

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Departamento de Ciências Jurídicas

Danielli Favali Lamim

DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL:
(Im) possibilidade da mulher grávida

Taubaté – SP

2019

Danielli Favali Lamim

DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL:
(Im) possibilidade da mulher grávida

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como experiência para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Monteiro Xexéo

Taubaté – SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

L231d Lamim, Danielli Favali
Divórcio extrajudicial : (im)possibilidade da mulher grávida / Danielli
Favali Lamim -- 2019.
52 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Leonardo Monteiro Xexeo, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Divórcio - Legislação - Brasil. 2. Brasil. [Lei n. 11.441, de 4 de
janeiro de 2007]. 3. Direito constitucional - Emendas. 4. Grávidas. I.
Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347.627.2(81)

Danielli Favali Lamim

DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL: (Im) possibilidade da mulher grávida

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como experiência para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Leonardo Monteiro Xexéo

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leonardo Monteiro Xexéo, Universidade de Taubaté/SP

Assinatura _____

Prof. Marisa Vasconcelos, Universidade de Taubaté/SP

Assinatura _____

Dedico esse trabalho a minha família que com muito carinho, apoio, compreensão e encorajamento, contribuíram para que eu concluísse esta etapa muito importante em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a “DEUS” por me encorajar nos momentos mais árduos da minha vida.

Agradeço a minha família que sempre incentivou e me fez enxergar a importância dos estudos para a realização dos meus sonhos.

Agradeço aos meus amigos, com os quais criei um elo forte, que levarei para a vida toda.

Ao meu orientador Leonardo Monteiro Xexéo, agradeço pela benevolência na orientação e acima de tudo pela mestria e respaldo na elaboração do trabalho.

Por fim, sou grata a todos que de alguma forma contribuíram para a elaboração deste projeto.

“A persistência é o caminho do êxito”

Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho busca analisar em geral o divórcio e suas modalidades e em específico o Divórcio Extrajudicial com possibilidade e impossibilidade da mulher grávida. O mesmo passou por uma evolução significativa, com o intuito de trazer uma melhor maneira de instituí-la e visando transparecer o melhor entendimento para a sociedade. Foi analisada as consequências trazidas pela Lei 11.441/2007, a qual autoriza os divórcios, partilhas, separações e inventários a serem realizados pelos Tabelionatos de Notas desde que preencham alguns requisitos. A finalidade da Lei foi desafogar o judiciário e dar uma maior agilidade para as soluções dos conflitos conjugais, para que não demore e seja resolvido o mais rápido possível. A Emenda Constitucional 66/2010, trouxe um grande impacto em nosso ordenamento jurídico, atualizou o artigo 226 da Constituição Federal a qual aponta a possibilidade de lavrar a escritura de separação e divórcio na esfera extrajudicial com a presença de filhos menores ou incapazes, cumprindo requisitos. Foi analisada as formas de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal, percorrendo o instituto do divórcio para chegar a atual configuração da dissolução do casamento. Por fim, foi abordado o tema sobre os direitos do nascituro, como alimentos gravídicos, presunção de paternidade e personalidade jurídica. O método de pesquisa utilizado é o dialético.

Palavra chave: Divórcio; Divórcio Extrajudicial; Lei 11.441/2007; Emenda Constitucional 66/2010; Mulher grávida; Direito do nascituro; Presunção de Paternidade.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze in general the divorce and its modality and in particular the Extrajudicial Divorce with possibility and impossibility of the pregnant woman. It has undergone a significant evolution in order to bring a better way of establishing it and aiming to show the best understanding for society. The consequences of Law 11.441 / 2007, which authorizes divorces, shares, separations and inventories to be carried out by the Notary Notes provided that they fulfill some requirements, were analyzed. The purpose of the Law was to unburden the judiciary and make marital conflict solutions more agile, so that it does not take long and be resolved as quickly as possible. Constitutional Amendment 66/2010, which had a great impact on our legal system, updated article 226 of the Federal Constitution which points out the possibility of drawing up the deed of separation and divorce in the extrajudicial sphere with the presence of minor or incapable children, fulfilling requirements. The forms of dissolution of the marital society and the marital bond were analyzed, going through the institute of divorce to arrive at the current configuration of the dissolution of marriage. Finally, the theme on the rights of the unborn child was addressed, such as pregnancy foods, presumption of paternity and legal personality. The research method used is dialectic.

Keyword: Divorce; Extrajudicial divorce; Law 11.441/2007; Constitutional Amendment 66/2010; Pregnant woman; Right of the unborn child; Presumption of Paternity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CASAMENTO: FORMAÇÃO E DISSOLUÇÃO	10
1.1 Direito de Família: a família e o casamento	10
1.2 Conceito: casamento e união estável	12
1.3 Dissolução do casamento	13
1.3.1 <i>Separação consensual e litigiosa</i>	14
1.3.2 <i>Separação x Divórcio</i>	15
1.4 Tipos de divórcio: judicial (consensual e litigioso) e extrajudicial	16
2 DO SURGIMENTO DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL	20
2.1 Da conversão do processo judicial para o procedimento administrativo	20
2.2 Simplificação do divórcio	22
2.3 Da possibilidade da utilização do nome do ex-cônjuge	24
2.4 Do restabelecimento da sociedade conjugal	25
3 LEGITIMIDADE, PROCEDIMENTO E DOCUMENTAÇÃO	27
3.1 O divórcio após a Emenda Constitucional nº 66/2010	27
3.2 Procedimentos	30
3.2.1 <i>Partilha dos bens</i>	31
3.2.2 <i>Interesse do menor</i>	34
3.3 Gratuidade do ato	36
4 IMPOSSIBILIDADE DA MULHER GRÁVIDA NO DIVORCIO EXTRAJUDICIAL	37
4.1 Lei 11.441/2007	37
4.2 Divórcio extrajudicial da mulher grávida frente aos direitos do nascituro	39
4.3 Direitos do nascituro no ordenamento jurídico e a personalidade jurídica	42
4.4 A presunção de paternidade	44
4.5 Os alimentos gravídicos	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre o Divórcio Extrajudicial com possibilidade e impossibilidade da mulher grávida.

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010, trouxe importantes mudanças em nosso ordenamento jurídico, trouxe consigo os anseios de boa parte da doutrina do Direito de família, no que valoriza a vontade das partes quando da dissolução do casamento.

Com isso houve uma grande mudança na dissolução do casamento, não precisando necessariamente passar pelo processo de separação para que pudesse após ocorrer o divórcio.

Na fase do divórcio que se presencia a grande mudança, pois antigamente a dissolução do casamento dava-se somente pelo meio judicial. Hoje em dia, após a Emenda Constitucional nº 66/2010 possibilitou com que o processo de divórcio não fosse estritamente somente pelo meio judicial e sim por meio extrajudicial, cumprindo alguns requisitos, entre eles, não possuir filhos menores ou incapazes.

Contudo, o objeto central do trabalho é a possibilidade de utilização, por via administrativa, do divórcio da mulher grávida e seus respectivos efeitos.

Será tratado assuntos, desde o princípio de constituição e fim do vínculo familiar, presunção de paternidade, os alimentos gravídicos até os direitos e deveres do nascituro presente em nosso Ordenamento Jurídico. Um tema que abrange vários fatores acerca do começo da personalidade jurídica.

A Lei n. 11.441 de 04 de janeiro de 2007 foi a responsável pela grande mudança e avanço em nosso meio jurídico, pois possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa, tendo por intenção facilitar os processos citados acima, desburocratizando e desafogando o poder judiciário, sendo mais prático e rápido para ambas as partes.

Finalmente, esta é a proposta que se desenvolve a seguir.

1 CASAMENTO: FORMAÇÃO E DISSOLUÇÃO

1.1 Direito de família: a família e o casamento

O casamento é um fator de importância no ordenamento jurídico, devido à sua grande função social.

Sob a ótica do Direito Civil Brasileiro, o casamento é um instituto criado nos termos da Lei, que consiste com base no atendimento as solenidades legais, estabelecidas entre duas pessoas a comunhão plena de vida em família, com base na igualdade de direitos e deveres, vinculando os cônjuges mutuamente como consortes e companheiros entre si. Uma das formas de constituição de família histórica e tradicional, sendo assim mereceu cuidado do legislador pelo fato de a família ser a base da sociedade.

O casamento tem o caráter permanente, pode ou não perdurar para sempre, mas é instituído de forma a ser pensado que assim o seja, ainda que a realidade fática venha demonstrar elementos que não confirme isso. A demais, possui um caráter personalíssimo, quando é celebrado um casamento em função das qualidades atinentes à aquela pessoa, pois se a razão pelo qual o casamento está sendo realizado for diferente dessa, estará caracterizado em erros e vícios.

O casamento institui uma série de direitos e deveres entre os cônjuges. Antigamente, a visão era patriarcal, institucionalizava o domínio do homem sobre a mulher e havia sobre essas normas, o excesso de moralismo que tinha como fundamento principal a doutrina cristã, por exemplo. Atualmente, a visão adotada pela constituição e posteriormente pelo nosso código, é uma visão igualitária dos gêneros, portanto, tanto o homem quanto a mulher devem possuir os mesmos direitos e obrigados pelos mesmos deveres em uma relação conjugal.

Para o casamento ser instituído válido, é preciso passar por três fases importantes:

- A) Habilitação de casamento;
- B) Celebração do casamento;
- C) Assento de casamento;

A) Habilitação de casamento: os nubentes demonstram interesse em casar, sendo assim, vão requerer a autoridade competente a autorização para celebrar o casamento. Há entrega de documentos e as testemunhas afirmam perante ao Estado que não há qualquer impedimento em relação a aquele casamento. Os critérios de impedimento são técnicos e jurídicos, vencida esta etapa, o órgão competente verificará a possibilidade de o mesmo ocorrer e emitirá o edital de proclames, fixado em Cartório e publicado na imprensa social. Os nubentes serão expostos publicamente para que qualquer pessoa possa contestar ou alegar qualquer causa que possa viciar ou impedir esse casamento.

B) Celebração do casamento: é preciso verificar a autoridade competente para celebração do mesmo. Juiz de paz, é uma autoridade nomeada e competente a realizar o ato, para se considerar casado nos termos da Lei. Casamento religioso sem efeito civil não se torna público ao Estado.

C) Assento de casamento: documento registrado em livro e lavrado em Cartório, confirmando a veracidade do casamento.

Vale lembrar que, casamento de pessoa menor de 16 anos é considerado anulável, por ser absolutamente incapaz e não apto a exercer condições da vida conjugal. Entre 16 anos a 18 anos, somente com autorização dos pais ou responsável, e se os mesmos não concederem, o juiz pode suprir.

Venosa menciona que o casamento e o divórcio estão ligados intimamente com a vontade, sentimentos e necessidade do ser humano (VENOSA, 2011, p. 9).

VENOSA (2011, p. 9) preleciona que:

A família, como vimos, é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito [...]. É interessante observar que no passado qualquer referência jurídica à família tomava por base o casamento só mais recentemente a família foi observada pelos juristas sob prisma de instituição, abrangendo as uniões sem casamento e até mesmo as chamadas famílias monoparentais. A Constituição de 1988 ampliou, entre nós, o conceito de família, para reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Destarte, a família é um gênero que comporta várias espécies [...]. A família preexiste à estruturação jurídica. [...] Como o Direito e o legislador agem diretamente sobre os fenômenos derivados da família, é inseparável do Direito qualquer estudo da família. (p. 9)

De acordo com o pensamento de Venosa, o direito de família agrega a proteção e tutela, com respaldo em um complexo de leis e normas que regulam as relações pessoais, patrimonial e de filiação da sociedade conjugal. Surgindo a

problemática da manutenção do vínculo conjugal, surge a necessidade do instituto do divórcio, mas para que este possa ocorrer, faz-se necessário compreender a diferença entre casamento e união estável.

1.2 Conceito: casamento e união estável

A família é um fenômeno natural formador da sociedade conjugal, bem como regra geral de conduta moral e humana.

VENOSA (2011, p. 38) define união estável como sendo:

A união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira. Na união estável existe a convivência do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas more uxório, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adúltera. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos. (p. 38)

Família é denominada como um fenômeno cultural, sendo a base da sociedade. Via de regra, no Direito Civil, a maior parte das normas são possíveis se serem afastadas pela vontade das partes, porque versam sobre direitos patrimoniais disponíveis. No direito de família as normas não podem ser afastadas pelas partes.

Família é um agrupamento de pessoas ligadas entre si, por relações pessoais e patrimoniais resultantes do casamento e união estável.

A diferença entre casamento e união estável é, o casamento é uma instituição solene, com regras a serem cumpridas antes e após o ato em cartório, precisa ser realizado por uma pessoa responsável e competente com autorização a ser reconhecido civilmente, podendo ser emitida assim a certidão de casamento.

Diferentemente da união estável, que não necessita de solenidade. É preciso somente ter a vontade das partes, ou seja, se o casal decidir constituir uma família e morar no mesmo ambiente, eles podem. A falta de solenidade, pode deixar a parte sem garantia de direitos jurídicos, sendo importante a criação de um contrato de união estável para dar a garantia jurídica a ambos.

O contrato de união estável poderá ser feito em cartório, estabelecendo até mesmo o regime de bens, assim como no casamento. Caso não seja feito o contrato

e a união estável não perdure, é possível solicitar uma Ação de reconhecimento de união estável para que os direitos das partes fiquem garantidos.

As consequências jurídicas do casamento, entre elas, direitos e deveres são: dever de fidelidade, convívio no domicílio conjugal, planejamento familiar, assistência mútua, dever de sustento, guarda, educação da prole e direitos sucessórios. Já na união estável as consequências são: convivência mútua e pacífica entre duas pessoas e entidade familiar.

É possível converter o tempo de união estável em casamento, considerando assim uma união solene.

1.3 Dissolução do casamento

O casamento pode se tornar inexistente quando está maculado por um vício tão gravoso, sob o ponto de vista jurídico, podendo ser considerado como se nunca tivesse existido. Como um casamento que não há consentimento da parte contrária.

O casamento pode se tornar nulo quando o plano de eficácia se torna impossível de surtir efeitos no mundo jurídico, ou seja, se torna inválido. Podendo vir de ofício a qualquer tempo e por qualquer parte.

Baseado no artigo 1.521 do Código Civil, não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

O casamento além de nulo, pode se tornar anulável por requisição dos nubentes. É menos gravosa e passível de convalidação, previsto no artigo 1.550 do Código Civil.

A dissolução do vínculo conjugal está firmada no artigo 1.571 do Código Civil, que pontua os fatores que extinguem com a sociedade conjugal, são eles:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.

§ 1 O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2 Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

A dissolução põe fim no vínculo conjugal, sendo definitivo pelo divórcio e a morte do cônjuge. A dissolução pode ser efetivada pela separação ou pelo divórcio.

DINIZ (2014), afirma: “A separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo, impedindo os cônjuges de convolar novas núpcias, pois o vínculo matrimonial, se válido, só termina com a morte de um deles ou com o divórcio.”

1.3.1 Separação: consensual e litigiosa

A separação é a causa de dissolução da sociedade conjugal, previsto no artigo 1.571, III do Código Civil, onde não se extingue por completo o vínculo matrimonial, não sendo possível no tempo de separação adquirir novas núpcias. É uma medida preparatória para o divórcio.

DINIZ (2009):

Duas são as espécies de separação judicial: a) consensual (CC, art. 1.574), ou por mútuo) consentimento dos cônjuges casados há mais de um ano, cujo acordo não precisa ser acompanhado de motivação, mas para ter eficácia, requer homologação judicial depois de ouvido o Ministério Público; b) a litigiosa, ou não consensual, efetivada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes, ante as causas previstas em lei.

A separação consensual, previsto no artigo 1.574 do Código Civil, onde os cônjuges entram em um acordo e afirmam não ter mais interesse de manter o vínculo conjugal. Expõe a causa do fim do relacionamento, se tiver menor envolvido é preciso da intervenção do Ministério Público para tutelar o melhor interesse do menor. Para que haja eficácia jurídica, requer homologação judicial depois de ouvido o Ministério Público e oficializar a partilha de bens imposta pelo consenso dos cônjuges.

A separação extrajudicial consensual, é possível a realização em tabelião de notas. É preciso que haja consenso entre as partes, acordo na partilha de bens,

ausência de nascituro, inexistência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal. As partes deverão estar acompanhadas de um advogado podendo ou não ser comum, que o subscreverão na qualidade de assistentes das partes. Sendo assim, é lavrada a escritura tornando-se eficaz e dispensará a homologação judicial. O novo estado civil passará a ser separado extrajudicialmente e caso haja algum vício, a mesma poderá ser anulada.

E a forma litigiosa, previsto no artigo 1.572 do Código Civil, quando não há acordo entre os cônjuges. É efetivada por vontade unilateral de qualquer uma das partes, alegando ser insuportável a vida em comum, sendo assim, procedida como separação de corpos. Uma tutela provisória de urgência de natureza cautelar. Ambas as formas necessitam de sentença homologatória do juiz, onde “põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens” (artigo 1.576 do Código Civil).

Temos a separação litigiosa sanção, onde determina quem teve a culpa, se houve adultério, quem cometeu a culpa anterior, tornando-se assim impossível a convivência.

Já a separação falência, quando um dos cônjuges abandonam o lar e fica mais de um ano ausente.

E a separação remédio, quando após dois anos ao contrair o matrimônio, um dos cônjuges tem uma doença irremediável tornando-se assim insustentável a manutenção do relacionamento. Em relação ao patrimônio, o cônjuge que foi abandonado devido a causa maior, terá guarnição maior do patrimônio conquistado.

1.3.2 Separação x Divórcio

A separação judicial produz efeitos idênticos aos do divórcio. No caso consensual as condições são ajustadas pelos cônjuges e no caso litigioso pelo juiz nos termos legais. A sentença somente produzirá efeitos a partir do trânsito em julgado ou a data de separação de fato dos corpos.

DINIZ (2014), defensora da manutenção da separação judicial ou extrajudicial no sistema, acredita que ainda pode haver dissolução da sociedade conjugal sem a do vínculo matrimonial.

Depois que a Emenda Constitucional nº 66 entrou em vigor, não há mais a necessidade de fazer a separação e esperar o prazo para solicitar o divórcio. É importante saber quem teve culpa, se confirmado essa hipótese, pode-se afastar a possibilidade que o outro cônjuge continue utilizando seu sobrenome, voltando assim a utilizar o nome de solteiro.

O cônjuge é obrigado a prestar alimentos ao outro, determinado a culpa, há possibilidade de afastar a prestação alimentícia que tem um teor indenizatório, mas se caracterizado por prestação alimentícia por subsistência, não poderá ser afastada.

A Emenda Constitucional nº 66 veio facilitar a dissolução do casamento. Antes, era obrigatório que o casal estivesse separado judicialmente há um ano ou que comprovasse estar separado de fato há dois anos para que a separação fosse convertida em divórcio. Em 2010, a Constituição Federal foi alterada e o instituto da separação deixou de existir. Hoje não é mais necessário comprovar qualquer período de separação.

1.4 Tipos de divórcio: judicial (consensual e litigioso) e extrajudicial

Divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial. Uma das causas terminativas de uma sociedade conjugal, que está especificada no art. 1.571 do Código Civil, IV e § 1º.

No caso de dissolução por divórcio, não tem a possibilidade que a separação trás de reestabelecer o matrimônio. Uma vez solicitado e efetivado o divórcio, é preciso casar-se novamente para adquirir o vínculo matrimonial.

No divórcio, não é necessário apresentar as causas pelo fim do matrimônio, somente requerer a partilha de acordo com o regime de bens adotado e no caso de menor de idade, é preciso atrair o Ministério Público para intervenção e aguardar a homologação do juiz.

DINIZ (2009, p. 294), diz: “com o divórcio, há a alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a ser divorciados. A morte de um dos ex-cônjuges não altera o estado civil do sobrevivente, que continua sendo o de divorciado, não passando à condição de viúvo”.

O divórcio é compreendido de três modalidades:

- A) Extrajudicial consensual;
- B) Judicial indireto ou por conversão;
- C) Judicial direto;

A) O divórcio extrajudicial consensual é exercido por escritura pública, em cartório. É regido no artigo 733, do Código de Processo Civil e fundamentado na EC n. 66/2010 ao artigo 226, § 6º, da Constituição Federal.

É preciso ser de comum acordo entre os cônjuges, tendo por especificidade a ausência de filho menor ou incapaz, sendo apresentada declaração comprovando o mesmo. Se o casal tiver filhos, eles precisam ser maiores de idade. Atendendo a esses dois pré-requisitos, poderá então ser feito diretamente no cartório, o que torna o processo de separação muito mais rápido e menos burocrático.

A presença do advogado é imprescindível, podendo ser o mesmo para ambos, caso não tenha condições de contratar, o Cartório deverá acionar a Defensoria Pública. Os cônjuges devem firmar acordo e aceitar os termos do rompimento matrimonial.

Concluída a escritura de divórcio, cabe ao Tabelião encaminhar a escritura ao Oficial de Registro Civil para averbação necessária.

Atendendo a esses dois pré-requisitos, poderá então ser feito diretamente em cartório, o que torna o processo de separação muito mais rápido e menos burocrático.

GONÇALVES (2011, p. 220) elucida:

“Efetivamente o divórcio extrajudicial consensual, realizado mediante escritura pública lavrada por notário e assistência de advogado ou defensor público, exige a inexistência de filhos menores e acordo sobre todas as questões essenciais, inclusive sobre a partilha dos bens”.

A intenção de agilizar a separação e o divórcio, desde que consensuais e para que se evitem transtornos de espera em uma ação judicial, tornando-se assim um procedimento mais fácil e sem acesso a esfera judicial.

B) Já o divórcio judicial indireto, pode ser consensual ou litigioso, com fulcro no artigo 1.580 e §1, do Código Civil.

Antigamente, a lei do divórcio determinava que era preciso cumprir um prazo de três anos para solicitar a conversão. A Constituição de 1988 trouxe a redução desse prazo para um ano.

A conversão podia ocorrer consensualmente, entre acordo das partes e homologação judicial ou litigiosamente, com citação do cônjuge e sentença. Dessa forma, os cônjuges podem se manter separados judicialmente por tempo indeterminado, podendo a qualquer tempo solicitar a conversão.

No pedido consensual, as partes firmavam um acordo na petição em comum mediante a um advogado e na separação litigiosa, deveriam mencionar se mantidas as cláusulas previstas na petição.

DINIZ (2014, p. 373) diz: “aponto como única distinção entre o divórcio consensual indireto e divórcio litigioso indireto o consenso e dissenso dos cônjuges”.

C) O divórcio judicial direto, disposto no § 2º do artigo 1.580 do Código Civil, que apresenta a forma consensual e a litigiosa e distingue do indireto, porque resulta de um estado de separação de fato, sem que haja prazo de carência e partilha de bens (CC, art. 1.581).

No Brasil, a separação de fato por mais de dois anos constituiu um pré-requisito para o divórcio direto consensual, anuindo-se do vínculo conjugal, estabelecendo comum acordo as cláusulas do divórcio e requerem, apenas, sua homologação. Outrossim, divórcio litigioso, se uma das partes não concordasse com a cláusula imposta, discutir-se-ão. Logo se faz necessário, o ingresso em juízo para firmarem tal acordo.

É importante que fiquem solvidas as questões patrimoniais e pretensão de partilha, para que seja homologada a sentença.

A sentença de divórcio só produzirá seus efeitos depois de averbada no registro público competente, qual seja, no matrimônio conjugal (artigo 32 da Lei n. 6.515/77).

As consequências é a dissolução definitivamente do vínculo matrimonial civil, conforme a Lei n. 6.515, artigo 24 e artigo 1.571, § 1º, do Código Civil. Põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges, extingue o regime matrimonial de bens, procedendo a partilha de acordo com o regime (*RT*, 529:213, 536:91; *RJTJSP*, 62:45). Faz cessar o direito sucessório dos cônjuges, que deixam de ser herdeiros um do outro, possibilita novo vínculo matrimonial e por fim não admite reconciliação conjugal dos divorciados.

Vale lembrar que a lei nº 6.515/77 é caracterizada pela Lei do Divórcio, e como dito anteriormente, trouxe facilidade na dissolução no vínculo conjugal. Esse tipo de dissolução foi instituído oficialmente no Brasil com a aprovação da emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela lei 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano, completando 42 anos no país.

Com a evolução contínua do mundo, o modelo de família e de casamento evoluíram em nosso meio social em uma grande proporção, como por exemplo, antes o casamento só podia ser realizado mediante sexo oposto, e atualmente, o matrimônio no civil, realizado pelo Cartório de Notas, pode ser realizado tanto por homens e mulheres ou casais do mesmo gênero.

Pode-se finalizar dizendo, que as leis como a do divórcio precisam acompanhar as novas tendências da sociedade.

2 DO SURGIMENTO DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

O divórcio extrajudicial ou divórcio em cartório surgiu com fulcro na Lei nº 11.441/2007, procedimento menos burocrático, mais econômico e não demanda tanto tempo dos cônjuges. Entretanto só poderá ser realizado de forma consensual, desde que o casal não tenha filhos menores de idade ou incapazes, salvo exceção, sendo assim, se essa situação acontecer a questão deverá ser encaminhada a esfera judicial.

2.1 Da conversão do processo judicial para o procedimento administrativo

Antigamente, quando o vínculo matrimonial estava prestes a ser encerrado pelos cônjuges, era necessário passar pelo processo de separação, um procedimento anterior ao divórcio, que havia alguns requisitos.

Haviam restrições à concessão do divórcio: separação judicial há mais de um ano ou estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos.

Entretanto, com as alterações da Lei, cominaram com a extinção do instituto da separação judicial, de acordo com a EC 66 de 2010.

Em 13 de julho de 2010 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 66 que alterou a redação do art. 226, parágrafo 6º da Constituição. Isso trouxe enormes avanços ao direito de família no Brasil. A EC nº 66/2010 exclui a parte final do dispositivo constitucional, desaparecendo toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que cabe ser concedido sem prévia separação e sem a exigência de prazos.

O § 6º do art. 226 da Constituição Federal, então, passa a vigorar: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

CHAVES e ROSENVALD (2012, p 401) aduzem que:

Todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tende, naturalmente, à permanência. Não há casamento que seja celebrado pensando em sua dissolução. É preciso observar, de qualquer maneira, que muito mais relevante do que a manutenção de um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges é o respeito às liberdades e garantias individuais.

Nesse sentido, fica claro que se ambos os cônjuges casarem, buscando a eternidade do relacionamento e se por alguma razão adquirirem contornos que possam impedir o plano, manter a relação a dois não será mais prazerosa.

Quando detectado que não há mais amor ou que a vida a dois não se torna mais prazerosa, é clamado por um instituto que rompe o casamento de todos os direitos e deveres para que possam contrair novas núpcias.

Nessa conjuntura, adveio o divórcio, as pessoas foram em busca de regularizar o procedimento, pois já estavam esperando há algum tempo e queriam legalizar seu estado civil.

Com o fim do instituto da separação judicial, evita-se a duplicidade de processos, tendo em vista que o casal pode divorciar-se de forma direta e imediata e com isso evitam-se gastos judiciais desnecessários.

Como dito no capítulo anterior, o divórcio direto se divide de 3 maneiras:

1. Divórcio judicial litigioso: quando há divergência entre os cônjuges, discordando quanto aos termos do divórcio;
2. Divórcio judicial consensual: quando os cônjuges concordam com os termos do divórcio e o homologam perante ao juiz;
3. Divórcio consensual extrajudicial: quando os cônjuges concordam com os termos do divórcio, porém é realizado fora da esfera judicial, economizando tempo e dinheiro para ambas as partes, tendo como prioridades alguns requisitos.

Para que o divórcio seja realizado extrajudicialmente, é preciso cumprir alguns requisitos básicos para não haver problemas futuros.

É preciso estabelecer o consenso entre o casal, importante que, ambos os cônjuges estejam de acordo com o divórcio e seus termos, de modo que não exista conflito de interesses insanáveis.

Não haver filhos menores ou incapazes, mas há duas exceções para esse requisito. Quando o filho for emancipado, antecipação da capacidade plena do menor, ou, questões referentes a guarda, visita e alimentos já estiverem previamente resolvidas.

Se ocorrer alguma dessas condições, ainda que o filho seja menor, o divórcio poderá ser realizado de forma extrajudicial.

E o advogado será o profissional que prestará a assistência necessária, assinará o ato e poderá ser o mesmo entre as partes.

O divórcio extrajudicial teve previsão a partir da Lei 11.441 de 2007 que alterou dispositivos do Código de Processo Civil e disciplinou o divórcio consensual pela via administrativa, através de escritura pública, quando não houvesse filhos menores e incapazes, salvo exceção.

A emenda revela que uma vez superado o processo burocrático para pôr fim ao casamento, dá-se um grande passo para a evolução social, visto que possibilita e facilita o tramite.

2.2 Simplificação do divórcio

Em 2007, a aprovação da Lei 11.441 representou um expressivo avanço no processo do divórcio.

Uma vez que superado o processo burocrático, visto que possibilita o trâmite mais fácil e célere, além de não carecer de argumentos considerados convincentes para efetiva-lo, o fato de o fim da união de um casal não precisar mais esperar um ano da separação judicial ou dois anos da separação de corpos de fato, para solicitar o divórcio.

Fato este importante, pois a extinção da exigência de cumprimento de prazos para a dissolução legal do casamento também acaba com as fraudes perante à justiça, onde uma testemunha era chamada para atestar que a união foi desfeita há dois anos, quando o casal só estava separado há alguns meses.

Essa Lei permitiu que casais, sem filhos menores ou incapazes, pudessem, consensualmente lavrar escritura pública de separação ou divórcio, em qualquer Tabelionato de Notas do País.

Não será mais necessário arcar com custas de advogados para dois processos, o de separação judicial e o de divórcio. A ação judicial ou amigável de dissolução do casamento vai tratar apenas da guarda dos filhos, da pensão alimentícia e da divisão do patrimônio familiar.

Vale lembrar que não é a existência do divórcio que desfaz casamentos, nem a exigências de prazos e separações intermediarias que obstará sua feitura pelos que por ele desejarem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 54).

Outro passo relevante veio com a Emenda Constitucional nº 66/2010 (Projeto de Emenda Constitucional n. 28, de 2009), a chamada “PEC do Divórcio”, que modificou o parágrafo 6º do artigo 226, da CF, assingelando o processo de dissolução do casamento e trazendo algumas discussões quanto a permanência de institutos anteriores.

A PEC vai permitir que as pessoas busquem a felicidade em um outro relacionamento já que não encontrou no primeiro. “As pessoas querem se casar, de modo que, respeitando as opiniões contrárias, nós estamos modernizando o direito civil e o direito de família no Brasil.”

Em conformidade com a Lei nº 11.441/2007, para que seja oficializada a lavratura da escritura pública de divórcio, se faz necessário a apresentação de alguns documentos imprescindíveis ao Cartório de Notas, sendo eles:

- A certidão de casamento e escritura de pacto antenupcial, se houver;
- RG, CPF e informação sobre profissão e endereço dos cônjuges, tanto dos cônjuges quanto dos filhos maiores de idade, se houver;
- Documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens;
- Descrição da partilha dos bens;
- Definição sobre a retomada do nome de solteiro ou manutenção do nome de casado;
- Definição sobre o pagamento ou não de pensão alimentícia;
- Carteira da OAB e informação sobre estado civil e endereço do advogado;
- Os cônjuges podem realizar o ato por procuração pública, que deverá conter em seu teor poderes especiais e expressos para finalidade do divórcio com lapso temporal de validade de trinta dias.

O Cartório de Notas para lavratura do documento, deverá deixar claro que é de livre e espontânea escolha das partes e independente do domicílio destas ou do local do casamento, a oficialização do divórcio extrajudicial, sendo realizado uma vez, não poderá reatar o ato conjugal. Passando os ex-cônjuges a serem divorciados extrajudicialmente.

Uma vez que os ex-cônjuges decidem renovar os votos e reatarem a união, se faz necessário casar-se novamente para a mudança do estado civil.

2.3 Da possibilidade da utilização do nome do ex-cônjuge

No casamento tanto a esposa quanto o marido podem adotar o sobre nome do outro. A partir do momento em que o cônjuge adota o sobrenome do outro, este passa a fazer parte do seu próprio nome, da sua história de vida e da sua identidade.

O nome completo identifica a pessoa no meio social e profissional, portanto no divórcio consensual ou até mesmo no litigioso, o cônjuge que adotou o sobrenome do outro, tem a liberdade de querer continuar utilizando ou não, sem sofrer qualquer tipo de interferência do ex-marido ou ex-esposa.

No divórcio deve ficar consignado, por escrito se deseja ou não continuar utilizando o sobrenome, pois em silêncio os nomes permanecem inalterados. Em caso de mudança, é necessário regularizar a vida civil, com a alteração de todos os documentos.

DINIZ (2006), ensina em sua obra que existe a possibilidade de o ex-cônjuge continuar a utilizar o nome de casado, sem prejuízo do divórcio, seja pelo divórcio direto ou indireto ou por conversão, desde que haja o consentimento do outro cônjuge, pois este instituto, desde que obedecidos os requisitos legais, permite que o cônjuge preserve o nome de casado.

DINIZ (2006, p. 1.275), em outro trecho diz:

Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, no que diz respeito ao sobrenome dos cônjuges, aplica-se o disposto no art. 1.578 [...]. Logo, o deliberado na separação judicial sobre o nome do ex-cônjuge deverá ser mantido no divórcio. E, na hipótese de divórcio direto, poderá, se quiser, conservar os apelidos do ex-cônjuge, mas havendo novas núpcias, deverá renunciá-lo.

GONÇALVES (2011, p. 290) diz:

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 66/2010, não poderá haver nenhuma repercussão de eventual culpa na manutenção ou perda do direito de usar o sobrenome de casado após o divórcio. O referido art. 1.578 deve ter sido revogado, por incompatibilidade com nova ordem constitucional estabelecida pela "PEC do Divórcio".

Trata-se de um direito individual de cada pessoa. O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.565, facultou a qualquer um dos cônjuges adotar sobrenome do outro. Cabe avaliar a culpa do divórcio e decidir manter ou não.

2.4 Do restabelecimento da sociedade conjugal

A separação por mútuo consenso, na medida em que interfere apenas na sociedade conjugal e não no casamento, é susceptível de reversão por meio de um simples expediente: o pedido de restabelecimento.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.577 diz: “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”.

Preleciona que qualquer que seja o motivo da separação ou divórcio, por mais que a Lei nº 11.441/2007 seja omissa quanto à reconciliação, por fator de facilitar a via, logo, dispensadas do procedimento judicial também poderiam caso interessassem.

O retorno ao status a quo, visando reconstituir o vínculo anterior e neste sentido, desde que haja nova escritura e averbação ao registro de casamento anterior, separar-se e reconciliar-se de forma direta e imediata mediante lavratura de escritura pública, cujo restabelecimento da sociedade conjugal não venha a prejudicar direitos de terceiros.

Os terceiros que hajam mantido relações com os separados, antes e durante o estado de separação, independentemente do regime de bens, terão suas prerrogativas jurídicas respeitadas.

Todavia, conforme a Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veio para regulamentar a Lei Federal 11.441/07, mais especificamente em seu art. 48, in verbis:

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

De imediato é necessário solicitar a lavratura da escritura pública no Tabelionato de Notas e posteriormente, registrar no Registro Civil onde foi averbado o registro de casamento do casal. Em caso de alteração do nome de um dos cônjuges, o oficial de Registro Civil terá que averbar o ato no assento de casamento.

O restabelecimento da sociedade conjugal somente poderá ser feito depois da averbação da separação no registro civil, podendo ser simultâneos os atos, cujo procedimento não pode ser feito com modificações.

Aos casais que viviam separados e decidem restabelecer a sociedade conjugal, podem fazer o restabelecimento por meio de lavratura de escritura pública no Cartório de Notas e após a conclusão do restabelecimento conjugal, é fundamental que se torne público perante terceiros, para evitar problemas jurídicos futuros que possam vir a existir.

3 LEGITIMIDADE, PROCEDIMENTO E DOCUMENTAÇÃO

3.1 O Divórcio após da Emenda Constitucional nº 66/2010

A Emenda Constitucional nº 66/2010 entrou em vigor a partir de 14 de julho de 2010, trouxe significativas mudanças em relação ao processo de Separação e Divórcio e ocasionou uma verdadeira revolução no Direito de Família.

A Emenda modificou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que previa a dissolução do casamento pelo divórcio, mas exigia a separação judicial prévia.

Apesar da simplicidade em seu texto, ela prevê que o casamento termina com o divórcio suprimindo a necessidade de uma separação prévia para a sua decretação, mas com o fim da separação judicial, os cônjuges que queiram dissolver o vínculo matrimonial podem fazer isso a qualquer modo e tempo, sem a necessidade de se comprovar separação de fato.

DIAS (2009, p.294) diz que “com o divórcio há a alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a ser divorciados. A morte de um dos ex-cônjuges não altera o estado civil do sobrevivente, que continua sendo o de divorciado, não passando à condição de viúvo”.

Entende-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010 retirou do cenário do Direito, o critério de tempo. Antigamente o prazo era de dois anos para o divórcio direto e separação de fato ou um ano de separação judicial para que conseguisse converter a separação em divórcio.

A sociedade brasileira passou por significativas mudanças que possibilitaram a “flexibilização de valores tradicionais tidos como imutáveis” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 521)

As mudanças da Emenda Constitucional nº 66/2010 trouxeram alguns impactos positivos, entre eles:

- Não se exige um tempo limite para solicitar o divórcio, com essa mudança, em um mês de casamento já se torna possível ajuizar uma ação de divórcio, caso solicitado por ambos os cônjuges;
- Retirou o requisito culpa para um divórcio litigioso. Sendo assim, não é possível caracterizar o fim do casamento pelo motivo culpa de um dos

cônjuges, ou seja, este não poderá ser motivo da ruptura da relação afetiva entre o casal.

Quanto ao divórcio extrajudicial, os efeitos da emenda também se fazem presentes. A impossibilidade de separação judicial, o mesmo se aplica à extrajudicial, deixa de existir também a exigência de observância dos prazos ou de separação prévia para o divórcio via escritura pública. Com efeito, não é necessária a presença de testemunhas perante o tabelião, que antes, serviam para comprovar os requisitos supracitados.

O divórcio passou ser o exercício de um direito potestativo, podendo ser exercido por qualquer dos cônjuges que não queira permanecer unido ao outro, independentemente do tempo de casados, se um ano, um mês, ou uma semana (GAGLIANO, 2011).

A Emenda Constitucional nº 66/2010 não foi expressa, ela prevê que há o fim do vínculo matrimonial com o divórcio, mas não menciona a separação. A separação litigiosa não existe mais, pois exigia a culpa. A separação falência, tinha como critério um ano de separação de fato, e hoje o tempo não existe mais. Por fim, permanece a separação consensual, onde existe uma parte da doutrina que defende ser possível, pois o Direito Civil tem como fundamento a liberdade dos direitos e escolhas de ambos os cônjuges.

CAHALI (2011, p. 72), por exemplo elucida:

A disposição constitucional, em sua nova versão, continua não tendo nenhuma pertinência com a separação legal, à qual agora nem ao menos faz referência, prevista aquela como sempre esteve, a respectiva disciplina, de forma autônoma e exclusiva regulada na legislação ordinária.

Nesse sentido, Rolf Madaleno (2013, p. 204) assevera a dificuldade de convivência dos institutos da separação e do divórcio após a reforma, pois antes os dois institutos recebiam tratamento constitucional explícito, o que não continuou com a mudança, caracterizando a extinção da separação por absoluta incompatibilidade com a Constituição, haja vista a nova redação do § 6 do artigo 226 da Carta Federal, com força normativa própria, haver apenas mantido a figura jurídica da dissolução do vínculo conjugal.

Vale lembrar que a luta pelo divórcio no Brasil foi continua, as alterações modificaram a visão social sobre o que tinha por família tradicional. Passaram a

entender que o principal não é manutenção um casamento infeliz e sim a busca pela felicidade em comunhão ou separados de fato.

CHAVES e ROSENVALD (2012, p. 401) dizem:

Todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tende, naturalmente, à permanência. Não há casamento que seja celebrado pensando em sua dissolução. É preciso observar, de qualquer maneira, que muito mais relevante do que a manutenção de um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges é o respeito às liberdades e garantias individuais.

Nesse contexto fica claro que as pessoas buscam eternizar um relacionamento, mas diversas razões podem acontecer que impedem que o plano seja preservado, não é conveniente manter uma relação a dois não sendo mais prazerosa ou que simplesmente acabou o amor.

Fachin (2003, p. 194) sustenta que “uma história a quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho investido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”.

O rompimento do casamento não acaba somente o vínculo matrimonial e sim com todos os direitos e deveres dele decorrentes, permitindo que o ambos adquirem novas núpcias.

Vale registrar que não é a existência do divórcio que desfaz casamentos, nem a exigência de prazos ou separações intermediárias que obstará sua feita pelos que por eles desejarem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p 54).

O que se percebe é que “detectado o fim do afeto que unia o casal, não havia e não há qualquer sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p.540).

O Direito de Família deve ter mínima intervenção do Estado na vida dos cônjuges, não burocratizando as questões processuais e sim facilitando e deixando mais rápido e fácil, assim como a EC 66/10 veio para disponibilizar o divórcio extrajudicial, por exemplo, não precisando acessar a esfera judicial economizando tempo e distribuindo tarefas.

Farias (2007, p. 37) posiciona-se muito bem ao afirmar que “adentrar a vida privada do casal para discutir aspectos que lhe são íntimos viola, sem dúvidas, as suas garantias fundamentais, expondo a parte mais íntima de suas vidas a uma indevida publicidade”.

Em 2007, com a aprovação da Lei 11.441, houve um avanço fundamental. A separação e o divórcio administrativos ou extrajudiciais passaram a ser lavrados em qualquer Tabelionato de Nota, desde que cumprissem as seguintes regras:

- Seja manifestada a vontade das partes;
- Inexistam filhos menores ou incapazes;
- Seja assistidas as partes por advogado;
- Seja lavrada a escritura pública pelo Tabelião de Notas;
- Haja consenso entre as partes, entre direitos e deveres.

Com isso, houve um grande avanço no sistema brasileiro, tornando-se menos burocrático e não sendo necessário acessar a esfera judicial. O procedimento se tornou célere a separação e divórcio, desde que consensuais, evitando transtornos quanto a espera em ações judiciais, possibilitando assim o procedimento ser realizado de forma administrativas, lavrando-se uma escritura, lendo lida para as partes a presença de seu advogado e por fim assinar o documento comprovando o divórcio.

Após esse procedimento, cabe ao Tabelião enviar a escritura ao Oficial de Registro Civil para averbação necessária na certidão de casamento, para constar que os mesmos não estão mais casados e optaram pelo divórcio.

3.2 Procedimentos

Para tudo há um procedimento a ser seguido e com o divórcio não será diferente.

Como mencionado no capítulo acima, foi revolucionado o procedimento de divórcio para facilitar e diminuir o tempo de espera para se concluir o processo. Criando-se assim o divórcio extrajudicial, com a necessidade de agilizar o procedimento de dissolução da sociedade conjugal, seja no casamento ou união estável, aos casais que estivessem de pleno acordo e cumprissem requisitos impostos.

Para que possa ser realizado via extrajudicial, o artigo nº 1.124-A do Código de Processo Civil apresenta:

Art. 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.

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

Diante o exposto, nota-se que a legislação mostra o procedimento a ser cumprido para que seja realizado o divórcio extrajudicial de forma correta, sem nenhuma interrupção ou ilegalidade.

Vale lembrar que o procedimento extrajudicial é facultativo, o juiz não pode recusar-se a homologar o pedido feito em sede judicial. A possibilidade do divórcio por meio administrativo se faz justamente para desafogar a esfera judicial, pois o procedimento não necessita de homologação judicial e nem participação do Ministério Público. As discussões são privadas e caso tenha algum conflito de interesses entre as partes, é permitido optarem por buscar a justiça.

“Uma vez que o poder judiciário somente deve processar e julgar demandas em que estejam presentes os princípios da necessidade e da adequação” (EVANGELISTA; MADEIRA e GUERRA, 2010, p. 194).

Vale lembrar que os doutrinadores acima defendem que o procedimento extrajudicial é obrigatório quando preenchidos os requisitos.

A lei que institui o divórcio extrajudicial não tramita perante segredo de justiça, diferente da justiça comum, mas sua publicidade deverá permanecer restrita, regulamentado pela Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

3.2.1 Partilha de bens

Primeiramente, deve-se destacar que a Lei nº 11.441/07 que entrou em vigor no dia 04 de janeiro de 2007, trouxe algumas alterações no Código de Processo Civil.

A lei resultou na possibilidade dos Tabelionatos de Notas a realizarem a lavratura das escrituras públicas extrajudiciais de Inventário e Partilhas, Separações e Divórcios desde que atendidos os requisitos impostos pela mesma.

Para que o ato seja lavrado, é preciso apresentar todos os documentos, independentemente do local onde residam ou onde estejam localizado os bens que serão partilhados na referida escritura.

Se as partes optarem pela forma extrajudicial, deverão apresentar alguns documentos ao Tabelião de Notas, de acordo com o artigo 33 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 33. Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver. (BRASIL, 2014).

O Tabelião de Notas deverá verificar a existência de bens a serem partilhados e no corpo da escritura distinguir o que é patrimônio individual e o que é patrimônio comum do casal.

É preciso identificar se as partes foram casadas pelo regime da comunhão parcial de bens ou pela separação obrigatória de bens, uma vez que no regime da comunhão universal de bens não há que se falar em patrimônio individual, pois com o casamento ambos se tornam donos e proprietários dos bens, inclusive os adquiridos antes do casamento ou por doação.

Não havendo bens a serem partilhado, haverá uma menção dentro do corpo da escritura de que o casal declara não possuir bens a serem partilhados.

Se houver bens a serem partilhados, deverão ser trazidos os comprovantes de propriedades destes, para que o Tabelião de Notas possa emitir guia de recolhimento de ITCMD referente à partilha, e havendo diferença no valor recebido entre os cônjuges, deverá ser pago imposto referente a esta diferença conforme previsto no artigo 38 da Resolução 35 do CNJ:

Art. 38. Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida. (BRASIL, 2014).

A partilha dos bens não é essencial para a homologação da separação, mas é imprescindível a descrição de cada um dos bens na petição inicial, para que ambos estejam cientes dos mesmos.

DIAS (2009, p. 309) afirma, “tal exigência é dispensável”, porque a partilha de bens pode ser feita em momento posterior através da via judicial ou escritura de partilha de bens.

É importante citar que na escritura lavrada via administrativa, deve constar declaração das partes, afirmando que estão cientes dos direitos, deveres e consequências do divórcio e clara recusa à reconciliação, disposições à descrição e à partilha de bens comuns.

A partilha dos bens deverá ser feita conforme o regime de bens adotado pelo casal no ato do casamento civil, pouco importando a averiguação de responsabilidade pelo fim do casamento.

A partilha de bens também se dá pelo fato da morte de um dos cônjuges, pois isso levará a inventário.

Se o cônjuge sobrevivente possuir filhos do primeiro casamento e não tiver realizado o inventário e a partilha dos bens deste, não poderá escolher o regime de bens que regerá seu novo casamento.

Caso o inventário não seja feito e a outra parte decida se casar novamente, obrigatoriamente deverá optar pelo regime da separação obrigatória de bens, conforme previsto no artigo 1.641, inciso I do Código Civil.

LOBO (2011, p 149) afirma: “a morte de um ou de ambos os cônjuges é o meio não voluntário de dissolução do casamento”.

No caso da morte presumida, detectada por ausência de um longo período, presenciar alguma catástrofe ou que esteja sofrendo perigo de vida, DINIZ (2014, p. 275) afirma:

No direito anterior a morte presumida de um dos consortes, só produzia efeitos de ordem patrimonial ou sucessória, por mais longo que fosse o período do desaparecimento, não dissolvendo, portanto, o casamento, ficando o outro cônjuge num estado de semivivez, sem direito a nova união matrimonial, não sendo, porém, considerados ‘adulterinos’ os filhos que porventura tivesse.

Sendo assim, a sociedade conjugal se dissolve pela morte real de um dos cônjuges e também pela morte presumida, ou seja, quando o cônjuge é declarado judicialmente ausente, autorizando o viúvo a contrair novas núpcias.

Vale lembrar que, ao ter contraído novas núpcias o cônjuge declarado ausente retorne, o novo casamento prevalecerá, pois ocorreu a dissolução do primeiro.

3.2.2 Interesse do menor

O fim do casamento não deixa as responsabilidades adquiridas de lado. Atribuir responsabilidades aos cônjuges pelo desfazimento da vida em comum não traz efeitos práticos, porque questões como alimentos, guarda de filhos, partilha de bens, entre outros, possuem disciplina própria que independe da culpa para serem fixadas.

No caso de filhos menores entre o casal, não é possível optar pelo divórcio extrajudicial e sim pelo divórcio judicial, para que o juiz juntamente com o Ministério Público possa decidir o melhor interesse do menor.

O divórcio judicial não necessariamente será litigioso, o casal poderá optar pelo consensual pelo fato de terem filhos menores e não puderem se valer do divórcio extrajudicial consensual.

Na esfera judicial, tratarão de assuntos necessários e decidirão sobre a guarda, alimentos, para que o menor não fique desamparado e conserve sua vida normalmente após o divórcio entre os pais.

Quanto à guarda dos filhos, a culpa não deve gerar efeitos. O estabelecimento da guarda deve atender aos interesses das crianças, sendo assim, o juiz deve atribuir aquele que revelar ter melhores condições para o seu exercício, caso o compartilhamento da guarda não seja a melhor opção.

Houveram algumas alterações das Normas dos Tabeliães, onde dizia que casais com filhos menores podem realizar a separação ou divórcio deixando apenas os assuntos pertinentes à pensão e a guarda para o judiciário, com isso diminui-se o tempo, deixando ao judicial somente divórcios litigiosos e questões pertinentes a guarda, pensão e visitação dos menores.

São poucos os Estados a adotarem o entendimento de que mesmo com a proibição da Lei 11.441/07 pode sim ser realizada a escritura de separações e divórcio mesmo com filhos menores e incapazes. Como:

O Estado do Rio de Janeiro tem seu amparo legal no provimento 16/2014, em seu artigo 310, §1º, in verbis:

Havendo filhos menores, será permitida a lavratura desde que devidamente comprovada a prévia resolução judicial de todas as questões referentes aos mesmos (guarda, visitação e alimentos), o que deverá ficar consignado no corpo da escrituras. (BRASIL, 2014).

O Estado do Espírito Santo também tem seu amparo legal no provimento 18/2014, in verbis:

Art. 716. Havendo filhos comuns do casal, menores ou incapazes, será permitida a lavratura da escritura de separação, divórcio ou a conversão da separação em divórcio consensuais, desde que devidamente comprovada a prévia resolução judicial de todas as questões referentes a guarda, visitação e alimentos dos mesmos, o que deverá ficar consignado no corpo da escritura. Parágrafo único: Em havendo dúvida a respeito do cabimento da escritura de separação ou divórcio consensuais, diante da existência de filhos menores ou incapazes, o Tabelião de Notas deverá suscitar-lo diretamente ao Juízo competente em matéria de registros públicos. (BRASIL, 2015).

Por fim, o provimento 32/06 do CGJ em seu artigo 619-C, §6º prevê:

É possível a lavratura de escritura pública de conversão de separação em divórcio consensual, com ou sem partilha de bens, mesmo que existam filhos menores e incapazes do casal, desde que não haja nenhuma alteração do que foi convencionado e homologado na separação judicial em relação aos direitos dos filhos menores e incapazes. (BRASIL, 2014).

Nos provimentos mencionados acima, podemos perceber que o entendimento da Lei 11.441/07 varia de Estado para Estado, como no Rio de Janeiro e Espírito Santo tem o amparo legal.

Recebendo a autorização por suas Corregedorias Estaduais, podem os Tabeliães de Notas lavrar as escrituras de divórcio com a presença de filhos menores, desde que respeitem todas as questões pertinentes à guarda, visitação e também os alimentos do menor, e que tenham sido resguardadas em processos judiciais.

Todas as questões deverão ter o intuito de preservar os direitos dos menores, desde que ambos os cônjuges estejam de acordo com os itens mencionados na escritura de dissolução e desde que, tudo ocorra de forma consensual.

3.3 Gratuidade do ato

A Lei nº 11.441/2007 também tratou da possibilidade da gratuidade da escritura pública do divórcio, se comprovada a hipossuficiência das partes. Todavia, tal benefício dependerá da declaração das partes interessadas, sob responsabilidade dos atos informados, sendo este instituto de auxílio gratuito, ramificado do acesso à justiça.

Sendo assim, os atos notariais são gratuitos aos que se declarem pobres, mesmo que assistidos por advogados constituído.

4 IMPOSSIBILIDADE A MULHER GRÁVIDA NO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

4.1 Lei 11.441/2007

A Lei nº 11.441 de 4 de janeiro de 2007 alterou a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 do Código de Processo Civil.

Uma lei de importância ao nosso ordenamento jurídico, pois foi ela a responsável pelo grande avanço em nosso meio, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, ou seja, todos estes atos poderão ser realizados via Cartório de Notas, sem ter a necessidade de entrar na esfera judicial.

Esta lei foi editada com a intenção de facilitar as atividades processuais, aliviando do poder judiciário uma grande demanda, passando para ser executado de forma extrajudicial, deixando-o mais rápido e de fácil acesso. Assim, com a simplificação, o casal pode mudar de estado civil sem que seja necessário recorrer à via judiciária, bastando somente obedecer aos requisitos impostos pela lei.

Sobre o divórcio extrajudicial, a lei dispõe “um caminho simplista para a dissolução da sociedade conjugal, afastando a intromissão do Estado e possibilitando ao casal o fim do casamento, por um simples ato notarial” (CRUZ, 2011, p10).

CRUZ (2011) demonstrando autonomia, afirma:

A lei 11.441/2007, ao possibilitar que processos necessários de separação, divórcio e inventário possam ser efetuados sob a forma extrajudicial, de forma rápida, sem maiores constrangimentos para o casal (no caso da separação e divórcio), como também para herdeiros do de cujus, no inventário, coaduna com a justiça co-existencial, priorizando a autonomia das partes e atendendo a instrumentalidade e efetividade do processo contemporâneo. (CRUZ, 2011, p.5)

LOBO (2011) mostra a liberdade de constituir e também de dissolver a união conjugal:

A Constituição (art.226) consagra o princípio da liberdade de constituição, desenvolvimento e dissolução do casamento e de qualquer entidade familiar. Na Constituição, o princípio atingiu o ponto culminante da longa trajetória da família brasileira no rumo da laicização e da extinção dos traços de patriarcalismo. Sempre interessou ao Estado o controle da dissolução do casamento, para o que o processo judicial desempenhava papel

imprescindível, pois na família estavam ancorados os poderes políticos e econômicos dos grupos dominantes. A resistência ao divórcio não foi apenas de origem religiosa.

Rolf Madaleno (2011) explica que a lei proporciona que os cônjuges, escolham livremente entre a esfera judicial ou extrajudicial de seu divórcio, mas basta ser considerado que o segredo de justiça é apenas na opção judicial, pois o divórcio extrajudicial realizado pelo notário é um ato passível de domínio público, já que o livre acesso é autorizado por lei.

A doutrina defende em sua grande maioria a impossibilidade da separação extrajudicial por acatar que a mesma foi eliminada do nosso ordenamento atual, anteriormente já foi definido o entendimento de que o instituto perdura e por isso a possibilidade de seu procedimento extrajudicial também permanecer.

A lei impõe que as partes sejam acompanhadas de advogado, podendo ser comum ou não.

FARIAS e ROSENVALD (2012, p. 451) entendem que a necessidade de um advogado é preciso no cuidado em que “são protegidos interesses recíprocos, evitando o sacrifício de garantias jurídicas em momento tão delicado da vida de qualquer pessoa”.

Em situações de pessoas necessitadas, é permitido a participação da Defensoria Pública, instituição essencial ao funcionamento da justiça conforme artigo 134 da Constituição da República de 1988.

Na opção do divórcio extrajudicial, as partes devem acordar sobre a partilha dos patrimônios em comum, ao uso do sobrenome e ao dever de prestar alimentos entre si. Eles podem também estabelecer outras cláusulas, assim como é possível na esfera judicial.

De qualquer modo, após a lavratura da escritura, não mais será possível a sua alteração – salvo para a correção de erros materiais. Não há, portanto, a possibilidade de retratação do acordo celebrado (o que, aliás, evidencia a necessidade de assistência por advogado). Assim, caso pretendam as partes dispor, novamente, sobre o patrimônio deverão fazê-lo por meio de um novo negócio jurídico, que pode ser celebrado, novamente, por escritura pública. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.452)

Os requisitos para o divórcio extrajudicial é a inexistência de filhos menores ou incapazes, como já mencionado durante o trabalho, tendo suas exceções.

Entretanto, Maria Berenice Dias (2009, p.311) alerta que essa não é a conclusão sustentada por boa parte da doutrina, que afirma com toda razão, a

possibilidade da separação e do divórcio por escritura pública quando embora haja filhos menores ou incapazes, já tenham sido encaminhadas ao judiciário as questões acerca da guarda, alimentos e visitação dos filhos enquanto menores incapazes.

FARIAS e ROSENVALD (2012) explica:

Tais direitos não podem ser tratados em negócio jurídico, motivo pelo qual se justifica a vedação legal. Não se pense, entretanto, que se o casal tem filhos comuns não poderá se valer da simplificada via administrativa do divórcio. Por certo não é assim. Se o casal tem prole comum poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, dès que não verse o pacto sobre direitos dos filhos, que são indisponíveis. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.454)

A Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça que aborda sobre o assunto, demarca em seu artigo 34 que “As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento” (BRASIL, 2007).

Como citado no capítulo anterior, alguns Estados entendem que é possível realizar o divórcio extrajudicial com filhos menores, desde que estejam em um consenso e outros Estados entendem que não é possível, mas a regra geral deixa claro em sua disposição a impossibilidade, podendo somente na esfera judicial.

No caso de gravidez, a Lei 11.441 de 2007 reside na possibilidade ou não do divórcio extrajudicial, haja vista que o ordenamento brasileiro protege a autonomia dos cônjuges, mas, também protege aos direitos do nascituro.

4.2 Divórcio extrajudicial da mulher grávida frente aos direitos do nascituro

Quando há filhos menores ou incapazes os cônjuges estão impedidos de realizar o divórcio pela via extrajudicial, salvo exceção já mencionada. A lei não normatiza os casos em que a mulher esteja grávida, deixando dúvidas a autonomia das partes ou os direitos do nascituro.

CASSETTARI (2007) expõe a polêmica:

O art. 1.124-A do Código de Processo Civil estabeleceu ser proibida a realização da escritura de separação e do divórcio, quando existirem filhos menores ou incapazes do casal. Assim, cumpre questionar se é possível

escriturar a separação ou o divórcio, quando a mulher estiver grávida (CASSETTARI, 2007, p.32)

DIAS (2009) tangencia o assunto entendendo que não há possibilidade da mulher grávida divorciar-se extrajudicialmente. Assim ela expõe em curtas linhas:

Na hipótese da mulher encontrar-se em estado de gravidez, pela sistemática legal, não haveria a possibilidade de proceder-se à separação extrajudicialmente, até porque o nascituro faz jus a alimentos (DIAS, 2009, p.311).

Isto baseia-se no direito do nascituro de receber os alimentos gravídicos instituídos pela lei 11.804 de 2008.

O nosso ordenamento jurídico defende o direito do nascituro aos alimentos gravídicos, sendo que não haverá prejuízo quanto a eles em caso de divórcio extrajudicial entre os pais.

A fixação dos alimentos é possível inclusive que se fixe alimentos gravídicos independentemente da prova de paternidade e da existência do casamento. No caso de divórcio judicial não serão obrigatoriamente discutidos os alimentos gravídicos, motivo pelo qual podemos afastar tal argumento como óbice a realização do procedimento extrajudicial.

A fixação de alimentos gravídicos não depende da existência do casamento ou até mesmo da presunção de paternidade quando o filho é concebido na constância dele. Isto é possível mesmo com indícios de paternidade.

Vale lembrar que “há de se obstar a via administrativa se grávida a interessada, pois a intenção da Lei é proteger a prole, ainda que por vir, e assim, adequada a preservação dos direitos do nascituro” (CAHALI, 2008, p.113).

VELOSO (2009) explica melhor esta posição:

E se a esposa estiver grávida, pode separar-se por escritura pública? A Lei nº. 11.441/2007 diz que a via administrativa para a dissolução da vida conjugal só é possível se não houver filhos menores ou incapazes. A meu ver, a disposição inclui o nascituro. O nascituro não é um vegetal, uma coisa qualquer, mas uma pessoa que está por nascer. Todo ser humano menor de 18 anos recebe proteção especial, não só depois, como antes do nascimento. A personalidade civil começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º). Sim, há direitos que não dependem do nascimento com vida. O primeiro deles é o direito à própria vida, e mais: direito à integridade física, à saúde, aos alimentos, direito de ser reconhecido, de ser adotado, de estar submetido ao poder familiar, à curatela, de receber doação, direito sucessório. [...] Sem o servilismo de uma compreensão literal-gramatical, e, ao contrário, fazendo uma interpretação teleológica, finalística, dando uma exegese extensiva, com leitura do texto conforme à Constituição Federal,

não tenho dúvida de concluir que, se o casal estiver esperando um filho, se há uma criança in fieri, a separação por via administrativa não é admissível (VELOSO, 2009, p.1).

A personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas seus direitos já estão preservados desde a concepção do ventre da mãe, aperfeiçoando-se apenas com o nascimento. Sendo assim, o nascituro não pode ser chamado como menor ou incapaz porque só terá personalidade jurídica, após o nascimento.

É importante salientar que o artigo 1.597, II do Código Civil de 2002 diz que os filhos nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução do casamento foram concebidos na constância do matrimônio.

“Trata-se de uma presunção de natureza biológica, considerando que a gestação não ultrapassa 40 (quarenta) semanas, entre 270 (duzentos e setenta) e 280 (duzentos e oitenta) dias, aproximadamente” (CRUZ, 2012, p.36).

A presença do Ministério Público nos processos que envolvam interesses de menores, de acordo com o artigo 82, inciso I do CPC diz, se este regulamento seria ou não aplicável ao divórcio extrajudicial da mulher grávida, pois se for obrigatória a presença do Ministério Público no divórcio da mulher grávida, a via extrajudicial não seria possível, devidos aos motivos de filhos menores ou incapazes.

É importante frisar que o Ministério Público é responsável pela defesa judicial e pela intervenção para proteger os direitos indisponíveis dos menores e incapazes.

Durante o processo de divórcio, não será pautada nenhum interesse que envolva o menor, isso será resguardado e deixando para o momento oportuno com a efetiva participação do membro do Ministério Público para decisão final.

Não há nenhuma norma legal que atribua ao notário a obrigatoriedade de exigir um exame quanto ao estado de gravidez do cônjuge. Portanto, pela legislação atualmente em vigor, não existe nenhum atalho na realização de divórcio administrativo de mulheres grávidas.

Para a realização do ato é preciso comparecer junto ao Cartório de Notas com os documentos e solicitar a escritura de dissolução, feito isso, mesmo estando grávida, como não há uma previsão legal que solicite a comprovação, os direitos do nascituro deverão ser resolvidos o mais breve possível.

4.3 Direitos do nascituro no ordenamento jurídico e a personalidade jurídica

Apesar das divergências doutrinárias a respeito do início da personalidade jurídica do nascituro, o ordenamento jurídico garante alguns direitos e deveres ao mesmo.

Entre eles, os direitos do nascituro são:

- presunção de paternidade;
- direito aos alimentos gravídicos;
- os direitos sucessórios;

São estes os três elementos para identificar a importância do nascituro frente a autonomia das partes.

O Código Civil Brasileiro determina que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

PEREIRA (2005) firma seu posicionamento:

A personalidade jurídica, no nosso direito, continuamos a sustentar, tem começo no nascimento com vida. Dois os requisitos de sua caracterização: o nascimento e a vida. Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação ou indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria. A vida do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca ox carbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pereça em seguida. Desde que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões. A partir desse momento afirma-se a personalidade civil. (PEREIRA, 2005, p.219)

Existem duas correntes acerca deste tema, para os adeptos da corrente natalista, para que seja detectada personalidade jurídica, é preciso apenas que o feto saia do ventre da mãe e respire para que adquira personalidade jurídica. Se isso não acontecer, não há reconhecimento de personalidade.

Já os adeptos a corrente concepcionista, para que seja detectada a personalidade jurídica, não é necessário o nascimento com vida, apenas a concepção no ventre materno.

SEMIÃO (2000) frisa:

Alguns doutrinadores, por sua vez, dividem a escola concepcionista em dois ramos, a saber: a verdadeiramente concepcionista e a doutrina concepcionista da personalidade condicional. A doutrina chamada por alguns de verdadeiramente concepcionista sustenta que a personalidade começa da concepção, e não do nascimento, sem qualquer condição. Apenas os efeitos de alguns direitos, como os direitos patrimoniais, dependem do nascimento com vida. (SEMIÃO, 2000, p.37)

Também há uma jurisprudência, onde não dispõe uma posição una a ser tomada. Como segue:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional." (BRASIL, STJ. QUARTA TURMA, RESP 399028 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2001/0147319-0, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Julg. 26/02/2002, DJ 15.04.2002 p.00232 Grifos nossos)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 do Distrito Federal, de 2008, relatada pelo Ministro Carlos Britto, discute a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei federal 11.105/2005, que permite para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, o Supremo Tribunal Federal tangenciou o assunto assumindo uma concepção natalista. É o que traz o informativo nº 508:

[...] Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), aos "direitos da pessoa humana" (art. 34, VII, b), ao "livre exercício dos direitos... individuais" (art. 85, III) e aos "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. (BRASIL, STF –

Informativo nº508 - ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510)

A discussão sobre a personalidade do nascituro, pode-se dizer que ainda não alcançou o consenso.

4.4 A presunção de paternidade

Hoje em dia, a identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes (DIAS, 2009, p.325).

A filiação no direito brasileiro atualmente envolve amplas concepções que vão desde a origem genética até a convivência cotidiana.

No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação (DIAS, 2009, p.324).

A procriação deixou de ser um compromisso do casamento, ou seja, deixou de ser o objetivo de grande importância para a família na sociedade contemporânea.

Pode-se dizer que atualmente não é mais necessário ser casado para que se tenha um filho, assim como com o avanço da tecnologia, nem sempre o cedente do espermatozoide será o pai.

DIAS (2009) diz:

Cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse de estado de filho e ao genitor as responsabilidades decorrentes do poder familiar. O parentesco não mantém, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo. Basta lembrar a adoção e a fecundação heteróloga. A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os três pilares constitucionalmente fixados: plena igualdade entre filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral. (DIAS, 2009, p.325- 326)

A verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica constrói a paternidade. A relação entre pai e filho não se esclarece apenas pela genética, mas sim, na relação socioafetiva, pelo qual supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentação, lazer, educação, sem o afeto e o amor.

O direito brasileiro utiliza-se de três critérios para filiação de paternidade:

- O jurídico: presunção relativa sobre as circunstâncias previamente indicadas no texto legal;

- O biológico: O biológico é aquele determinado pelo vínculo genético;
- O socioafetivo. pelos laços de afeto que se formam entre determinadas pessoas.

A proteção dos filhos se dá pelo fato de “Daí se ordenar uma série de presunções a respeito da certeza da filiação em certos casos de concepção, quando ainda não casados os pais, ou até determinada época, após a desconstituição da sociedade conjugal” (RIZZARDO, 2011, p.348).

O Código Civil de 2002 estabelece os casos de presunção legal de paternidade no art. 1.597, responsável por grandes avanços significativos na medicina. Mas vale lembrar que todas as espécies de presunções de paternidade têm sido desafiadas pelo avanço da biotecnologia e pelo DNA que estabelece com praticamente 100% da definição de paternidade (LÔBO, 2011, p.219; MADALENO, 2011, p.501).

LOBO (2011) a esse respeito:

O Código Civil, no mesmo art. 1.597, acrescentou três novas presunções, decorrentes de manipulação genética – a fecundação por inseminação artificial homóloga, a fecundação por inseminação artificial de embriões excedentários (espécie da anterior) e a fecundação por inseminação artificial heteróloga. Essas presunções, por sua natureza, devem ser interpretadas restritivamente, “não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”, segundo o enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil, 2004, do Conselho da Justiça Federal. (LÔBO, 2011, p.221)

Vale lembrar que o Direito Brasileiro teve a preocupação de lidar com o tema presunção de paternidade e a questão do ‘filho sem pai’ e que ao nascituro, inclusive, é presumível a concepção.

A lei nº 12.004/09 de paternidade presumida, estabelece a presunção de paternidade em caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético, sendo o DNA.

A recusa da pessoa a se submeter ao exame implica que a suspeita de paternidade será em desfavor dela.

Por fim, a presunção de paternidade é uma das formas de direitos garantidos ao nascituro, o direito a filiação.

4.5 Os alimentos gravídicos

Entende-se que a prestação de alimentos é necessária para a manutenção vital, criação, educação, saúde e recreação.

MADALENO (2011) apresenta o conceito de alimentos:

Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. Como dever de amparo, os alimentos derivam da lei, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como acontece com outra classe de alimentos advindos do contrato ou do testamento, ou os alimentos indenizativos. Os alimentos são destinados a satisfazer as indigências materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante, e, portanto, amparar uma ajuda familiar integral. (MADALENO, 2011, p.821)

A lei nº 11.804/08, publicada no Diário Oficial da União em 6 de novembro de 2008, e em vigor desde esta data, conforme o seu artigo 12, fez inserir no ordenamento jurídico, de forma expressa, a figura dos chamados Alimentos Gravídicos.

Esta lei estabeleceu os chamados alimentos gravídicos, determinado pelo fato de que os alimentos são pagos pelo suposto pai em favor do nascituro, em prol da gravidez, pois entende-se que gera muitos gastos que demandam assistência econômica, entre tratamento médico, exames, medicamentos, alimentação adequada.

O artigo mencionado acima discrimina que os alimentos deverão ser prestados desde a concepção do feto, durante e após a gestação, para que possa cobrir despesas pontuais.

“Antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do nascituro e o direito seria inferior a vida se acaso recusasse atendimento a tais relações, solidamente fundadas na pediatria” (LÔBO, 2011, p.382).

Os alimentos gravídicos podem ser recorridos a outros parentes, mas parte do princípio de que eles devem ser custeados pelo pai. Há possibilidade de requerer aos avós ou bisavós maternos e paternos na impossibilidade do genitor. Vale

lembrar que as obrigações são divisíveis, todos os avós deverão assumir suas responsabilidades nas proporções de suas condições.

“Art. 1.696 CC/02 – “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Art. 1.698 CC/02 – “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

A Ação de Alimentos Gravídicos deve recair contra o pai. A prova da impossibilidade, neste caso, deverá ser clara, apenas se no processo ficar comprovado que o autor pode ser sustentado pelo genitor é que irá se excluir dos avós a responsabilidade.

“O direito da personalidade do nascituro a uma gestação saudável, e acolhendo, por via oblíqua, a teoria concepcionista” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.808).

Acresça-se que o direito do nascituro aos alimentos independe de ser a sua mãe casada, ou não. Assim, legitimado para propor ação de alimentos, poderá o nascituro, inclusive, pleitear alimentos provisórios (liminar), caso seja fruto de uma relação de matrimônio (em que há prova pré-constituída, através da certidão de casamento) ou de união estável (na qual exista alguma prova da existência da relação afetiva). Averbe-se no ponto que, apesar de a presunção de paternidade ser exclusiva do matrimônio (CC, art. 1597), é plenamente possível a concessão de alimentos provisórios - de nítida feição antecipatória – se a prova de que o casal estava convivendo no momento da concepção. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.813)

RIZZARDO (2011) afirma:

Ocorre que, de acordo com a posição que melhor se adapta à realidade e justifica os direitos, a proteção deve partir desde a concepção (teoria concepcionista), pois somente dessa forma se explicam inúmeros dispositivos da lei civil, que tratam da proteção a começar da concepção, ou têm em referência o nascituro. Nesta ordem, o art. 1778 (art. 458 do Código anterior), quanto à autoridade do curador sobre a pessoa e os bens do nascituro; o art. 1.597 (art. 338 do código de 1916), relativo ao status de filho considerado como concebido durante o casamento; o art. 1.177 (art.462 do diploma civil de 1916), no tocante à curatela de nascituro (RIZZARDO, 2011, p.686)

“Os alimentos têm seu fundamento no direito à vida, e a vida se inicia na concepção uterina, onde encontra ambiente para nascer com vida, e, por isso, seus

direitos existem desde a concepção, em toda sua plenitude” (MADALENO, 2011, p.881)

Assim como existe os adeptos a teoria concepcionista, como citação mencionada acima, existem também os adeptos da teoria natalista, pela qual acredita que o nascituro vai nascer e seus direitos vão depender se vier com vida, de acordo com o artigo 2 do Código Civil, cuja condição já o excluí da titularidade de direitos, sendo impróprio buscar alimentos sobre a apontada figura paterna (MADALENO, 2011, p.882).

Houveram várias discussões a respeito do tema alimentos, pois questionavam se o mesmo seria destinado ao nascituro ou a mãe, fato este de determinava a legitimidade do ato.

Ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca do tema:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante. (BRASIL, TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.377309-2/001, Relator. Desembargador. DUARTE DE PAULA, Data de julgamento 10/03/2005).

O ordenamento jurídico protege os direitos do nascituro, sobre os alimentos desde o momento da sua concepção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir dizendo que não existe atalho jurídico para a realização do divórcio extrajudicial da mulher grávida, velando em conta a ausência de prejuízo ao nascituro e uma vez que não se trata de direito do menor incapaz.

Apesar das divergências doutrinárias quanto a separação judicial, vale lembrar que esta ainda subsiste no ordenamento brasileiro, pois a Emenda Constitucional 66/10 apenas extinguiu o prazo que antecedia o divórcio, sendo possível, por vontade das partes, procedam previamente à separação judicial.

Acerca da pesquisa, pode-se afirmar que não há consenso acerca do início da personalidade jurídica das pessoas naturais, pois há bases normativas tanto para os adeptos a teoria natalista quanto para a teoria concepcionista.

O nascituro tem proteção e respaldo no Direito Brasileiro, entre elas, com a presunção de paternidade, com a garantia de alimentos desde a concepção, tendo seus direitos e deveres a serem cumpridos.

A Lei 11.441/07 simplificou os procedimentos na dissolução dos vínculos matrimoniais desburocratizando os procedimentos e desafogando o poder judiciário, deixando assim tudo mais prático e rápido.

Por fim, a conclusão concreta é, não existem óbices para que a mulher grávida provenha ao divórcio na forma extrajudicial, sendo que não há interesses de incapazes e nem prejuízos ao nascituro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

BRASIL. Consolidação das Normas Gerais da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Mato Grosso do Foro Extrajudicial de 19 de janeiro de 2009. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Corregedoria/Biblioteca%20Virtual/file/CNGC/03_Extrajudicial/CNGC_Foro_Extrajudicial_Atualizada_em_2010_03_23.pdf. Acesso em: 01 de junho de 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 30 de março de 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 3.071. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 de março de 2019.

_____. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 30 de março de 2019.

CAHALI, Francisco José. **Escrituras Públicas: Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

CAHALI, Yussef Said. **Separação conjugais e divórcio**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

CRUZ, Maria Luiza Pova. **Separação, Divórcio e Inventário por via administrativa**: implicações das alterações no CPC promovidas pela Lei 11.441/2007. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CRUZ, Maria Helena Póvoa. **Separação, divórcio e inventário por via administrativa**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª. ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 29. São Paulo: Saraiva, 2014.

EVANGELISTA, Anderson Pereira; MADEIRA, Anderson Soares; GUERRA, Lilian Dias Coelho Lins de Menezes. **Curso de direito de família**: atualizado até a Lei 12.318/10 (alienação parental – agosto/2010, inclui a EC 66/10 (novas regras do divórcio). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias, volume 6**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze ET al. **Novo Curso de Direito Civil**. 7ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 3ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. 1954. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

_____. Provimento CGJ/ES 18/2014, de 17 de novembro de 2014. Altera a redação do art. 716, do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/180878?view=content>>. Acesso em: 18 de agosto de 2019.

_____. Provimento CGJ/RJ 16/2014, de 13 de março de 2014. Acrescenta ao artigo 310 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça – Parte Extrajudicial os 36 §1º e 2º. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/atualizacoes-consolidacao-normativa-parte-extrajudicial>>. Acesso em: 18 de agosto de 2019.

_____. Provimento CGJ/RS 32/2006, de 16 de novembro de 2006. Institui a Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Junho_2013_Provimento_14_2013.pdf> Acesso em: 18 de agosto de 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEMIÃO, Sérgio Abdala. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis criminais e do biodireito**. 2ed, rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELOSO, Zeno. **A Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil**. Disponível: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Sucessao.pdf. Acesso em: 08 de setembro de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.