

LEI 11.441/2007 – PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DAS RELAÇÕES FAMILIARES: CELERIDADE E EFETIVIDADE DAS RELAÇÕES FAMILIARES

*Valéria Silva Galdino**

SUMÁRIO: *1.Introdução; 2.Dos requisitos para a realização da separação e do divórcio via administrativa; 3.Das cláusulas obrigatórias; 4.Da gratuidade e da publicidade do procedimento administrativo; 5.Do restabelecimento da sociedade conjugal; 6- Da invalidação e modificação dos atos extrajudiciais; 7.Da responsabilidade do tabelião; 8.Conclusão; 9.Referências.*

RESUMO: O presente trabalho se destina a avaliar o procedimento extrajudicial da Lei nº. 11.441/2007, que trata da realização da separação e do divórcio consensual pela via administrativa, bem como dirimir as controvérsias que surgiram da omissão da lei. Pretende ainda demonstrar que, se esta for utilizada de forma correta, proporcionará o acesso do cidadão ao direito a que faz jus de forma célere e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Relações Familiares; Lei 11.441/2007; Separação; Divórcio Consensual.

LAW 11.441/2007 – EXTRA JUDICIAL PROCEDURE IN FAMILY RELATIONS: SPEED AND EFFECTIVENESS OF FAMILY RELATIONSHIPS

ABSTRACT: This work aims at assessing the extra judicial procedure in the Law nº. 11.441/2007, which deals with the realization of consensual separation and divorce by the use of an administrative way, as well as to explain the controversies that emerged due to the Law's omission. We also attempt to

*Advogada em Maringá – PR; Docente da UEM - Universidade Estadual de Maringá, do CESUMAR - Centro Universitário de Maringá e da UNIPAR - Universidade Paranaense – Unidade de Paranavaí; Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP; E-mail: valeria@galdino.adv.br.

demonstrate that, provided it is used correctly, this Law will provide the citizen access to this deserving right speedily and effectively.

KEYWORDS: Family Relationships; Law 11.441/2007; Separation; Consensual Divorce.

LEY 11.441/2007 – PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE LAS RELACIONES FAMILIARES: CELERIDAD Y EFECTIVIDAD DE LAS RELACIONES FAMILIARES

RESUMEN: el presente trabajo se destina a evaluar el procedimiento extrajudicial de la ley n° 11.441/2007, que trata de la realización de la separación y del divorcio consensual por vías administrativas, así como disipar las controversias que surgieron de la omisión de la ley. Pretende todavía demostrar que, si ésta ser correctamente utilizada, proporcionará el acceso del ciudadano al derecho que le compete de forma rápida y eficaz.

PALAVRAS-CLAVE: relaciones extrajudiciales; ley 11.441/2007; separación, divorcio consensual.

INTRODUÇÃO

A prestação jurisdicional não tem correspondido às expectativas da sociedade em decorrência de ser lenta, dispendiosa e de acesso restrito. Não atinge sua finalidade maior, que é distribuir justiça em tempo hábil para todos.

Na tentativa de proporcionar o acesso à justiça de forma célere e eficaz, foram efetuadas inúmeras alterações de procedimento em nosso processo civil nos últimos dez anos.

Dentre elas, a Lei n° 11.441/2007, que possibilitou o procedimento da separação, do divórcio e do inventário, desde que consensual pela via administrativa.

O objetivo dessa lei é proporcionar o acesso do cidadão ao direito a que faz juz, de forma mais ágil, eficaz e igualitária.

2. DOS REQUISITOS PARA A REALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO VIA ADMINISTRATIVA

A Lei n° 11.441/2007 acresceu ao Código de Processo Civil o artigo 1.124-A, que dispõe:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Acrescentado pela L-011. 441-2007)

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

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

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

A lei supramencionada não exclui o direito do cidadão à prestação jurisdicional, sendo facultativa a utilização da via administrativa.

O primeiro requisito exigido pela lei é que os separandos ou divorciandos sejam capazes, concordes e que compareçam a um cartório, representados obrigatoriamente por um ou mais advogados.¹ É livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

Entretanto, deve ser observada a competência territorial para os atos de averbação do Registro Civil e de Imóveis.

Assinale-se que é obrigatória a averbação do(s) imóvel (is) objeto da partilha, no cartório onde o(s) mesmo(s) devem estar registrado(s), tanto no caso de separação como no de divórcio.

Tal exigência se justifica, uma vez que o patrono das partes tem por obrigação proteger os interesses destas, evitando que sejam prejudicadas em seus direitos.

Não há necessidade de que o patrono apresente uma procuração; basta que o tabelião conste da escritura pública que as partes interessadas compareceram acompanhadas de seu(s) advogado(s), o que terá fê-pública e será confirmado pela assinatura de todos.

Ressalte-se que os artigos 36 e 37 do Código de Processo Civil não exigem procuração para os atos extrajudiciais.

Observa-se que os nubentes, ao se casarem, poderão estar representados por procurador (art. 1.535 do Código Civil); contudo, para a dissolução ou ruptura

¹ Código Civil Brasileiro - Art. 5 - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

do vínculo matrimonial via judicial, não se admite a procuração, exceto no caso de o cônjuge ser incapaz (art. 1.576, parágrafo único do Código Civil).

Os nossos tribunais, em casos excepcionais, dispensam o comparecimento de um dos cônjuges à audiência, como, por exemplo, na hipótese de estar residindo no exterior:

Em decisão inédita, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, reformando sentença da Justiça goianiense, concedeu divórcio litigioso por procuração a uma brasileira residente em Nova York, nos Estados Unidos da América, representada pelo seu pai. O marido, citado por edital, foi representado por um curador especial. Designado relator, o desembargador João de Almeida Branco ponderou que é bastante contundente, que nos tempos atuais, com os modernos recursos de comunicação, como a tele-conferência e a informática, não são mais cabíveis normas que exigem a presença de seres humanos em certo lugar para a prática de um ato judicial quando este pode ser praticado por representação. Para ele, 'o que se deve ter em mente é que na busca de se dar efetividade ao direito material, desnecessária às vezes, é a rigidez da formalidade'. A decisão, unânime, foi tomada em apelação cível.² CIVIL - FAMÍLIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL - DIFICULDADE EXTRAORDINÁRIA E INEXIGÍVEL DO COMPARECIMENTO PESSOAL DE UM DOS CÔNJUGES À AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DO PEDIDO, POR ENCONTRAR-SE RESIDINDO E TRABALHANDO NO EXTERIOR - REPRESENTAÇÃO POR MEIO DE MANDATÁRIO CONSTITUÍDO ESPECIALMENTE PARA O FIM - ADMISSIBILIDADE - ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA - PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA - CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE PRESENTES - RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA. A circunstância de um dos cônjuges encontrar-se residindo e trabalhando no exterior caracteriza dificuldade extraordinária e inexigível de seu comparecimento pessoal à audiência de ratificação do pedido de separação judicial consensual. Nestes casos, à luz dos princípios gerais de direito, mormente o de que ninguém está obrigado ao impossível (ad impossibilia nemo tenetur), a petição inicial deve ser subscrita diretamente por ambos os cônjuges, com as firmas reconhecidas por quem de direito, e o separando ausente fará-se à representar por mandatário, com poderes especialíssimos para atuar em todos os atos e termos do procedimento de separação por mútuo consentimento. Daí ser nula a sentença indeferitória

² Apelação Cível nº 89.409-3/188 - 200501172496, em 23 de março de 2006 - 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás.

*da exordial e extintiva do processo, à mingua da possibilidade jurídica do pedido.*³

A Lei nº. 11.441/2007 foi omissa quanto à representação por procuração de uma ou de ambas as partes para a dissolução ou ruptura do vínculo matrimonial. Cássio S. Namur, ao discorrer sobre o assunto, entende que

A falta de previsão, pela Lei nº. 11.441/2007, da possibilidade de representação por procuração de uma ou de ambas as partes para a dissolução ou ruptura do vínculo matrimonial não pode ser suprida pela analogia com a regra existente da possibilidade da procuração no casamento, em decorrência da ausência de similitude dos temas tratados. Não se aplica analogia do ato aprovado para o casamento, que vem a ser constitutivo de direitos, ao ato de separação consensual ou de divórcio consensual. Tais atos, embora consensuais e administrativos, implicam a desconstituição de direitos diferentemente do que ocorre no casamento. Está ausente, portanto, o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos mas substancialmente semelhantes⁴

Já Jander Mauricio Brum afirma que, “se admite o casamento por procuração, ilógico seria negar seu desfazimento pela mesma forma.”⁵

Em casos excepcionais, a representação por mandatário, com poderes especialíssimos para atuar em todos os atos e termos do procedimento de separação ou divórcio por mútuo consentimento via administrativa, deve ser aceita na via administrativa.

Caso os separandos não tenham recursos para a contratação de um advogado particular, poderão ser assistidos por defensor público, conforme o disposto no art. 134 da Constituição Federal.

Os prazos exigidos para a separação e o divórcio consensual via administrativa são os mesmos previstos pelo procedimento judicial, ou seja, o prazo de um ano da celebração do casamento para a separação e o prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio, conforme o art. 226, § 6º, da Constituição Federal.

A prova se faz mediante apresentação da certidão de casamento ao tabelião no momento em que este lavra a escritura de dissolução.

³ Apelação cível, n.º 2002.010996-2. rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben. j. 24.10.2002). Disponível em: <http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?printertopic=1&t=2908&start=0&postdays=0&postorder=asc&vote=viewresul>. Acesso em: 14.05.2007.

⁴ NAMUR, Cássio S. É possível praticar o ato mediante procuração? In: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. Coordenadores Antônio Carlos Mathias, Mario Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2007. p.118.

⁵ cf. Separação judicial e divórcio no novo código civil, cit., p. 36.

Caso não comprovado o lapso temporal necessário, o tabelião não lavrará a escritura, devendo formalizar a recusa, desde que solicitada pelas partes.

Quando se tratar de divórcio direto, as partes deverão comprovar o lapso temporal de dois anos através do espontâneo comparecimento das testemunhas no dia da lavratura do ato ou por meio de declarações com firmas reconhecidas. Admitem-se outros meios de provas, desde que idôneos, como por exemplo a medida judicial de separação de corpos efetivada há mais de 02 anos.

As partes podem também desistir do andamento do processo em juízo e extinguir seu casamento por intermédio da Lei nº 11.441/2007.

Se um dos cônjuges vier a falecer após a celebração do pacto que dissolveu a sociedade conjugal, mas antes de lavrar a escritura pública, deixará o cônjuge sobrevivente no estado de viuvez, como ocorre na via judicial.

O divórcio ou a separação produzem seus efeitos imediatamente após a data da lavratura da escritura pública, porque esta não depende de homologação judicial. O traslado extraído da escritura pública é o instrumento hábil para averbação da separação ou do divórcio junto ao Registro Público do casamento e para o Registro de Imóveis, se houver.

A Lei nº 11.441/2007 estabelece como um dos requisitos para a utilização da separação ou do divórcio administrativo a inexistência de filhos menores e incapazes.

Alguns doutrinadores, como Diógenes V. Hassan Ribeiro, Christiano Chaves de Farias e Antônio Carlos Parreira, entendem que o casal com filhos menores poderá se utilizar da via administrativa para dissolver o vínculo conjugal, desde que o pacto não trate dos direitos dos filhos, tais como a guarda, os alimentos e o exercício do direito de visitas, uma vez que tais questões devem ser discutidas na via judicial, através de ação própria.⁶

Para o casal, não há nenhum inconveniente, visto que os interesses dos filhos não podem estar atrelados ao estado civil dos pais ou mesmo à eventual dissolução da sociedade conjugal entre eles.⁷

Em princípio, os separandos ou divorciandos só poderão se utilizar da via administrativa se tiverem filho(s) maior(es) e capaz(es); todavia, aqueles que emanciparem voluntariamente o(s) filho(s) menor(es) não poderão se eximir de seus deveres paternais.

3. DAS CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS

No procedimento extrajudicial, as partes deverão pôr fim ao matrimônio sem a indicação da causa da dissolução e da ruptura conjugal, e regulamentar os efeitos decorrentes da dissolução, como a partilha dos bens, os alimentos, o uso do nome etc.

⁶ FARIAS, Christiano Chaves de. *O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº. 11.441/07*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 133.

⁷ FARIAS, Christiano Chaves de. *O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº. 11.441/07*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 134.

A celebração de partilha do patrimônio comum não é imprescindível para o divórcio, uma vez que o próprio art 1.581 do Código Civil⁸ prevê que a extinção do vínculo matrimonial pode ocorrer sem que haja divisão dos bens, surgindo assim um condomínio entre os separandos ou divorciandos⁹.

Saliente-se que a partilha de bens pode ser realizada de maneira desigual. Todavia, ocorrerá incidência tributária na percentagem de 4% sobre o valor real dos bens a serem partilhados.

Os separandos ou divorciandos podem optar por não fazer a partilha ou fazê-la informalmente através do sistema de justiça arbitral, mais barato e ágil. E se não houver acordo, poderão fazê-la judicialmente.

Não havendo bem a ser partilhado, deve o casal declarar tal situação. Havendo qualquer omissão na declaração, o bem poderá ser partilhado futuramente.

Quanto aos alimentos, as partes podem estabelecer que um dos cônjuges compromete-se a pagar determinada pensão alimentícia ao outro, fixando o índice de correção e o lapso temporal de recebimento.

Caso ocorra omissão, esta será entendida como dispensa dos alimentos, podendo o separando ingressar em juízo posteriormente, desde que em prazo razoável, sob pena de improcedência da ação.

A dificuldade maior recai sobre a renúncia e, segundo Maria Helena Diniz, “se na separação ou no divórcio a mulher renunciou ao exercício do direito à pensão alimentícia, posteriormente carecerá de ação para pleitear alimentos ao seu ex-marido, ante a insubsistência do vínculo matrimonial, mesmo que alegue alteração de situação econômica”.¹⁰

Destaque-se que, se houver renúncia e, no futuro, o ex-cônjuge vier a necessitar dos alimentos, deverá pleiteá-los de seus parentes próximos, conforme dispõe o art. 1.694 do Código Civil.¹¹

Observe-se, porém, que, após a renúncia dos alimentos, o procedimento jurídico hábil para sua obtenção será uma ação ordinária.

Yussef Said Cahali afirma que não há nenhum óbice para a execução de alimentos firmados em escritura pública, uma vez que se tratará de execução de título executivo extrajudicial e o legislador não faz distinção entre os tipos de títulos, citando somente no dispositivo o termo “títulos executivos”.¹²

⁸ Art.1581, CC: “O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

⁹ FARIAS, Christiano Chaves de. O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº. 11.441/07, o bem vencendo o mal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 40. p.60.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena de. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹¹ Art. 1694 CC. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

¹² DOMINGUES, Fabiana. A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o Art. 733 do CPC.Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. Coordenadores Antônio Carlos Mathias, Mario Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2007. p.273.

É possível a execução da escritura pública de alimentos pelo art. 732 do Código de Processo Civil, contudo em relação à aplicação do art. 733 do mesmo diploma legal há, uma certa resistência tendo em vista que trata da possibilidade de prisão civil do devedor que não pagar ou justificar sua inadimplência quando citado.¹³

No entanto, se for afastada a possibilidade de execução da escritura pública de alimentos com pedido de prisão civil do devedor haverá um desestímulo dos cidadãos em optarem por esta Lei.

Outra cláusula obrigatória é o uso do nome do patronímico do outro consorte. O direito ao nome é um direito da personalidade, uma vez que trata dos aspectos de identificação da pessoa.

Segundo preleciona Inácio de Carvalho Neto, “o nome pode ser definido como o sinal exterior pelo qual se designa, se identifica e reconhece a pessoa no seio da família e da comunidade.”¹⁴

O direito ao nome, segundo o art. 1.578 do Código Civil, autoriza que o cônjuge separado ou divorciado continue a utilizar o nome do ex-consorte.

Para Silmara Juny Chinelato, “se o cônjuge adota o nome patronímico do outro, o nome adotado com o casamento passa a ser o nome de família e o seu próprio nome, integrando seu direito de personalidade”.¹⁵

Os separandos ou divorciandos devem dispor sobre o uso do patronímico adquirido pelo matrimônio, esclarecendo se o cônjuge que alterou o nome continuará ou não utilizando o sobrenome acrescido. A eventual ausência de indicação na escritura quanto ao uso do sobrenome pelo cônjuge faz presumir que foi mantido o nome de casado.¹⁶

Caso uma das partes se oponha ao uso do patronímico pela outra, a questão será discutida na seara judicial.

A escritura pública de separação ou divórcio consensual, quanto ao ajuste do uso do nome de casado, poderá ser retificada mediante declaração unilateral do interessado se uma das partes quiser voltar a usar o nome de solteiro. Deverá ser feita em nova escritura pública, mediante assistência de advogado.¹⁷

Além dessas cláusulas, nada impede que as partes pactuem outras obrigações, reconheçam direitos mútuos, realizem doações recíprocas, instituem usufruto,

¹³ DOMINGUES, Fabiana. A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o Art. 733 do CPC. Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. Coordenadores Antônio Carlos Mathias, Mario Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2007. p.273.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*– parte geral, 33 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵ ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinelato de. Do nome da mulher casada: direito de família e direitos de personalidade, p. 138. in FARIAS, Christiano Chaves de. O novo procedimento para a separação e o divórcio consensuais e a sistemática da Lei nº 11.441/2007: o bem vencendo o mal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 40. p. 58.

¹⁶ FARIAS, Christiano Chaves de. *O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº. 11.441/07*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 93.

¹⁷ Via extrajudicial Grupo publica orientações sobre nova lei de divórcios. Disponível em: <http://www.conjur.estadao.com.br//static/text/52700,1>. Acesso em 09.mai.2007.

uso ou habitação em favor do outro, de filhos ou mesmo de terceiros, estipulem cessão de bens, comodato, locações, etc.

4. DA GRATUIDADE E DA PUBLICIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A lei sob análise tratou da gratuidade apenas da separação e do divórcio por escritura pública.

Apesar de não haver previsão legal, alguns autores, como Maria Berenice Dias e Silvio de Salvo Venosa, dentre outros, entendem que a gratuidade do procedimento administrativo também abrangeria o inventário, desde que se utilizasse uma interpretação sistemática.¹⁸

Contudo, a gratuidade dependerá de declaração da parte interessada, ou do seu procurador, não sendo necessária a prova da falta de recursos financeiros.¹⁹ Acrescenta-se que, se houver falsidade da parte, esta responderá administrativa, civil e penalmente.

Ressalte-se que a constituição de advogado particular não pode ser motivo para o indeferimento da isenção, pois, segundo Kazuo Watanabe, acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial.²⁰

Caso o tabelião não lavre a escritura, a parte poderá ingressar com mandado de segurança, ou efetuar uma reclamação ou direito de petição à Corregedoria Geral da Justiça, para adoção de providências administrativas contra o servidor.

Ao contrário do que ocorre na justiça comum, as escrituras públicas de separações e divórcios extrajudiciais não tramitam em segredo de justiça. Contudo, a publicidade desses atos deve ser restrita, em virtude de sua natureza, como, por exemplo, a publicidade do testamento, uma vez que podem conter cláusulas de interesses exclusivos que não dizem respeito a terceiros e na verdade se circunscrevem à privacidade das partes.

Não há nenhum óbice para a utilização da mediação nos procedimentos disciplinados pela Lei nº. 11.441/2007, e com certeza o advogado e o tabelião que adicionarem à sua formação o conhecimento de mediação familiar contribuirão para o diálogo entre as partes.

5. DO RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL

O art.1.577 do Código Civil preceitua que, *seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.*

¹⁸ FARIAS, Christiano Chaves de. O novo procedimento para a separação e o divórcio consensuais e a sistemática da lei nº 11.441/2007: o bem vencendo o mal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 40. p. 64.

¹⁹ **Art. 1º** A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, hominímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira. Lei nº. 7.115/83.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v I.

Parágrafo único. *A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.*

A Lei nº 11.441/2007 é omissa quanto à reconciliação, contudo o intuito do legislador, ao criá-la, foi facilitar a vida das pessoas, desobrigando-as de recorrer ao Poder Judiciário para dissolver ou romper a sociedade conjugal. Logo, não seria lógico que o casal fosse dispensado do procedimento judicial para obter a separação e não pudesse se valer do mesmo procedimento para reconstituir o vínculo, porque quem pode o mais pode o menos.

A reconciliação também poderá ocorrer na via administrativa, desde que haja a lavratura de nova escritura, e também não há óbice que impeça restabelecer a sociedade conjugal por meio de escritura, quando a mesma foi desconstituída por sentença transitada em julgado.

Não é possível o restabelecimento da sociedade conjugal com alteração do regime de bens na via administrativa, sendo necessária a intervenção judicial, conforme dispõe o art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

Todavia, as partes poderão, ao restabelecer a sociedade conjugal, alterar o patronímico, devendo este ser averbado à margem do assento de casamento dos cônjuges.

Portanto, os separandos que quiserem se reconciliar poderão fazê-lo através de requerimento ao Juízo da separação ou por meio da lavratura de uma escritura, cujo teor deverá ser comunicado ao Juízo da separação e ao Registro Civil do casamento.

Acrescente-se que o restabelecimento da sociedade conjugal não prejudicará direitos de terceiros.

6. DA INVALIDAÇÃO E MODIFICAÇÃO DOS ATOS EXTRAJUDICIAIS

O ato extrajudicial da separação ou do divórcio não faz coisa julgada. Se a nulidade disser respeito exclusivamente a questões patrimoniais, não se pode condicionar a validade e a eficácia da declaração de vontade dos separandos ou dos divorciandos à preservação das demais condições ajustadas. Todavia, se a invalidade da escritura do matrimônio atingir a própria declaração de vontade das partes, não terá qualquer efeito patrimonial. Já o valor em que foram fixadas as prestações alimentícias poderá ser anulado em quatro anos (art. 178 do Código Civil), ou em dois anos se não houver outro prazo (art. 179 do Código Civil).²¹

Se uma das partes estiver casada e houver anulação da escritura do divórcio, a solução será a do casamento putativo.²²

²¹ CHINELATO, Silmara Juny. Invalidação e modificação dos atos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007. Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. Coordenadores Antônio Carlos Mathias, Mario Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2007. p. 201.

²² CHINELATO, Silmara Juny. Invalidação e modificação dos atos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007. Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. Coordenadores Antônio Carlos Mathias, Mario Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2007. p. 201.

Qualquer alteração posterior de cláusula de separação consensual extrajudicial poderá ser feita se os ex-cônjuges estiverem em consenso em relação à cláusula que pretendem modificar. Caso contrário, só poderá ser feita judicialmente.

7. DA RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO

Discute-se se o servidor público pode recusar-se a lavrar escritura pública dissolutória do casamento, em decorrência de que esta não preserva os interesses de um dos cônjuges.

Saliente-se que ao tabelião compete não permitir que se celebrem atos que podem ser nulos ou anuláveis posteriormente, pois é dever de ofício de todo agente público evitar nulidades. Logo, este pode negar-se a lavrar a escritura se o acordo foi prejudicial a um dos cônjuges.

Christiano Chaves de Farias entende que o tabelião não pode recusar-se a homologar a escritura pública dissolutória do casamento por falta de previsão e por atentar contra a liberdade das partes. Se houver vício na declaração de vontade, o caminho será a propositura de ação anulatória, com esteio no artigo 171 combinado com o artigo 178 do Código Civil.²³

Denota-se que, se o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, o oficial está não só autorizado, mas obrigado a recusar a lavratura em decorrência do *mínus publicum* de sua atividade.

Assim, o oficial poderá sanar o defeito ou, se este for insanável, deverá remeter a questão ao juiz competente mediante carga das razões da recusa, acompanhada dos títulos e dos documentos, ou formalizar suscitação de dúvida para que o juiz a dirima.

Acrescente-se que a função do notário é fornecer estabilidade às relações jurídicas e, em caso de demonstração de culpa por imperícia, imprudência e negligência no cumprimento de suas funções, responderá administrativa, civil e penalmente.

Vale lembrar que, após a lavratura da escritura pública não mais será possível a sua alteração – salvo para correção de erros materiais. Não há, portanto, a possibilidade de retratação do acordo celebrado.²⁴

CONCLUSÃO

Nos últimos dez anos, o nosso ordenamento jurídico sofreu inúmeras alterações no direito civil e processual civil, e muitas dessas reformas tiveram o intuito de imprimir celeridade aos processos, bem como desafogar o Poder Judiciário.

²³ CARVALHO NETO, Inácio de. Separação extrajudicial: da possibilidade de recusa da realização da escritura pelo tabelião. Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. Coordenadores Antônio Carlos Mathias, Mario Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2007. p. 179.

²⁴ FARIAS, Christiano Chaves de. O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº. 11.441/07. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 86.

A Lei nº 11.441/2007 foi criada sob a justificativa de que muitas vezes não é necessária a propositura de uma ação de separação ou de divórcio consensual para que todos os efeitos pretendidos pelas partes sejam obtidos, sendo a via administrativa mais rápida e menos dolorosa.

Essa lei consolidou uma tendência contemporânea universal, que é afastar a participação estatal nas relações familiares, uma vez que estas, pela sua própria natureza, são incompatíveis com o excesso de formalidade e burocracia do Direito.

Todavia, não obsta a utilização da via judicial, por ser facultativa; logo, não haverá uma redução drástica do número de processos, porque as separações e os divórcios consensuais que envolvem maiores e capazes representam percentual muito reduzido.

A título exemplificativo, no ano de 2005, no estado do Rio Grande do Sul, dos 820.458 novos processos cíveis, as separações e os divórcios consensuais somaram 12.665, o que representa apenas 1,54% do total de feitos cíveis ajuizados naquele ano. Nesse total estão incluídos os processos em que havia filhos menores, os quais continuarão a ter andamento em juízo, conforme a nova lei. Assim, na melhor das hipóteses, o impacto da desjudicialização dos procedimentos acarretará uma redução de, no máximo, 0,5% sobre o total de processos cíveis ingressados.²⁵

Embora a lei não tenha disciplinado o divórcio indireto, este poderá ser realizado pela via administrativa. É que não há razão alguma para restringir esse procedimento simplificado apenas ao divórcio direto, sobretudo considerando que o divórcio por conversão, em geral, é mais singelo que o outro.

O fato de a separação ter sido realizada em juízo não impede que a conversão em divórcio o seja na forma extrajudicial. O contrário também é permitido, já que o consenso que existiu na via extrajudicial pode não ocorrer no momento da conversão em divórcio, impondo que esta se faça mediante processo.

Há quem sustente que as partes podem ser representadas por procuração, em decorrência de que é possível pelo nosso ordenamento contrair núpcias através desse instrumento. O art. 1.122, “caput” e § 1º, do Código de Processo Civil exige a audiência de ratificação do pedido, com a presença do casal perante o juiz; logo, dispensar tal formalidade seria temeroso, uma vez que a via administrativa é revestida de menor fiscalização.

Quanto à modificação do regime matrimonial de bens, é necessário que o pedido seja deduzido na via judicial, como determina o § 2º do art. 1.639 do Código Civil.

Os pactos oriundos da dissolução de uniões estáveis também podem ser realizados por escritura pública, dispensada a homologação judicial.

A separação de corpos pode ser realizada na forma extrajudicial, quando o casal, não tendo o lapso temporal necessário para obtenção da separação consensual,

²⁵SANTOS, Felipe Brasil. Anotações Acerca das Separações e Divórcios Extrajudiciais (Lei 11.441/07). Disponível: <http://www.unifra.br/professores/12020/Anota%C3%A7%C3%B5es%20Acerca%20das%20Separa%C3%A7%C3%B5es%20e%20Div%C3%B3rcios%20Extrajudiciais.doc>. Acesso em: 14.05.2007.

deseja cessar formalmente a convivência, eliminando assim qualquer alegação posterior de abandono do lar. Afasta ainda a comunicação dos bens adquiridos nesse período e rompe com a presunção *pater est*. E pode ser utilizada como prova para contar tempo para o divórcio direto.

Os separandos ou divorciandos poderão escolher livremente qualquer tabelionato de notas, conforme dispõe o art. 8º da Lei nº 8.935/1994, não se submetendo às regras do art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil.

Para a obtenção da gratuidade, basta a declaração de pobreza, dispensando-se qualquer prova, ainda que as partes estejam representadas por advogado constituído. Poderá haver abuso, cabendo ao titular do cartório, que se sentir lesado, provar que a declaração de pobreza não corresponde à realidade.

Não há segredo de justiça para as escrituras públicas de separações ou divórcios extrajudiciais, contudo a publicidade desses atos deve ser restrita, em virtude de sua natureza, em decorrência de que contêm cláusulas de interesses exclusivos, circunscrevendo-se à privacidade das partes.

A mediação é possível nos procedimentos disciplinados pela Lei nº. 11.441/2007, devendo tanto o advogado quanto o tabelião se capacitarem para tal função.

É possível lavrar escritura apenas para dissolver a sociedade conjugal ou extinguir o vínculo matrimonial, deixando a partilha e os alimentos para a via judicial. Contudo, dispensada a partilha, é imprescindível a descrição dos bens do casal, estabelecendo-se um condomínio entre as partes.

Quanto aos alimentos, se houver renúncia pelas partes ao exercício do direito à pensão alimentícia, ainda que aleguem posteriormente alteração de situação econômica, carecerão de ação para pleiteá-los, em decorrência da inexistência do vínculo matrimonial.

Discute-se a possibilidade de execução coercitiva dos alimentos fixados por escritura pública, porque o art. 733 do Código de Processo Civil, ao disciplinar essa modalidade executória, restringe-se à execução de títulos judiciais. Embora a Lei nº 11.441/07 não tenha feito nenhuma menção ao assunto, deve ser admitida a execução coercitiva de pacto formalizado por instrumento público; caso contrário, haverá desestímulo para a utilização dessa lei.

Os separandos ou divorciandos devem tratar sobre o uso do patronímico adquirido pelo casamento, dispondo se o cônjuge que alterou o nome continuará ou não utilizando o sobrenome acrescido. Em caso de ausência de indicação na escritura quanto ao uso do sobrenome pelo cônjuge, presume-se que será mantido o nome de casado.

O restabelecimento da sociedade conjugal não prejudicará direitos de terceiros.

REFERÊNCIAS

ANGIEUSKI, Plínio Neves. **Procedimento de separação consensual e divórcio consensual por ato notarial em substituição ao procedimento especial de**

jurisdição voluntária: Projeto de Lei 4.725/04. Disponível em:<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=575>>. Acesso em: 08 mai. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituição de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

FARIAS, Christiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº. 11.441/07.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. O novo procedimento para a separação e o divórcio consensuais e a sistemática da lei nº 11.441/2007: o bem vencendo o mal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007, p. 49-71.

LÔBO. Paulo Luiz Neto. Divórcio e separação consensuais. **Boletim IBDFAM**, n. 42, ano 7, jan./fev. 2007.

MUNDO notarial. Disponível em:<<http://www.mundonotarial.org/CG%2001-2007.html>>. Acesso em: 09. maio 2007.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A gratuidade na lei nº 11.441-2007.** Disponível em:<http://www.juristas.com.br/a_2325~p_1~A-gratuidade-na-lei-nº-11.441-2007>. Acesso em: 09. maio 2007.

MATHIAS, Antônio Carlos; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais.** São Paulo: Método, 2007.

MELO, André Luís Alves de. **Lei do divórcio, separação, partilha e inventários administrativos.** Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9369>>. Acesso em: 09 maio 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – parte geral.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIA EXTRAJUDICIAL. Grupo publica orientações sobre nova lei de divórcios. Disponível em:<<http://conjur.estadao.com.br//static/text/52700,1>>. Acesso em: 09. maio. 2007.

SITES ELETRÔNICOS:

http://www.cnj.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2724.
Acesso em: 08. maio. 2007.

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34593,1>. Acesso em: 09. maio. 2007.

http://www.cnj.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2724.
Acesso em: 08. maio. 2007.

http://www.cnj.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2724.
Acesso em: 08. maio. 2007.

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/51685,1>. Acesso em: 09 maio. 2007