NUNES, 2009, p. 32).

Por isso, foi utilizado, além de doutrinas (livros) pertinentes ao tema, artigos e texto de internet sobre o assunto em pauta, os quais se encontraram descritos na bibliografia. Sendo a pesquisa bibliográfica a principal fonte de pesquisa utilizada.

Foi utilizado também o método dedutivo no presente trabalho, com o qual se parte do geral para se chegar ao particular, obtendo-se assim uma conclusão lógica sobre o assunto. O referido método é conceituado pela doutrina da seguinte forma: “Se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão *deve* ser verdadeira”. (LAKATOS e MARCONI, 2001, p. 48).

1. Conceitos

1.1. Casamento

O termo casamento é uma junção de a palavra casar com a terminação (mento), que significa “União conjugal entre homem e mulher; a relação e a forma de vida dela decorrente”. E segundo a língua portuguesa casamento é “Cerimônia civil e/ou religiosa essa união”. (CALDAS AULETE, 2004, pág. 147).

Para Diniz (2011, p. 51) o conceito de casamento se define da seguinte forma: “É o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisio-psíquica e a constituição de uma família”.

No Brasil, o casamento surgiu ainda durante o Império e era disciplinado pela Igreja Católica, religião oficial do Estado naquela época, portanto prevalecia o denominado casamento católico, que era regulado pelas normas do Concílio de Trento e as Constituições do Arcebispo da Bahia. E só a partir da Lei promulgada em 11 de setembro de 1861, que foi regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, que se permitiu oficialmente o casamento entre não católicos, obedecendo às regras de suas religiões.

Foi a partir do Decreto Lei 119-A, de 17 de janeiro de 1890, que colocou fim nas intervenções da Igreja em relação ao Estado, permitindo-se, então, que o casamento civil desvinculado do religioso fosse reconhecido no Brasil como único ato válido para a celebração do casamento civil. Instituído pelo Decreto 181 de autoria de Ruy Barbosa, promulgado em 24 de janeiro de 1890.

Hodiernamente, a Constituição Federal de 1988, enquanto Lei máxima vigente no País traz a respeito do casamento o seguinte artigo:

Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.
§ 1º o casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 3º Para efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02) traz em seu artigo 1.511 o casamento conceituado como comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

1.2 Divórcio

Trata-se o instituto do divórcio como sendo também uma das formas de se pôr fim à sociedade conjugal e aos vínculos matrimoniais com previsão no novo Código Civil, em seu artigo 1.571, inciso IV, que assim expõe: “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: IV – pelo divórcio”.

A doutrinadora Diniz (2008, p. 280) conceitua o divórcio da seguinte forma:

O divórcio é a dissolução de um casamento válido perante a lei e significa a extinção do vínculo matrimonial, que se opera pela via litigiosa ou pelo divórcio administrativo quando há consenso entre as partes, ou seja, põe fim aos laços matrimoniais e habilita às pessoas a convolar novas núpcias.

O divórcio foi introduzido no Direito Brasileiro em 1977, com o advento da Lei nº. 6.515, que regulamentou a dissolubilidade do vínculo matrimonial, que já havia sido introduzida pela Emenda Constitucional nº. 9 também de 1977. Já que anteriormente, havia apenas a previsão para o desquite, por meio do qual se rompia a sociedade conjugal, entretanto não liberava os cônjuges para contraírem novos matrimônios.

É necessário ressaltar, entretanto, segundo Altieri “que, a ação de divórcio é de cunho personalíssimo isto quer dizer, o seu pedido somente compete aos cônjuges. Caso um dos

cônjuges seja incapaz poderá defender-se ou ajuizar a ação por meio de seu curador, ascendente ou irmão”.³

Diante da morosidade do sistema judiciário brasileiro, com o intuito de tornar o procedimento de separação mais célere para atender as necessidades sociais, ocorreram, então, as últimas alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº. 11.441, publicada em cinco de janeiro de 2007, sem “*vacatio legis*”.⁴ Esta Lei alterou dispositivo do Código de Processo Civil em vigor, para possibilitar a realização do inventário, da separação e do divórcio consensuais pela via administrativa.

Portanto, a nova Lei simplificou o processo de inventário, separação e divórcio. Possibilitando assim, naqueles casos em que a lei em questão o permitir, quais sejam:

- a) a não existência de filhos menores ou incapazes; e,
- b) a não existência de testamento.

O divórcio pode ser realizado sem a manifestação do Poder Judiciário, ou seja, podem, agora, nos casos previstos em lei, serem realizados por meio de uma escritura pública, a ser lavrada nas Serventias de Notas. Destarte a norma jurídica em questão afasta a necessidade de haver pronunciamento jurisdicional para que seja realizado o inventário, ou mesmo a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial.

1.3 Separação e divórcio

No Brasil a dissolução do casamento ocorre pelo evento morte, ou pelo divórcio que põe fim aos laços que unem os cônjuges e possibilita aos mesmos contrair novas núpcias. Portanto veremos a seguir os meios pelos quais se dão o fim dos vínculos matrimoniais pelo divórcio.

³ ALTIERI, Juliana Fernandes. Divórcio Direto. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1510. Acessado em 12/11/2011.

⁴ *Vacatio legis*: Dispensa da lei. Espaço de tempo entre a publicação de uma lei e a sua entrada em vigor. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#V>. Acessado em 05/11/2011

1.3.1 Divórcio na redação anterior

Na vigência da Lei nº. 6.515/77 a dissolução do casamento ocorria conforme disposto no artigo 2º, da seguinte forma:

Art. 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

A Constituição Federal de 1988 regulamentou a separação judicial como forma de dissolução da sociedade conjugal, cujo teor está previsto nos seguintes termos:

Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Já com a Emenda nº. 66/2010 o parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 passou a ter a seguinte redação: "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

No contexto do artigo 2º da Lei nº. 6.515/77 e do artigo 1.571 do Novo Código Civil, o fim do casamento, ou dissolução da sociedade conjugal que "é o complexo de direitos e obrigações que forma a vida em comum dos cônjuges", segundo Gonçalves (2010, p. 69), só era possível pela morte ou separação judicial. E a separação disciplinada por esta Lei se concretiza por duas modalidades, como veremos adiante.

1.4 Separação judicial

A separação judicial põe fim aos deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, bem como, ao regime de bens. Porém para que a separação se concretizasse, o artigo 447 do Código de Processo Civil determinava a realização prévia de conciliação e só após esgotar as tentativas de reconciliação entre as parte, o juiz procurava convencê-los a transformar a separação litigiosa em amigável.

Entretanto, os cônjuges ficavam impedidos de contrair novas núpcias até que após um decurso de tempo pudessem se divorciar, pois a separação terminava apenas com as responsabilidades civis, mas não terminava com o casamento.

Sobre a separação judicial, Rodrigues (2011, p. 15), dá a seguinte lição:

A separação judicial poderá ocorrer quando um dos cônjuges, imputar ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum; quando um deles provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

De acordo com a doutrinadora Diniz (2011, p. 302), “a separação judicial é uma medida preparatória da ação do divórcio, salvo quando há uma separação de fato dentro do prazo previsto na nossa Constituição”. E são duas as espécies de separação judicial: a consensual e a litigiosa, como veremos a seguir.

1.4.1 Separação judicial por mútuo consentimento

Este tipo de separação que era o requerido por ambas as partes era também chamada de amigável ou consensual, por isso tratava-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde o juiz administrava interesses privados. Nesse caso não há litígio, já que os cônjuges

interessados buscam a mesma solução, que é a homologação judicial do acordo por eles celebrado, conforme prevê o Novo Código Civil em seu:

Art. 1.574 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.

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 cônjuges.

Neste sentido, Diniz (2011, p. 312) afirma que “a separação judicial consensual é ato judicial complexo, visto que a vontade dos cônjuges só produzirá efeito liberatório quando houver a homologação do órgão judicante, que tem presença atuante e positiva no processo”.

Entretanto para a realização deste procedimento, exigem algumas cláusulas obrigatórias previstas nos artigos 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, acrescentando as seguintes regras conforme ensina Gonçalves (2005, p. 72):

Que a petição será também assinada pelos advogados das partes e pelo advogado escolhido de comum acordo; 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 cônjuges; se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles; as assinaturas quando não feitas na presença do juiz, serão obrigatoriamente reconhecidas por tabelião.

A falta de partilha dos bens não é obstáculo para a homologação da separação porque a lei permite que a partilha seja feita posteriormente e se não existirem bens os cônjuges deverão declarar na petição. Porém, de acordo com as inovações trazidas pela lei 11.112/2005, obrigatoriamente a petição inicial deve conter o acordo relativo à guarda dos filhos e às visitas.

Após a apresentação da petição ao juiz, este ouvirá os cônjuges e convencendo-se de que realmente desejam a separação, reduzirá a termo suas declarações e depois de ouvir o Ministério Público em cinco dias a homologará; caso contrário marcará um prazo de quinze a

trinta dias de intervalo, para que voltem e ratifiquem o pedido. Portanto a separação judicial só terá eficácia quando homologada judicialmente. E esta sentença homologatória pode perder sua eficácia caso haja reconciliação dos cônjuges.

Pois segundo Diniz (2011, p. 312), pelo Código Civil: “permite-se aos consortes restabelecer, a qualquer tempo, a sociedade conjugal, nos termos ou condições em que fora constituída, contanto que o faça por ato regular em juízo, em regra, mediante requerimento nos autos de separação”. Portanto, nota-se a flexibilidade da lei com o objetivo de facilitar uma possível reconciliação.

1.4.2 Separação litigiosa

A separação litigiosa também conhecida por separação não-consensual tratava-se de uma das espécies de separação judicial. Entretanto, nesta espécie, qualquer um dos cônjuges poderia mediante processo contencioso, qualquer que seja o tempo do casamento, propor ação de separação judicial, porém era necessário que se imputasse ao outro, ato que comprovasse quebra dos deveres matrimoniais tornando a vida em comum insuportável.

E por ser aplicada como punição ao cônjuge culpado muito se tem usado, no campo jurídico, a expressão separação-sanção. Esta forma culposa que ensejava a separação levou o legislador de 2002, a optar mais uma vez, por taxar os motivos da separação judicial, no art. 1573, do no novo Código Civil. Como se vê a seguir:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

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

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Observa-se que de acordo com o citado artigo os cônjuges possuem deveres mútuos, que devem ser obedecidos para que o casamento perdure. Ressalta-se também, que esses deveres são no âmbito familiar e também perante terceiros, ou seja, nas relações intersociais.

Assim para que se possa delinear a grave violação dos deveres matrimoniais, Diniz (2011, p. 315) nos ensina que:

É mister que se atente para os deveres matrimoniais arrolados no Código Civil, via art. 1.566: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos. Qualquer violação desses deveres autoriza o inocente, que não concorreu para a sua prática, a requerer a separação, por se tornar insuportável a vida em comum.

É possível observar, então, através do enunciado supra como a lei procura dar proteção e promover o bem estar da família, criando regras para servir de parâmetros para uma convivência matrimonial equilibrada.

1.4.3 Separação litigiosa como remédio

No Novo Código Civil o § 2º do art. 1572, ressuscitou o modelo de separação-remédio, que traz o seguinte teor: quando um dos cônjuges, após o casamento, apresentar grave doença mental, reconhecida pela medicina como incurável, há no mínimo dois anos, o cônjuge que se sentir prejudicado por tal situação pode pedir a separação, conforme nos ensina Diniz (2011, p. 322):

Ocorre quando o cônjuge a pede ante o fato de estar o outro acometido de grave doença mental, manifestada após o matrimônio, que torne impossível a continuação da vida em comum, por acarretar, p. ex., constantes agressões físicas, desde que após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida por perícia médica de cura improvável.

A separação litigiosa poderia ser precedida por uma medida cautelar denominada separação de corpos, que desobriga os cônjuges de coabitarem. Entretanto a ação principal pode ser proposta diretamente, pois em geral os cônjuges já se encontravam separados de fato, quando davam início à separação judicial.

A ação de separação litigiosa obedecia ao rito ordinário e somente poderia ser proposta pelo cônjuge, ou seu representante, caso seja incapaz, com base nas circunstâncias previstas em lei, para esse tipo de separação. O ônus da prova cabia ao cônjuge que a alega, porém no decorrer da separação, nada impede que as partes possam a qualquer tempo migrar para a separação consensual.

O foro competente para a propositura da ação é o do domicílio da mulher. E a sentença só decretaria a dissolução da sociedade conjugal caso o juiz se convencesse da culpabilidade do requerido, ou de ambas as partes, porém caso não se comprovasse a culpa o juiz julgaria improcedente a ação e as partes não poderiam renová-la pelos mesmos motivos.

Compete ao órgão judicante à partilha dos bens, e nesta separação o cônjuge culpado perderia se fosse o caso o direito de usar o nome do outro, desde que a alteração não acarretasse danos ou prejuízos a este. E ainda, o considerado culpado pela separação deveria prestar pensão alimentícia ao outro, desde que possuísse meios para provê-los, porém esta obrigação cessaria se os dois forem culpados.

A guarda dos filhos menores e os maiores incapazes ficam com o cônjuge que apresentar melhor condição de exercê-la. No caso da separação litigiosa também havia a possibilidade de reconciliação, desde que isto não viesse prejudicar direitos de terceiros.

1.5 O fim da separação judicial ocorreu?

Desde os primórdios da humanidade até os dias atuais a união civil entre homens e mulheres sofreu inúmeras transformações, por isso o novo Código Civil procurou se adequar à realidade que impera na sociedade moderna. E o instituto da União Estável mereceu, um Título exclusivo neste Código, reconhecendo em seu texto este instituto como entidade

familiar, conforme se observa em seu: Art. 1.723. (...) “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Como neste caso é permitida a dissolução desta unidade familiar sem maiores formalidades, dentre elas o lapso temporal, mesmo com a existência de filhos menores, surgiu então a necessidade de uma dissolução do matrimônio que também ocorresse com um mínimo de formalidades.

Assim, diante da necessidade de um processo de separação mais célere, que atendesse aos anseios da sociedade moderna foi incluído no Código Processual Civil, pela Lei nº. 11.441/2007, o art. 1.124-A, visando assegurar ao casal sem filhos menores, ou incapazes, que queira consensualmente pôr fim ao casamento, dissolver os vínculos matrimoniais mediante escritura pública lavrada em Cartório de Notas por tabelião, sem necessidade de homologação judicial, entretanto, este feito não colocou fim à separação judicial. Assunto este, que será visto no capítulo seguinte.

2. CELERIDADE TRAZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL n.º. 45/2004

Foi diante da necessidade de uma reforma no Poder Judiciário brasileiro que o tornasse um órgão de prestação jurisdicional mais eficaz, para atender aos anseios da população que o Poder Judiciário e o Congresso Nacional se mobilizaram para fazer surgir a Emenda Constitucional n.º. 45/2004, que incluiu no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII que trouxe o princípio da celeridade processual, conforme se vê a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O texto supracitado estabelece que “são assegurados”, e soa como uma confissão de morosidade do Judiciário Brasileiro. Isto é reconhecido por nossa Carta Maior que fez incluir em seu corpo um dispositivo salientando o direito que todos têm de um processo mais célere, não faz sentido, e ainda, corre-se o risco de não se fazer justiça a contento, um processo que delonga muito tempo tramitando até seu desfecho final. E, mais uma vez a esse respeito, temos que render nossa vênua ao celebrado jurista Rui Barbosa, pela frase: “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.⁵

De acordo com Moreira (2005, p. 55):

Este assunto não é novidade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro: “o artigo 8º da Declaração Interamericana de Direitos Humanos, aprovada pelo Pacto de San José de Costa Rica, de que é signatário o nosso País, estabelece na parte inicial que, toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro do prazo razoável por um juiz ou tribunal competente”. O que significa que tal norma foi elevada a nível constitucional.

⁵ Disponível em: http://pensador.uol.com.br/frases_de_rui_barbosa/. Acessado em 05/11/2011

Diante disto resta evidente que a atual Constituição Federal dá ao Estado a incumbência e a responsabilidade pela prestação jurisdicional que atua instrumentalizada pelo processo que necessariamente precisa ser célere e útil aos princípios da justiça, ou seja, busca um resultado útil e eficaz às partes.

O renomado doutrinador português Canotilho (1991, p. 117), escreveu a respeito da seguinte forma:

Ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil ('adequação temporal', 'justiça temporalmente adequada'), obter uma sentença executória com força de caso julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça. Entretanto assevera que a aceleração do processo não pode implicar em diminuição das garantias processuais e materiais.

Portanto, o processo célere não se sobrepõe ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ou a qualquer garantia processual das partes no decorrer do processo, ou seja, não se pode, por conta da celeridade processual, ceifar das partes, oportunidades de se valerem de suas garantias processuais. Nestes termos não se pode olvidar que o direito a uma duração razoável do processo, não pode ferir outros princípios constitucionais, pois o bem jurídico a ser entregue na prestação jurisdicional não pode correr riscos.

Sobre este assunto Spalding (2005, p. 31-40) afirma que:

O direito processual moderno não se contenta simplesmente com a concessão do provimento jurisdicional; mister se faz que tal provimento seja capaz de legitimamente proporcionar a tutela pleiteada, e isso o jurisdicionado somente conseguirá alcançar se a tutela for tempestiva.

No mesmo sentido Marinoni (2004, p. 378) esclarece que acesso efetivo à justiça é aquele que garante não somente o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo, com direito a uma tutela jurisdicional tempestiva.

Nesta seara o princípio da celeridade veio garantir uma duração razoável do processo, a fim de garantir um atendimento razoável da população pelo poder judiciário, observando assim outro princípio garantido por nossa Carta Maior o da dignidade humana. No sentido de atender o preceito deste dispositivo foi que surgiu a Lei nº. 11.441/2007, que será objeto de nosso estudo a seguir.

2.1 A era que antecede a Lei nº. 11.441/2007

No século passado, era inconcebível que um casal pudesse ir ao Cartório de Notas para desfazer os laços matrimoniais, que àquela época eram considerados eternos e indissolúveis. E mais ainda, que passasse pela mente de alguém, que tal atitude fosse de interesse social, a ponto de se tornar lei aprovada pelo Congresso Nacional. Assim, jamais se esperava que deputados e senadores ousassem votar uma lei que pusesse fim aos vínculos do casamento, como fizeram ao aprovarem a Lei nº. 11.441, de 04 de janeiro de 2007.

Entretanto no limiar do século XXI, quando impera uma nova realidade, com uma sociedade voltada para a modernidade, tornou-se notória a necessidade de uma lei que atendesse aos interesses daqueles casais cuja convivência não era mais possível, de forma mais rápida e eficiente. Foi dessa necessidade, que se instituiu a Lei nº. 11.441/07.

2.2. Lei nº. 11.441/2007 (Separação Extra Judicial, ou Administrativa)

Esta lei surgiu por iniciativa do Ministro Márcio Tomás Bastos, na busca da reforma do sistema judiciário, submeteu à apreciação do Presidente da República uma proposta de reforma do Código Processual Civil, visando possibilitar que inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais pudessem ser feitos por via administrativa.

O legislador de outrora foi feliz ao colocar o Título dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária. Assim, apesar das opiniões contrárias, principalmente em relação à

partilha de bens que implica sempre em jurisdicionalidade, a Lei nº. 11.441/07 foi promulgada.

É majoritária a corrente doutrinária que sustenta a opinião de que esta se trata de administração de interesse privado. Isso ressalta que, para estes doutrinadores - representados pela jurista Grinover (2002, p. 156), “na jurisdição voluntária não há litígio, há negócio jurídico privado; não há partes, mas interessados; não há processo, e sim um procedimento de administração pública de interesses privados”.

Já para a outra parte doutrinária que se posiciona a favor das mudanças, a nova Lei é muito bem-vinda. Ela significa um avanço em termos da desburocratização, e faz voltar aos tempos do ministro Hélio Beltrão, o qual afirma que “quem vai ganhar com a desburocratização do procedimento do inventário, da partilha, da separação e do divórcio consensuais é a população brasileira, que terá o benefício de um judiciário desafogado e mais ágil”.⁶

2.3 Mudanças que trouxe a Lei nº. 11.441/2007

De acordo com o que dispunha o antigo artigo 982 do Código Processual Civil, anterior à Lei nº. 11.441/07, o inventário e a partilha eram sempre processados judicialmente, mesmo que todas as partes fossem capazes. Portanto a tutela jurisdicional deveria ser acionada em todas as separações, mesmo com a consciência de que a pessoa maior e capaz pode bem dispor de sua vontade.

Antes da entrada em vigor da referida Lei, a separação e o divórcio eram sempre judiciais, porém após o início de sua vigência, poderão ser consensuais, e feitos em cartório de notas, desde que presentes os seus requisitos.

Entretanto com o advento da nova Lei, a partilha de bens poderá ser feita no próprio cartório de notas em que for feito o divórcio, por meio de escritura pública. Porém é preciso

⁶ Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10006-10005-1-PB.htm>. Acessado em 02/08/2011.

ressaltar que a lei permite a separação pela via administrativa, mas a mesma prevê alguns requisitos para que seja realizado o processo de separação (hoje extinta pela EC nº. 66/2010), e divórcio consensuais, quais sejam: não haja testamento; os interessados sejam capazes e estejam de acordo quanto à divisão de bens; e que todos estejam assistidos por advogado. Pois se, a contrassenso houver testamento, menores, incapazes e litígio, a partilha deverá ser judicial.

Destarte é preciso ressaltar que a lei permite a separação pela via administrativa, porém a mesma prevê alguns requisitos para que seja realizado o processo de separação e divórcio consensuais.

Assim a nova Lei introduziu no ordenamento jurídico mudanças significativas, inserindo no Código de Processo Civil, acrescentando a este o Art. 1.124-A, conforme se observa no artigo a seguir:

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 partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo dos cônjuges quanto à retomada pela mulher de seu nome de solteira ou à manutenção do nome adotado quando do casamento.

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

Pretende-se, portanto, ressaltar nesta pesquisa uma análise das modificações introduzidas por meio da Lei nº. 11.441/07, mostrando, alguns consectários processuais resultantes da aplicação desse novo diploma normativo.

2.4 A manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro

São inúmeras as críticas feitas ao novo legislador em relação ao conservadorismo de manter, em nosso ordenamento jurídico, o instituto da separação judicial. Já que o Instituto Brasileiro de Direito de Família inclui, como sugestão de mudança no novo Código Civil, abolir a separação judicial, conservando apenas o divórcio amigável ou litigioso, por meio de emenda constitucional.

Entende-se que a sociedade do passado tinha uma convicção de que o vínculo conjugal não deveria ser diluído, por isso havia a necessidade de se criar um instituto intermediário, mais brando, para que a população aceitasse o divórcio em 1977, e o mesmo fosse introduzido em nossa legislação civil.

Já que a sociedade era fortemente influenciada pela filosofia da Igreja Católica e de uma sociedade muito conservadora. Portanto era preciso introduzir a separação como único meio de retirar da obrigação de convivência, duas pessoas que não tinham mais condições de coabitação.

Atualmente, vive-se outra realidade, com valores e anseios sociais diferentes. Portanto, manter a separação judicial diante dessa realidade é algo inútil. Pois não mais se justifica a sua existência, uma vez que hoje o divórcio é aceito com naturalidade pela sociedade moderna.

Conforme ensina Cahali (1999, p. 394), o Novo Código Civil trouxe uma “homenagem do nosso legislador, às mais caras tradições morais e religiosas de nosso povo”. Que o levou a manter os dois institutos, separação e divórcio, que têm o mesmo objetivo: pôr termo ao casamento.

A separação judicial possibilita ao casal reatar o vínculo antes formado. Já no caso do divórcio, este só pode ser reatado por meio de novo matrimônio. Porém isso não é motivo para que se perdem os dois institutos. Uma vez que, são raros os pedidos, em juízo, da reversão da separação. Conforme ressalta Dias (2007, p. 275), conhecida doutrinadora e

também desembargadora do Rio Grande do Sul é mais “prático e mais barato – além de mais romântico – celebrar um novo casamento”.

Portanto, o instituto da separação judicial perdeu sua dignidade e relevância, desde que deixou de ser requisito necessário para a concretização do divórcio. Pois com a entrada das novas normas em vigor, não importa que os cônjuges estejam separados de fato por mais de dois anos ou de direito por mais de um ano para terem a possibilidade de dissolver definitivamente o vínculo matrimonial já desconstituído, podendo fazê-lo tão somente pelo divórcio.

Nestes termos a manutenção de uma dupla via procedimental para a dissolução da sociedade conjugal não possui qualquer utilidade. Pois a separação judicial se apresentava como um procedimento burocrático e bastante desgastante, além de trazer ônus para as partes envolvidas, bem como para o Estado, que possui milhares de ações para serem julgadas e perde tempo apreciando separações e divórcios, que poderiam ser transformadas apenas em administrativa, sem acarretar qualquer prejuízo às partes.

2.5 Separação extrajudicial consensual

Com a edição da Lei nº. 11.441/2007 iniciou-se uma nova era na história da separação no Brasil, pois foi acrescentado ao Código de Processo Civil o artigo 1.124-A, §§ 1º a 3º que diz respeito à separação consensual extrajudicial, possibilitando a separação pela via administrativa, entretanto, é possibilitado às partes optarem pela administrativa, ou pela judicial.

Neste sentido aponta Diniz (2011, p. 348) que:

Há uma permissão dada por lei, aos interessados optarem via judicial ou extrajudicial e nada obsta a que venha a desistir da ação judicial para promover a sua separação extrajudicial, sendo-lhes vedado seguir, simultaneamente, com ambas. Porém, a qualquer momento pode ser solicitada a suspensão por trinta dias, ou a desistência da via judicial, para a promoção da via extrajudicial.

Isso significa dizer que a referida Lei não impõe aos interessados, ainda que presentes todos os requisitos, a realização do procedimento de separação (que hoje já não existe mais) ou de divórcio pela via administrativa, apenas que as partes façam opção por esta ou pela via judicial, sendo vedada a opção simultânea pelas duas.

Na modalidade de dissolução pela via administrativa os cônjuges, podem procurar um tabelionato de notas, onde deverá haver para a realização da separação em uma sala reservada, para que haja privacidade, entretanto nada impede que seja levada a efeito no escritório do advogado das partes, desde que haja a presença de um tabelião.

Diniz (2011, p. 349) ensina que:

A escritura pública feita por meio de tabelião de notas, escolhido livremente pelas partes, é o instrumento jurídico hábil para tanto, preenchido os seguintes requisitos: consensualismo dos cônjuges, que, manifestam sua vontade, não viciada, de dissolver a sociedade conjugal conforme as cláusulas ajustadas; ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal.

Tais requisitos devem ser declarados pelas partes, ao tabelião, no momento da lavratura da escritura, onde os mesmos devem esclarecer que não têm filhos em comum, ou se houver que são todos absolutamente capazes, indicando o nome de cada um, bem como suas datas de nascimento. Porém se o casal ainda, estiver esperando um filho, não poderá ser realizada a separação pela via administrativa, já que a lei resguarda os direitos do nascituro.

Era também requisito para a realização da escritura por via extrajudicial a comprovação de um ano do casamento, com a apresentação da certidão de casamento atualizada, uma vez que a orientação nº. 2 do Colégio Notarial do Brasil, traz que “para a lavratura de escritura de separação consensual deve-se observar o prazo referido no artigo 1.574 do Código Civil”, já que a Emenda Constitucional nº. 66/2010 suprimiu os prazos para o divórcio, mas não fez referência à separação judicial ou extrajudicial.

Outro requisito para a separação extrajudicial é assistência por advogado que pode ser comum entre as partes, ou cada parte com seu próprio advogado, que deverá com seus

conhecimentos técnicos exercer função de proteção dos separandos na celebração do acordo. É necessário também, juntar cópia autenticada do RG e do CPF de cada um dos cônjuges, bem como do pacto antenupcial se houver, da certidão de nascimento dos filhos, ou documento de identidade se absolutamente capazes; se necessária, declaração de pobreza para que se obtenha a gratuidade do ato notarial; e havendo bens móveis e direitos, documentos que comprovem sua titularidade.

Diferentemente do que acontecia na separação judicial que corria em segredo de justiça, a escritura pública não é sigilosa, devendo ser lavrada e assinada pelo tabelião e por advogado comum entre as partes, ou advogados de cada uma das partes, como dito acima ou pelo defensor público.

A escritura deverá ainda, conforme afirma Diniz (2011, p. 350) conter disposições, referentes:

A descrição e partilha dos bens comuns. Há quem ache que mesmo havendo prévia partilha dos bens, a separação e o divórcio consensuais, feitos extrajudicialmente, terão validade, seguindo-se a diretriz do Código Civil, art. 1.581, ficando os bens em condomínio. Se as partes, posteriormente, quiserem extinguir o condomínio, poderão fazê-lo por meio de nova escritura pública ou partilha judicial. Se houver bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o que é do patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que é patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso do corpo da escritura.

Como se vê a lei se mostra bastante flexível, podendo a partilha ser feita posteriormente por outra escritura pública, e até, caso as partes optem, talvez por achar mais seguro, poderá levar o caso ao judiciário, não havendo impedimento algum pelo fato da dissolução ter sido realizada pela via administrativa.

Já na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou partilha desigual do patrimônio comum, é necessário ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida. E se não houver bens a serem partilhados, tal fato precisa ser declarado na escritura pública.

É possível que seja estipulado ou dispensado a pensão alimentícia, nestes termos, também deve constar caso haja, pensão alimentícia para filhos maiores desempregados ou estudantes universitários.

Outra possibilidade por meio de consenso entre os cônjuges, a realização de ratificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas no decorrer da separação. Deverá também constar da escritura a retomada ou a manutenção pelo ex-cônjuge, adotado por ele na ocasião em que contraiu as núpcias do nome de solteiro, pois se isso não constar, ficará subtendido que o ex-cônjuge manteve o nome de casado, uma vez que este passou a fazer parte do seu direito de personalidade.

Porém segundo pré-leciona Diniz (2011, p. 351) em:

Havendo alteração do nome de solteiro de algum dos cônjuges em razão de escritura de separação, o oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao oficial competente para a necessária anotação.

E preciso também lembrar que a escritura pública de divórcio, em relação ao uso do nome de casado, poderá ser retificada mediante declaração unilateral de uma das partes, na volta ao uso do nome de solteiro, que será feito em nova escritura pública assistida por advogado.

E por fim, a escritura pública também deve constar que as partes estão cientes das conseqüências da separação e que estão no firme propósito de colocar fim à sociedade conjugal, sem hesitação, com recusa de reconciliação, segundo o que ensina Diniz (2011, p. 351).

Todos esses requisitos devem ser observados no decorrer da lavratura da escritura pública de divórcio extrajudicial, pois a mesma depois de concluída somente poderá ser modificada para corrigir eventuais erros materiais. O tabelião pode se negar a realizar a escritura pública de separação, caso houver fundado indício de dano aos direitos de um dos

cônjuges, bem como, nos casos em que resta alguma dúvida sobre a declaração de vontade de um dos cônjuges, que deve ser fundamentada por escrito.

A escritura pública de divórcio feita pela via administrativa possui eficácia e independe de homologação judicial para tanto. A sua lavratura constitui título hábil para o registro civil de pessoas naturais, bem como para o registro de imóveis como nos casos de: transferência de bens e direitos, e ainda para a promoção de atos necessários à transferência de bens e valores, junto a empresas, instituições financeiras, pessoas físicas, etc. (art. 3º, § 1º, da Lei nº. 11.441/07).

Porém, se a escritura pública de separação pela via administrativa não observar os preceitos do artigo 171 do Código Civil, e apresentar algum vício, poderá de pronto ser anulado, seguindo aí o procedimento judicial comum ordinário, dentro do prazo decadencial de quatro anos.

Mesmo que houvesse consenso entre os cônjuges interessados em se separar, eram necessariamente realizados pela via judicial, o inventário, a separação e o divórcio. Portanto até o advento da Lei nº. 11.441/07, não existia no Código de Processo Civil a possibilidade de se realizar o inventário, a separação ou o divórcio pela via administrativa, ou seja, era obrigatória a presença do magistrado, nos referidos casos.

Dessa forma, o art. 982 do Código de Processo Civil na redação que antecede à reforma, trazia em relação ao inventário, o seguinte teor: "proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes". O referido Código ainda estabelecia, nos arts. 1120 "usque"⁷ 1124, um procedimento destinado à formalização da dissolução da sociedade (separação) ou do vínculo conjugal (divórcio), sendo que no último caso, ocorria por expressa remissão do art. 40, § 2º da Lei nº. 6.515/77.

Sobre a separação judicial consensual, Diniz (2011, p. 304) diz que: "permite a norma jurídica que os cônjuges se separem consensualmente, propondo uma ação que tem por fim precípua legalizar a conveniência dos consortes de viverem separados".

Observa-se que, mesmo não havendo lide, ou conflitos de interesses intersubjetivos, *ex vi legis*,⁸ os institutos do inventário, da separação e do divórcio deveriam necessariamente ser realizados por via judicial. E apesar de serem considerados de jurisdição voluntária pela falta de lide, é preciso ressaltar que a participação do magistrado era obrigatória. Neste contexto os doutrinadores ora se manifestavam favorável a essa orientação, ora agiam ao contrário.

⁷ *Usque*: Até. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#U>. Acesso em 05/11/2011

⁸ *Ex vi legis*: Por força da lei. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#E>. Acesso em 05/11/2011

3.1. Causas que levam ao divórcio judicial

Segundo as normas que antecedem à Lei nº. 11.441/07, as causas que motivavam a separação são fatos reais, que tornavam impossível a coabitação do casal, fundamentando assim a propositura da ação que determinava o pedido de separação. A função dessas causas era indicar contra ou a favor de qual dos cônjuges a separação devia ser decretada, esclarecendo os fatos apresentados em juízo.

Para a doutrina, as causas que autorizam a separação, são classificadas em peremptórias ou facultativas.

Neste sentido, Gonçalves (2011, p. 59) ensina que as peremptórias ou absolutas “são aquelas que, uma vez ocorridas, tornam obrigatória a decretação da separação, por si só, independentemente de uma apreciação valorativa do juiz”. Portanto, não existe a possibilidade de se discutir sobre a gravidade dos fatos. Assim, caberá ao magistrado somente o convencimento da veracidade do fato alegado, para entender se o mesmo é real.

Já as causas facultativas ou relativas ocorrem quando, para apurar os fatos o juiz precisa averiguar se tais motivos são de grande relevância, a ponto de perturbar a harmonia da vida conjugal, tornando impossível ou intolerável o convívio entre os cônjuges.

Entretanto, a legislação moderna tende a suprimir tal distinção, em virtude da generalização do caráter facultativo das causas legais de separação, pois o juiz não pode julgar o amor, ou a perda deste pelos cônjuges. Conforme ensina Farias (2004, p. 19,) na citação a seguir:

O amor (ou melhor, a perda do amor), jurado solenemente por ambos os consortes, não pode ser julgado pelo Estado-juiz. Apesar da crueldade da comparação, admitir uma separação judicial discutindo a culpa de um dos cônjuges assemelha-se à propositura de uma ação para discutir o descumprimento das obrigações pactuadas em negócios jurídicos. Como se o amor e o afeto pudessem ser igualados a meros deveres obrigacionais, negociais.

O novo legislador civil adotou este posicionamento, que se revela no art. 1.573, parágrafo único onde estabelece que, para a decretação da separação judicial, “o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum”. Concedendo assim, maior liberdade ao magistrado no momento em que lhe deu a possibilidade de considerar outros fatos que demonstrem a falência do casamento.

Ressalta-se que as atuais causas descritas no rol do art. 1573 são: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo; condenação por crime infamante e conduta desonrosa.

Venosa (2003, p. 233) comentou esta mudança no Código Civil, com a seguinte advertência:

Na verdade, todo o artigo mostra-se inútil, não só porque a matéria estava solidificada na doutrina e na jurisprudência dos últimos anos, como também porque o parágrafo único permite que o juiz considere outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Histórica e socialmente, não mais se justifica o elenco legal. (...) Assim, perdeu o legislador a excelente oportunidade de manter o regime da fórmula sintética da lei anterior.

Parece, então, que apesar do art. 1.573, do Código Civil de 2002, querer dizer muito a respeito das causas que podem impossibilitar a vida em comum, acaba, no final, pela redação do parágrafo único do mesmo artigo, por deixar uma grande lacuna, dando ao magistrado o poder aplicar seu poder discricionário e aplicar tantos outros motivos que julgar pertinente.

3.2. Hipóteses culposas na separação judicial, segundo o novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02)

Inúmeras eram as razões que levavam à discussão sobre a culpa no término da relação conjugal. Com ênfase para a traição ou a manutenção de relações extraconjugais ou paralelas à relação oficial eventual ou habitualmente, da qual deriva o chamado débito conjugal.

Os seres humanos são complexos e quando confusos, buscam na simplificação um alívio para a angústia, e nessa tentativa de simplificar ou de se afastar dos afetos, tendem a buscar a objetividade e um ideal de neutralidade.

Mesmo diante de tantas mudanças nos conceitos sociais, ainda se faz necessário uma atenção especial em relação ao afeto, uma vez que, pela resistência de reconhecer as qualidades agressivas que o ser humano possui, existe uma tendência de senso comum, e mesmo pela herança filosófica, equiparar o amor e o afeto.

A família não pode ser idealizada como reduto só de amor, pois esta concepção se quebra quando se defronta com a violência surgida dos conflitos familiares. Assim, função familiar vai além do amor, pois busca possibilitar as convivências afetivas de forma segura.

Nestes termos o legislador de 2002, também optou por, mais uma vez, taxar os mesmos motivos que ensejam a separação judicial, inserindo, no novo Código Civil o art. 1573, como se vê a seguir:

Art. 1.573. Pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte

III – sevícia ou injúria grave

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

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Diante desse artigo, observa-se que os cônjuges possuem deveres mútuos, que devem ser obedecidos a rigor para que a existência do casamento perdure. Esses deveres mútuos do casamento relacionados ao casamento já foram abordados nos capítulos anteriores, entretanto, serão aqui abordados de maneira mais abrangente, já que o descumprimento dessas obrigações pode gerar a separação dos consortes.

Assim, o dever maior do matrimônio é o de fidelidade recíproca, conforme ensina Pereira (2001, p. 242), “emerge de princípios éticos, jurídicos e sociais, sob cuja égide o

casamento é contratado". Neste dever encontra-se ainda inseridos, o dever de lealdade e sinceridade, comuns a ambos os cônjuges. Portanto o mesmo está ligado à honra e a dignidade dos cônjuges.

O segundo dever trata-se da coabitação. Segundo o qual os cônjuges devem dividir o lar conjugal, e sendo isso desrespeitado, fica caracterizado o abandono voluntário do lar, que se caracteriza pelo ânimo, intenção e vontade, de não mais regressar ao lar em comum. A coabitação também trata do relacionamento sexual, que deve ser mantido pelos cônjuges.

Já o dever de assistência mútua vem da comunhão de vida, o que leva os cônjuges ao dever de cuidar dos interesses financeiros do grupo familiar, que caracteriza a assistência material da família. Entretanto, essa assistência, não se restringe apenas ao aspecto financeiro, que é o sustento material, mas abrange também os aspectos morais, psicológicos e afetivos, conhecidos como assistência imaterial.

O dever de assistência aos filhos, no que tange ao sustento, guarda e educação, também é um dever mútuo que deve ser respeitado pelos pais. E se infringido este dever, poderá ensejar os crimes de abandono material e intelectual, tipificados pelo Código Penal Brasileiro.

Por último destacam-se como deveres matrimoniais, o respeito e consideração mútua. Portanto, toda união, além de afeto, necessita ter como base o respeito e a consideração. Pois se acabar o respeito e a consideração, por certo o casamento também ruirá. Assim, a injúria grave advém exatamente desta quebra, pois é pela falta de respeito que um cônjuge começa a imputar ao outro, fatos inverídicos, que abalam o emocional do outro e que torna insuportável a vida a dois.

A esse respeito Cahali (1999, p. 394) assim, se posiciona:

Configura-se conduta desonrosa no ato ou comportamento imoral, ilícito ou anti-social de um dos cônjuges que, infringindo os deveres implícitos do matrimônio, provoca no outro cônjuge um estado ou situação de constrangimento, humilhação, desprestígio moral ou social, desconsideração no ambiente da família, do grupo ou da sociedade.

Entretanto, com a busca de adequação das normas à sociedade moderna, a culpa deixa de existir no novo modelo de separação, pois a falência do casamento não se dá de uma hora para outra, ao contrário, esse processo ocorre por meio da contribuição de ambas as partes.

Contudo, mesmo diante de um pensamento moderno acerca do princípio de ruptura de normas ultrapassadas que não condizem com a atual realidade, há ainda autores que condenam a abolição da teoria da culpa, buscando defender a sua manutenção, ou seja, a possibilidade de um dos cônjuges pedirem a decretação da culpa do consorte em razão de violação de alguns deveres conjugais.

Ainda Cahali (1999, p. 249) ressalta que:

Embora existam outras espécies de separação judicial e mesmo a possibilidade de dissolução direta do vínculo conjugal, certamente menos dolorosas ou traumáticas que a separação-sanção, esta se conserva como necessária principalmente nas seguintes situações: quando o consorte inocente tem em vista demonstrar a culpa do outro cônjuge, inclusive para liberar-se definitivamente da prestação alimentícia a este último; ou quando as partes não se compõem acerca das cláusulas básicas para a homologação da separação consensual (guarda de filhos, pensão alimentícia entre cônjuges e deste para com a prole, regulamentação de visitas); ou, também, se outras espécies de separação não puderem ser obtidas (...), pelo qual pode ser negada não só a separação fundada em grave doença mental do cônjuge, ou trazer conseqüências de excepcional gravidade aos filhos; ou, ainda, pelo fato de que o cônjuge, ao pleitear a dissolução da sociedade conjugal fundada na ruptura da vida em comum ou o divórcio direto, por ser tido como responsável pela dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, perde direitos aos alimentos.

Hodiernamente, a sociedade vive sua fase de dessacralização do casamento, onde se dá enfoque à facilidade do rompimento do vínculo conjugal, e na garantia dos direitos resguardados a união estável que antes era vista como concubinato, e ainda, no tratamento igualitário entre filhos legítimos e ilegítimos.

Nota-se, portanto que a evolução da estrutura familiar busca atualmente relações baseadas no sentimento e na afeição mútua. Entretanto, a sociedade concebe a família como um instrumento que visa o bem estar de seus membros, e não apenas como modelo conservador e formal.

Contudo, na realidade global atual, onde predomina uma furiosa individualização, os desejos conflitantes podem trazer para o relacionamento um sentimento de insegurança, dando início às crises conjugais que afetam boa parte dos casamentos, e que redundam basicamente no divórcio, colocando fim à convivência familiar.

Conforme nos ensina Groeninga, (2004, p. 252) como se vê a seguir:

As crises são condições mesmo de sua existência, e a passagem de seus ciclos vitais acompanha a mudança etária de seus membros. Como o tempo da evolução, a família está sempre em constante mudança e, como o tempo das estações, seu clima afetivo sofre variações. Mudança e crise que se permitem existir dada sua natureza indissociável da de humanidade – de instituição estruturante e estruturada pelo humano.

Diante do exposto, parece que tentam justificar as mudanças de normas no sentido de acompanhar a evolução da sociedade humana, entretanto, diferentemente do que ocorrem nas estações climáticas, estas quando fecham seus ciclos, recomeçam e perfazem sempre o mesmo caminho, diferentemente os rumos das relações da estrutura familiar vêm tomando outros rumos, dissolvendo-se com tanta facilidade, postas a disposição da sociedade pelo legislador.

3.3 Efeitos da separação judicial

Com o fim do matrimônio, pode se dizer que com a separação judicial os cônjuges não estão mais obrigados a cumprir os deveres de fidelidade recíproca e de coabitação, podendo fazer cessar, também, o regime de bens. Quanto à partilha de bens, conforme o regime adotado pelos consortes, o cônjuge, ainda que considerado culpado, tem ainda, direito à meação.

A separação cuidava da separação de corpos e partilha de bens. Por isso se os cônjuges não promoverem a partilha dos bens não estarão habilitados a promover o divórcio.

De acordo com a Lei nº. 6.515/77, em seu art. 7º prevê: A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens.

Portanto a partilha poderá ser o resultado prévio de um acordo celebrado entre as partes. Assim, os cônjuges poderão estabelecer livremente os termos em que procederá a partilha, escolhendo cada um, os bens de maneira que melhor atenda os seus interesses.

Se acordarem nesse sentido, os mesmos apresentarão a petição ao Juiz, que homologará de acordo com seu convencimento de que estão preservados os interesses de ambos os cônjuges e dos filhos. Entretanto, se não houver acordo o Juiz deverá promover a partilha, dentro de seu entendimento, e se necessário, valendo-se da ajuda de peritos e avaliadores judiciais.

3.4 A guarda dos filhos diante da dissolução da sociedade conjugal

O novo paradigma de família tem inserido mudança em seu padrão que tem resultado em novos e surpreendentes quebra-cabeças familiares. Pois os filhos de pais que se separam, e se casam novamente com outra pessoa, vão colecionando uma rede de meios-irmãos, avós, tias e tios adotivos, e isso faz com que na maioria das situações a criança fica perdida, dividida sem saber de que lado deve ficar, e sua opinião, quase nunca é levada em conta pelos interessados na guarda.

Entende-se que a separação judicial pode ser um processo profundamente doloroso não só para o casal, mas principalmente para os filhos, que podem ter conflitos emocionais e psíquicos diante de uma situação para a qual não foram preparados. Por isso a justiça deve priorizar o interesse e o bem estar da criança.

Nestes termos, a petição de separação devia conter o direito de visitas do genitor que não vier a ter os filhos sob a sua guarda de acordo com: (arts. 1.583 a 1.590 do CC/02). A atribuição da guarda dos filhos menores em casos de separação, é de competência do juiz, que o fará àquele que revele melhores condições para exercê-la, caso não haja acordo entre as partes, neste sentido (art. 1.584 CC/02).

Mesmo sendo a guarda destinada a uma das partes, o dever de exercício do poder familiar dos cônjuges divorciados é igual, no que tange aos filhos menores de acordo com o art. 1.579 e 1.632 do Código Civil brasileiro, sob pena de restar configurado o crime de abandono, moral ou intelectual de incapaz, que poderá cominar a imposição de sanção penal. Portanto, esse dever compete a ambos os pais e não será afetado pela separação judicial consensual ou litigiosa, ou pela extrajudicial.

Os filhos gozam de proteção especial do Estado e caso não seja demonstrada a conveniência da permanência dos mesmos sob a guarda de qualquer um dos pais, esta poderá ser deferida a um terceiro, dando preferência ao grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade (art. 1.584 do CC/02).

O art. 1.121, inciso III do Código de Processo Civil, resguarda em seu teor o direito aos alimentos que deverão ser pagos após a separação, bem como suas condições, já que impõe a especificação do valor da contribuição que um ou ambos os ex-cônjuges efetuarão para a criação e a educação da prole. Assim, o valor e o modo de contribuição devem ser determinados de maneira precisa e explícita na petição da separação consensual.

O não pagamento da prestação referente à pensão alimentícia poderá ensejar sua execução pelo credor, de acordo com os ritos dos artigos 732 e 733 do Código de Processo Civil, sendo que pelo último, poderá ser eventualmente decretada a prisão civil do devedor (art. 733, § 1º, do CPC).

Poderá ainda, de acordo com art. 1.121, IV, do mesmo Código, haver a fixação de pensão alimentícia a ser paga entre os cônjuges, isso quando um deles não dispuser de meios suficientes para sua manutenção, após a homologação de sua separação.

Neste sentido Cahali (2002, p. 858) ensina que:

Na prática até agora a jurisprudência só tem apreciado dos alimentos a serem prestados pelo marido à mulher inocente e pobre, mas o art. 19 da Lei do Divórcio, não repetindo a restrição que se continha no art. 320 do CC (este, aliás, em consonância com o art. 233, IV) deixa certo que o dever de pensionar ou assistir ao outro cônjuge, tanto pode ser do marido quanto da mulher: se em princípio a obrigação de prestar alimentos incumbe ao

cônjuge varão (no pressuposto de que é seu dever o sustento da família, conforme dispunha o art. 233, IV do CC/1916), a condenação do art. 19 da prestação de alimentos pode igualmente alcançar a mulher, tendo em vista que ambos os cônjuges devem, atualmente, contribuir para a manutenção da família; de resto o princípio igualitário do art. 226, § 5º. da Constituição de 1988, torna definitiva esta afirmação.

Na verdade, o que se pode observar é que atualmente os alimentos são prestados baseando-se, pura e simplesmente, no binômio: necessidade/possibilidade, ou seja, na necessidade que um dos divorciados tem de receber e na possibilitar que o outro tem de prestar os alimentos. Essa questão da culpa, ou mesmo como prevê o art. 19, da Lei nº. 6.515/77, do cônjuge responsável pela separação, prestar ao outro os alimentos, já não mais é levada em conta hoje em dia.

3.5 Nome de solteira na separação

Com o evento separação, o uso do nome do marido pela mulher também é objeto de grandes e complexas demandas judiciais. Pois quando se casa, a mulher pode fazer opção por usar ou não o nome do marido, entretanto, em determinados casos de separação, a lei determina que a mulher volte a assinar o nome de solteira.

A respeito do uso do nome do marido em caso de separação a Lei 6.515/77 dispõe:

Art. 17. Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, caput), voltará a mulher a usar o nome de solteira.

§ 1º Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

§ 2º nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.

Esta mudança poderá provocar grandes transtornos para a mulher. Que além de perder parte de sua identidade, se vê na obrigação de promover alterações em vários documentos pessoais, e ainda nos referentes a bancos, crediários, cartões de crédito, dentre outros. E por

fim, fica condenada a carregar consigo uma cópia, autenticada, da certidão de casamento com a averbação da separação.

O artigo acima exposto, embora não tenha sido expressamente revogado, é sabido, não tem mais cabimento nem se aplica mais tal dispositivo em caso dissolução matrimonial, senão vejamos o posicionamento da doutrinadora Dias, a respeito do tema:

A falta de razoabilidade de tal determinação acabou por comprometer a higidez do dispositivo legal e a jurisprudência passou a reconhecer sua inconstitucionalidade. Nenhuma lei editada após a Constituição Federal pode deixar de atentar aos princípios que a norteiam. A tônica passou a ser a dignidade da pessoa humana, não podendo deixar de se reconhecer o nome como um dos atributos da personalidade, pois é um suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva. Assim, em boa hora o atual Código Civil revolveu toda a principiologia que norteava o tema referente ao nome, passando expressamente assegurar o direito ao nome (art. 16).⁹

Diante disso, percebe-se que as jurisprudências e a doutrina, fazem, de vez em quando, as vezes do legislador, e acabam por adotar certos posicionamentos, sendo pelo Judiciário aplicado aos casos concretos, mesmo que a lei ainda não tenha passado pela alteração para a necessária adequação.

⁹ Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_em_nome_do_qu%EA.pdf. Acessado em 05/11/2011

4. EVOLUÇÃO PARA O NOVO CONCEITO DE DIVÓRCIO

O divórcio surgiu no Brasil em decorrência de árdua e incessante luta na esfera legislativa erguida contra as tradições conservadoras que se opunham ao divórcio, e foram introduzidas na sociedade pela Igreja Católica. A mesma travou uma ferrenha luta com o intuito de impedir que fosse aprovada uma lei que regulamentasse este instituto, sob o forte argumento de que o casamento tratava-se de um sacramento, e por tanto, era indissolúvel.

No pensar, daqueles que se colocavam contra o divórcio, a promulgação da Emenda nº. 9 e da Lei nº. 7.841, resultaria no fim da família brasileira. Entretanto, isso não ocorreu.

Consoante ensina Venosa (2006, p. 209):

Como em outros países, o divórcio foi absolvido de forma tranqüila pela sociedade brasileira. Nada se alterou, salvo a regularização de milhares de uniões de desquitados tidas como concubinárias na época, de forma paulatina, sem a caudal esperada.

Assim, diante dessas resistências, o divórcio só se tornou possível no país com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de junho de 1977, que foi regulamentada por meio da Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Porém, para que o instituto do divórcio fosse admitido em nosso ordenamento jurídico, ocorreram várias concessões feitas aos oponentes do divórcio, como no caso da regra imposta pelo art. 38, da Lei nº. 6.515/77, “*in verbis*”:¹⁰ “o pedido de divórcio, em qualquer de seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”. Dispositivo este, que foi revogado após 12 (doze) anos com o advento da Lei nº. 7.841, de 17 de outubro de 1989.

É importante ressaltar que inúmeros projetos de leis de divórcio foram apresentados ao Congresso Nacional, porém o que logrou êxito foi apresentado pelo Senador baiano Nelson Carneiro.

¹⁰ *In verbis*: Nestes termos. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/termosjuridicos.htm>. Acessado em 05/11/2011

Assim como a separação judicial, o divórcio é causa que põe fim à sociedade conjugal, porém, com um efeito mais amplo, já que se dissolvendo o vínculo matrimonial através deste instituto, os divorciados adquirem a possibilidade de convolar novas núpcias, conforme ensina Diniz (2011, p. 355), na citação a seguir:

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV e § 1º), que se opera mediante sentença judicial, ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias.

Contudo, duas são as modalidades de divórcio, ou seja, o divórcio direto, que se trata da forma consensual e litigiosa (art. 1.580, § 2º, CC/02), e divórcio indireto, ou por conversão, conforme ensina alguns doutrinadores, modalidade que também pode ser consensual ou litigiosa conforme preceitua o (art. 1.580, § 1º, CC/02).

4.1 Divórcio direto

É importante salientar que o divórcio direto é aquele antecedido da separação de fato por um período superior a dois anos, entretanto, não é precedido da separação judicial, por isso, basta apenas comprovação da separação de fato por meio de prova testemunhal.

Já a Constituição Federal de 1988 instituiu o divórcio direto em apenas uma única hipótese, a da separação de fato por mais de dois anos, determinando assim, nova redação ao *caput* dos art. 40 da Lei nº. 6.515/77, que passou a ser a seguinte: “Art. 40 No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”.

No entanto, como se sabe, hoje é permitido que o divórcio possa ser realizado de forma direta, sem que haja esse lapso temporal ou qualquer outro tempo que seja de separação de fato, nem tampouco necessidade de qualquer tipo de separação de direito. Isso por conta da Emenda Constitucional nº. 66 de 2010, o que veremos mais adiante.

4.2 Divórcio indireto

Já o divórcio indireto ou por conversão é aquele precedido por uma separação judicial. Assim, por esta modalidade, o divórcio só poderia ser requerido após um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial, conforme leciona Diniz (2011, p. 363):

Divórcio litigioso indireto é o obtido mediante uma sentença judicial proferida em um processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir o divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produzia. A Constituição Federal em vigor reduziu o prazo para a conversão da separação judicial em divórcio para um ano, e instituiu o divórcio direto no caso de separação de fato por mais de dois anos.

Sobre a data que se levava em conta para a contagem do prazo na ação de divórcio, o senador Demóstenes Torres (2009, p. 02), na Comissão de Constituição e Justiça ressaltou que:

A data que serve de base para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação de divórcio - denominada "*dies a quo*"¹¹ - é a do trânsito em julgado da separação judicial. No caso da separação de fato, por abandono unilateral ou recíproco, o prazo é de dois anos. Por construção jurisprudencial, mais tarde assimilada pela lei, a data a partir da qual se conta o prazo para requerer o divórcio pode retroagir à da separação cautelar de corpos, medida que, geralmente, precede a ação principal de separação judicial. Como se vê, a regra não é rígida, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros.

Já Wald (2002. P. 181) ensina que a Constituição Federal de 1988, tratou do assunto no § 6º do art. 226 conforme se vê "*in verbis*":

Art. 226. (...)

¹¹ *Dies a quo*: Termo inicial do prazo, em contraposição ao *dies ad quem*. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#I>. Acessado em 05/11/2011

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Ainda, Wald (2002, p. 181), esclarece que se os ex-cônjuges não chegarem a um consenso sobre ao consentimento do divórcio, pode uma das partes pedir judicialmente, que se converta a separação em divórcio, conforme se vê na citação a seguir:

Judicialmente separados há mais de um ano, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir o divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produzia.

Só para lembrar, os autores acima explanaram sobre o tema, embasados na antiga redação do § 6º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, e como já dito anteriormente o referido parágrafo já foi alterado, trazendo em sua nova redação apenas que: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

4.3 Distinções existentes entre separação e divórcio

Diante do exposto observa-se que tanto a separação quanto o divórcio são institutos que põe fim à sociedade conjugal, já a dissolução do casamento, esta se dá pelo divórcio, por isso é importante frisar algumas distinções existentes entre os dois institutos.

Pois o divórcio opera a dissolução do vínculo matrimonial civil e a cessação dos efeitos civis do matrimônio, podendo os divorciados convolar novas núpcias. Já quanto à separação, esta dissolvia apenas a sociedade conjugal, pondo termo ao dever de coabitação, bem como ao dever de fidelidade e ao regime matrimonial de bens, não dando, portanto, aos separados o direito de se casarem novamente.

Conforme leciona Cahali (2005, p. 109):

O divórcio rompe completa e definitivamente o vínculo matrimonial, a partir do registro da sentença que o homologa, decreta ou converte a separação judicial, enquanto a separação judicial o conserva;

O divórcio torna possível, para os divorciados, novo casamento, e extingue as limitações da capacidade resultante do matrimônio, enquanto a separação judicial suprime apenas o dever de coabitação, subsistindo o vínculo e, em consequência, impedida a convolação de novas núpcias, bem como alguns deveres recíprocos, como o de sustento;

O divórcio exige, para reconciliação do casal, novo casamento, eis que os divorciados se tornam estranhos entre si, enquanto a separação judicial tem, até mesmo, a finalidade de favorecê-la, realizando-se sem maiores formalidades por ser, no fundo, a retomada da coabitação.

O que se nota aqui são diferenças concedidas pelo instituto separação e também pelo instituto divórcio, o que é permitido por um e por outro. Neste contexto, nota-se que o divórcio traz a total liberdade buscada por aqueles que decidem se separarem, pois rompe definitivamente com os vínculos matrimoniais que ligam um cônjuge ao outro, ao passo que a separação terminava apenas com o dever de coabitação, por isso impossibilitava aos separados convolar novas núpcias.

4.4 Propostas de emenda à Constituição nº. 413/05 e nº. 33/07

Estas propostas de emenda à Constituição Federal tiveram por escopo acabar com a separação judicial no direito brasileiro e instituir o divórcio, seja ele consensual ou litigioso, como uma única modalidade jurídica de regulamentação à dissolução do casamento.

Portanto, a PEC nº. 413/2005, tal qual a PEC nº. 33/2007, buscaram a mudança da redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que regulamentava o divórcio em sua redação anterior.

Segundo o parágrafo em tela, o casamento civil poderia ser dissolvido através do divórcio, entretanto, após o decurso de tempo de prévia separação judicial por mais de um ano, ou ainda comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

De acordo com comentários de Farias (2010, p. 317) sobre a PEC nº. 413/05 em sua obra, Manual de Direito de Família, o direito brasileiro já caminhava para essas mudanças, conforme veremos a seguir:

Seguindo as pegadas do direito germânico, o ordenamento jurídico brasileiro já se inclina pelo reconhecimento desse direito fundamental à dissolução facilitada do casamento, através da proposta de Emenda Constitucional nº. 413-C,... Vindo a ser aprovada pelo Congresso Nacional, a citada Emenda colocará uma pá de cal no sistema dualista de dissolução do casamento. Como consequência disso, não mais se admitirá a discussão sobre a culpa na dissolução do casamento, impedindo uma afronte à privacidade dos cônjuges. [...] outrossim, não haverá mais exigência de prazos mínimos para o divórcio, sendo possível casar e dissolver o matrimônio a qualquer tempo, como expressão da liberdade de casar e de não permanecer casado.

Assim, diante de uma nova realidade social e dos anseios por um processo de separação rápido e mais econômico foi que nasceram às idéias de mudanças, no sentido de pôr fim ao lapso temporal para o divórcio, conforme se vê na citação da desembargadora Dias (2007, p. 14), que assim expôs seu entendimento:

O divórcio não tem o condão de colocar em risco a instituição da família, mas, ao contrário, estimula a criação de novas famílias, visto que os divorciados reúnem condições jurídicas para convolar novas núpcias. Ainda, segundo a nobre Desembargadora, não deve haver prazos, constitucional ou legalmente estabelecidos para a obtenção do divórcio, visto que isto representa uma afronta ao princípio da liberdade, previsto na Lei Maior. Sobre a separação de fato, anotou S. Exa. que não é incomum os cônjuges forjarem a comprovação testemunhal do lapso bianual, e que, por isso, a lei estaria chancelando a hipocrisia e a mentira. Também não deveriam ser postas em juízo alegações sobre a culpa pela separação, sob pena de se afrontar outro princípio constitucional, que é o princípio da privacidade. Deve-se respeitar a liberdade das pessoas, e, ao mesmo tempo, desafogar o Poder Judiciário. E, por fim deixou consignado, ainda, a nobre expositora, que o divórcio não é causa da separação, mas o remédio. Finalmente, observou que dificultar a obtenção do divórcio afronta, igualmente, a facilitação da conversão da união estável em casamento, prevista pela Constituição Federal, porquanto as pessoas que se encontram apenas separadas não podem se casar

Observe-se que a ilustre doutrinadora esclarece na citação anterior, que o divórcio não visa pôr fim à instituição familiar, mas sim, pôr fim aos conflitos de uniões que não têm condições de coabitação, possibilitando assim, aos separados constituírem novas famílias com pessoas com as quais possuem compatibilidades.

4.5 Divórcio imediato - emenda constitucional

No dia 14 de julho de 2010 o Congresso Nacional brasileiro promulgou a Emenda à Constituição de nº. 66, com o intuito de tornar o processo de dissolução do casamento mais célere, através do divórcio imediato. A referida Emenda Constitucional, que em sua fase de proposta de emenda, também foi chamada de PEC do Divórcio, veio facilitar a dissolução do casamento civil, quando eliminou a exigência de separação judicial prévia por um decurso temporal de mais de um ano ou de separação de fato por mais de dois anos para que os casais pudessem se divorciar.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para 2008, com a entrada em vigor dessa medida as mais de 153 mil pessoas que se divorciam por ano no País, deverão ser beneficiadas.¹² Entretanto, para a aprovação da PEC pelo Senado, foram feitos diversos acordos de líderes, que resultou na supressão de prazos de discussão da matéria. “A medida já havia sido aprovada na Câmara dos Deputados em junho de 2009 com 315 votos favoráveis e 88 contrários.”¹³

Neste contexto a Emenda Constitucional de nº. 66/2010 eliminou a exigência da separação judicial prévia, como requisito para a obtenção do divórcio dos casais, cuja convivência matrimonial havia chegado ao fim.

Conforme ensina Santos (2011, p. 28) na citação a seguir:

¹² ARANTES, Gisele. Nova Lei do Divórcio entra em vigor no País. Disponível em: <http://giselearantesadvogada.blogspot.com/2010/07/nova-lei-do-divorcio-entra-em-vigor-no.html>. Acessado em 12/10/2011.

¹³ Idem. Acessado em 12/10/2011.

Tínhamos o divórcio direto e o indireto (conversão). Agora temos o divórcio constitucional, trazido pela Emenda Constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010, não tendo mais necessidade de se fazer prova de lapso temporal de separação. (...) pode ser extrajudicial, quando não houver filhos menores. Havendo filhos menores, o divórcio deverá ser judicial.

Com essa mudança na Constituição, os casais que desejam por fim ao seu casamento podem se dirigir à Justiça uma única vez, obtendo assim uma economia de tempo e dinheiro, pois podem pedir desde logo o divórcio, sem se ater aos requisitos temporal nem tão pouco a necessidade de haver o estágio da separação judicial.

E, por conseguinte, haverá também o benefício econômico para as partes, que antes precisavam pagar um processo de separação judicial e posteriormente custear outro processo de conversão de separação em divórcio.

A referida Emenda Constitucional deixou a cargo das partes optarem pela forma mais adequada de divórcio que lhes for conveniente, ou seja, podendo optar pela via judiciária, ou pela administrativa.

Entretanto, existem exceções, em que o divórcio só pode se dar pela via judiciária, como nos casos a seguir:

- Guarda de filhos;
- Regulamentação de direito de visitas;
- Pensão de alimentos;
- Partilha de bens.

Dentre as mudanças trazidas pela PEC nº. 22/99, destaca-se também que a questão da culpa não se trata mais de condição para a admissibilidade do divórcio. Bastando, portanto, ao casal, ou qualquer um dos dois casados, externarem sua própria vontade de não mais permanecer casado, podendo, então pedir o divórcio.

Ressalta-se ainda, que a lei, além de facilitar a vida dos casais que não querem mais coabitar, também facilitará às pessoas com novos companheiros a possibilidade de regularizem suas situações.

Entretanto, as mudanças pretendidas pelo legislador com a instituição da Emenda Constitucional nº. 66/2010 parecem não ter tido o alcance almejado, uma vez que as ações de separação já em curso na justiça não se extinguíram, devendo as mesmas, serem transformadas em ação de divórcio.

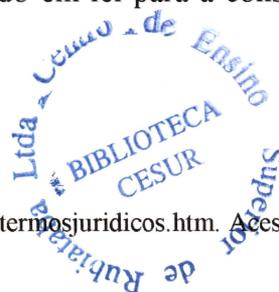
Sendo assim, o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorrendo à superveniência de fato extintiva ao direito objeto da ação, e isso necessita ser reconhecido de ofício ou a requerimento da parte, pelo juiz conforme preceitua o art. 462 do Código de Processo Civil, “*in verbis*”:¹⁴

Art. 462 - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Porém, de acordo com o princípio da razoabilidade, o juiz condutor do feito também poderá conceder às partes, quer seja no procedimento litigioso ou aos interessados no procedimento de jurisdição voluntária, um prazo para adaptarem seu pedido, postulando o divórcio no lugar da separação.

Ressalta-se que as mudanças introduzidas no direito de família pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, além de atender aos anseios de grande parte da sociedade brasileira que se via presa a um relacionamento que há muito haviam terminado e servia de empecilho para aqueles que já viviam em união estável com outra pessoa, mas continuavam impedidos de se casarem por causa do lapso temporal exigido em lei para a consumação do divórcio.

¹⁴ *In verbis*: Nestes termos. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/termosjuridicos.htm>. Acessado em 05/11/2011



Entretanto a partir da referida emenda, qualquer dos cônjuges pode fazer uso do seu livre arbítrio de permanecer ou não unido ao outro, sem ter que dar explicações de sua vontade de se separar a ninguém, conforme ensina Santos (2011, p. 65) na citação a seguir:

Desaparece a separação e eliminam-se prazos e perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Portanto, qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. O avanço é significativo e pra lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar.

Estas mudanças também foram de grande relevância para o mundo jurídico, uma vez que, ao possibilitar às partes se divorciarem pela via administrativa que é a consumação do divórcio por meio de escritura pública lavrada por um tabelião. Ocorrendo assim, uma diminuição de ações de divórcio pela via judicial, desafogando em boa parte o poder judiciário, conforme se vê na citação de Santos (2011, p. 66):

Além do proveito a todos, a medida vai produzir significativo desafogo do Poder Judiciário. Cabe ao juiz dar ciência às partes da conversão da demanda de separação em divórcio. Caso os cônjuges silenciem, tal significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A divergência do autor enseja a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como o juiz proferir sentença chancelando direito não mais previsto na lei.

Diante do exposto nesta pesquisa é notório que as mudanças ocorridas na Lei em relação à dissolução da sociedade conjugal vieram beneficiar a sociedade como um todo, pois possibilitou àqueles que resolveram se separar, pôr fim ao matrimônio de maneira menos dispendiosa e traumática, além de tornar o Poder Judiciário menos carregado e possibilitando a estes melhores condições para se dedicar às ações processuais de quaisquer naturezas, as quais impreterivelmente não de serem demandadas judicialmente, tornando-as mais céleres.

Para reforçar as várias idéias e pensamentos acerca do tema estudado neste trabalho, não poderia deixar de citar a consideração feita pela Desembargadora Dra. Beatriz Figueiredo Franco, Corregedora-Geral da Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, conforme

Provimento de nº. 09/2011, através do Ofício Circular de nº. 131/2011-SEC, datado de 20 de outubro de 2011; onde, dentre outras considerações, pondera como se vê, *in verbis*: “CONSIDERANDO o advento da Lei nº. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que tornou mais ágeis e menos onerosos os divórcios, inventários e partilhas realizados pela via administrativa, visando descongestionar o Poder Judiciário;”.

A exposição das considerações da nobre Desembargadora supra citada nos possibilita, mais uma vez a confirmação do que foi proposto no presente trabalho, ou seja, de que os procedimentos feitos pela via administrativa, dentre os quais o divórcio, se mostram mais ágeis e menos onerosos aos interessados do que aqueles realizados através do Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se ao final deste trabalho, que desde que surgiu o casamento como união entre o homem e a mulher, surgiram também os conflitos e as dificuldades de coabitação entre muitos casais, tornando incompatível a vida a dois, surgindo então a necessidade de um instituto que colocasse fim ao pacto feito entre ambos no matrimônio, o que levou à necessidade de criação do instituto denominado divórcio.

No Brasil, porém, a população esperou durante décadas, pela promulgação de uma lei que colocasse fim ao vínculo conjugal, tendo em vista que este só terminava com a morte de um dos cônjuges. Entretanto, nossas leis foram influenciadas durante muito tempo por ideias apregoadas pela Igreja Católica que exercia grande influência na política nacional e por consequência na criação de novas leis.

Assim, o divórcio só passou a fazer parte de nossa legislação com a entrada em vigor da Lei nº. 6.515/77, também conhecida por “Lei do Divórcio”. A Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil de 2002, também reconheceram o divórcio estabelecido por essa lei.

A Separação Judicial punha fim aos deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, bem como ao regime de bens, entretanto, os cônjuges ficavam impedidos de contrair novas núpcias até que após um decurso de tempo pudessem se divorciar, pois a separação punha fim apenas às responsabilidades civis, mas não terminava com o casamento.

O artigo 447 do Código de Processo Civil determinava a realização prévia de conciliação entre as partes, feita pelo juiz que deveria esgotar todas as possibilidades de reconciliação, ou de transformá-la em amigável. A separação judicial trazia em suas normas duas modalidades, quais sejam: Separação judicial e Separação litigiosa.

Separação judicial por mútuo consentimento, esta modalidade era requerida por ambas as partes e é também chamada de amigável ou consensual, por isso tratava-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde o juiz administra interesses privados. Nesta

modalidade não há litígio, já que os cônjuges interessados buscam a mesma solução, que é a homologação judicial do acordo por eles celebrado.

Separação litigiosa é também uma das espécies de separação judicial, contudo, por esta modalidade um dos cônjuges poderia mediante processo contencioso, qualquer que fosse o tempo do casamento, propor ação de separação judicial, porém era necessário que se imputasse ao outro, ato que comprovasse quebra dos deveres matrimoniais tornando a vida em comum insuportável, por isso era considerada como separação sanção.

Existia ainda a separação conhecida como separação remédio, que ocorria quando um dos cônjuges, após o casamento, apresentasse grave doença mental, reconhecida pela medicina como incurável, há no mínimo dois anos. Assim, o cônjuge que se sentisse prejudicado por tal situação podia pedir a separação.

Conclui-se ainda, que para atender às necessidades de reforma no Poder Judiciário brasileiro, tornando-o um órgão de prestação jurisdicional mais eficaz, para atender aos anseios da população. Assim, o Poder Judiciário e o Congresso Nacional se mobilizaram para fazer surgir a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que incluiu no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII que trouxe o princípio da celeridade processual. E foi no sentido de atender o preceito deste dispositivo que surgiu, então, a Lei nº. 11.441/2007.

Com o Advento dessa nova lei a partilha de bens poderá ser feita no próprio cartório de notas, por meio de escritura pública. Porém é preciso ressaltar que a lei permite a separação pela via administrativa, mas a mesma prevê alguns requisitos para que seja realizado o processo de separação e divórcio consensuais, quais sejam: não haja testamento; os interessados sejam capazes e estejam de acordo quanto à divisão de bens; e que todos estejam assistidos por advogado, podendo, inclusive, ser mesmo advogado para ambas as partes.

Entretanto, a Lei nº. 11.441/2007 não fez sucumbir a separação judicial, o que quer dizer que não fez referência expressa à não exigência da separação, e essa continuava a existir. O que referida Lei extirpou do ordenamento jurídico foi quanto à exigência do procedimento ser realizado obrigatoriamente pela via judicial.

Conclui-se, também que o fato de se manter dupla via procedimental para a dissolução da sociedade conjugal, causou fortes discussões no mundo jurídico, já que para parte dos doutrinadores a separação judicial se apresenta como um procedimento burocrático e bastante desgastante, além de trazer ônus para as partes envolvidas, bem como para o Estado, que possui milhares de ações para serem julgadas e perdem tempo apreciando separações e divórcios, que poderiam ser transformadas apenas em administrativa, sem acarretar qualquer prejuízo às partes.

Entretanto, outros requisitos haviam de ser observados, tais como: como a não existência de filhos menores; e a manutenção ou não do nome de casada pela mulher; a comprovação de um ano de casados, para que seja realizado o processo de separação e divórcio consensuais.

A escritura pública na separação pela via Administrativa não é sigilosa, devendo ser lavrada, e assinada pelas partes, pelo tabelião e por advogado comum entre as partes, ou advogados de cada uma das partes, ou pelo defensor público.

Conclui-se que a hipótese culposa no pedido de separação foi abolida, tendo em vista que normas ultrapassadas que não condizem com a atual realidade, já que se busca a adequação das normas à sociedade moderna, portanto, a culpa deixa de existir no novo modelo de separação.

Concluiu-se por fim que o divórcio na legislação anterior era feito por duas modalidades, quais sejam: O divórcio direto e o indireto.

O divórcio direto que era aquele antecedido da separação de fato por um período superior a dois anos, entretanto, não é precedido da separação judicial, por isso bastava apenas a comprovação da separação de fato por meio de prova testemunhal. E o divórcio indireto ou por conversão é aquele precedido por uma separação judicial. Assim, por esta modalidade, o divórcio só poderia ser requerido após um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial.

Já o divórcio imediato adotado pela nova legislação, através Emenda Constitucional nº. 413/05, que também foi chamada de PEC do Divórcio, veio facilitar a dissolução do

casamento civil, quando eliminou a exigência de separação judicial prévia por um decurso temporal de mais de um ano ou de separação de fato e por mais de dois anos para que os casais pudessem se divorciar.

REFERÊNCIAS

Livros:

BÍBLIA Sagrada. **Ave Maria**. São Paulo: Ave Maria. Ed. 2010.

CALDAS Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Nova Fronteira S.A. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Portugal, Coimbra: Almedina, 1991.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

_____. **Divórcio e separação**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Divórcio e separação**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de direito de famílias**. RJ.Lumen Júris. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses jurídicas**. 10ª. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito de família**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico**.

GRINOVER, Ada Pellegrini, outros. **Teoria geral do processo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros editores. 2003.P 156.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica** / Eva Maria Lakatos, Marina de Andrade Marconi. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas 2001.

MARINONE, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutelas do direito**. São Paulo.RT.2004.p.378.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 31, n. 95, p. 7-21, set. 2005.

NUNES, Rizzato. **Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial no novo Código Civil*. 10^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito de família*. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito Fundamental a Tutela Jurisdicional*. SP.RT.2005.p, 31-40.

TORRES, Demóstenes. **Comissão de Constituição e Justiça**. 2009.

WALD, Aroldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. *O novo direito de família*. 14^a. ed. Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Civil. Direito de família*. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Leis:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 11.6.2010.

BRASIL Constituição da República Federativa do. 6^a ed. São Paulo. Rideel, 2008.

_____. Ed. Administrativa com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n^{os}. 1/1992 a 67/2010, Brasília. Senado Federal, 2011.

BRASIL. Código Civil de 2002. 6. ed. São Paulo. Rideel, 2008.

LEI N^o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acessado em 08/08/2011

LEI N^o 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acessado em 08/08/2011

Proposta de Emenda à Constituição nº 413/2005. Disponível in: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>
Acessado em 11/09/2011

Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2007. Disponível in: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>
Acessado em 11/09/2011

Endereços Eletrônicos:

A Lei nº. 11.441/07: separações consensuais e partilhas feitas por via cartorária. **Lúcia Maria de Moraes**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10006-10005-1-PB.htm>. Acessado em: 02/08/2011.

ALTIERI, Juliana Fernandes. Divórcio Direto. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1510. Acessado em 12/11/2011.

ARANTES, Gisele. **Nova Lei do Divórcio entra em vigor no País**. Disponível em: <http://giselearantesadvogada.blogspot.com/2010/07/nova-lei-do-divorcio-entra-em-vigor-no.html>. Acessado em 12/10/2011.

DIAS, Maria Berenice. **Em nome do quê**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_em_nome_do_qu%EA.pdf. Acessado em: 05/11/2011.

Dicionário Latim. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm>. Acessado em: 05/11/2011.

Disponível em: <http://www.ufac.br/portal/unidades-administrativas/orgaos-complementares/edufac/revistas-eletronicas/revista-ramal-de-ideias/edicoes/edicao1/caminho-das-leis-e-regulamentacoes/o-papel-da-culpa-na-separacao-judicial-litigiosa>. Acessado em 05/07/2011.

ANEXOS



LEI Nº 11.441, DE 4 DE JANEIRO DE 2007.

Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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.” (NR)

“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).” (NR)

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.

.....” (NR)

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."

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

Art. 5º Revoga-se o parágrafo único do art. 48º da Lei nº 5.209 de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Brasília, 4 de janeiro de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos



DECRETO Nº 119-A, DE 7 DE JANEIRO DE 1890.

Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias.

Arquivo assinado em 07/01/2012, nº 4.100 de 2012.

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brasil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação,

decreta:

Art. 1º E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.

Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Art. 4º Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.

Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.

Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrario.

Sala das sessões do Governo Provisorio, 7 de janeiro de 1890, 2º da Republica.

Manoel Deodoro da Fonseca.

Aristides da Silveira Lobo.

Ruy Barbosa.

Benjamin Constant Botelho de Magalhães.

Eduardo Wandenkolk. - M. Ferraz de Campos Salles.

Demetrio Nunes Ribeiro.

Q. Bocayuva.