



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
FACULDADE DE DIREITO**

DIREITO

WILBER AUGUSTO SILVEIRA DE SOUZA

A “DESJUDICIALIZAÇÃO” DO DIVÓRCIO NO BRASIL

**FORTALEZA
NOVEMBRO – 2011**

WILBER AUGUSTO SILVEIRA DE SOUZA

A “DESJUDICIALIZAÇÃO” DO DIVÓRCIO NO BRASIL

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Regnoberto Marques de Melo Júnior.

**FORTALEZA
NOVEMBRO - 2011**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

S729d Souza, Wilber Augusto Silveira de.
A “desjudicialização” do divórcio no Brasil / Wilber Augusto Silveira
de Souza. – 2011. 55 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade
de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2011.

Área de Concentração: Direito de Família.

Orientação: Prof. Regnoberto Marques de Melo Júnior.

1. Direito de família - Brasil. 2. Divórcio - Legislação - Brasil. 3.
Ação de divórcio - Brasil I. Melo Júnior, Regnoberto Marques de (orient.). II.
Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.6

WILBER AUGUSTO SILVEIRA DE SOUZA

A “DESJUDICIALIZAÇÃO” DO DIVÓRCIO NO BRASIL

Trabalho de conclusão do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, da disciplina de Monografia Jurídica, pressuposto para obtenção do grau de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 23/11/2011.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Regnoberto Marques de Melo Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Professora Maria José Fontenelle Barreira Araújo
Universidade Federal do Ceará – UFC

Bacharel Eric de Moraes e Dantas
Universidade Federal do Ceará - UFC

A minha mãe, que com sua força de vontade e empenho pela vida mostra a importância de se lutar com afinco àquilo que se ama.

À toda família, base do meu ser, alicerce da minha alma. Sem vocês não sou nada, com vocês posso tudo.

Aos amigos e amigas, parentes de alma e espírito que os caminhos da vida nos colocaram no mesmo barco. Que os ventos nos aproximem e que a maré nos leve adiante, por tormentas e calmarias, mas sempre juntos e unidos.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer inicialmente a Deus, por nos ter concedido o dom da vida.

Posteriormente, ao mestre Regnoberto Marques de Melo Júnior, professor da Universidade Federal do Estado do Ceará, que, orientando-me neste projeto, proporcionou-me um vasto conhecimento a respeito do tema aqui abordado.

Aos meus pais e a todos os meus familiares que sempre me deram apoio integral, até mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos amigos e companheiros de Faculdade, que mais que colegas, foram verdadeiras fontes de inspiração e ajuda para o bom andamento do trabalho.

São merecedores de honras e agradecimentos também todos aqueles que de forma direta ou indireta participaram deste trabalhoso projeto.

“Apesar dos nossos defeitos, precisamos enxergar que somos pérolas únicas no teatro da vida e entender que não existem pessoas de sucesso e pessoas fracassadas. O que existem são pessoas que lutam pelos seus sonhos ou desistem deles.”

(Augusto Cury)

RESUMO

O presente trabalho aborda as inovações e as dificuldades trazidas pela Lei nº. 11.441/2007, especificamente em relação aos divórcios realizados pela via administrativa. Observa-se que o objetivo da citada lei é reduzir o número de processos que tramitam nas varas de família e simplificar o acesso ao direito de por fim ao casamento por meio de uma via mais simples e acessível a todos, qual seja, a via cartorária. Desse modo, desde que em conformidade com os requisitos da nova legislação, os interessados poderão comparecer ao cartório de qualquer lugar do território nacional e desfazer o seu vínculo matrimonial. O presente estudo aborda a Família e o Casamento como os alicerces do Direito de Família e, em seguida, traz a evolução do divórcio no Direito brasileiro, cuja tendência é a sua facilitação e a não manutenção de relações falidas como antigamente, culminando, assim, na “desjudicialização” do divórcio brasileiro, com a promulgação da Lei nº. 11.441/2007.

Palavras-chave: Direito Civil; Direito de Família; Divórcio; Via administrativa.

ABSTRACT

This work approaches the innovations and the difficulties introduced by Law n. 11.441/2007, specifically in relation to divorces conducted by administrative means. Observe that the purpose of that law is to reduce the number of processes that pass in the family courts and simplify access to the right to end the marriage through a more simple and accessible to everyone, that is, the way Register office . In this way, since in accordance with the requirements of new legislation, interested parties may attend the notary from anywhere in the country and undo your marriage. This study approaches the Family and Marriage as the foundation of family law, and then shows the evolution of divorce in Brazilian law, which tends to their facilitation and maintenance of relationships not failed as of old, culminating thus in "desjudicialização" the Brazilian divorce, with the promulgation of Law no. 11.441/2007.

Keywords: Civil Law; Family Law; Divorce; Administrative means

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. INSTITUTOS BASILARES DO DIREITO DE FAMÍLIA	13
2.1. Família	13
2.2. Casamento	17
2.2.1. Concepções	18
a) Concepção Clássica	18
b) Concepção Institucionalista	18
c) Concepção Mista	19
2.2.2. Características	19
2.2.3. Finalidades	22
3. BREVE HISTÓRIA JURÍDICA DO DIVÓRCIO DO BRASIL	23
4. MODALIDADES DE DIVÓRCIO ADMITIDAS NO BRASIL ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010	29
4.1. Divórcio Indireto	29
4.2. Divórcio Direto	30
5. EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 SOBRE O DIVÓRCIO NO BRASIL	32
5.1.1 A permanência, após a Emenda Constitucional nº66, da Separação Judicial e Extrajudicial no Ordenamento Jurídico brasileiro: doutrina minoritária	32
5.1.2 O fim da Separação Judicial e da Separação Extrajudicial após a Emenda Constitucional nº66/2010: doutrina majoritária	34
6. O DIVÓRCIO CARTORÁRIO NA LEI Nº 11.411/2007	37
6.1. Alguns princípios norteadores do serviço notarial no Brasil	37
6.1.1 <i>Princípio da Fé Pública</i>	37
6.1.2 <i>Princípio da autoria e responsabilidade</i>	38
6.1.3 <i>Princípio do Controle da Legalidade</i>	38
6.1.4 <i>Princípio da Conservação</i>	39
6.2 Aplicação do Divórcio Cartorário com a Lei nº. 11.441/2007	39
7. CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de fazer uma abordagem da Lei 11.441/2007 e a evolução dos institutos básicos do Direito de Família, em especial, do casamento e de sua dissolução através do divórcio pela via administrativa e como esta possibilidade é responsável em auxiliar toda sociedade e ao Poder Judiciário.

Tema recente, considerada ainda uma lei nova, em adaptação perante a sociedade, promulgada em fevereiro de 2007, onde permite o divórcio consensual, como também a partilha e o inventário lavrados por escritura pública, de forma administrativa nos tabelionatos de notas.

Percebe-se que, hoje em dia, há uma efemeridade nos relacionamentos, pois iniciam e acabam rapidamente, não se justificando mais a manutenção de regime retrógrado de manutenção do casamento falido, que impedem a formação de outros arranjos familiares.

Com esse entendimento é que, com a introdução da Emenda Constitucional nº. 66/2010, toda e qualquer discussão acerca de prazos e condições para a decretação do divórcio restaram eliminadas do ordenamento jurídico pátrio, não havendo, portanto, a figura da separação extrajudicial trazida pela nova lei em comento.

O divórcio cujos procedimentos, até então eram exclusivos da via jurisdicional têm hoje seu alcance maximizado, à medida que ao teor da Lei nº. 11.441/2007 podem ser propostos na via extrajudicial mediante comparecimento dos interessados em qualquer cartório do território nacional.

De imediato, a importância do tema se revela, na medida em que o legislador pátrio ao editar a supra mencionada lei, teve como objetivo principal, reduzir o número de processos que tramitam nas varas de família, além de facilitar, em privilégio a autonomia da vontade, a solução das lides correlatas a extinção do vínculo matrimonial.

A questão que justifica esse simples estudo são as inúmeras dúvidas surgidas nos operadores do direito de como se dará a aplicabilidade dos dispositivos legais inerentes a estes procedimentos. Assim, surgem algumas indagações: até que ponto há

necessidade da representação jurídica por advogado habilitado e em que medida tal exigência inviabilizaria o acesso dos menos favorecidos? O ato pode ser concretizado mediante procuração? A gratuidade também será aceita nesse procedimento administrativo? As cláusulas que tratam de alimentos, partilha de bens e a que autoriza voltar a usar o nome de solteiro podem também ser resolvidas por via administrativa e, em caso afirmativo, tal faculdade poderá ser exercitada mesmo após lavrada a escritura de divórcio? O tabelião pode recusar-se a lavrar a escritura e, se pode, em quais, hipóteses? A escritura pública de divórcio deve correr em segredo de justiça? Por que a lei não permite o uso do procedimento extrajudicial havendo filhos menores?

O presente estudo busca fazer uma análise da Lei nº 11.441/2007, que trata, pois, da realização dos divórcios cartorários e, a pretexto de fazê-lo, buscar responder as questões apresentadas acima.

2 DOS INSTITUTOS BASILARES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Para que se compreenda melhor o objeto de estudo do presente trabalho, se faz necessária a análise dos dois institutos mais importantes para o Direito de Família, a saber: a família e o casamento.

2.1 Família

A Família é uma instituição muito antiga que existe desde o surgimento do homem e representa um grupo social primário que influencia e é influenciado por outras instituições. Atualmente, nos ditames da Constituição Federal de 1988, tem formatos diversos.

Os estudos do Direito de Família, ou pelo menos a maior parte deles, iniciaram-se no Direito Romano. Naquela época, prevalecia o poder do *pater familias*, ou seja, a família se estruturava em torno da autoridade do patriarca, que exercia sobre os filhos direito de vida e de morte, incluindo até mesmo a venda destes. Aqui, sua autoridade abrangia todos os ascendentes não emancipados, sua mulher, as casadas com *manus* e os seus descendentes. A mulher era totalmente submissa a figura masculina, podendo ser abandonada pelo seu marido sem declarar a sua vontade, por ato unilateral deste.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a dinâmica da família no Direito Romano era:

A família era simultaneamente uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. (GONÇALVES, 2005, p.15)

Fustel de Coulanges, numa definição irretocável sobre a família no mundo antigo preleciona:

A antiga língua grega oferecia palavra bastante significativa para designar a família; chamava-lhe de *epistion*, o que literalmente significa: aquilo que está junto de um lar. A família era assim um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer a refeição fúnebre aos mesmos antepassados. (COULANGES, 2000, p.37)

Com o passar do tempo, as regras foram ficando mais brandas, sendo admitido o casamento *sine manu* no qual a mulher contraía núpcias, mas continuava sob o poder do *pater famílias* podendo, contudo, dispor de seus bens – que não se misturavam com o do marido, não tendo sua capacidade jurídica alterada. A partir do século IV, o imperador Constantino trouxe ao Direito Romano a concepção cristã da família predominando a moralidade.

Com a evolução da família romana, a autoridade do *pater* foi sendo restringida, dando maior autonomia à mulher e aos filhos, os quais passaram a administrar os vencimentos, ou seja, passaram a ter maior autonomia sobre o patrimônio da família.

No Brasil, o instituto da família sofreu influência da família romana, canônica e da germânica. É inegável que o Direito de Família brasileiro foi totalmente influenciado pelo Direito Canônico por intermédio das Ordenações Filipinas (GONÇALVES, 2005, p.37).

Hodiernamente o Direito de Família passou a seguir rumos próprios, adaptando-se à realidade, libertando-se, em certo grau, das influências enraizadas do direito canônico, em razão das grandes transformações históricas, políticas, culturais e sociais. Na família brasileira passou a predominar a natureza contratualista, equilibrando a liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento

O Código Civil de 1916 regulava a família como sendo um instituto patriarcal e hierarquizado, sendo constituído unicamente pelo casamento. A família ilegítima, aquela estabelecida fora do casamento, chamava-se de concubinato e também era mencionada nos dispositivos do Código, vedando-se, no entanto, doações ou benefícios do contrato de seguro de vida à concubina. Nesse sentido, os filhos dessas relações extraconjugais também eram considerados ilegítimos, divididos em naturais e espúrios. Os primeiros nasciam do casal, cujos cônjuges não apresentavam qualquer impedimento matrimonial. Somente estes poderiam ser reconhecidos, desde que fossem em tudo equiparados aos filhos legítimos. Os espúrios eram aqueles nascidos de pais impedidos de casar devido à relação de parentesco entre eles ou em razão do vínculo de casamento anterior, e por sua vez se dividiam em adúlteros e incestuosos. Estes, inicialmente, não eram reconhecidos como filhos, mas a Lei n. 7841/1989 revogou o dispositivo que previa tal exclusão, seguindo o espírito legislativo da Constituição Federal de 1988, que proíbe

qualquer tipo de discriminação relativa à filiação, igualando os direitos entre filhos, sendo estes legítimos ou não.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a concubina foi adquirindo alguns direitos isolados como o de meação dos bens adquiridos pelo esforço comum (Súmula 380 do STF), passando as vedações do Código Civil de 1916 a serem aplicadas nos casos de concubinato adulterino (homem que vivia ao mesmo tempo com a esposa e com a concubina). Quando o homem se separava de fato da mulher e somente depois constituía um relacionamento *more uxório*, as restrições acima deixavam de ser obrigatórias e a mulher era considerada companheira e não mais concubina.

Com a Constituição Federal de 1988 o conceito de família foi alterado, passando a abranger as relações monoparentais, ou seja, aquelas que são constituídas de um dos pais com seus filhos. Com isto, foi se desfazendo a idéia de que o casamento era requisito para constituição da família. Dessa forma, passou a entidade familiar a ser plural e não mais singular, por ter várias formas de constituição (artigo 226 da CF). Outra inovação constitucional foi a proibição da discriminação dos filhos concebidos fora do casamento (artigo 227, § 6º). Outra mudança foi a consagração dos princípios da igualdade entre homens e mulheres que derogou vários artigos do Código Civil de 1916. Paralelamente, na medida em que passou a tratar a União Estável como família, pelo que o relacionamento constituído fora do casamento passou a ter juridicidade.

O Código Civil de 2002 implantou um título específico referente à união estável no Livro de Família, acrescentando cinco artigos que tratam especificamente dos aspectos pessoais e patrimoniais de tal instituto.

Ressalta ainda a igualdade entre os cônjuges (artigo 1511), proíbe a interferência das pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida instituída pelo casamento (artigo 1513), disciplina o casamento religioso, regulamenta a união estável como entidade familiar, reafirma a igualdade entre os filhos, traz o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento, introduz o instituto da adoção, disciplina a prestação de alimentos e a dissolução da sociedade conjugal (revogando algumas normas da Lei do Divórcio).

Todas essas inovações relacionadas ao Direito de Família e introduzidas pelo Código Civil de 2002 e pela Constituição Federal de 1988 destacam a função social da família no direito de família.

Assim, tem-se que o atual Direito de Família é pautado pelos seguintes princípios:

O **princípio do respeito à dignidade da pessoa humana** que tem como base o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal assegura que a família por ser a base da sociedade tem direito de pleno desenvolvimento, ou seja, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à liberdade, à dignidade, à cultura, ao respeito (artigo 227, caput da Constituição Federal)

O **princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros** cujo fundamento se encontra no artigo 226, § 5º da Constituição Federal estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Este princípio extirpa do nosso ordenamento jurídico a pretérita idéia de que o homem seria o chefe da sociedade conjugal e que somente a este caberia a administração dos bens do casal, enquanto a atuação da mulher se restringia aos afazeres domésticos.

O **princípio da igualdade jurídica de todos os filhos** possui fundamento no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal afirma a igualdade entre todos os filhos, mesmo que havidos ou não da relação do casamento, bem como aqueles adotados. Tal princípio proíbe qualquer distinção entre filhos legítimos e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos, sucessão, ou qualquer menção na certidão de nascimento sobre filiação ilegítima e discriminação em relação a estes (GONÇALVES, 2005, p.8)

O **princípio da comunhão plena de vida** é baseado no afeto que deve haver entre os cônjuges. Os artigos 1511 e 1513 do Código Civil corroboram a abrangência deste princípio, sendo certo que de tal princípio decorre a proibição de qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida do casal. Assim, a comunhão de vida se relaciona a convivência familiar e ao companheirismo, ou seja, aos laços de afetividade dos cônjuges e companheiros.

O princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar abarca a escolha que a pessoa tem de constituir comunhão familiar seja por meio do casamento, pela união estável ou por relação monoparental. Compreende também o planejamento familiar do casal, a livre administração do patrimônio familiar e a escolha pela formação educacional dos filhos.

2.2 Casamento

Os romanos entendiam que, para o sucesso do casamento, havia a necessidade da *affectio* desde o momento de sua celebração até quando perdurasse, ou seja, a partir do momento que não houvesse mais convivência ou que desaparecesse o afeto, o casamento deveria ser dissolvido. Mas o casamento religioso era mais difícil de dissolver-se.

O casamento romano dissolvia-se mediante uma cerimônia:

Para a interrupção necessitava-se de nova cerimônia religiosa, porque só a religião podia desligar aquilo que ela mesma ligara; Os dois esposos, ao quererem separar-se, compareciam pela última vez diante do lar comum, estando presentes um sacerdote e testemunhas. Apresentava-se aos dois esposos, como no dia do casamento, um bolo de farinha - flor. Mas provavelmente, em vez de partilharem entre si, rejeitavam-no. Depois, em lugar de orações, pronunciavam fórmulas de um caráter estranho, severo, odioso e terrível, espécie de maldição através da qual a mulher renunciava ao culto e aos deuses do marido. Desde este momento o laço religioso achava-se quebrado. Cessada a comunhão do culto, assim cessava de pleno direito toda restante comunhão, e o casamento declarava-se nulo. (COULANGES, 2000, p.43)

Ocorre que os canonistas se opuseram a esta dissolução, pois consideravam o casamento um sacramento.

Na Idade Média só existia o casamento religioso, pois todas as relações de família eram regidas pelo Direito Canônico. O Código Civil de 1916 seguiu este Direito em relação aos impedimentos matrimoniais estabelecendo as condições de invalidade.

Antes de tudo, cumpre salientar que o casamento é composto por dois institutos que se superpõem: a *sociedade conjugal*, que decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o *vínculo conjugal*, que nasce da interferência do próprio Estado, mediante a solenidade do ato, na presença de testemunhas e de outras condições estabelecidas em lei.

O civilista Washington de Barros Monteiro (2004 apud GONÇALVES, 2006, v.6) sobre o assunto, afirma que o “casamento é a união permanente entre homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.

Segundo Pontes de Miranda:

Casamento é contrato solene, pelo qual, duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer. (MIRANDA, 1947 apud GONÇALVES, 2006, v.6, p.329)

Assim, a grosso modo, o casamento deveria ser perene e ter a finalidade de procriação e educação de seus filhos.

2.2.1 Concepções

Em relação à natureza jurídica do casamento, a doutrina ainda não chegou a um consenso. Os autores a classificam em três concepções, a saber:

a) Clássica

Para concepção clássica ou contratualista ou individualista, criada no século XIX e incorporada pelo Código de Napoleão (Código Francês de 1804), o casamento deveria ser regido pelas regras comuns a todos os contratos. O matrimônio se constituiria em um contrato civil que se aperfeiçoa com o consentimento de ambos os contraentes.

b) Institucionalista

Na concepção institucionalista ou supra-individualista o que predomina no casamento é o caráter institucional, ou seja, o matrimônio é uma instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes e cujas normas, efeitos e forma são preestabelecidos pelo legislador. As partes são livres para escolher seu cônjuge e decidir se vão casar ou não, mas uma vez decidido pela realização do matrimônio, eles não podem discutir o conteúdo de seus direitos e deveres.

c) Mista

Tentando contemplar aspectos de ambas as concepções anteriormente expostas, surge a terceira concepção que possui natureza eclética ou mista. Esta considera o casamento um ato complexo, ou seja, ao mesmo tempo contrato (na formação) e instituição (no conteúdo).

A idéia de casamento é oposta à de contrato. Considerá-lo como contrato é equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins. Deveras difere o casamento, profundamente do contrato, em sua constituição, modo de ser, alcance de seus efeitos e duração. (DINIZ, 2005, v.5, p. 44-45)

A natureza de negócio jurídico do casamento é um ato de autonomia privada na qual está presente à liberdade de escolha do cônjuge de casar ou não. Os cônjuges têm a liberdade de escolha, no plano dos efeitos patrimoniais, por meio do pacto antenupcial, do regime de bens que escolhem valer pra o seu casamento. Vale salientar que essa liberdade deve ser exercida dentro de limites constitucionais e legais.

2.2.5 Características

O casamento, por ser um ato complexo, contém inúmeras características, as quais, as mais importantes, são:

É ato solene. A norma jurídica o reveste de formalidades que se inicia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolvendo-se na cerimônia em que é celebrado e prosseguindo no registro em livro próprio. Assim, a solenidade do ato é requisito essencial para regularidade do ato, não bastando a simples união entre o homem e a mulher.

Para Maria Helena Diniz (2005, v.5, p.46), “a legislação matrimonial é de ordem pública por estar acima das convenções dos nubentes”, ou seja, não é dada a eles a liberdade de discutir sobre o conteúdo de seus direitos e deveres, somente a liberdade de escolha do seu cônjuge.

O casamento estabelece **comunhão plena de vida**, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, isto é, a união deve ser exclusiva, tendo os nubentes o dever de fidelidade recíproca. Esta comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial que implica o respeito à diferença entre os cônjuges e à preservação da

dignidade das pessoas casadas. Em relação à igualdade entre os cônjuges, o artigo 1.565 do Código Civil de 2002 dispõe que “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

O matrimônio deve ser uma união permanente. Os doutrinadores se dividem em relação a esta permanência, pois desde 1977 o divórcio já é reconhecido no Brasil por meio da Lei nº. 6.515, com alterações ao longo dos anos. Atualmente, predominam os países que aplicam a dissolubilidade, já que são poucos os que não admitem o divórcio.

Analisando a Constituição Federal de 1988 de forma literal, percebe-se que esta só admite casamento entre homem e mulher, vedando, inclusive, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, portanto, a diversidade de sexos para que o casamento seja válido. Para complementar tal entendimento, o artigo 1.723 do Código Civil estabelece que seja reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher.

Contudo, vale destacar que hoje existem muitos países que aceitam o casamento de homossexuais e o número de casais com pares do mesmo sexo, atualmente, tem aumentado significativamente também no Brasil, fazendo com que diversos casos cheguem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Recentemente, em decisão inédita os ministros do STF, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ações estas ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

Em linhas gerais, a Corte Constitucional brasileira entendeu que, em razão do artigo 3º, inciso IV, da Constituição vedar qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor, ninguém poderia ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Assim, o STF decidiu pela procedência das ações, com efeito vinculante, para dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Ao reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo, o Supremo Tribunal Federal deixou em aberto a possibilidade de casamento ou pelo menos a conversão da união estável em casamento em razão do artigo 226, §3º, da Carta Constitucional de 1988, provocando várias decisões divergentes dos juízes de primeiro

grau. Assim, os efeitos desta decisão estão variando conforme a interpretação dos operadores do direito, com a aplicação de princípios, tendo em vista não haver legislação específica sobre o assunto.

Há pouco tempo foi a vez dos ministros da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestarem acerca do tema no Recurso Especial nº. 1.183.378 RS, mas desta vez, a discussão não girou em torno da possibilidade do reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, mas da possibilidade de habilitação destas para o casamento. O recurso é originário de uma ação promovida por duas mulheres gaúchas que viviam juntas há mais de cinco anos e que tiveram sua pretensão negada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Em decisão inovadora, a 4ª turma do STJ deu provimento ao Recurso Especial para afastar o impedimento relativo à diversidade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação para o casamento das duas mulheres, salvo se por outro motivo elas estiverem impedidas de contrair o matrimônio.

Em seu voto o ministro-relator Luís Felipe Salomão pontifica:

Por conseqüência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento” (REsp 1183378 RS Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em: 25/10/2011. Acessado em 10-11-2011. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor&classe=MI>)

Apesar dessa decisão não ter efeitos vinculantes, abriu precedentes para que tribunais de instâncias inferiores ou até mesmo cartórios adotem essa posição.

É de se concluir, portanto, que o requisito para o casamento tido, até o momento, por muitos doutrinadores, da **diversidade de sexos dos nubentes**, pode ser perfeitamente afastado.

O casamento é um negócio jurídico puro e simples, portanto, não, comporta termo ou condição.

A última e não menos importante característica do casamento aqui destacada é a **liberdade de escolha do nubente**. A liberdade de casar-se corresponde a um direito da personalidade, cabendo exclusivamente aos consortes manifestar a sua vontade para com quem deseja casar.

2.2.6 Finalidades

O matrimônio, além das características apresentadas, também possui finalidades que variam conforme a visão adotada, quais sejam, a jurídica, a religiosa, a filosófica, entre outras.

A concepção canônica considera a procriação e a educação da prole a finalidade principal do matrimônio e a mútua assistência e satisfação sexual a finalidade secundária. Ocorre que se pegássemos essa idéia como verdade absoluta, o casamento entre pessoas com idades mais avançadas já privadas da reprodução e o casamento de pessoas que não tem filhos, seja por vontade própria, seja por infertilidade, teriam de ser anulados, inviabilizando o matrimônio para estas pessoas.

Já a corrente individualista considera que o amor físico, quer dizer, a satisfação sexual, é o único objetivo do matrimônio. O sexo seria o início pacífico do casamento e convencionalmente permitido com a solenidade do casamento.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

Tal concepção avilta, evidentemente, a dignidade da união matrimonial. Embora se possa considerar que o instituto sexual possa, segundo a lei da natureza atuar como mola propulsora e que o casamento representa uma possibilidade de pacificação e expansão do sexo. (GONÇALVES, 2005, p.30)

Segundo o Código Civil de 2002, a principal finalidade do casamento é constituir uma comunhão plena de vida estimulada pelo amor e carinho existente entre os pares, baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, na mútua assistência e nos princípios do Direito de Família. As outras finalidades como a educação dos filhos, a procriação e a satisfação sexual, são também importantes, mas não essenciais.

3 BREVE HISTÓRIA JURÍDICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL

O casamento no Brasil não era muito diferente do que se encontrava em outros países, incluindo os que sofreram influência da Igreja Católica, no século XIX. Não se diferenciava crime de pecado e as pessoas não tinham os mesmos direitos que possuem hoje, pois estes se confundiam com as determinações da Igreja.

Assim, o casamento tal qual como foi introduzido no Brasil do tempo do Império era regido pelas normas da Igreja Católica, tendo em vista que o catolicismo era a religião oficial de Portugal, nossa metrópole, aplicando-se, portanto, as disposições estabelecidas no Concílio de Trento (1545 e 1553).

Contudo, no fim do século XIX a legislação brasileira instituiu o casamento civil e passou a aceitar a sua dissolução com efeitos limitados através de fiscalização rigorosa do Estado por meio do Poder Judiciário.

Mas conforme advertiu Romualdo Baptista dos Santos (2007) em citação aos ensinamentos de Caio Mário, a idéia de dissolução do vínculo matrimonial não era algo novo:

Caio Mário lembra que a dissolubilidade do matrimônio não é nenhuma novidade, pois os povos primitivos já cultivavam a noção de rompimento do vínculo conjugal, como provam os monumentos antigos, o Velho testamento e as antigas leis. Ainda segundo esse autor, o cristianismo combateu o divórcio, mas também o admitiu em certos casos conforme se extrai do evangelho de São Mateus. (SANTOS, 2008, p.51)

No Brasil, a aceitação dessa dissolução se deu de forma lenta e dificultosa devido à resistência de parte da sociedade e, principalmente, da Igreja Católica.

No período colonial, o país era regido pelas ordenações do reino, cujas disposições eram totalmente controladas pela Igreja. Como esta ainda é contra a dissolução do casamento, tinha este como um sacramento, havendo restritas possibilidades previstas no Código Canônico de ser desfeito.

Foi proclamada a independência (1822) e nada foi alterado. Somente em 1889 é que a matéria veio a ser tratada no legislativo por meio do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, a chamada Lei do Matrimônio. Essa lei estabeleceu o casamento civil e passou a

admitir a dissolução do casamento, contudo, suas conseqüências se restringiam somente à sociedade conjugal e não à quebra do vínculo matrimonial. Com esta legislação, o casamento civil passou a se diferenciar do casamento religioso, tendo em vista que aquele passou a ser um ato jurídico. Sendo certo que um dos primeiros atos com a Proclamação da República em 1889 foi a subtração da competência do Direito Canônico sobre as relações familiares.

Com o advento do Código Civil de 1916, apenas a morte e a anulação do casamento eram aptos a extinguir o vínculo matrimonial, posto que no direito brasileiro o instituto do desquite, era, nas palavras de Pontes de Miranda (1955, p. 36), “a separação sem quebra do vínculo”. Percebe-se, como conseqüência, que a modificação efetuada pelo Código Beviláqua foi apenas terminológica. O novo instituto introduzido nada mais era do que o divórcio regido pelo Decreto n. 181/1890, mas com outra nomenclatura.

Segundo Sílvio Rodrigues:

“A palavra ‘desquite’ foi introduzida no direito brasileiro com o Código Civil de 1916. O Decreto n. 181/1890, que instituiu entre nós o casamento civil, ainda utilizava a expressão divórcio, embora não o admitisse com o efeito de romper o vínculo conjugal. De forma que o Código Civil, fora modificações menores, nada inovou ao direito anterior, a não ser o nome do instituto”.
(RODRIGUES, 1985, p. 36)

A dissolução do casamento, pelo Código Civil de 1916, somente era admitida em razão da morte de um dos cônjuges (artigo 315, parágrafo único, do Código Civil de 1916), tendo em vista ter sido influenciado pelos dogmas católicos. Dessa forma, aceitava apenas o desfazimento da sociedade conjugal por meio do desquite (equivalente aos efeitos da separação antes da Emenda Constitucional nº. 66/2010). O desquite, portanto, deveria ser necessariamente judicial, sendo permitido ainda o restabelecimento da sociedade conjugal mediante petição ao juiz (artigo 323, do Código Civil de 1916). Importante destacar que o termo desquite, em razão do preconceito social e religioso da época, fez com que esta palavra tornar-se pejorativa, senão vejamos:

Nessa fase, há apenas o desquite, instituto de influência religiosa que gerava somente a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias, o

que gerava tão só “famílias clandestinas”, destinatárias do preconceito e da rejeição social. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.39)

Percebe-se, então, que naquela legislação não houve muita inovação, já que instituíra tudo o Decreto n. 181/1890 já havia consignado, somente substituindo a palavra divórcio (que tinha o sentido de dissolver apenas a sociedade conjugal, como se fosse a separação judicial) por desquite.

O Direito de Família foi constitucionalizado pela Constituição de 1934, afirmando que a família era indissolúvel e que as ações de anulação e desquite eram condicionadas a recurso de ofício, sob efeito suspensivo (artigo 144). As Constituições seguintes (1937 e 1946) trouxeram disposições semelhantes. Dessa forma, referido tema tornou-se mais rígido, em razão do seu caráter constitucional, posto que havia receio de parte da sociedade e da igreja de que o desquite (forma de dissolução da sociedade conjugal) pudesse evoluir para o divórcio.

A celeuma surgiu porque alguns doutrinadores entendiam que o casamento e a sua dissolubilidade não deveriam ter status constitucional (em razão da maior dificuldade em se alterar uma norma constitucional), tornando-se conflitante com a evolução da sociedade que já procurava dissolver não só a sociedade conjugal, como também o vínculo matrimonial, alegando as dificuldades e abusos dos processos de anulação de casamento, bem como a necessidade de que fosse possível contrair novas núpcias sem ser estigmatizado pela sociedade. Com isto, apareceu o projeto 1.568, de 22 de fevereiro de 1960, de autoria do Senador Nelson Carneiro que trouxe outras causas para a dissolução do matrimônio como a incompatibilidade de gênios e o lapso do prazo de cinco anos desde o desquite.

Ainda houve uma tentativa de modificar o artigo 163 da Constituição de 1946 para retirar a expressão *vínculo indissolúvel* (Emenda Constitucional 4, de 1951 – Deputado Nelson Carneiro). Entretanto, o preceito foi mantido na Constituição de 1967 (ditadura militar).

A Emenda Constitucional nº. 09, de 28 de junho de 1977, mesmo com forte oposição da Igreja Católica e de parte da sociedade brasileira, admitiu o divórcio no Brasil ao dar ao § 1º do art.175 da Constituição Federal de 1967 a seguinte redação: “O casamento somente será dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Referida Emenda a Constituição de 1967 foi o caminho para que a matéria fosse regulamentada e no mesmo ano fosse aprovada a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como a Lei do Divórcio ou Lei Nelson Carneiro, em homenagem ao seu principal idealizador.

Com a promulgação desta lei, foi alterada a legislação civil e a processual civil. O título IV do Livro I do Código de 1916 que tratava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos foi revogado, tendo em vista que o objeto de que tratavam esses dispositivos seriam disciplinados exclusivamente na nova lei.

A Lei 6.515 de 1977 substituiu a expressão desquite por separação judicial, especificou os casos e efeitos da separação judicial e do divórcio e introduziu as causas que dissolveriam a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial.

Como atesta Romualdo Baptista dos Santos:

Em resumo, a Lei 6.515/77 introduziu o divórcio entre as causas pelas quais se dissolvem a sociedade conjugal e o casamento (artigo 2º), estabeleceu a substituição do desquite pela separação judicial (artigos 3º a 23) e do divórcio (artigos 24 a 33 e artigo 40) e tratou dos aspectos processuais (artigos 34 a 39). (2007, p.56)

Portanto, com a nova legislação, a separação judicial poria fim à sociedade conjugal e o divórcio dissolveria o vínculo matrimonial.

A separação poderia ser solicitada por ambos os cônjuges (consensual) ou por somente um deles, desde que atribuísse culpa ao outro. A separação litigiosa poderia ser demandada se um dos consortes demonstrasse a ruptura da vida em comum por período superior a cinco anos, ou caso descobrisse que o outro estava acometido de doença grave por iguais cinco anos. A nova lei também admitia o desfazimento da separação judicial a qualquer tempo, restaurando a sociedade conjugal (ressalvados os direitos de terceiros).

O divórcio poderia ser concedido por meio da conversão da separação judicial que existisse há mais de três anos (artigo 25 da Lei do Divórcio) ou após cinco anos da separação de fato (artigo 40 da Lei do Divórcio), podendo ser requerido por ambos os cônjuges (consensualmente) ou por qualquer destes, mediante comprovação da culpa do outro (litigioso). Em razão de o divórcio romper com o vínculo matrimonial, caso o casal quisesse se unir novamente deveriam contrair um novo matrimônio. Deve ser destacado que, para a aprovação inicial da Lei 6.515/1977, a Igreja admitia que uma pessoa só poderia ser divorciar uma única vez na vida.

Passados dez anos depois da regulamentação do divórcio, a Constituição de 1988 abrandou as exigências que condicionavam o divórcio, reduzindo os prazos. Em 1989, foi promulgada a Lei 7.841 que alterou alguns artigos da Lei do Divórcio, diminuindo de três para um ano o prazo para a conversão da separação judicial em divórcio e de cinco para dois anos o prazo para o divórcio direto. E com muita propriedade, revogou o artigo 38, que permitia o divórcio apenas uma única vez, ou seja, a pessoa, como ainda hoje é, poderia casar e se divorciar quantas vezes quisesse.

Assim pontua Romualdo Baptista sobre as mudanças trazidas pela Lei 7.841/1989:

Efetivamente, logo depois de promulgada a Constituição de 1988, foi editada a Lei nº 7.841, de 1989, que alterou os arts. 36, I e 40 da Lei do Divórcio, reduzindo de três para um ano o prazo para conversão da separação judicial em divórcio e de cinco para dois anos o prazo para o divórcio direto. Além disso, a citada lei revogou o artigo 38 da Lei do Divórcio, que permitia o divórcio apenas uma vez, bem como o § 1º do art. 40, que exigia prova de culpa para o divórcio direto. (2007, p. 57-58)

Sobre o tema, o Código Civil de 2002 trouxe poucas inovações. Passou a tratar o Direito de Família no final da parte especial, ao contrário do antigo código. No artigo 1.571, trouxe o que já se encontrava na Lei do Divórcio, ou seja, que a separação judicial põe fim à sociedade conjugal e o divórcio extingue o vínculo matrimonial. Nos artigos seguintes (1.572, 1.574 e 1.577), cita as espécies de separações, seja consensual ou litigiosa, bem como a possibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal. Entretanto, uma das inovações trazidas pelo Novo Código Civil é a de que o juiz pode reconhecer outras causas, diferentes das previstas em lei, de impossibilidade da vida em comum para decretar a separação judicial (artigo 1.573, parágrafo único), tornando, assim o rol do artigo 1.573 apenas exemplificativo.

O novo Código Civil também trouxe as espécies de divórcio com as devidas modificações introduzidas no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº. 6.151/1977, o divórcio-conversão e o direto, podendo ambos serem consensuais ou a pedido de qualquer dos cônjuges.

Outra inovação trazida era a de que o divórcio por conversão não necessariamente deveria ter somente a separação judicial como condição, mas também a separação de corpos concedida em medida cautelar. Portanto, surgia assim uma nova

possibilidade para a obtenção do divórcio, o ordenamento jurídico civil adotou o lapso temporal de 1 (um) ano da decisão concessiva da separação de corpos, sendo que o lapso temporal de um ano, deveria ser contado da "decisão concessiva" da separação de corpos – já que esta, geralmente, precedia a ação principal de separação judicial, e não do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial. Tratando-se, assim, de forma célere para a concessão do divórcio que é o objetivo e tendência do ordenamento jurídico brasileiro como veremos no tópico pertinente em relação às mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº. 66 de 2010.

Antes da nova redação dada ao artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, pela Emenda nº. 66, as modalidades de divórcio no Brasil se resumiam em divórcio extrajudicial, judicial indireto (consensual ou litigioso) – em razão da exigência da prévia separação judicial - ou divórcio judicial direto (consensual ou litigioso) – quando já havia transcorrido o lapso de dois da separação de fato do casal.

4 MODALIDADES DE DIVÓRCIO ADMITIDAS NO BRASIL ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66/2010 E DA LEI Nº. 11441/2007

Sobre o divórcio, Orlando Gomes pontifica que:

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial que se opera mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias. (1978, apud DINIZ, 2005, v.5, p.317)

O Direito brasileiro, antes das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 66 de 2010 e da Lei nº. 11441/2007, acolhia duas modalidades de divórcio: o divórcio-conversão ou indireto (artigo 1.580, caput e § 1º, Código Civil) e o divórcio direto (artigo 1.580, § 2º do Código Civil).

4.1 Divórcio Indireto

O pedido do divórcio indireto podia ser formulado por ambos os cônjuges, em sua modalidade consensual ou somente por um cônjuge em sua modalidade litigiosa.

Passado um ano do trânsito em julgado da sentença da separação judicial, qualquer das partes poderia pedir a conversão em divórcio, não importando se a separação fora consensual ou litigiosa.

O requerimento poderia ser feito no juízo do domicílio de um dos cônjuges mesmo não sendo o mesmo em que havia tramitado a ação de separação. A jurisprudência admitia que o pedido consensual de conversão poderia ser direcionado tanto ao juízo por onde se processou a separação judicial como ao juízo da atual residência da mulher. (TJSP, CComp 288.802, 6ªCâm., j.8-5/1980; RSTJ, 7/83)

De acordo com o artigo 100, inciso I, do Código de Processo Civil, é competente o foro da residência da mulher para a ação de separação dos Cônjuges e a conversão desta em divórcio e para anulação de casamento. A conversão deveria ser realizada no foro da residência da mulher, pois, geralmente, era o mesmo que tramitara a separação judicial do casal ficando mais fácil ter acesso aos autos e como, na maioria dos casos, a mulher ficava com a guarda dos filhos, era mais prático, devido às

responsabilidades com o lar e os filhos, para ela ajuizar um pedido de conversão no foro do seu domicílio. Entretanto, deve ser destacado que tal previsão estabelecida no Código de processo Civil vai de encontro a interpretação do artigo 5º, I, da Constituição Federal que dispõe que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A conversão da separação em divórcio se constituía em um novo processo, autônomo em relação à separação judicial. Deveria ser pensada aos autos desta quando solicitado pelo juízo. Entretanto, era possível que, caso os autos fossem extraviados ou se estivessem em outro juízo, o pedido seria instruído com a certidão de sentença, ou de sua averbação no assento do casamento.

Na conversão consensual era dispensada a fase conciliatória. Nesta conversão, feita com a chancela do Estado, permitia-se a ausência das partes mediante a apresentação de procuração, por instrumento público ou particular, com expressos poderes especiais atribuídos ao advogado de ambos para que ratificasse, em juízo, a petição inicial. O Ministério Público, caso houvesse interesse de incapaz em jogo, deveria ser ouvido.

Na conversão litigiosa, se não houvesse provas a serem produzidas ou contestação, o juiz apreciaria diretamente o pedido, sentenciando em dez dias. O magistrado tinha essa competência, pois a ação de conversão era fundamentada em prova pré-constituída, necessitando apenas ter decorrido o prazo de um ano.

Conforme o Código Civil de 2002, o prazo anual da separação para o divórcio deveria ser contado da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos ou do trânsito em julgado da sentença que havia decretado a separação judicial. Tal prazo era peremptório, posto que não se interrompia nem se suspendia, nem se houvesse reconciliação, podendo ser complementado durante o processo.

Por fim, conforme a melhor doutrina, cumpre destacar que, em razão do fim da separação judicial, não há mais espaço para o divórcio indireto, tendo em vista que não há mais o que ser convertido.

4.2 Divórcio Direto

O divórcio direto, antes da Emenda Constitucional nº. 66, era permitido somente se fosse comprovada a separação de fato por mais de dois anos, por um ou ambos os cônjuges, não precisando demonstrar a causa da separação. Estava previsto no

artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, bem como no artigo 1.580, § 2º, do Código Civil.

O casal, no período de dois anos em que estivessem separados de fato, poderia ter encontros esporádicos, desde que não tivessem a intenção de se reconciliar, não interrompendo, assim, o prazo para o divórcio.

O divórcio direto, assim como o divórcio-conversão, poderia ser consensual ou litigioso, desde que provados dois anos de separação de fato.

O procedimento do divórcio direto consensual judicial, nos moldes anteriores as inovações trazidas pela EC nº66/2010, encontra-se regulamentado nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, tendo em vista não terem sido expressamente revogado pelo diploma constitucional.

5 EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº66 DE 2010 SOBRE O DIVÓRCIO NO BRASIL

5.1 A permanência, após a Emenda Constitucional Nº66, da Separação Judicial e Extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: Doutrina Minoritária

Em 14 de julho de 2010, por força do Poder Constituinte Derivado Reformador, foi publicado e entrou em vigor a Emenda Constitucional nº. 66, que deu nova redação ao artigo 226, §6º, da Constituição Federal, no sentido de suprimir o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou da comprovada separação de fato por mais de dois anos para os casais requererem o divórcio. Assim, atualmente, dispõe o artigo 226,§6º, da Constituição Federal, que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

A corrente minoritária defende a tese de que tal emenda não revogou, expressa ou tacitamente, as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil que autorizam os pedidos de separação judicial consensual ou litigiosa e de lavratura de escritura pública de separação extrajudicial, fator este que não retira do ordenamento sua previsão e funcionamento facultativo, ao menos enquanto não forem revogados, não podendo, portanto, se falar em impossibilidade jurídica do pedido, posto que não há vedação explícita no ordenamento jurídico.

Assim já se posicionou a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DOCPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau

entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2T, Resp. 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 02/09/2008, p. Dje 06/10/2008. Acessado em 10-11-2011, disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849523/recurso-especial-resp-820475-rj-2006-0034525-4-stj>).

Defende-se, ainda, que os cônjuges, querendo, baseada na idéia de autonomia privada e sem caráter obrigatório, podem ainda pedir a separação judicial ou extrajudicial com o objetivo de se colocar fim à sociedade conjugal sem, no entanto, extinguir o casamento.

Assim, com fulcro no princípio da autonomia privada e nas regras de hermenêutica, ousa-se discordar daqueles que advogam o fim da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 66.

Advogam os defensores, assim, a idéia de que a autonomia privada, na concepção do Estado Democrático de Direito, é o poder conferido aos particulares a fim de determinarem o conteúdo, a forma e os efeitos do negócio jurídico, em conformidade com a ordem jurídica e os bons costumes. Conforme Francisco Amaral (2003), “os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.” Desse modo, nas situações não-patrimoniais, como o fim de um casamento, as partes também têm a possibilidade de criar regras próprias em função dos seus interesses, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, a liberdade das pessoas tem importante significado não só nos negócios e situações patrimoniais, mas também em matérias que envolvem situações existenciais.

Em razão dos conflitos familiares envolverem inúmeras questões subjetivas, entende-se que as partes não podem e não devem ficar alheias à sua solução, simplesmente esperando que um terceiro (o Estado) diga o que é certo e o que é errado. É preciso que lhes seja oferecida a oportunidade a fim de que busquem autorregulamentar a solução do conflito criado por elas mesmas ou que autoconstituam-se, desde que, repita-se, em conformidade com o ordenamento jurídico.

Por fim, tendo em vista a opção do constituinte pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, pelo respeito ao pluralismo social, diferentes projetos de vida e de

diferentes configurações de famílias seria imprudente impedir que os cônjuges, caso queiram, adotem solução intermediária antes do fim do vínculo conjugal, ou seja, no lugar de divórcio, prefiram a separação judicial, posto que a intervenção estatal e judicial não pode interferir na esfera decisória e privada do cidadão, nos limites que a própria normatividade garante.

5.2 O fim da Separação Judicial e da Separação Extrajudicial após a emenda constitucional Nº 66/10: Doutrina Majoritária

Como se sabe, a separação judicial era medida menos profunda do que o divórcio, pois ela somente dissolvia a sociedade conjugal, ou seja, colocava um fim a determinados deveres decorrentes do casamento, como a coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando em seu bojo a realização da partilha patrimonial, sendo um “preparo” para a dissolução do vínculo matrimonial e também de tempo para que os cônjuges tivessem um tempo para refletir diante da importante decisão que é pôr fim ao casamento.

Para a maioria da doutrina brasileira, a qual parece ser a mais coerente, a figura da separação, seja ela judicial ou extrajudicial, com a superveniência da Emenda Constitucional nº. 66, foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, posto que não se pode inverter a hierarquia normativa quando se pretende que o Código Civil valha mais do que a Constituição, ou seja, não pode prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta a excluiu posteriormente, tendo em vista a força normativa própria da Constituição.

Nesse sentido, Luiz Paulo Lobo Netto resume quais dispositivos do Código Civil foram atingido pela Ec nº66/2010:

A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeito *ex nunc*: I – caput do art. 1.571(...), por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo conjugal, única via que a nova redação tutela. Igualmente revogada está a segunda parte do § 2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive. II – Arts. 1.572 e 1.573, que regulam as causas da separação judicial. III – Arts. 1.574 a 1.576, que dispõem sobre os tipos e feitos da separação judicial. IV – Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro. V – Art. 1.580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação judicial. VI – Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge ao outro em

razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1694. Por fim, consideram-se revogadas as expressões “separação judicial contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio. (...) A alusão feita em algumas normas do Código Civil à dissolução da sociedade conjugal deve ser entendida como referente à dissolução do vínculo conjugal, abrangente do divórcio, da morte do cônjuge e da invalidade do casamento.(LÔBO, Paulo Luiz Netto Divórcio: alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos=570>. Acesso em: 10-10-2011)

Assim patente, então, que toda e qualquer discussão acerca do lapso temporal para o divórcio restou não recepcionada pela nova disposição constitucional.

Enfim, qualquer pessoa casada poderá ingressar com pedido de divórcio judicial consensual ou litigioso, bem como pela via administrativa desde que consensual, independentemente do tempo de separação judicial ou de fato. Além do mais, as pessoas que já se separaram podem ingressar, imediatamente, com o pedido de divórcio.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira:

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do art. 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. (PEREIRA, 2010, p. 469-470.)

Diante do entendimento majoritário de que a separação judicial e a separação extrajudicial foram eliminadas do ordenamento jurídico brasileiro a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 66/10, várias são as soluções apresentadas para se colocar fim às ações de separação judicial em curso e impedir que novas sejam ajuizadas ou, ainda, que escrituras públicas de separação sejam lavradas pelos tabeliães de notas.

Para Maria Berenice Dias, nas ações de separação judicial em andamento:

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. Já o eventual inconformismo do réu é inócuo. Afinal, não é preciso a sua anuência para a demanda ter seguimento. (DIAS, Maria Berenice. Divórcio já! Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>. Acesso em: 10-11-2011).

Adotando solução semelhante, Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 472) sugere que “os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei nº 11.441/07) deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento.”

Entretanto, com o fim da separação (judicial ou extrajudicial e a de fato), bem como o desaparecimento dos prazos de carência como condição para pleitear o divórcio judicial ou o extrajudicial tem-se no ordenamento nacional apenas a existência da figura do divórcio direto judicial, seja consensual ou litigioso, e a figura do divórcio extrajudicial que será detalhada em capítulo oportuno.

Além de promover muito mais celeridade para os consortes, haja vista que o divórcio direto pode ser intentado a qualquer tempo, o novo regramento propõe a redução do intervencionismo estatal no casamento, em prol da autonomia da vontade das partes, facilitando a sua dissolução.

6 DIVÓRCIO CARTORÁRIO NA LEI Nº. 11.441/2007

6.1 Alguns Princípios que norteiam o Serviço Notarial e Registral no Brasil

Como se sabe, os princípios são pontos básicos, que servem de ponto de partida, sendo os alicerces do Direito, revelam o conjunto de regras e preceitos, que fixam para servir de norma a toda espécie, de caminho, traçando, assim, a conduta esperada em qualquer operação jurídica.

Ocorre que maioria dos princípios, não se encontram nas leis, pois servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a sua prática e proteção aos direitos. Segue agora neste capítulo alguns dos princípios que determinam, regulam e moldam a área notarial e registral.

a) Princípio da Fé Pública

O Estado, no desenvolvimento de sua atividade, como representante do povo e de sua vontade, atribui constitucionalmente à determinadas pessoas, o direito de representação para determinadas tarefas, e como reflexo para que eles contribuam para a paz social que todo o Estado Democrático de Direito. Entre esses indivíduos estão inseridos os notários, os serventuários da justiça, o escrevente, e outros.

A fé pública atribuída aos notários ocorre cumprimento de algumas e sérias formalidades, bem como de especificidades naturais que regram o acolhimento do indivíduo como representante formal para determinada função, visa garantir e certificar uma segurança nas relações sociais (atos jurídicos), que todos desejam como princípio de justiça e certeza daquilo quanto ao efetivamente ajustado, escriturado e trasladado.

Segundo Assan (2010), a fé pública individualizada na figura do notário é uma das mais amplas já conhecidas, pois ao detentor dessa atribuição, cabe a expressão da verdade, ou seja, vige a crença popular de ser correto e autêntico em tudo aquilo que dita e escreve, salvo incontestável prova em contrário, já que a sociedade não pode ser traída em nenhuma hipótese.

b) Princípio da Autoria e Responsabilidade

O notário é o autor e responsável pelo documento, uma vez que este contém declarações dele e das partes, mesmo que os divorciandos levem uma minuta, esta só servirá de guia para o tabelião e a base para se cobrar os emolumentos.

Esse princípio supõe um dever de colaboração técnico-jurídica do notário para com os particulares e a obrigação de assessorar e aconselhar os meios jurídicos mais adequados para alcançar os fins pretendidos e lícitos, pois sua função é garantir a publicidade, conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos, inerentes à confiança depositada tanto pelo Poder Público, como pelos particulares que confiam nos seus serviços.

A consequência da violação desses deveres é a responsabilização civil do notário, por danos e prejuízos causados por atuação em que exista dolo, culpa ou ignorância. A ignorância, aqui, trata-se de desconhecimento dos preceitos legais necessários à elaboração do instrumento notarial.

c) Princípio do Controle da Legalidade

O notário deve adequar a vontade das partes ao ordenamento jurídico, controlando, assim, a legalidade do negócio. Em sua posição o notário tem o dever de examinar os requisitos legais nos atos que venha a intervir, negando autorização quando existam, a seu juízo, defeitos ou faltas de cumprimento dos requisitos legais.

O notário não é apenas, e tão somente, um documentador que dá forma ao negócio jurídico, mas também um intérprete que tem o dever de saber o que é que as partes desejam, adequando a vontade em função do fim pretendido.

É de fundamental importância a qualificação notarial, quando o notário procurar fazer o controle da legalidade dos atos solicitados.

Mesmo que as partes compareçam acompanhadas com seus advogados como exige a Lei nº. 11.411/2007, o dever de informação e o dever de dar conselhos são tão necessários, quanto o de recomendação na elaboração do negócio jurídico formal a ele solicitado, devendo, no exercício de sua função, tomar todos os cuidados no aconselhamento, sem infringir o segredo profissional por qualquer das partes confiado. Dar informações é advertir sobre as consequências jurídicas e o alcance da relação negocial solicitada.

d) Princípio da Conservação

Os notários devem conservar todos os documentos, livros e papéis que lhe foram confiados, constituindo, dessa forma um sistema seguro frente às perdas e deteriorações. Muitos doutrinadores chamam os tabeliães de depositários de instrumentos públicos, como características da função notarial o que também deriva da função certificante. Mas não é só isso, eles são também depositários públicos, de documentos a eles confiados. O Estado, no ato de delegação, atribui ao notário o dever de conservar tudo aquilo que lhe é confiado como de documento.

6.2 Aplicação do Divórcio Cartorário com a Lei Nº. 11.441/2007

O aspecto judicial do divórcio é tradicional do Direito brasileiro, desde o seu aparecimento, na lei de 1977, sempre foi necessária a instauração de um procedimento litigioso ou consensual, perante o Poder Judiciário, para a obtenção da dissolução do casamento.

Sobre o tema, Pablo Gaglione e Rodolfo Pamplona aduzem que:

Se, em décadas passadas, essa necessária “judicialização” do divórcio teve razão de ser – em grande parte explicada por conta de uma cultura essencialmente sacramental do matrimônio -, a sociedade moderna, sobretudo após a virada do século, resultou por rechaçá-la. (GAGLIONE; PAMPLONA FILHO, 2011, p.65)

Devido à rápida evolução que o Direito de Família passou nos últimos anos e o entendimento de que a morosidade do Poder Judiciário está ligada ao acúmulo desnecessário de processos, foi elaborada a Lei nº. 11441/2007, que acrescentou o artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil e permitiu que o divórcio e a separação (antes da EC nº. 66/2010) consensuais fossem realizados extrajudicialmente, por escritura pública, nos casos em que não haja filhos menores ou incapazes envolvidos.

Como se sabe, a lei nº. 11.441/2007 foi idealizada com o objetivo de facilitar a vida do cidadão, proporcionando maior efetividade as necessidades da vida privada, com mais celeridade e com o mesmo grau de eficácia que uma decisão judicial. É nesse sentido que se pronuncia Christiano Cassettari:

A Lei nº. 11441/2007 tem origem no projeto de Lei do Senado nº. 155 de 2004, de autoria do senador baiano César Borges, que na ocasião justificou que seu objetivo era permitir a desburocratização do procedimento de inventário, agilizando-o e reduzindo custo. Originalmente, o Projeto nº. 155 tinha a finalidade de somente criar a possibilidade de se realizar inventário extrajudicialmente. Após tramitar no congresso Nacional, o Projeto nº. 155 foi modificado na Câmara dos Deputados no sentido de ampliar o seu conteúdo para que também fosse permitido fazer separações e divórcio consensuais por escritura pública, quando não houvesse filhos menores e incapazes. Após tal modificação, surgiu o Projeto Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Federal nº. 155, de 2004, que recebeu o nº 6.416 de 2005. (CASSETTARI, 2007, p. 33)

A partir de 04 de janeiro de 2007, com a vigência da referida Lei, surgiram alguns questionamentos práticos e teóricos, tanto dos operadores do direito, como também dos próprios tabeliães, pois não havia até então alguma disposição que disciplinasse a aplicação da lei, senão vejamos:

Existem casos conhecidos na cidade de São Paulo, que ocorreram no início da vigência da Lei 11.441/2007, em que o distribuidor judicial negou-se a receber a ação judicial de separação e divórcio quando consensuais, sob a alegação que deverão ser feitas, obrigatoriamente, por escritura pública. (CASSETTARI, 2007, p. 33)

Embora havendo entendimento contrário, é necessário que se destaque que, em razão da superveniência da Emenda Constitucional nº. 66, restou extinta a figura da separação em todas as suas modalidades, não subsistindo também a figura da separação extrajudicial. Sendo certo que a Lei nº. 11.441/2007 agora somente trata do divórcio consensual.

Nesse sentido, a validade do divórcio por via extrajudicial está legalmente subordinada a algumas exigências dispostas no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil. Portanto, são requisitos para lavrar uma escritura de separação ou de divórcio consensual:

Em primeiro lugar, o divórcio deve ser consensual ou amigável, ou seja, as partes têm que concordar com a sua realização.

Para que a separação e divórcio sejam feitos no cartório, deve inexistir filhos menores ou incapazes do casal. Portanto, se o casal tem filhos menores, a via escolhida deverá ser a judicial.

No ato notarial, deve-se ter a presença do advogado de ambas as partes ou um advogado para cada cônjuge.

Vale salientar que o ato notarial é facultativo, podendo ser feito por via judicial mesmo sendo consensual. Assim como as partes podem desistir do divórcio por via notarial transferindo para via judicial e transferir da via judicial para a extrajudicial. O grupo de estudos da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo por meio da portaria nº 1/2007 dispôs que:

A Lei nº. 11411/2007 não obsta a utilização da via judicial correspondente. Pela disciplina desta lei é facultado aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial. A qualquer momento, podem desistir de uma, para promoção da outra; não podem, porém, seguir com ambas simultaneamente. (VIEIRA, 2007, p.26)

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, há sempre a possibilidade, ou faculdade de se optar pela via administrativa ou judicial.

A intenção do legislador ao produzir a Lei nº 11441/2007 foi fornecer opções mais céleres para os casais realizarem separações ou divórcio nos cartórios e não como obrigação. Ou seja, é uma opção, pois nenhuma norma pode limitar, condicionar ou excluir o direito do cidadão à prestação jurisdicional por meio dos órgãos judiciários.

Para Ezequiel Morais (2007, p. 25), “a razão em se manter o poder do Estado, mesmo com a abertura da via administrativa, reside na necessidade de garantir os preceitos legais-constitucionais que regem as relações de vida e evitar a insegurança jurídica”.

O próprio artigo 1.124-A do Código de processo Civil dispõe com nitidez que: “A separação consensual e divórcio consensual (...) poderão ser realizados por escritura pública (...)”. Portanto, o procedimento da separação e do divórcio consensuais realizados por escritura pública se constitui numa faculdade, tendo o cidadão a escolha entre o judiciário e o cartório.

No § 3º do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, é garantida a gratuidade da escritura para aquelas pessoas que necessitam, mas a obtenção deste benefício será necessária a declaração pelo interessado de que é pobre na forma da lei.

O acesso à justiça é um direito de todos os cidadãos. Todos devem ter a oportunidade de buscar a justiça para solucionar suas lides mesmo quando não possuem condições financeiras para isso. Desde 1950 existe uma lei que disciplina a assistência judiciária integral e gratuita, a Lei nº 1.060/1950. A Constituição Federal traz, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, entre as garantias fundamentais que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Já a Lei nº 11.441/2007. Ocorre que a Lei nº. 11.441/2007 refere-se expressamente apenas sobre a gratuidade e não a assistência judiciária nos processos em trâmite.

Assim, cabe diferenciar a assistência judiciária da gratuidade. A primeira diz respeito ao patrocínio da causa a quem não tem recursos financeiros para contratar advogado, ou seja, o Estado disponibiliza um advogado para defender em juízo a parte que não tem condições financeiras. A gratuidade é a isenção do pagamento de custas e despesas processuais a quem prove não condições de arcar com essas despesas.

A Lei nº. 1.060/50 não parece ser a mais adequada ao contexto da Lei nº. 11.441/2007, pois não prevê a atividade notarial e diz que a parte gozará do benefício se afirmar na própria petição inicial. Como se sabe, deve ter-se um documento, uma declaração que afirme a falta de recursos. A Lei 7.115/83 trata da prova documental e disciplina o envio e responsabilidade pelas declarações emitidas, ou seja, ela confere veracidade à declaração que deve ser feita para comprovar a falta de condições financeiras. Do requerente deve haver somente uma declaração, não precisando que prove a insuficiência de recursos financeiros para garantir a gratuidade.

No cartório, caso o tabelião se recuse a lavrar a escritura em virtude da falta de prova sobre a pobreza da parte, Christiano Chaves de Faria aponta alguns caminhos a ser seguido pelo prejudicado:

Impetração de mandado de segurança; manejo de procedimento administrativo de dúvida ou reclamação funcional junto a Corregedoria da Justiça, para adoção de providências administrativas, relativas ao servidor, e o pronto restabelecimento da ordem jurídica. (FARIA, 2007 apud TARTUCE; COLTRO; DELGADO, p. 107)

O requerente pobre, pode, portanto, observadas as responsabilidades civil, penal e administrativa por eventual falsidade, declarar sua pobreza nos termos da Lei 7.115/83 para o fim da obtenção da gratuidade mencionada no artigo 1.124-A.

A escritura pública de separação ou divórcio lavrada, consiste em negócio jurídico, pois inexistindo interesses de menores e/ou incapazes a serem preservados, podem as partes ajustar o que lhes entender melhor.

Negócio jurídico é a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes. (AMARAL, 2003 apud VIEIRA, p.39)

De acordo com o Código Civil, são anuláveis os negócios jurídicos eivados de erro ou ignorância, dolo, coação, celebrados em estado de perigo, que acarretam lesão a qualquer das partes, ou, ainda, ajustados em fraude contra credores. O artigo 166 do Novo Código Civil estabelece que as hipóteses em que o negócio jurídico poderá ser nulo.

Para a anulação de negócio jurídico firmado entre as partes por meio de escritura pública, com o objetivo de dissolver o vínculo conjugal, somente pode ocorrer por meio de autorização judicial. Somente o Poder Judiciário poderá decretar a nulidade do negócio, obedecendo aos prazos do Código Civil em seus artigos 178 e 179.

Este negócio jurídico pode ser extrajudicialmente modificado? Pode sim haver alterações. Para que tal cláusula estabelecida em acordo de divórcio extrajudicial seja alterada, precisa que ambas as partes concordem, ou seja, deve haver consenso entre os ex-cônjuges em relação ao que será modificado. Caso não haja consenso, a alteração dar-se-á somente por meio de ação judicial própria.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.581 regulamentou a Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça proclamando que o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, causando bastante polêmica. O parágrafo único do artigo 1.575 do Código Civil diz que a partilha de bens poderá ser feita através de proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida. A faculdade se dá em razão do verbo 'poderá', pois não é necessário que sejam partilhados os bens no ato da separação.

Na via administrativa, existem três situações que dizem respeito à partilha de bens no divórcio:

Quando não há bens a partilhar ou os valores destes bens são irrelevantes, neste caso, basta constar na escritura que não há bens a serem partilhados, ou nada a mencionar já que a omissão não trará prejuízo.

A segunda situação é quando há bens a partilhar e as partes estão de acordo com a partilha. Aqui, não haverá nenhum problema, e a partilha será realizada normalmente, podendo os cônjuges equacionar a divisão da forma que lhes aprouver.

A terceira e última hipótese é quando há bens a partilhar, mas as partes não conseguiram chegar a um acordo. Mesmo não havendo consenso em relação à partilha não quer dizer que ela seja impedida de realizar-se extrajudicialmente, pois a ausência de consenso só impede a realização da partilha e não em relação ao divórcio, podendo aquela ser feita posteriormente, caso as partes não cheguem a um consenso antes de ser finalizado o ato notarial.

Em relação à cláusula de alimentos, as partes podem dispensar, temporariamente, o seu direito de receber a pensão alimentícia, mas não podem renunciar a este direito, ou seja, caso um dos cônjuges dispense o direito a alimentos, poderá pleiteá-lo no futuro. Basta que declare na escritura que poderá requer assistência material futuramente por meio da via própria.

Conforme leciona Vaneska Donato:

No que concerne aos alimentos, podemos verificar, no instrumento público, as seguintes possibilidades: (i) um dos cônjuges compromete-se a pagar uma determinada pensão alimentícia ao outro, da maneira e pelo prazo que decidirem; (ii) o assunto não é abordado; (iii) ambas as partes dispensam o recebimento de pensão. (ARAUJO, 2007, p. 264)

Por meio do instrumento público admite-se, em relação aos alimentos, as seguintes possibilidades:

Um dos cônjuges compromete-se a pagar uma pensão alimentícia ao outro, da maneira e prazo que decidirem. Com isto, a questão está devidamente regulada, mas em caso de descumprimento do acordo a escritura vale como título para que se execute judicialmente a prestação de alimentos.

Quando o assunto alimentos não é abordado ou as partes não chegarem a um consenso, inclui-se uma cláusula mencionando que a causa será decidida posteriormente, ou simplesmente por não comentar, pode-se entender que a parte dispensou temporariamente o direito.

Outra questão ocorre quando ambas as partes dispensam o recebimento da pensão. Aqui, se as partes registrarem na escritura, não será fácil reaver o direito aos alimentos.

Pontua Vaneska Donato Araujo que:

A dificuldade maior, contudo, recai sobre a dispensa dos alimentos. Se na escritura pública os cônjuges abrem mão do recebimento de pensão alimentícia, pois entendem que podem prover o próprio sustento, não será fácil reaver o direito a alimentos, mesmo que, passados alguns meses, um deles perceba que sua atitude foi precipitada, pois não terá colocação no mercado ou, por algum motivo, não auferirá o necessário para a sua sobrevivência. (ARAUJO, 2007, p. 265)

O direito ao nome do cônjuge é outra cláusula obrigatória. O Código Civil modificou bastante as regras sobre o direito ao nome, pois passou a autorizar que a pessoa separada ou divorciada continue a usar o nome do outro.

É de bom to apontar o descuido do legislador na redação do dispositivo na parte final do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, que coloca como imprescindível a disposição sobre o acordo quanto à mulher retomar o seu nome de solteira ou a manutenção de nome de casada. Fazendo tábula rasa do princípio da isonomia, consagrado constitucionalmente, de que homens e mulheres são iguais perante a lei. Não havendo, portanto, necessidade de uma referência explícita à mulher, pois qualquer dos cônjuges poderá alterar o nome em razão do casamento ou manter o nome de solteiro.

O nome, quando a pessoa consitui casamento, é incorporado à personalidade de seu titular, mas ao fim daquele, o cônjuge pode optar por continuar usando o nome de casado (do outro cônjuge). Se na escritura pública nada for mencionado em relação ao nome, presume-se que a parte optou por continuar utilizando o sobrenome do ex-cônjuge. Assim, para a mudança do nome (voltar a usar o nome de solteiro), é necessária a expressa declaração de vontade da parte.

A escritura pública de separação ou divórcio pode conter cláusula sobre a alteração do nome da parte. Caso não seja mencionado o assunto, pode a parte expressar sua vontade de modificar seu nome por meio de uma nova escritura, que retificará a primeira mesmo que esta vontade surja depois divórcio.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº. 35, de 24 de abril de 2007, em seu artigo 36, dispõe sobre o comparecimento pessoal das partes, o qual

autoriza que estas sejam representadas por um mandatário desde que a procuração seja feita por instrumento público e contenha os poderes especiais especificados, a descrição das cláusulas essenciais e o prazo de validade de 30 dias.

Segundo Maria Helena Diniz (2007 apud NAMUR, p. 119), “o mandato é o contrato pelo qual alguém (mandatário ou procurador) recebe de outrem (mandante) poderes para, em seu nome praticar atos ou administrar interesses (artigo 653 do Código Civil).

O Código Civil em seu artigo 1.542 estabelece que o casamento pode ser realizado por meio de procuração. Mesmo sendo prescindível a presença dos contraentes, é possível a celebração acontecer com um dos cônjuges ou ambos ausentes, mas devidamente representados.

A nova lei não faz nenhuma exigência da presença das partes, podendo ser dispensadas mediante representação por procurador com poderes especiais, não existindo, portanto, nenhum impedimento legal do ato a ser praticado mediante procuração e, para completar este entendimento, se até o casamento, ato revestido de formalidades, pode ser celebrado mediante a presença de procuradores estabelecidos pelos noivos por procuração pública feita em cartório, outorgando poderes especiais ao mandatário, para receber em nome do outorgante, o outro contraente em casamento, porque na sua dissolução seria diferente?

Com entendimento divergente aduz Maria Helena Diniz:

Outra não poderia ser a nossa conclusão, considerando-se, ainda, a inaplicabilidade da analogia, pois separação extrajudicial é situação diferente e não similar ao casamento, uma vez que esta visa constituir direitos, e aquela a desconstituí-los, implicando decisões sobre questões como alimentos, nome, partilha de bens e, além disso, ensina-nos Cássio S. Namur que esta última pode abranger ativos financeiros, imobiliários, participações societárias, declaração da ciência de dívidas e créditos do separando. (DINIZ, 2011, p.352)

No entanto, esse entendimento, caso aplicado, somente dificultaria a lavratura do ato, o que não condiz com o espírito da lei, principalmente para aqueles cônjuges que não residirem no mesmo Estado federado ou no mesmo País. Assim, é possível desfazer consensualmente o vínculo matrimonial, através do divórcio cartorário, aplicando-se analogicamente o artigo 1.535 do Código Civil, podendo, portanto, a representação do cônjuge ser realizado mediante procuração pública com poderes especiais. A Lei nº. 11.411/2007 veio para desburocratizar e, assim, dar mais celeridade ao divórcio.

Portanto, a opção de poder manifestar sua vontade por intermédio de um procurador sem ter que se deslocar até o cartório é, sem dúvida, um avanço em relação à celeridade e a desburocratização.

Como já comentado, a Lei nº 11.441/2007 é recente e, como atualmente, as novas leis estão sendo publicados e tendo vigência imediata, sem possibilidade das pessoas e órgão atingidas por ela se prepararem, surgem algumas questões que deverão ser enfrentadas mais tarde pela doutrina e pela jurisprudência, como alguns questionamentos a seguir mencionados:

O primeiro diz respeito à obrigatoriedade do procedimento extrajudicial. O texto da Lei nº. 11.411/2007 traz a idéia de que o divórcio consensual poderá ser realizado por escritura pública e não que deverá ser realizado desse modo. Não há dúvidas, portanto, trata-se de uma faculdade conferida às partes pra facilitar suas vidas e não de uma determinação legal. Ou seja, uma opção dos interessados que o processo tramite no poder judiciário ou pela via administrativa.

O artigo 42, da Resolução nº. 35 dispõe: “Não haverá sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais”. Este artigo vai de encontro ao artigo 155 do Código de Processo Civil, pois este diz que os processos judiciais que dizem respeito a casamento, conversão de separação em divórcio, alimentos e guarda de menores correm em segredo de justiça. Já o artigo 17 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) assegura, quanto à publicidade dos registros, que qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar o motivo ou interesse ao pedido. Este tem o mesmo sentido do artigo da resolução.

Desse modo, pode haver preferência de algumas pessoas pela a via judicial pelo fato de terem assegurado o segredo de justiça, albergado pelo artigo 155 do Código de Processo Civil. Sendo assim, é importante que no tabelionato haja um lugar específico reservado para receber os casais e preservar sua intimidade e que a publicidade da escritura do divórcio, deva ser restrita, assim como é a publicidade do testamento.

O segundo questionamento é de como deve ficar o estado civil das pessoas separadas extrajudicialmente. Antes do advento da Lei nº. 11.441/2007 uma pessoa poderia ser casada, solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Atualmente, usa-se o termo separado juridicamente ou, simplesmente, separado.

O terceiro questionamento a ser tratado é se o cartório do domicílio da mulher seria o competente para as escrituras de separação e de divórcio. O artigo 100,

inciso I, do Código de Processo Civil estabelece que o foro do domicílio da mulher é o competente para as ações de desconstituição da sociedade conjugal e do casamento. Entretanto, atualmente discute-se a inconstitucionalidade desse artigo em face da igualdade relativa entre homens e mulher prevista no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal como já falado anteriormente.

A regra do dispositivo do Código de processo Civil é de competência jurisdicional, a qual não deve necessariamente ser observada no exercício dos atos extrajudiciais. Portanto, não há nenhuma imposição legal que determine a obrigatoriedade de lavratura da escritura de separação ou de divórcio no local do domicílio da mulher. A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) estabelece que as escrituras, de modo geral, podem ser lavradas em qualquer cartório escolhido livremente pelas partes. Contudo, na nova lei, a escritura de divórcio deve ser averbada no cartório do registro civil onde se realizou o casamento e em cada um dos cartórios de registro de imóveis correspondentes aos bens que foram partilhados.

O **quarto** questionamento discutido é se a presença do advogado é obrigatória para a prática dos atos previstos na Lei 11.441/2007.

O trabalho do advogado não é apenas assistir ao ato notarial, mas, antes deste ocorrer, conversar e orientar as partes acerca das suas vontades, terminando no acompanhamento ao ato para assegurar os direitos de seus clientes e evitar frustrações. A função do advogado, nesse caso específico, é dar segurança jurídica ao procedimento. De acordo com o artigo 1.124-A, § 2º, acrescido ao Código de Processo Civil, o procedimento extrajudicial deve ser assistido pelos advogados das partes, podendo um único advogado prestar assistência a ambas as partes. Portanto, é um requisito obrigatório, sem o qual o escrivão deve recusar-se a lavrar a escritura.

No entanto, essa exigência da lei não seria um óbice a realização do ato? Pois se cria um procedimento administrativo, rápido e eficaz, porém que cumula emolumentos e honorários advocatícios, correndo o risco de tornar-se caro e não acessível, mesmo havendo a previsão da gratuidade para divórcios quando o interessado for pobre.

São várias as situações que envolvem negócios jurídicos em que a presença do advogado é fundamental, mas não se deve concordar com a obrigatoriedade de sua presença dificultando, em menor ou maior grau, a liberdade de escolhas do casal. Ora, se para casar não é necessária a presença de advogado, mesmo sendo recomendada uma consulta, a título de informação sobre regime de bens e outros direitos devidos, por que

para desconstituir o vínculo matrimonial, mesmo com os cuidados da lei, é obrigatória a presença deste?

A inclusão deste parágrafo causou bastante polêmica, tendo em vista a “pressão” da Ordem dos Advogados do Brasil para que o advogado fosse obrigatório no procedimento extrajudicial e assim aconteceu.

Apesar das críticas que a nova lei recebe, é condição *sine qua non* a presença do advogado para a realização do divórcio extrajudicial, ou seja, se as partes comparecem ao cartório sem a assistência do advogado ou defensor público, o oficial do cartório não poderá lavrar a escritura. Mesmo assim, caso o procedimento prossiga, o ato será nulo.

O tabelião não pode indicar nome de advogado à parte, mas caso uma destas não possua recursos, este deverá orientá-la a procurar a Defensoria Pública. Excepcionalmente, isto ocorre, pois, na maioria das vezes, a parte nem sempre sabe que o procedimento poderá ser realizado por intermédio do defensor público e acaba desistindo de procurar a via administrativa.

A **quinta** interpelação é se seria possível escriturar o divórcio quando a mulher estivesse grávida, ou seja, se há proteção aos direitos do nascituro. Nascituro é o ente humano concebido e por nascer, que ainda se encontra no ventre materno. Apesar de ter reservado o início da personalidade do ente humano ao nascimento com vida, o Código Civil, em seu artigo 2º, salvaguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro. Nesse sentido corrobora Maria Helena Diniz:

Urge não olvidar que, ainda que se o casal estiver esperando um filho, como a lei resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro, não poderá valer-se do divórcio por via extrajudicial. (DINIZ, 2011, p.349)

O **sexto** questionamento é sobre se poderia o tabelião lavrar a escritura do divórcio do casal mesmo os filhos maiores e capazes comuns, mas sócio-afetivos ou de apenas um deles. A lei não deixou clara a abrangência do termo filhos na expressão “filhos menores ou incapazes” do artigo 1.124-A do CPC. No entanto, a Constituição, albergou o Princípio da não distinção entre filhos consangüíneos e adotivos: Art. 227, § 6º, CF e Art. 20, ECA.

Desse modo, não há que existir qualquer diferença ou categoria entre filhos, devendo, pelo contrário, haver a impossibilidade do tabelião continuar o ato caso o casal possua filhos menores ou incapazes, independentemente de sua origem, posto que o

direito de família tem caminhado bastante para a valorização da filiação sócio-afetiva, da convivência do núcleo familiar que se forma não apenas dos laços sanguíneos, a Lei nº. 11.411/2007 parece ter sido genérica demais, devendo ter expressamente abraçado todas as formas de filiação possíveis.

Em 24 de abril de 2007, foi publicada a resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça com objetivo de uniformizar e adequar os serviços notarias e de registro consoante a utilização da referida lei. Alguns pontos desta resolução merecem destaque e serão mencionadas a seguir:

Em seu artigo primeiro diz que, para a lavratura dos atos notarias de que trata a Lei nº. 11.441/2007 é possível a livre escolha do tabelião de nota, não se aplicando, portanto as regras de competência do Código de Processo Civil. Com este artigo, o CNJ transfere a competência que diz respeito aos procedimentos da nova lei ao tabelião, não se aplicando o procedimento do Código de Processo Civil, caso as partes optem pelo procedimento extrajudicial. A função do tabelião é de caráter público, ou seja, a exerce por delegação do Estado. Por ele ser um cidadão de confiança do Estado, foi que o CNJ atribuiu mais essa função: a de presidir e acompanhar todos os procedimentos de uma separação ou divórcio feitos em cartório.

Caso as partes não possuam condições econômicas de contratar um advogado, o tabelião é proibido de indicar nomes que prestem serviços mais baratos, devendo, portanto, recomendar-lhes a Defensoria pública, onde houver, ou, na falta desta, a seccional da OAB, para viabilizar a assistência jurídica gratuita (artigo 9º resolução nº. 35 do CNJ).

É facultado às partes o comparecimento ao ato notarial, podendo enviar um procurador, como seus representantes, desde que este seja constituído por instrumento público, com poderes especiais, com as cláusulas essenciais descritas e com prazo de validade de trinta dias. Existe um provimento em Minas Gérias de nº 164/CGJ/2007 que estipula que a procuração deve ter sido outorgada há no máximo 90 (noventa dias). Expirado tal prazo, exige-se certidão do serviço notarial dando conta de que a procuração não foi revogada ou anulada. (artigo 4º, parágrafo único).

Na escritura pública, as cláusulas de obrigações alimentares que foram acordadas na separação e no divórcio, assim como o ajuste do nome de casado, podem ser retificadas, sendo que, no primeiro caso, tem que haver um consenso, ou seja, para que a cláusula seja retificada as duas partes têm que concordar e no segundo caso a retificação

poderá ser feita por declaração unilateral da parte caso queira voltar a usar o nome de solteiro (artigos 44 e 45).

O tabelião pode recusar-se a lavrar a escritura de separação ou divórcio se ele tiver dúvidas sobre a declaração de vontade de pelo menos uma das partes ou se houver indícios de prejuízo a um dos cônjuges, devendo tal recusa ser fundamentada por escrito (artigo 46).

O provimento nº 164/CGJ/2007 de Minas Gerais traz a possibilidade de se utilizar a via extrajudicial mesmo quando haja processo judicial em andamento, ainda não sentenciado, ou seja, se o processo ainda não foi julgado poderá ser transferido para a via notarial. Nesse caso, a escritura mencionará o juízo no qual tramita o feito e o tabelião comunicará a autoridade judicial após trinta dias da lavratura de seu ato (artigo 9º, parágrafo único). Importante destacar que o inverso, como não poderia deixar de ser, também é possível.

A resolução nº. 35 do CNJ regulou algumas funções do tabelião de como ele deve proceder na separação ou divórcio extrajudiciais. No artigo 46 afirma que o tabelião pode se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se ele encontrar vestígios de prejuízo a um dos cônjuges ou se ele não tiver certeza em relação à declaração de vontade deles. Ele não só pode como deve rejeitar lavrar a escritura porque mesmo o ato sendo realizado por pessoas maiores capazes e assistidas por advogado, as conseqüências do descuido do tabelião pode afetar interesses legítimos de umas das partes e de terceiros.

O tabelião é dotado de fé pública e por ter seu serviço delegado do Estado, tem a função de evitar nulidades, não permitindo que se celebrem atos nulos ou anuláveis para que posteriormente não venham tais atos serem declarados como tais. Por isso, deve analisar a situação, verificar os requisitos exigidos pela Lei, conversar com as partes e somente lavrar a escritura quando tiver certeza de que ambas estão com os seus direitos garantidos e que não estão sendo coagidos a praticar tal ato.

O oficial do cartório responde civil, penal, administrativamente e pessoalmente por sua omissão, caso não preserve o interesse das partes. Sua atividade não é de risco e está submetida à responsabilidade subjetiva, sendo necessária, assim, a comprovação de culpa para sua configuração. Entretanto, não se pode exigir dele que conheça o valor de todos os bens do casal ou investigue a fundo a situação financeira das partes no ato da escritura, até porque não possui aparato para isso.

Ocorre que a nova lei veio para facilitar a vida das pessoas e quando a Resolução permite que o tabelião recuse a lavratura da escritura, trata-se de mais uma tentativa de burocratização, impedindo que o interessado desista do procedimento que deveria ser célere e busque o Judiciário.

Atualmente, há um reclamo de toda a sociedade para a desjudicialização de procedimentos, sendo certo que desjudicializar trata de facultar às partes comporem seus litígios fora da esfera estatal da jurisdição, desde que juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis.

Nesse sentido, fala-se, hoje, até em uma modalidade de divórcio *on line*, conforme notícia veiculada pelo site Consultor Jurídico em que referido sítio dia que a comissão de Constituição e Justiça havia aprovado, em decisão terminativa, o projeto de lei que permite que pedidos de divórcio sejam feitos pela internet.

7 CONCLUSÃO

À luz do exposto, conclui-se:

01. A Lei nº. 11.441/2007 foi criada com o objetivo de reduzir a quantidade de processos de divórcio nas varas de família, mas, principalmente, de facilitar a vida do cidadão diminuindo a incursão desnecessária da chancela do Estado para atos que, em regra, só dizem respeito aos próprios cônjuges. Entretanto, com a promulgação desta Lei, alguns questionamento práticos de aplicação surgiram.

02. Em vários aspectos, a Lei nº. 11.441/2007 foi omissa dificultando sua aplicação nos casos concretos. Tendo em vista a omissão da Lei, bem como o fato dela ser muito recente, não possui, portanto, construção doutrinária para se identificar a posição majoritária em diversos aspectos seus.

03. A lei proporcionou ao cidadão interessado poderá escolher entre o Poder Judiciário e a via administrativa. Assim, desde que respeitados os limites da lei, as partes poderão convencionar sobre partilha de bens, alimentos para o outro cônjuge, a manutenção ou não do nome do outro cônjuge, enfim, restou assegurado o princípio da autonomia da vontade, além, de muita celeridade nestes procedimentos.

04. Antes, no sistema brasileiro anterior de divórcio essencialmente judicial, basta que um dos cônjuges resida em outra comarca, exigindo a expedição de carta precatória, para que a sentença, por circunstâncias de todo tipo, não possa ser proferido em um tempo razoável.

05. A nova lei facilitou o acesso do interessado, na medida em que há a possibilidade da gratuidade do procedimento cartorário, desde que o cidadão informe que é pobre na forma da lei, do mesmo modo que ocorre no Judiciário.

06. Conclui-se que a Lei nº. 11.441/2007 foi, sem dúvidas, um grande avanço para a sociedade brasileira proporcionando ao cidadão o acesso ao seu direito de forma célere e contribuindo para que se desafogue as varas de família no País e, assim, o Poder Judiciário possa chancelar apenas o que realmente precise de sua atuação.

07. Ademais, cabe destacar que é imperiosa a necessidade de uma análise mais reforçada do assunto, servindo o presente trabalho apenas como propulsor para a iniciação dos debates, sem a falsa pretensão de ser um parecer definitivo acerca do tema, esperando ter demonstrado de forma clara e objetiva as nuances que cercam a nova Lei, bem como o atual estágio do Direito de Família brasileiro que não aceita mais os entraves anacrônicos e burocráticos que forçam a manutenção de uma relação falida.

REFERÊNCIAS

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

ARAÚJO, Vaneska Donato de. As cláusulas versando sobre a partilha de bens, sobre os alimentos e sobre o nome dos cônjuges, são obrigatórias em qualquer escritura pública de separação e divórcio. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Org.). **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais: questionamento sobre a Lei 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007.

ASSAN, Ozíres Eilel. **Prática do Tabelionato de Notas e de Protestos – Doutrina, Legislação, Jurisprudência e Modelos**. 1ª Edição. Santa Cruz da Conceição. Editora: Vale do Mogi, 2010

CASSETTARI, Christiano. **Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. 4ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v.5, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio no Brasil**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, v.6, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto Divórcio: alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos=570>. Acesso em: 10-10-2011

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, vol. 8: direito de família: dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MORAIS, Ezequiel. O procedimento extrajudicial previsto na Lei nº 11.441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei nº 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007.

NAMUR, Cássio S.. É possível praticar o ato mediante procuração? In: COLTRO, Antônio; Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Org.). **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais: questionamento sobre a Lei nº 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**: v. 6. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1985

SANTOS, Romualdo Baptista. Considerações sobre a Lei de Divórcio e Separações Extrajudiciais. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, v.9, n.45, dez/jan., 2008.

VIEIRA, Cláudia Stein. A Lei nº 11.441, de janeiro de 2007. **Revista Brasileira de direito de Família**. Porto Alegre, v.9, n.44, out./Nov.2007.