

ASPECTOS CONTROVERSOS ACERCA DA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS

EUGÊNIO GUEDES DE OLIVEIRA*

eugeniodireito@yahoo.com.br

RESUMO

O artigo 1124-A do Código de Processo Civil foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº. 11.441 em 04 de janeiro de 2007. Por tal dispositivo torna-se possível ser processado a separação e o divórcio consensuais pela via administrativa. No entanto, visando sua aplicação plena devem ser analisados sob uma outra ótica institutos como a representação, assistência, e mesmo a possibilidade de execução de alimentos firmados em escrituras públicas, ou a viabilidade da aplicação da novel lei quando os direitos dos filhos incapazes estiverem resguardados estes encontrarem-se emancipados. Visa, por fim, o presente estudo interpretar os institutos salientados de forma sistemática e coerente todo ordenamento preexistente.

Palavras-chave: Separação; Divórcio; Extrajudiciais; Representação; Assistência. Incapazes; Emancipados; Alimentos; Execução.

1 INTRODUÇÃO

É fato notório que os anseios sociais clamam por um modelo de procedimento simplificado que venha atender, de forma tempestiva, efetiva e satisfatória, a possibilidade e direito dos cônjuges em pôr um fim amigável à sociedade conjugal que constituíram.

Na verdade, a lei processual civil brasileira, há muito, demonstrava-se aquém e em notória discrepância da nítida tendência legislativa internacional que nestes casos prima pela celeridade, segurança e eficácia por meios outros de composição diversos do recorrente ao Judiciário – muitas vezes este último abarrotado por questões, lides e demandas tantas que acarretam morosidade àqueles procedimentos que não raro dependem tão somente de chancela jurisdicional.

De fato, a separação e o divórcio consensuais, institutos em pauta, necessitavam de sentença judicial manifesta por Juiz da Vara de Família que vinculada-

* Bacharel em Direito, funcionário público pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

mente tentava ainda promover a reconciliação do casal. Vigorava um cenário, até então, em que a necessidade de sentença, as interposições pelo Ministério Público, e a sucessão de procedimentos, reputava tantas prerrogativas e, conseqüentemente, tantos lapsos temporais, que o cidadão via-se, por fim, desestimulado a buscar a prestação jurisdicional frente a um processo que poderia tornar-se moroso, desgastante e dispendioso.

Muitas vezes o casal, nesta hipótese, submetia-se por fim a relações clandestinas, desconexas à realidade fática, que se perpetuavam até um impreterível embaraço patrimonial cujo término remanesce ao Judiciário sob a forma menos amistosa e mais complexa de uma demanda, neste estágio, não mais consensual.

Deste modo, fazendo-se cada vez mais necessário o ajuste a medidas que permitissem soluções imediatas e concretas, e visando desafogar o Judiciário, no dia 04 de janeiro de 2007 foi promulgada a Lei n. 11.441, que acrescentou o artigo 1124-A ao Código de Processo Civil, possibilitando a realização de separações e divórcios consensuais pela via administrativa, através dos serviços notariais, desde que inexistam filhos menores ou incapazes do casal.

Salienta-se que a referida Lei permite ainda, que inventários e partilhas possam ser realizados extrajudicialmente. No entanto, restringindo o objeto da presente análise a fim de possibilitar uma maior profundidade das discussões, serão examinados somente questões referentes às inovações implementadas aos institutos da separação e do divórcio.

Neste ponto, apesar de inovadora, a referida lei ateve-se a tratar do tema em apenas um artigo com seus três incisos. Motivo porque por ser tão sucinta e vaga, ensejou várias dúvidas que culminaram em interpretações ora restritivas, ora extensivas, quanto aos efeitos de sua aplicação principalmente no que tange a outros institutos a ela relacionados.

Assim, hoje nítida e indubitável é a aplicação da Lei n. 11.441/07. Contudo, por serem a possibilidade da separação e divórcio administrativos recentemente positivados no ordenamento jurídico brasileiro e ainda de forma bem genérica, é necessário realizar uma interpretação teleológica e sistemática para sua plena eficácia.

Deste modo, a partir de uma análise de suas finalidades, fundamentos e visando dirimir eventuais dúvidas quando da aplicabilidade da nova Lei em vigor, deve-se esclarecer a maneira como serão exercidos tais procedimentos, os aspectos omissos e também sua afetação quanto a outros institutos correlatos à separação e ao divórcio que já se encontravam em vigor na data de sua publicação.

Atento às dúvidas então insurgidas, as divergências geradas e mesmo frente

às tentativas de padronização regulamentadas pelos Tribunais de Justiça Estaduais, em 24 de abril de 2007, o próprio Conselho Nacional de Justiça, manifestou-se emitindo a Resolução n. 35, objetivando a uniformização dos entendimentos no que tange à aplicação desta Lei.

Muitas das questões foram dirimidas; no entanto, permanecem em voga, omissos ou mal esclarecidos, alguns pontos polêmicos. Dentre essas dúvidas serão especificamente pautados neste trabalho: I) Da assistência e da representação devidos ao procedimento de separação e divórcios consensuais extrajudiciais; II) Da possibilidade do novo procedimento ser adotado quando existirem filhos emancipados ou desde que estes filhos estejam com seus direitos resguardados; III) Do rito devido à execução de alimentos firmados pela escritura pública de separação e divórcio.

Deste modo, visa-se, assim, uma correta interpretação jurídica dos institutos e da própria Lei n. 11.441 de 2007, de forma a resguardar a segurança jurídica, pilar de todo Estado Democrático de Direito.

2 DA REPRESENTAÇÃO E DA ASSISTÊNCIA AOS CÔNJUGES NAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS

A assistência abordada pela Lei n. 11.441 de 2007 compreende em condição e no devido acompanhamento técnico, conferindo aos advogados para que se verifique a possibilidade, a legalidade e a legitimidade dos atos, documentos e partes a serem apresentados por ocasião da feitura da separação e do divórcio. Este ato é privativo do profissional em questão, gozando de real importância, uma vez que a este cabe tecer as considerações a serem minutadas na escritura pelo casal, como por exemplo, em cláusulas referentes à pensão alimentícia, partilha de bens e mudança de nome quando houverem de ser ressalvadas.

Sobre o tema, enfatiza o Desembargador do TJRS, professor da Escola da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos:¹

Dispensada a presença do magistrado e, conseqüentemente, a intervenção do Ministério Público, redobra a responsabilidade do advogado, cuja atuação na formalização do ajuste

1 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais (lei 11.441/07). TJRS, 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/separacoes_divorcios.doc>. Acesso em 10, ago. 2008.

é indispensável (art. 1.124-A, § 2º, do CPC, na redação da Lei nº. 11.441/07) e decisiva. Compete-lhe esclarecer minuciosamente o casal acerca das cláusulas do pacto e suas repercussões futuras, especificamente no que se refere à partilha de bens, aos alimentos e ao uso do nome. Dada a relevância dessas questões, devem ser evitados ajustes precipitados, muitas vezes fruto da intensa emotividade que emana da ruína das relações conjugais. A reflexão objetiva, tanto quanto possível desapassionada – o que só se obtém com a maturação do tempo –, é sempre a melhor conselheira. Ajustes mal finalizados, que depois se constata não corresponderem à real intenção dos contratantes, podem ser desastrosos, só restando posteriormente a via judicial para sua desconstituição, o que será viável apenas quando demonstrado vício de vontade.

Apesar de tal perspectiva não ser unânime,² frisa-se, no entanto, que sem a qualificação e assinatura do advogado, o tabelião encontra-se impedido de lavrar a escritura.³

É claro que se no ato da elaboração da separação e do divórcio no cartório os advogados das partes não estiverem presentes, comparecendo posteriormente apenas para ler, assinar e referendar o ato, ocasião em que a escritura poderá ser concluída, este ato não deve ser considerado de plano nulo ou anulável. Afinal, o profissional submeteu seu parecer, inclusive sujeitando-se à responsabilidade advinda de tal assistência. Essa questão foi evidenciada com primor pelo Desembargador do Tribunal de Minas Gerais, Dr. Alberto Aluísio Pacheco de Andrade

² “Quanto à exigência de advogado, é de se observar, em primeiro lugar, não se justificar tal exigência. Se para a celebração de qualquer outra escritura não há necessidade de intervenção do profissional, por que seria para esta? Confronte-se a celebração de uma compra e venda de um imóvel de valor extremamente alto, com a celebração de uma separação consensual sem nenhum bem a partilhar; por que para esta há necessidade de intervenção de advogado e não para aquela? Poder-se-ia argumentar que seria para resguardar as questões de natureza pessoal relativas à separação. Mas, se assim fosse, seria necessária a intervenção do Ministério Público ou do Judiciário, não de advogado. O advogado é representante das partes, não tendo isenção suficiente para preservar a lisura do procedimento. Parece-nos que se atendeu muito mais aos interesses da classe dos advogados do que propriamente aos interesses das partes. Obviamente não se está aqui negando a importância da atuação do advogado na conciliação dos cônjuges, na obtenção do acordo, no esclarecimento dos direitos das partes. O que aqui se questiona é apenas a obrigatoriedade de participação do advogado na celebração da escritura. De qualquer forma, sendo um dos cônjuges advogado, nada impede que ele compareça em causa própria, e até representando também o outro cônjuge.” Vide em CARVALHO NETO, Inácio de. Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei n. 11.441/2007. *EPD*, 14 fev. 2008. Disponível em: <http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=83&id_categoria=26>. Acesso em 10, ago. 2008.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 35, 24 abr. 2007; art. 8º.

que enfatiza:⁴ “Evidente que à primeira vista não há como considerar nulo ou anulável o ato, mas se qualquer das partes se sentir prejudicada e desde que provado o prejuízo, o ato será anulado, certamente.”

Neste ponto, outra dúvida já sanada e uniformizada pelo Conselho Nacional de Justiça é o posicionamento da dispensa de procuração do advogado e do Defensor Público na lavratura das escrituras decorrentes desta Lei nº. 11.441/07.⁵

Frisa-se ainda ser ao tabelião vedada a indicação de advogado,⁶ primando pela ética profissional de tal categoria, reprimindo desta feita a prática de captação ilegal de clientela sob uma espécie de “venda casada” o que, caso contrário, permitiria o surgimento do “advogado de porta de cartórios”.⁷

Já a representação nas separações e divórcios, por sua vez, consiste no ato pelo qual terceiro devidamente constituído por uma procuração específica, com poderes especiais, formalizada por instrumento público, age como mandatário na realização da vontade de outro. Seriam então as separações e divórcios consensuais administrativos possíveis por representação?

A princípio, tendo como referência a determinação imposta ao procedimento judicial e, por analogia, se chegou a crer que a presença dos cônjuges era substancial para formalização do ato.⁸ Essa posição também foi defendida pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Ângelo Passarelli⁹, que entendia estar implicitamente vedada a adoção da procuração neste procedimento, vez que a iniciativa para tal pedido seria ato personalíssimo, para o qual se exigiria imperativamente a presença dos interessados.

Neste mesmo sentido, defendeu o vice-presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, no Rio Grande do Sul, João Pedro Lamana Paiva:¹⁰

⁴ ZARDO, Cláudia. Lei 11441/07 e Direito de Família: Desembargador Alberto Aluísio P. Andrade esclarece as principais dúvidas. **13ª Subseção - OAB Minas Gerais**, dez. 2007. Disponível em <<http://www.oabuberlandia.org.br/oab8.qps/newsview/3871380C125D6032574010059F957>>. Acesso em 10, ago. 2008.

⁵ BRASIL, op.cit., nota 3.

⁶ BRASIL. Ibid., art. 9º.

⁷ Expressão utilizada pelo Douto Professor Rachid Silva. SILVA, Rachid. XIII ENCONTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS: O divórcio em cartório e os demais aspectos da lei 11.441 de 04/01/07. Patrocínio, 17 maio. 2008.

⁸ “Os cônjuges comparecerão pessoalmente para a lavratura do ato notarial, inadmitida a sua representação por procuração” (BRASIL. Rio Grande do Sul. Art. 09 §4 do Provimento nº. 04 TJRS).

⁹ TJDF: “Nova Lei do Divórcio” vai facilitar a vida dos interessados? Tire aqui suas principais dúvidas. **Infojus**, Notícias, 25 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.infojus.gov.br/portal/NoticiaVer.asp?lgNoticia=24848>>. Acesso em 10, ago. 2008.

¹⁰ PALESTRA de João Pedro Lamana Paiva focaliza o inventário e o divórcio administrativo sob a

A separação e o divórcio judiciais continuam sendo realizados pelo Judiciário, são os separandos e os divorciandos que vão escolher se querem fazer no Judiciário ou no cartório. No judicial não tem procurador. O juiz faz uma audiência preliminar e consulta os separandos e divorciandos se realmente querem se divorciar ou separar, portanto, o ato é personalíssimo. Por isso, entendo que não é possível o divorciando ou o separando ser representado por procurador no caso de realização do ato no tabelionato. A escritura pública não pode ser representada, o tabelião tem de consultar o casal para saber se realmente querem se separar ou divorciar. Entendo que a norma continua a mesma para o extrajudicial, ou seja, as partes devem comparecer assistidas por um advogado, que será um assistente e não um procurador, mas a questão suscita diferentes interpretações.

E ainda, conforme assevera o Desembargador do TJRS, Professor da Escola da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos:¹¹

E isso pelas mesmas razões que levaram o legislador do CPC (art. 1.122, “caput” e § 1º) a, no processo judicial, exigir a audiência de ratificação do pedido, com a presença do casal desavindo perante o magistrado, oportunidade em que ambos devem ser ouvidos e manifestar sua intenção de não mais manter a sociedade conjugal e/ou o vínculo matrimonial, quando, somente então, poderá ser homologado o pleito. Ora, se no processo judicial, onde maiores são as cautelas, com a presença do magistrado e do Ministério Público, o comparecimento pessoal das partes é indispensável, não se ostenta prudente dispensá-lo justamente quando revestida de menor fiscalização a formalização do acordo.

Em sentido diverso, no entanto, foi definido pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual taxativamente expõe na Resolução nº. 35 de 2007 em seu artigo 36, que o comparecimento pessoal das partes é plenamente dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais.

ótica do registro de imóveis. Anoergms, 18 abr. 2007. Disponível em <http://www.anoregms.org.br/index.php?p=detalhe_noticia&id=874>. Acesso em 10 de ago. 2008.

¹¹ SANTOS, op. cit., nota 1.

Em verdade, é admissível ao separado ou ao divorciado se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, e com a descrição das cláusulas essenciais, procedendo-se à lavratura da dissolução querida no prazo de trinta dias de sua instituição, tornando-se, portanto, desnecessária a presença dos cônjuges no ato.¹²

Assim, tal interpretação trouxe uma condizente possibilidade àqueles que, apesar de separados de fato por anos, encontravam-se vinculados pelos laços matrimoniais, visto que a indisponibilidade de se fazerem presentes, seja pela atividade profissional peculiar que exerçam, seja por residirem no exterior, impedia seu comparecimento em audiência para ratificação do pedido de dissolução de sociedade ou matrimônio.

Deste modo, prima-se sobretudo pela autodeterminação do indivíduo, tanto querida e norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Observa-se, mui oportunamente, que, como distintas são as funções de assistência e representação, também os procuradores que representarão as partes não poderão se confundir com o advogado ou os advogados que assistirão ao ato. Agindo deste modo agrega-se ao ato um maior respaldo acerca da consensualidade realizada, evitando-se a suscitação posterior de conflitos de interesses.

Outro ponto a ser analisado versa sobre o autocontrato. Apesar de expressa previsão legal¹³, entende-se não ser aceitável que o representante atue em nome de outrem seguindo seus próprios interesses na separação e divórcio. Por uma questão lógica, entende-se que a manifestação da vontade deve ser pura e incondicionada. Agindo de forma contrária, estaria se arbitrando poderes sem restrições àquele que porventura seria o algoz (ex-cônjuge) em uma ação judicial em que se discorde dos termos avençados na escritura pública.

Nos ensinamentos de Inácio de Carvalho Neto temos:¹⁴

Obviamente não pode um dos cônjuges, na escritura de separação consensual, outorgar procuração ao outro para que este efetive a conversão da separação em divórcio. Embora a conversão possa ser feita sem a presença pessoal dos cônjuges, a manifestação de vontade deve ocorrer por ocasião

¹² BRASIL. op. cit., art. 36, nota 3; BRASIL, Código civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. arts. 657, 1.525 e 1.535.

¹³ BRASIL, Código civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. art. 117.

¹⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei n. 11.441/2007.EPD, 14 fev. 2008. Disponível em: <http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m2&id_artigo=83&id_categoria=26>. Acesso em 10, ago. 2008.

da conversão mesma, não se podendo falar em prévia autorização de um dos cônjuges para que o outro, unilateralmente, exerça tal pretensão.

Além disso, a expressão “contratantes” prevista no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil pressupõe a manifestação da vontade por dois interessados diversos.

Deste modo, nas palavras do Douto Membro do Ministério Público e também professor, Cristiano de Farias, “somente é possível à celebração de negócios jurídicos (e, lembre-se, a escritura pública de dissolução nupcial tem natureza negocial) entre um interessado direto (o representado) e uma outra pessoa interessada (o terceiro), por intermédio de um agente interposto (o representante), de maneira que os efeitos atinjam apenas o representado e o terceiro, passando longe da esfera jurídica de interesses do representante”.¹⁵

3 DA REALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS QUANDO OS DIREITOS DOS FILHOS INCAPAZES ESTIVEREM RESGUARDADOS OU ENCONTRAREM TAIS FILHOS EMANCIPADOS

A Lei em pauta é clara em estabelecer que somente poderão se separar ou divorciar por escritura pública se inexistirem filhos menores ou incapazes do casal.

De fato, tal dispositivo tem como finalidade proteger os direitos destes diretamente envolvidos nas relações a que seus pais querem restabelecer. Em verdade, seus direitos devem ser tutelados perante a assistência indispensável do representante do Ministério Público, sendo que o Juiz deve decidir acerca da dissolução da sociedade conjugal e do matrimônio, de modo a resguardar os direitos da prole.

Assim, e com o fulcro de ser analisado se os interesses dos filhos encontram-se protegidos, seja quanto à guarda, pensão alimentícia, regime de visitação, seja quanto aos demais interesses existentes no caso concreto, será esta separação e divórcio processados necessariamente em juízo.

No entanto, existe ainda a possibilidade de no momento da dissolução da relação entre os pais, encontrarem-se os direitos dos menores já resguardados por ações autônomas que já analisaram e regulamentaram suas prerrogativas (como

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A desnecessidade de procedimento judicial para as ações de separação e divórcio consensuais e a nova sistemática da Lei no11.441/07: o bem vencendo o mal . **Jus Podivm**, 08, jan. 2007. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1470.html>. Acesso em: 10, ago. 2008.

guarda, alimentos, bens e visitas). Neste ponto, não seria dispensável a utilização da via judicial vez que o que se pretende é tão somente decretação da dissolução do vínculo existente entre os pais?

Relevante é o posicionamento do Douto Membro do Ministério Público, Cristiano Chaves de Farias:¹⁶

Não se pense, entretanto, que se o casal tem filhos comuns não poderá se valer da facilitada e simplificada via administrativa. Por certo, não é assim. Se o casal tem prole comum poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, dêz que não verse o pacto sobre direitos dos filhos, que são indisponíveis. Assim, podem ajustar a partilha dos bens, os alimentos devidos reciprocamente e a permanência do nome de casado, deixando para resolver as questões atinentes à guarda e visita dos filhos e aos alimentos devidos a eles (além de outras eventuais indagações) na via judicial, através de ações próprias. Tais ações, inclusive, podem ser propostas antes ou mesmo depois da escritura pública, até mesmo porque em nada dependem dela. Esta é, seguramente, a melhor solução, até porque o casal, ao celebrar a escritura pública, poderia, se assim não fosse, omitir a eventual existência de filhos menores, realizando o seu ajuste patrimonial e dissolvendo o seu matrimônio, sem que o tabelião pudesse se objetar a tanto. Não tenho dúvidas, de que já se foi o tempo em que o operador da ciência jurídica labutava distante da sociedade, falseando a realidade fenomenológica da vida dos brasileiros. É hora de um Direito (e de um processo) mais rente ao nosso cotidiano!

O Conselho Nacional de Justiça, em que pese não ter taxativamente esclarecido a questão, não comunga, no entanto, deste entendimento. Em suma, este dispõe ser imperativa a necessidade de que os interessados firmem ao Tabelião declarações suas de que não possuem filhos comuns ou de que, mesmo os tendo, esses são absolutamente capazes.¹⁷

Interessante notar que interpretação diversa permitiria até mesmo que a separação e o divórcio se processassem e os interesses dos menores ficassem em segundo plano por definir em ações autônomas que sequer seriam futuramente

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Art. 34 da Resolução nº. 35 de 2007.

propostas, penderes por prazo incerto.

Neste aspecto, inclusive a própria capacidade conferida através da emancipação é questionável. Evidente que não em todas as suas espécies, mas naquela que é constituída pelos pais por ocasião da separação e divórcio e com a nítida intenção de fraude em contrapartida aos fins do instituto da própria emancipação. É assim que dispõe Simone Spadari, Promotora da Infância e Juventude no Rio Grande do Sul, em recente artigo:¹⁸

A emancipação é um ato jurídico *stricto sensu* unilateral por natureza. É constitutiva porque admite um *plus* na conquista de direitos o que, por via de consequência, não se harmoniza com a supressão de um status constitucional. Os direitos conquistados são assimilados de imediato no patrimônio legal do seu titular, mas não lhe admite supressão de direito já conquistado na época em que era menor de idade, sobretudo os considerados consecutórios dos fundantes da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana (...) *Ad argumentandum*, ao admitir-se a emancipação para eximir os pais ou responsáveis, o titular do direito público subjetivo restaria sem ação contra uma forma muito específica de negligência e assim seria incontornável a violação do princípio constitucional da proteção integral, a saber: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Concluindo, por fim, em linhas posteriores:

Portanto, a emancipação é válida apenas para constituir novas competências à realização de atos da vida civil. Não implicará qualquer restrição ou redução, visto que já assimilados ao patrimônio individual do adolescente. Nesse contexto, é inadmissível que pais ou responsáveis, por ato

¹⁸ SPADARI, Simone. Efeitos da emancipação no dever prestacional dos pais ou responsáveis à educação fundamental dos filhos ou pupilos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1504, 14 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10280>>. Acesso em 10, ago. 2008.

unilateral, possam desconstituir uma obrigação pessoal derivada de direitos públicos subjetivos de natureza constitucional, em relação aos quais são (co) devedores.

Neste sentido, aduz o Advogado Fernando Gaburri:¹⁹

Com a emancipação dos filhos menores nos termos do art. 5º, I do CC, em que pese cessar a incapacidade, persiste a menoridade. Deste modo, conclui-se pela necessidade do procedimento judicial mormente pelo fato de que poderão os pais emanciparem seus filhos menores para que, com intuito fraudulento, lhes sejam possibilitadas as vias extrajudiciais. Observe-se que, valendo-se da separação e divórcio extrajudiciais, vale dizer, mediante escritura pública, que não haverá intervenção do MP, tampouco audiência perante o juiz, que não homologaria a separação ou o divórcio caso vislumbrasse alguma tentativa de fraude.

Por conseguinte, nestes casos em que a realização da separação e divórcio extrajudiciais houver de se processar quando os direitos dos filhos incapazes estiverem resguardados ou se encontrarem tais filhos emancipados, torna-se ainda assim imperativa a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário como via fundamental para resolução da separação e divórcio consensuais. Sendo enfim, nestas hipóteses fica vedada a adoção do procedimento implementado ao Código de Processo Civil em seu artigo 1.124-A.²⁰

4 DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS FIRMADA EM ESCRITURA PÚBLICA

Frente ao termo do vínculo da sociedade ou do matrimônio, e visto a imperatividade da inexistência de filhos menores ou incapazes do casal pelo pro-

¹⁹ GABURRI, Fernando. Primeiros apontamentos sobre separação e divórcios extrajudiciais. IB-DFAM, 18 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos &artigo=255>>. Acesso em 10, ago. 2008.

²⁰ No Estado de São Paulo, tal carência foi suprida de forma louvável por um hercúleo trabalho liderado pelo egrégio TJ-SP (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), conjuntamente com a OAB-SP (Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo), e Defensoria Pública do Estado de São Paulo. O resultado foi a publicação das conclusões que tal grupo de estudos chegou, dentre as quais se destacam as seguintes: j) o procedimento extrajudicial de separação e divórcio fica totalmente afastado quando houver qualquer menor envolvido, ainda que emancipado; conforme se extrai das conclusões: NICOLAU, Ricardo. Regulamentação da Lei 11.441/07: um dever cumprido. Sinoreg-SP. Disponível em: <<http://www.sinoregsp.org.br/>>. Acesso em 10, ago. 2008.

cedimento previsto na Lei nº.11.441/07, a possibilidade da convenção quanto à questão alimentar subsiste em duas situações.

Na primeira, trata-se da ocasião em que a pensão deve ser fixada ao ex-cônjuge ou separado. Já na segunda situação tem-se a pensão fixada aos filhos capazes e cujo tenham atingido a maioridade.

Em ambos os casos, esta pensão é estabelecida conforme a mensuração das necessidades do alimentado e pela capacidade do alimentante.

Também em ambos os casos tem-se agora ressaltada mais ainda a hipótese da possibilidade dos alimentos serem fixados por escritura pública. Neste aspecto, qual seria o rito devido para sua execução? Coação pessoal ou execução por quantia certa?

A jurisprudência neste ponto tem divergido. Afirmam alguns existir a impossibilidade de se executar o devedor de alimentos pelo rito do artigo 733 do Código de Processo Civil, hipótese que inviabilizaria a prisão civil do executado como sanção pelo descumprimento da obrigação alimentar.

Como argumento para tanto, sustenta-se que o artigo 733 do referido diploma refere-se à sentença ou à decisão necessariamente proferidas por juiz investido:

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Desta forma, tratando-se a escritura pública de um título executivo extrajudicial em que o acordo alimentar é firmado pelas partes, e assim inexistindo a intervenção do Judiciário com sentença ou decisão, o referido título não seria passível de uma execução cuja inadimplência culmina em prisão do alimentante.

Sobre a questão, manifesta a Doutora Marlise Beatriz Kraemer Vieira, em artigo recente publicado sobre o tema: ²¹

Em corolário, enquanto não alterado o artigo 733 do CPC, qualquer dívida alimentar que seja embasada em um título extrajudicial(...) obrigatoriamente terá de ser ajuizada pela via da executiva pelo rito da expropriação. E, se bens o devedor não possuir, amargar a credora com a falta de seus alimentos. Cumpre aos advogados alertar seus clientes

²¹ VIEIRA, Marlise Beatriz Kraemer. A Lei nº. 11.441 e os alimentos. Notarial net, 13 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.notarialnet.org.br>>. Acesso em 10, ago. 2008.

sobre a questão, de modo a que, no futuro, a opção que parecia mais célere não venha a se tornar fonte de graves prejuízos aos alimentados, e raiz de intermináveis conflitos judiciais.

Neste diapasão segue ementa da relatora Desembargadora Albergaria Costa, proferida no dia 26 de abril de 2007:²²

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ART. 733 DO CPC. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO. ART. 732. POSSIBILIDADE. Não é possível executar título executivo extrajudicial pelo rito do artigo 733 do CPC, uma vez que a adoção desse procedimento impõe a existência de uma sentença ou decisão judicial que embase a execução. Em razão dos princípios da economia e celeridade processual, é cabível a conversão do procedimento de execução de alimentos, a fim de que seja adotado o rito previsto no artigo 732 do CPC. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Por outro aspecto, agindo desta maneira, estaria a desprestigiar a forma extrajudicial de fixação de alimentos e contradizendo um dos próprios fins a que a Lei n. 11.441/07 visou, qual seja, o de desafogar a máquina judicial. Logo, seria claramente perceptível a viabilidade do aceite a tal dispositivo coercitivo interpretando também em favor das escrituras públicas de separação e divórcio consensuais.

Nesta linha o Desembargador do TJRS, professor da Escola da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos aduz que:²³

Embora a Lei 11.441/07 não tenha feito qualquer menção ao tema, pensamos que, diante da nova realidade, é necessário repensar a matéria, em uma perspectiva sistemática. Quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil não se cogitava de

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ementa, apelação civil/ processo 1.0701.06.142840-8/001, relatora Desembargadora Albergaria Costa, MG, Belo Horizonte, 26 de abril de 2007. **Diário Oficial do Estado**. Belo Horizonte, MG, 09 maio 2007.

²³ SANTOS, op. cit., nota 1.

o Estado-Juiz deixar de intervir no momento da dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial, ocasião na qual muitas vezes são feitas estipulações alimentares. Ora, se ficar mantida a restrição da execução coercitiva exclusivamente aos alimentos fixados em juízo, em muito restará desestimulada a pactuação extrajudicial que agora se busca incentivar, o que configura uma contradição insuperável, que não deve sobreviver no âmago de um mesmo ordenamento jurídico. Por isso entendemos que doravante deve ser admitida a execução coercitiva aparelhada também em pacto formalizado por instrumento público.

Como se não bastasse, um segundo argumento levantado diz respeito à especialidade e literalidade aduzida pela Lei nº. 5.478/68, Lei de Alimentos, que preconiza em seu artigo 19:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

Assim, ao abranger a expressão acordo, entende-se então abrangidas as obrigações firmadas pela própria escritura pública de separação e divórcio. Deste modo é que, comungando com a ideia em questão, o Juiz de Direito, Antônio Carlos Parreira dispõe:²⁴

Da leitura do artigo 19 da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), norma essa de cunho especial, conclui-se em relação aos alimentos pela existência não somente da execução de sentença (por título judicial), como também da execução de acordo (título extrajudicial). E mais, de forma clara e cristalina tal norma permite ao Juiz de Direito, na execução do acordo, tomar todas as providências necessárias

²⁴ PARREIRA, Antonio Carlos. A Lei nº. 11.441 e a possibilidade de prisão por dívida alimentar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1358, 21 mar. 2007. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9630>>. Acesso em 10, ago. 2008.

ao seu efetivo cumprimento, inclusive decretar a prisão do devedor. (...) Muitos poderão argumentar, inclusive com base na própria Lei Especial, que o acordo a que se refere o artigo 19 da Lei de Alimentos é aquele realizado em Juízo, na ação de alimentos, homologado pelo Juiz. No entanto, esse não parece ser o melhor entendimento, porquanto nessa hipótese a execução também será por título executivo judicial, ou seja, execução da sentença homologatória do acordo, de modo que não haveria necessidade do legislador incluir no texto do artigo 19, por duas vezes, a expressão “ou do acordo”. Bastaria apenas manter as expressões “execução da sentença” e “cumprimento do julgado”, nunca sendo demais lembrar que a lei não deve conter palavras inúteis e onde ela distingue, não é dado ao intérprete deixar de fazê-lo.

Em posicionamento semelhante acerca da execução de títulos extrajudiciais, a Desembargadora Maria Berenice Dias, do colendo Tribunal do Rio Grande do Sul, aponta seu parecer:²⁵

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. De todo descabido não emprestar eficácia ao acordo referendado pelo agente ministerial, para desencadear demanda executória, pelo só fato de a avença não ter recebido a chancela judicial. De modo expresso o art. 19 da Lei de Alimentos, autoriza ao juiz, a decretar a prisão do devedor para dar cumprimento ao julgado ou ao acordo que estabelece os alimentos. Assim, não há como impedir o uso da execução pelo rito da coação pessoal ao débito alimentar assim constituído. O fato de se tratar de título executivo extrajudicial não afasta tal modalidade de cobrança.

Em verdade, a questão é complexa e os próprios Tribunais encontram-se em divergência ora admitindo ora negando tal entendimento. De fato, até mesmo o próprio Conselho Nacional de Justiça não se manifestou sobre o tema. Porquanto, apesar de juridicamente plausível a interpretação favorável à execução manifesta pelo rito da coação pessoal quando da execução de títulos extrajudiciais e, assim, dos alimentos fixados por escritura pública de separação e divórcio, entende-se

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa, agravo de instrumento/ processo nº.70019766534/ 2007, decisão monocrática, Desembargadora Maria Berenice Dias, RS, Porto Alegre, 17 de maio de 2007. **Diário Oficial do Estado**. Porto Alegre, RS, 24 maio 2007.

importante salientar a prudência neste posicionamento, posto que como corrente minoritária, ainda aguarda um amadurecimento frente ao entendimento dos Tribunais mais tradicionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 04 de janeiro de 2007, foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº. 11.441, o artigo 1124-A do Código de Processo Civil, que versa sobre a possibilidade de ser processada a separação e o divórcio consensuais pela via administrativa.

Por ser tal possibilidade recentemente positivada e ainda de forma bem genérica, é necessário frisar a importância da realização de uma interpretação teleológica e sistemática de tal Lei e dos institutos por ela abordados visando de fato dirimir eventuais dúvidas quando da aplicabilidade da nova lei em vigor.

Dessa feita, ainda que tal inovação tenha sobrevivido através de apenas um dispositivo, as modificações daí insurgidas refletiram diretamente sobre uma série de situações controversas, aos quais se procurou no presente estudo abordar sem, no entanto, pretender exaurir o tema.

Infere-se, da análise realizada, a necessidade de assistência por advogado comum ou de cada um dos contratantes, dispensada procuração por parte destes no procedimento.

Realçou-se também a função do representante plenamente admitida, vedado o autocontrato, assim como a convenção de assistente e representante conjuntos por mesma pessoa.

Conclui-se, também, por dispensável, o comparecimento pessoal dos interessados à lavratura da escritura pública de separação e divórcio consensuais.

Tem-se ainda como imperativa a vedação da adoção do procedimento de separação e divórcio extrajudiciais quando houver filhos menores ou incapazes, ainda que seus direitos possam ser resguardados por ações autônomas ou mesmo que estes menores já se encontrem emancipados.

Por fim, como se pode observar, não há em tempo consenso sobre a possibilidade da execução da prestação alimentícia firmada por ocasião da escritura pública ser executada pelo rito da coerção pessoal. De fato, até mesmo o próprio Conselho Nacional de Justiça não se manifestou sobre o tema. Porquanto, apesar de ser juridicamente plausível a interpretação favorável à execução manifesta pelo rito da coerção pessoal quando da execução de títulos extrajudiciais e, assim, dos

alimentos fixados por escritura pública de separação e divórcio da Lei nº. 11.441, entende-se por importante salientar prudência neste posicionamento, vez que, como corrente minoritária, aguarda um maior amadurecimento frente ao entendimento dos Tribunais mais conservadores.

Controversial Aspects on Extrajudicial Separation and Divorce

ABSTRACT

Article 1124-A of the Civil Proceeding Code was brought into the Brazilian juridical system by Law no 11.441 on January the forth of 2007. Thereby separation and consensual divorce become possible of being proceeded in administrative (extrajudicial) via. However willing its sheer application, institutions such as representation, assistance, and even the possibility of execution of pension agreed on public registry of statements, or the viability of application of the new law when rights of unliable offspring are guarded or emancipated ought to be analyzed in a different scope. Thus, this present work finally aims to interpret the salient institutions by a systematic and coherent form with the whole preexistent body of law.

Keywords: Separation; Divorce; Extrajudicial; Representation; Assistance; Unliability; Emancipation; Pension; Execution.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei Ordinária n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 26 jul. 1968.

BRASIL. Lei Ordinária n. 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. (Lei do Divórcio). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 27 dez. 1977.

BRASIL. Lei Ordinária n. 11.441 de 04 de janeiro de 2007. Dispõe sobre as alterações de 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 jan. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 35 de 24 abr. 2007.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Provimento n. 04/2007 de 18 de janeiro de 2007, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ementa, apelação civil/ processo 1.0701.06.142840-8/001, relatora Desembargadora Albergaria Costa, MG, Belo Horizonte, 26 de abril de 2007. **Diário Oficial do Estado**. Belo Horizonte, MG, 09 maio 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa, agravo de instrumento/ processo nº.70019766534/ 2007, decisão monocrática, Desembargadora Maria Berenice Dias, RS, Porto Alegre, 17 de maio de 2007. **Diário Oficial do Estado**. Porto Alegre, RS, 24 maio 2007.

CARVALHO NETO, Inácio de. Separação e divórcio extrajudiciais: pontos polêmicos da lei n. 11.441/2007. **EPD**, 14 fev. 2008. Disponível em: <http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=83&id_categoria=26>. Acesso em 10, ago. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A desnecessidade de procedimento judicial para as ações de separação e divórcio consensuais e a nova sistemática da Lei n. 11.441/07: o bem vencendo o mal . **Jus Podivm**, 08, jan. 2007. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1470.html>. Acesso em 10, ago. 2008.

GABURRI, Fernando. Primeiros apontamentos sobre separação e divórcios extrajudiciais. **IBDFAM**, 18 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=255>>. Acesso em 10, ago. 2008.

PALESTRA de João Pedro Lamana Paiva focaliza o inventário e o divórcio administrativo sob a ótica do registro de imóveis. **Anoergms**, 18 abr. 2007. Disponível em <http://www.anoregms.org.br/index.php?p=detalhe_noticia&id=874>. Acesso em 10, ago. 2008.

PARREIRA, Antonio Carlos. A Lei n. 11.441 e a possibilidade de prisão por dívida alimentar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1358, 21 mar. 2007. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9630>>. Acesso em 10, ago. 2008.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais (lei 11.441/07). **TJRS**, 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/separacoes_divorcios.doc>. Acesso em 10, ago. 2008.

SILVA, Rachid. O divórcio em cartório e os demais aspectos da Lei n. 11.441 de 04/01/07 In: XIII ENCONTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS:. Patrocínio, 17 mai. 2008.

SPADARI, Simone. Efeitos da emancipação no dever prestacional dos pais ou responsáveis à educação fundamental dos filhos ou pupilos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1504, 14 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10280>>. Acesso em 10, ago. 2008.

TJDFT: “Nova Lei do Divórcio” vai facilitar a vida dos interessados? Tire aqui suas principais dúvidas. **Infojus**, Notícias, 25 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.infojus.gov.br/portal/NoticiaVer.asp?lgNoticia=24848>>. Acesso em 10, ago. 2008.

UNIPAM. **Manual para normalização de trabalhos acadêmicos**. 2. ed. Patos de Minas, MG, 2004.

VENOSA Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004 v.6.

VIEIRA, Marlise Beatriz Kraemer. A Lei n. 11.441 e os alimentos. **Notarial net**, 13 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.notarialnet.org.br>>. Acesso em 10, ago. 2008.

ZARDO, Claudia. Lei n. 11.441/07 e Direito de Família: Desembargador Alberto Aluísio P. Andrade esclarece as principais dúvidas. **13ª Subseção OAB - Minas Gerais**, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oab8.qps/newsview/3871380C125D6032574010059F957>>. Acesso em 10, ago. 2008.

