

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

**ANÁLISE DA LEI 11.441/07**  
**LEI DO DIVÓRCIO, SEPARAÇÃO, INVENTÁRIO E PARTILHA**  
**ADMINISTRATIVOS**

**AMAURI PINTO MARINHO**

**SÃO MATEUS – ES**

**2007**

**AMAURI PINTO MARINHO**

**ANÁLISE DA LEI 11.441/07**

**LEI DO DIVÓRCIO, SEPARAÇÃO, INVENTÁRIO E PARTILHA**

**ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para a obtenção do título em Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, sob orientação do professor Samuel Davi Garcia Mendonça.

**SÃO MATEUS – ES**

## **AGRADECIMENTOS**

**Escrever aqui os seus agradecimentos**

## **DEDICATÓRIA**

**Escrever aqui para quem ou quais pessoas vc  
dedica seu TCC**

## EPÍGRAFE

Registrar um pensamento ou frase relativo ao TCC

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>1 INVENTÁRIO.....</b>	<b>09</b>
<b>1.1 Arrolamento.....</b>	<b>11</b>
<b>2 PARTILHA.....</b>	<b>16</b>
<b>3 SEPARAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>20</b>
<b>3.1 Separação Judicial Consensual .....</b>	<b>21</b>
<b>4 DIVÓRCIO.....</b>	<b>26</b>
<b>4.1 Divórcio Indireto .....</b>	<b>27</b>
<b>4.2 Divórcio Direto .....</b>	<b>31</b>
<b>4.3 Efeitos do Divórcio .....</b>	<b>37</b>
<b>4.4 Extinção do Direito ao Divórcio .....</b>	<b>39</b>
<b>5 ANÁLISE .....</b>	<b>40</b>
<b>5.1 Da Origem da Lei 11.441/075 .....</b>	<b>40</b>
<b>5.2 Das Questões da Lei 11.441/07.....</b>	<b>43</b>
<b>5.2.1 A Ausência da <i>Vacatio Legis</i>.....</b>	<b>43</b>
<b>5.2.2 A Supressão do Juiz e do Ministério Público .....</b>	<b>44</b>
<b>5.2.3 A Ausência da Audiência de Conciliação.....</b>	<b>46</b>
<b>5.2.4 A Gratuidade do Serviço.....</b>	<b>47</b>

<b>5.2.5 Os Custos com Honorários e Emolumentos.....</b>	<b>47</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>49</b>
<b>7 BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia analisa as alterações que a Lei 11.441/07 impôs à Lei nº 5.869/73 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa com seus respectivos desdobramentos.

Toda mudança no campo legislativo, objetiva alcançar alterações no mundo fático criando, modificando ou extinguindo relações.

O advento da Lei 11.441/07 esbarra em sentimentos e direitos que pela nova ótica do Código Civil, de 2002, devem ser protegidas de forma mais cuidadosa pelo ordenamento jurídico.

Nove entre dez discussões que se fazem envolvendo representantes do judiciário acabam por desaguar na já famosa morosidade do sistema diante da razoabilidade no tempo de solução das lides.

A presente composição se fez necessária para aprofundar os debates e análises a respeito da nova lei, visto que, se o direito deve acompanhar a evolução da sociedade, o diálogo democrático deve ser preservado a fim de planejar avanços e corrigir rumos, diálogo este que não foi preservado e muito menos encorajado no processo de elaboração do diploma em questão.

Mediante tais fatos e considerando as modificações implícitas e explícitas impostas pela nova legislação questiona-se: com as alterações da referida lei, teriam os institutos mencionados na mesma, ligados a família, núcleo básico da sociedade,



sido protegidos? Se os mesmos ficaram prejudicados diante da necessidade de “desafogamento” do sistema judiciário, como alterar tal quadro?

Entende-se que como resultado da comunhão da observação da sistemática geral com uma análise prévia da nova situação e da experiência de vida, o ser humano está sempre propenso a formular hipóteses sobre os mais diversos assuntos que versam obviamente sobre seus interesses.

Não seria diferente com a vigência de uma nova lei que altera procedimentos referentes à dissolução do núcleo social básico.

Diante dos requisitos dispostos acima se sugere que novo projeto de lei seja proposto regulamentando a Lei 11.441/07 a fim de se proteger de forma mais efetiva os institutos em tela.

Além da regulamentação, se há necessidade de desafogamento no sistema judiciário, talvez a solução resida em nova proposta de redimensionamento de funções ou que se repense a quantidade de funcionários no referido sistema.

Desta forma objetivou-se conhecer as causas que geraram a Lei 11.441/07, bem como definir os conceitos: inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual. Objetivou-se, de igual modo, analisar as alterações que a nova lei impingiu aos institutos conceituados, concluir se a nova lei resolve o(s) problema(s) proposto(s) na sua concepção, protegendo os institutos citados, bem como sugerir eventuais propostas para solução dos problemas apresentados.

Para sustentação teórica deste trabalho foram utilizados, o projeto da Lei 11.441/07, a própria lei 11.441/07, O Código de Processo Civil, o Código Civil de 2002 comparado com o código Civil de 1916 no que foi pertinente, assim como foram examinados Maria Helena Diniz, Caio Mário Silva Pereira, Silvio Rodrigues,

Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes doutrinadores que expõem os institutos do inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual com total propriedade, material de apoio, como dicionários, revistas e etc. e, finalmente, doutrinas que eventualmente foram surgindo mediante discussões, visto ser a lei tão recente.

Para a realização deste trabalho foi efetuada uma pesquisa teórica, buscando-se a análise do projeto de lei e da Lei 11.441/07 e as mudanças ocorridas no Código de Processo Civil, a doutrina, possíveis jurisprudências e pareceres relativos ao tema proposto, consultando publicações, dicionários, periódicos etc.

Desta maneira, atingiu-se o objetivo desta pesquisa que foi demonstrar como a lei aborda a questão da dissolução da sociedade conjugal por meios administrativos, a visão doutrinária e jurisprudências eventuais que surgiram e se a lei realmente atende a justificativa da sua criação não se descuidando da devida proteção aos institutos ligados ao direito de família.

## **1 INVENTÁRIO**

A abertura da sucessão se dá com a morte do *de cujos*. Maria Helena Diniz ensina que nessa ocasião estabelece-se entre os herdeiros, “[...] relativamente aos

bens do acervo hereditário, um estado de comunhão, que cessará com a partilha, com a divisão dos bens que compõem a herança.” (DINIZ, 2001, p.281).

Assim, o inventário é indispensável visto que é por ele que se relacionam minuciosamente e se avaliam os bens que integram o espólio para, posteriormente, promover a igual partilha entre os herdeiros.

Por meio do inventário também se satisfaz os interesses da Fazenda Pública com relação ao imposto de transmissão *causa mortis*.(CF, art. 155, I e § 1º, I a III) e dos credores do *de cujos* de pleitear recebimento de seus créditos, por isso não se dispensa o procedimento nem mesmo o herdeiro único.

É “[...] o processo judicial tendente à relação, descrição, avaliação e liquidação de todos os bens pertencentes ao *de cujus* ao tempo de sua morte, para distribuí-los entre seus sucessores.” (SILVA PEREIRA, 1976, p. 274).

A abertura do inventário se dá no foro do último domicílio do autor da herança (CC, art. 1785) por requerimento de quem tenha legítimo interesse (CPC, art. 988) dentro de trinta dias a contar da abertura da sucessão (morte do *de cujos*), ultimando-se nos seis meses subseqüentes (CPC, art. 983).

Escoado o prazo pode incorrer em multa o espólio, visto que a jurisprudência entende que “*Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário*”. (Súmula 542 STF). Porém o parágrafo único do art. 983 do CPC prevê uma dilação nesse período de tempo, já que raramente os processos terminam nesse prazo, porém deve haver a anuência do magistrado diante de motivo justo para o atraso.

Se o excesso de prazo se der por culpa do inventariante, o juiz poderá removê-lo se algum herdeiro o requerer, e, se for o testamentário privá-lo-á o magistrado do prêmio a que tenha direito (CC, art. 1980 e CPC art. 1140,II).

Os artigos 987 a 989 do Código de Processo Civil versam sobre a legitimidade para se requerer o inventário.

Art. 987. A quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, no prazo estabelecido no art. 983, requerer o inventário e a partilha.

Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança.

Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:

I - o cônjuge supérstite;

II - o herdeiro;

III - o legatário;

IV - o testamenteiro;

V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

VII - o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;

VIII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Art. 989. O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal.

(Lei 5.869/73)

O requerimento da abertura do inventário deve se dar instruído com a certidão de óbito do autor da herança. (CPC, art. 987, parágrafo único), podendo o juiz instaurá-lo *ex-officio* (CPC art. 989), caso não haja requerimento no prazo legal.

Diante do requerimento do inventário, o juiz nomeará o inventariante (CPC, art. 990) que deverá representar e administrar o espólio, entre outras obrigações (CPC, art. 991 e incisos). A jurisprudência entende que é vedado ao inventariante quitar dívida hipotecária sem a licença do juiz do inventário (RT, 135: 637). A jurisprudência entende ainda que o inventariante só poderá alienar onerosa e excepcionalmente, com autorização judicial.(RT, 463: 108; EJSTJ, 15: 215; JB, 158: 161).

Para Diniz (2001) todos os seus atos estão submetidos à fiscalização dos herdeiros, sob a superintendência do juiz. Após a nomeação do inventariante, a citação dos interessados, a avaliação dos bens inventariados, a liquidação dos

impostos e o pagamento das dívidas o inventário estará pronto para a etapa final da partilha.

## 1.1 Arrolamento

Não se pode ir adiante, porém sem considerar o procedimento do *Arrolamento*, instituto disciplinado no Código de Processo Civil artigos 1031 a 1038 que é, segundo Maria Helena Diniz, “[...] um processo de inventário simplificado, caracterizado pela redução de atos formais ou de solenidades” (DINIZ, 2001, p. 297).

Conforme a referida lei:

Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

~~Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)~~

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único. (Parágrafo único Renumerado pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996)

§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos. (Incluído pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996)

~~Art. 1.032. No caso do número I do artigo antecedente, todos os herdeiros, em um só requerimento:  
I - pedirão ao juiz a nomeação do inventariante designado;  
II - declararão os títulos de herdeiros e os bens do espólio, observado o disposto no artigo 993.~~

Art. 1.032. Na petição de inventário, que se processará na forma de arrolamento sumário, independentemente da lavratura de termos de qualquer espécie, os herdeiros: (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

I - requererão ao juiz a nomeação do inventariante que designarem; (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

II - declararão os títulos dos herdeiros e os bens do espólio, observado o disposto no art. 993 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

III - atribuirão o valor dos bens do espólio, para fins de partilha. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

~~Art. 1.033. Os autos irão com vista à Fazenda Pública pelo prazo de dez (10) dias. Se esta, intimada na forma do artigo 237, número I, não concordar expressamente com a estimativa dos bens imóveis, poderá impugná-la, indicando, porém, nos vinte (20) dias seguintes, o valor que lhes atribuir.~~

Art. 1.033. Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 1.035 desta Lei, não se procederá a avaliação dos bens do espólio para qualquer finalidade. (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

~~Art. 1.034. Se os herdeiros concordarem com a avaliação da Fazenda Pública, os autos irão ao contador para o cálculo do imposto; em caso contrário, o juiz nomeará avaliador.~~

Art. 1.034. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

§ 2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

~~Art. 1.035. Recolhido o imposto de transmissão a título de morte e juntas aos autos a quitação do imposto de renda e as demais quitações fiscais, o juiz julgará por sentença a partilha.~~

Art. 1.035. A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se

forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

Parágrafo único. A reserva de bens será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa, caso em que se promoverá a avaliação dos bens a serem reservados. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

~~Art. 1.036. No caso do número II do artigo 1.031, requerido o arrolamento e nomeado o inventariante, este apresentará, com as suas declarações, a estimativa dos bens descritos e o plano de partilha.~~

~~Parágrafo único. Se qualquer das partes, o Ministério Público ou a Fazenda Pública, esta depois de intimada na forma do artigo 237, número I, impugnar a estimativa feita pelo inventariante, o juiz nomeará um avaliador.~~

Art. 1.036. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 2.000 (duas mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano da partilha. (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

§ 1º Se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador que oferecerá laudo em 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

§ 2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

§ 3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz e pelas partes presentes. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

§ 4º Aplicam-se a esta espécie de arrolamento, no que couberem, as disposições do art. 1.034 e seus parágrafos, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

~~Art. 1.037. Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.~~

~~§ 1º Para essa audiência, será intimada a Fazenda Pública, na forma do artigo 237, número I.~~

~~§ 2º Lavrar-se-á de tudo um só auto, assinado pelo juiz e pelas partes presentes.~~  
~~§ 3º Calculado e pago o imposto, o juiz julgará a partilha.~~

Art. 1.037. Independência de inventário ou arrolamento o pagamento dos valores previstos na Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980. (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

~~Art. 1.038. Aplicam-se subsidiariamente a esta seção as regras das seções anteriores.~~

Art. 1.038. Aplicam-se subsidiariamente a esta Seção as disposições das seções anteriores, bem como as da seção subsequente. (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)

(Lei 5.869/73)

O arrolamento se dá com a partilha amigável entre as partes capazes, que será homologada de plano pelo juiz, mediante prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas. (CPC, art. 1031).

O procedimento do arrolamento parece ser o verdadeiro destinatário da lei em questão diante da capacidade das partes, celeridade e simplicidade da partilha amigável.



## 2 PARTILHA

A doutrina é predominante quanto à posse e propriedade dos bens da herança aos herdeiros legítimos e testamentários desde a abertura da sucessão (a morte do *de cujos*), sendo estes titulares sobre a totalidade dos bens e direitos do espólio, ignorando o que lhes cabe especificamente, visto o espólio ser indiviso, pertencendo a todos os sucessores conjuntamente que estarão sujeitos às normas do condomínio.

Essa situação é transitória até o momento da partilha, que é o ponto culminante da liquidação da herança.

Maria Helena Diniz ensina que “A sentença homologatória da partilha tem efeito retrooperante, fazendo retroagir a discriminação dos bens à data do óbito, isto é, o herdeiro não passa a ser dono de sua quota a partir da sentença, porém esta retroage à data da morte do *de cujos*...” (DINIZ, 2001, p. 308).

Assim, durante o inventário é levantado o ativo e o passivo do espólio, com o pagamento dos débitos do *de cujos*, logo, o que será distribuído entre os herdeiros será a diferença entre o ativo e o passivo. Infere-se que se este for maior que aquele, não haverá herança a partilhar.

A partilha poderá ser amigável ou contenciosa. No primeiro caso, se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz. De acordo com Diniz (2001), Exige-se a homologação judicial, a fim de verificar se houve observância das formalidades legais. As declarações dos partilhantes, feitas por termos nos autos, também serão, por essa razão, sujeitas à homologação do magistrado.

Esta modalidade, mesmo homologada judicialmente, poderá ser objeto de anulação por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz. (CPC, art. 1029; CC 2027).

Art. 1.029. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em 1 (um) ano, contado este prazo: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - no caso de coação, do dia em que ela cessou; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

(Lei 5.869/73 - CPC)

## CAPÍTULO VII Da Anulação da Partilha

Art. 2.027. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.

Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.

(Lei 10.406/02 - CC)

A partilha contenciosa está prevista no art. 2016 do Código Civil onde consta: "Será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz".

Deverá ser observada a maior igualdade possível entre os quinhões hereditários.

“[...] convém que cada herdeiro receba parte igual em móveis e imóveis, em créditos e ações, em coisas certas e duvidosas, partilhando-se, igualmente o bom e o ruim.” (RODRIGUES, 1977, p. xx).

O artigo 1023 do Código de Processo Civil preconiza:

“O partidor organizará o esboço da partilha de acordo com a decisão, observando nos pagamentos a seguinte ordem”:

- I – dívidas atendidas;
- II – meação do cônjuge;
- III – meação disponível;
- IV – quinhões hereditários, a começar pelo co-herdeiro mais velho.”

O artigo 1025 do Código de Processo Civil estatui:

“A partilha constará:

- I – de um auto de orçamento, que mencionará:
  - a) os nomes do autor da herança, do inventariante, do cônjuge supérstite, dos herdeiros, dos legatários e dos credores admitidos;
  - b) o ativo, o passivo e o líquido partível, com as necessárias especificações;
  - c) o valor de cada quinhão;

II – de uma folha de pagamento para cada parte, declarando a quota a pagar-lhe, a razão do pagamento, a relação dos bens que lhe compõem o quinhão, as características que os individualizam e os ônus que os gravam”.

Diante do esboço, o juiz ouvirá os interessados (RTJ, 68: 865) dentro de cinco dias e julgará a partilha.

O herdeiro então recebe os bens e um formal de partilha, para transcrição no Registro de Imóveis (CPC, 1027).

Uma terceira modalidade de partilha é admitida, trata-se da partilha deliberada pelo próprio autor da herança, que pode fazê-lo por testamento ou por ato entre vivos (CC, arts. 2014 e 2018).

Se o fizer por ato entre vivos, deverá reservar bens suficientes, que assegurem a sua subsistência, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros

necessários. Embora não se exija a presença de autoridade judiciária, é sujeita a revisão judicial. Trata-se de uma antecipação da herança, tendo caráter de doação.

O dito procedimento é nulo “se excluir algum herdeiro necessário, exceto se o excluído premorrer, for declarado indigno ou renunciar à herança”. (Diniz, 2001, p. 316).

Essa modalidade deverá se sujeitar às regras das doações, quanto à forma, à capacidade, à aceitação, ao respeito das legítimas dos herdeiros necessários, à colação etc. Está sujeita à rescisão pelos credores fraudados e, nela, “[...] o partilhante pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário”. (DINIZ, 2001, p. 316-7).

Com a partilha, põe-se termo ao estado de comunhão, assim o herdeiro que era condômino do todo, passa a ser senhor e possuidor de quota específica.

### **3 SEPARAÇÃO JUDICIAL**

A separação judicial foi a terminologia que o legislador utilizou para substituir o termo antigo “desquite”.

Separação judicial é a dissolução da sociedade conjugal sem o rompimento do vínculo matrimonial, logo, nesta situação, nenhum dos consortes poderá contrair novas núpcias.

Desta feita, casamentos realizados no exterior por separados judicialmente, não produzirão efeitos no Brasil. Para Washington de Barros Monteiro (1980), antes do divórcio essas uniões eram consideradas relações concubinatórias.

A separação judicial, salvo o prazo Constitucional de dois anos que será visto adiante, é uma medida preparatória da ação do divórcio.

A Lei 6.515/77 comporta duas modalidades de separação judicial: a modalidade consensual e a modalidade litigiosa.

#### Seção I

##### *Dos Casos e Efeitos da Separação Judicial*

Art 3º - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

§ 1º - O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.

§ 2º - O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

§ 3º - Após a fase prevista no parágrafo anterior, se os cônjuges pedirem, os advogados deverão ser chamados a assistir aos entendimentos e deles participar.

Art 4º - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

(Lei 6.515/77)

Atendendo ao objeto do estudo, só será observada a separação judicial na modalidade consensual.

### 3.1 Separação Judicial Consensual

Na separação judicial consensual os consortes propõem uma ação com o fim de legalizar sua conveniência de viverem separados.

Seu procedimento é muito simples, cabendo apenas a observância do disposto no Código de Processo Civil, artigos 1.120 a 1.124, sob pena de nulidade.

Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

§ 1º Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles.

§ 2º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

~~II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores;~~

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; (Redação dada pela Lei nº 11.112, de 2005)

III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

~~Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX.~~

§ 1º Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX. (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 11.112, de 2005)

§ 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. (Incluído pela Lei nº 11.112, de 2005)

Art. 1.122. Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade.

§ 1º Convencendo-se o juiz de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam a separação consensual, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público

no prazo de 5 (cinco) dias, o homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem a fim de ratificar o pedido de separação consensual.

§ 2º Se qualquer dos cônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará autuar a petição e documentos e arquivar o processo.

Art. 1.123. É lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação judicial, lhe requererem a conversão em separação consensual; caso em que será observado o disposto no art. 1.121 e primeira parte do § 1º do artigo antecedente.

Art. 1.124. Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados.

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

(Lei Nº 5.869/73)

A petição inicial deverá seguir assinada pelos cônjuges, assim como por seus advogados ou por advogado escolhido em comum acordo expondo o desejo comum de colocarem fim à sociedade conjugal (RT, 434:89).

É necessário observar que, para Sílvia Rodrigues (1980) não é válida a separação consensual que não tem por fim a separação judicial. Assim, se, p. ex., o consentimento de um deles foi obtido mediante pagamento, o magistrado deverá negar a homologação do acordo.

A petição inicial deverá ainda ser instruída com os documentos exigidos pela lei: *Certidão de casamento, Pacto antenupcial, se houver, Descrição dos bens*

*móveis e imóveis* e respectiva *partilha* o Acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, o valor da Contribuição para criar e educar os filhos e a Pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

A partilha pode ser realizada desproporcionalmente, visto os cônjuges serem maiores e capazes, logo, podem transigir.

A partilha de bens pode, no entanto, ser anulada por vício de consentimento (RT, 178:172, 180:588, 329:255).

De acordo com Washington de Barros Monteiro:

“[...]é ilícita a estipulação que determine a continuação da comunhão de bens, após a dissolução da sociedade conjugal, ou a administração pelo marido da meação pertencente à mulher. (BARROS MONTEIRO, 1980 p.210).

A legislação e a jurisprudência entendem que se os cônjuges não chegarem a um acordo quanto à partilha, não haverá óbice para a homologação judicial da separação consensual, porque a partilha de bens pode ser posterior à homologação da separação consensual, por sentença em inventário judicial. (CPC, art.1.121, IV §1º e RT, 532:98).

Quanto ao Acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas é necessário determinar quem deterá a guarda e o regime de visitas a que terá direito aquele que não ficar com a prole, a repartição das férias escolares e dias festivos à fim de evitar litígios futuros e prejuízos aos menores.



Muito usual tem sido a utilização da *guarda compartilhada*, modalidade onde os filhos têm uma residência principal, porém os pais decidem conjuntamente quanto às decisões dividindo responsabilidades.

O valor da contribuição para a criação e educação dos filhos deve ser proporcional ao recurso dos pais (Lei 6.515, art. 20). Na fixação do *quantum* é prudente que se previna a correção monetária, a fim de se evitarem futuras ações revisionais.

Hoje não se fazem mais distinção quanto à contribuição alimentícia aos filhos ser feita pelo pai ou pela mãe.

Quanto à Pensão alimentícia do marido à mulher se esta não possuir condições suficientes para se manter, (ou vice-versa, por entendimento jurisprudencial do acórdão RT, 520:246), é lícita a dispensa da obrigação, porém há farto entendimento jurisprudencial de que este ato não terá o efeito da renúncia definitiva (RJTJSP, 30:213; RT, 612:63 e 177, 566:93, 533:102, 449:120, 448:209, 446:108) e Súmula 379 do STF. O marido ficará exonerado da obrigação se a mulher passar a viver com outro homem. (RT, 413:182, 452:61; RJTJSP, 41:54).

A petição inicial deverá, ainda, esclarecer se a mulher continuará usando o nome de casada ou voltará a usar o de solteira.

Diante do preenchimento dos requisitos legais, o magistrado ouvirá os consortes, esclarecendo-os quanto à consciência do ato e das condições combinadas, reduzirá a termo suas declarações e homologará o acordo depois de ouvir o Ministério Público.

A homologação judicial, após o trânsito em julgado, deverá ser averbada no Registro Civil e Imobiliário competente, para começar a repercutir efeitos na vida prática.

## 4 DIVÓRCIO

O divórcio é definido por Maria Helena Diniz e Orlando Gomes como “[...] a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”. (DINIZ, 2001, p. 242).

A lei 6.515/77 preceitua em seu capítulo sobre o divórcio:

Art 24 - O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.

Parágrafo único - O pedido somente competirá aos cônjuges, podendo, contudo, ser exercido, em caso de incapacidade, por curador, ascendente ou irmão.  
(Lei Nº 6.515/77)

Assim, entende-se que será fundamental:

- a) a existência de casamento válido;
- b) o pronunciamento da sentença do divórcio em vida dos consortes, visto que somente estes poderão requerê-lo, embora essa legitimação também seja concedida em casos excepcionais, ao curador, ascendente ou irmão; o juiz não pode pronunciar o divórcio *ex-offício*;
- c) a intervenção judicial;
- d) o consenso mútuo das partes; e
- e) a verificação de um motivo legal, se a separação anterior foi litigiosa.

O direito brasileiro admite duas modalidades de divórcio:

- a) o *divórcio indireto*, que pode ser consensual ou litigioso, e
- b) o *divórcio direto*, que atualmente só se admite na forma consensual.

#### 4.1 Divórcio Indireto

O divórcio indireto pode apresentar-se como:

a) *Divórcio consensual indireto*, pois o direito admite o requerimento de conversão da anterior separação judicial, tanto litigiosa, quanto consensual em divórcio por qualquer dos cônjuges (CF, art. 227, §6º; Lei 6.515/77, arts. 35,36, I e II, e 47; Portaria nº 02/91 do Poder Judiciário de São Paulo; RT, 534:178, 553:238, 526:178), desde que haja consentimento do outro. É do livre consentimento do casal, que já esteja separado judicialmente, com o propósito de divorciar-se.

A conversão em divórcio é admitida indiretamente, já que existe uma separação judicial reconhecida entre a separação judicial e o divórcio.

Assim, o divórcio aparece como uma maneira de compor uma situação fática, refletida numa separação judicial, alcançada pelo procedimento legal consensual ou litigiosamente, há mais de um ano.

Maria Helena Diniz cita o entendimento de Sílvio Rodrigues:

“[...] o alvará de separação de corpos não é a única medida cautelar hábil a permitir que o *dies a quo* se fixe, mas também a decisão que concedeu alimentos provisórios, que defere o arrolamento de bens ou que estabelece o regime de visitas a filhos comuns. Se demonstrada qualquer uma dessas medidas cautelares, sua data constitui marco inicial para a contagem do prazo de um ano, mesmo que a separação tenha sobrevivendo depois”. (DINIZ, 2001, p. 244).

b) *Divórcio litigioso indireto*. Nessa modalidade o divórcio é alcançado por sentença judicial em processo contencioso, onde um dos consortes, já separado judicialmente há mais de um ano, em caso de discordância ou recusa do outro em

consentir o divórcio, requer ao juiz a conversão da separação judicial em divórcio, pondo fim ao matrimônio e a seus efeitos.

Conclui-se que a única distinção entre o divórcio consensual indireto e o divórcio litigioso indireto reside na concordância ou discordância dos cônjuges, o que provoca um litígio.

A legislação e a jurisprudência concordam em que não se decreta divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver resolvido a partilha dos bens:

No art. 31 da lei 6.515/77, o legislador afirma: “Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens”. Em EJSTJ, 12:70 e *Ciência Jurídica*, 71:133. a jurisprudência confirma a tese.

É imprescindível a prova documental da separação sentença judicial para a instrução do pedido.

A lei se posiciona quanto ao procedimento junto aos autos:

Art 35 - A conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges.

Parágrafo único - O pedido será apensado aos autos da separação judicial. (Lei 6.515/77)

Assim, conclui-se que o juízo competente para o julgamento do pedido será o do processo de separação.

Maria Helena Diniz descreve algumas hipóteses:

“Se, porventura, os autos da separação se extraviaram ou se encontrem em outra circunscrição judiciária, tal pedido deverá ser instruído com a certidão da sentença ou de sua averbação no assento de casamento [...]. Aplica-se esse princípio, de acordo com o art. 48 desse diploma legal, quando a mulher desquitada tiver domicílio diverso daquele em que se julgou a separação judicial, caso em que será competente, para julgar o pedido feito pelo marido ou por qualquer dos consortes, o juízo do domicílio da mulher (RT, 539:147, 526:178).” (DINIZ, 2001, p. 245).

É importante ainda esclarecer que a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), ao contrário das legislações alemã, suíça e portuguesa, que determinam que o legitimado deva propor ação em prazo curto, não prevê prazo decadencial para propositura da ação de conversão de separação judicial em divórcio.

O art. 37 da Lei do Divórcio demonstra que o papel do magistrado, no caso do divórcio consensual será apenas o de fiscal da lei, proferindo sentença homologatória no prazo de 10 dias.

Art 37 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, quando não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, e proferirá sentença dentro em 10 (dez) dias.

§ 1º - A sentença limitar-se-á à conversão da separação em divórcio, que não poderá ser negada, salvo se provada qualquer das hipóteses previstas no parágrafo único do artigo anterior.

§ 2º - A improcedência do pedido de conversão não impede que o mesmo cônjuge o renove, desde que satisfeita a condição anteriormente descumprida.

( Lei 6.515/ 77)

Se o pedido for requerido por apenas um dos consortes, citar-se-á o outro, sendo-lhe, porém, vedada a reconvenção, embora sua contestação possa ser fundada em:

- a) falta de decurso de prazo de um ano da separação judicial; ou
- b) descumprimento de obrigações assumidas pelo requerente na separação, como regularidade nas visitas aos filhos, prestação de pensão alimentícia, etc.

Art 36 - Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção.

Parágrafo único - A contestação só pode fundar-se em:

~~I - falta de decurso do prazo de 3 (três) anos de separação judicial;~~

I - falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial;  
(Redação dada pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989)

II - descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

(Lei 6.515/77)

Para Orlando Gomes, o juiz não pode entrar no mérito do pedido, nem mesmo negá-lo, de maneira que a conversão tem caráter obrigatório. (GOMES, 1978, P.300)

Ao se provarem as hipóteses previstas no art. 36, parágrafo único da Lei do Divórcio, necessário será o pronunciamento do Ministério Público, por ser matéria que envolve *estado de pessoas*.

Para Maria Helena Diniz essa medida tem caráter burocrático:

“[...]pois se aqueles pressupostos forem comprovados não pode haver recusa em converter a separação em divórcio. Se não se provar que ainda não decorreu o prazo de carência, ou que o requerente faltou aos seus deveres, (em contrário:AASP, 1.937:11) não se pode negar a conversão, sendo que a eficácia da sentença de conversão é *ex-nunc*. Se ocorrer a improcedência do pedido de conversão, o cônjuge pode renovar sua pretensão, desde que a falta ou condição seja sanada (art.37§2º).” (DINIZ,2001, p. 246)

A sentença de divórcio deverá ser averbada no registro público onde foi lavrado o assento do matrimônio (art. 32), onde, só então produzirá seus efeitos.

## 4.2 Divórcio Direto

O divórcio direto diferencia-se do divórcio indireto por ser o resultado de um *estado de fato*, que viabiliza a conversão direta da separação de fato em divórcio mediante o requisito de lapso temporal de dois anos entre a separação de fato e o ingresso da ação de divórcio, sem que haja prévia separação judicial..

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação. (Redação dada pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989)

~~§ 1º - O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos. (Revogado pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989)~~

§ 2º - No divórcio consensual, o procedimento adotado será o previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas:

I - a petição conterà a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II - a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III - se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada.

IV - a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

§ 3º - Nos demais casos, adotar-se-á o procedimento ordinário.

(Lei 6.515/77).

A Constituição Federal de 1988 discorre sobre família, casamento, divórcio e outras disposições.

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

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



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

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.( CF/88)

No seu parágrafo 6º dispõe particularmente sobre a condição de já haver previamente uma sentença de separação judicial proferida há mais de um ano para se alcançar o divórcio, ou propô-lo diretamente se comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

O divórcio consensual direto é ordenado pelo rito do Código de Processo Civil, arts. 1.120 a 1.124.

Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

§ 1º Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles.

§ 2º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà:

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

~~II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores;~~

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; (Redação dada pela Lei nº 11.112, de 2005)

III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

~~Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX.~~

§ 1º Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX. (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 11.112, de 2005)

§ 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. (Incluído pela Lei nº 11.112, de 2005)

Art. 1.122. Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade.

§ 1º Convencendo-se o juiz de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam a separação consensual, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, o homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem a fim de ratificar o pedido de separação consensual.

§ 2º Se qualquer dos cônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará autuar a petição e documentos e arquivar o processo.

Art. 1.123. É lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação judicial, lhe requererem a conversão em separação consensual; caso em que será observado o disposto no art. 1.121 e primeira parte do § 1º do artigo antecedente.

Art. 1.124. Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados.

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

(Lei Nº 5.869/73)

O procedimento obedecerá às normas do art. 4º da Lei nº 6.515/77:

“Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

(Lei nº 6.515/77)

a) a peça deverá indicar os meios probatórios da separação de fato, será instruída com a prova documental já existente, fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessite, indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida e conterà a partilha dos bens que será homologada pelo magistrado na sentença do divórcio.

A homologação na sentença ainda versará sobre a guarda dos filhos e o direito de visita.

Quanto à partilha o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a favor de excluir os bens adquiridos por um dos cônjuges após longa separação de fato. (EJSTJ, 25:154-5).

Há, ainda, decisão entendendo ser desnecessária a partilha de bens. (RSTJ, 101:421; EJSTJ, 24:121).

b) No art. 40 da Lei 6.515/77 em seu inciso III de termina que a prova testemunhal, será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio e determina ainda a obrigatoriedade da realização dessa audiência, onde os cônjuges terão a oportunidade de serem ouvidos pelo juiz.

#### CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

~~Art 40 – No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.~~

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação. (Redação dada pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989)

~~§ 1º – O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos. (Revogado pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989)~~

§ 2º - No divórcio consensual, o procedimento adotado será o previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas:

I - a petição conterà a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II - a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III - se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada.

IV - a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

§ 3º - Nos demais casos, adotar-se-á o procedimento ordinário.

(Lei nº 6.515/77)

Nessa ocasião os cônjuges não precisarão revelar as causas da separação, não haverá apuração de culpa ou responsabilidade pela separação de fato. No entendimento de Maria Helena Diniz (2001) bastará o convencimento da firmeza de seus propósitos e a prova do requisito legal para que o magistrado mande tomar por termo as declarações.

Caio Mário Pereira (1979) ensina que se não se provar o fato básico deverá ser designada nova audiência com esse fim.

c) A prova testemunhal, se houver, deverá ser produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, que, como já visto, tem realização obrigatória. (art. 40 da Lei 6.515/77 em seu inciso III).

d) Se todas as provas forem produzidas, o magistrado prolatará sentença de divórcio que homologará a vontade declarada dos cônjuges.

Se as provas não forem produzidas, o juiz recusará a homologação. O art.40, parágrafo 3º da Lei 6.515/77 remete ao procedimento ordinário do Código de Processo Civil, cabendo então a apelação para instância superior. Já que a lei não estabelece, para o caso recurso *ex officio*, a apelação deverá ser manifestada por um dos cônjuges, por ambos ou pelo Ministério Público que detém legitimidade *ad causam*.

### 4.3 Efeitos do Divórcio

Conforme os ensinamentos de Orlando Gomes (1978, p.313): “A sentença do divórcio, que o homologa ou decreta, possui eficácia *ex nunc*, não atingindo ou suprimindo os efeitos produzidos pelo casamento antes de seu pronunciamento.”

Maria Helena Diniz, citando Orlando Gomes, Washington Barros Monteiro, Sílvio Rodrigues, Caio Mário S. Pereira entre outros relaciona os diversos efeitos do registro da sentença no Registro Público,

- “1) Dissolve definitivamente o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso que estiver obviamente transcrito no Registro Público (Lei nº 6.515, art. 24);
- 2) Põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges;
- 3) Extingue o regime matrimonial de bens, procedendo à partilha conforme o regime (RT, 529:213, 536:91; RJTJSP, 62:45).[...];
- 4) Faz cessar o direito sucessório dos cônjuges, que deixam de ser herdeiros um do outro, na falta de descendente e ascendente;
- 5) Possibilita novo casamento aos que se divorciam (RT, 546:189);
- 6) Não admite reconciliação entre os cônjuges divorciados, de modo que se quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento (Lei nº 6.515/77, art. 33);
- 7) Possibilita pedido de divórcio sem limitação numérica, pois a Lei Nº 7.841/89, no art. 3º, ao revogar o art. 38 da Lei nº 6.515, permite que, hodiernamente, no Brasil, uma pessoa possa divorciar-se quantas vezes quiser. Em nosso país estabelecia-se como limite um único pedido de divórcio (Lei nº 6.515, art. 38)[...];
- 8) Põe termo ao regime de separação de fato se se tratar de divórcio direto;
- 9) Substitui a separação judicial pelo divórcio, se indireto, alterando o estado civil das partes que de separadas passam a ser divorciadas;
- 10) Mantém inalterados os direitos e deveres dos pais relativamente aos filhos, ainda que contraiam novo casamento (Lei nº 6.515, art. 27 e parágrafo único), [...];
- 11) Mantém o dever de assistência por parte do cônjuge que teve a iniciativa da ação do divórcio por ruptura da vida em comum por mais de um ano e por grave doença mental (Lei nº 6.515, art. 5º, §§ 1º e 2º). Assim o que promoveu o divórcio baseado

nessas causas legais continuará com o encargo de assistir ao outro (Lei nº 6.515, art. 26; RT, 527:214, 554:82, 532:204, 558:92, 525:72, 539:67, 529:83, 552:68, 564:227);

12) Subsiste a obrigação alimentícia para atender as necessidades de subsistência do ex-consorte (RT, 544:205). Extingue a obrigação do ex-cônjuge devedor de prestação alimentícia, se houver renúncia ( RSTJ, 90:203) ou novo casamento do ex-consorte credor (Lei nº 6.515, art. 29)], porém se o cônjuge devedor da pensão vier a casar-se, o novo matrimônio não alterará sua obrigação (Lei nº 6.515, art. 30). Apesar da omissão legal, nossos tribunais têm entendido que cessa o dever alimentar se o cônjuge credor vier a amasiar-se , pois falta amparo moral para que a pessoa que vive em concubinato tenha direito de ser alimentada pelo seu ex-consorte.

13) Faz perder o direito ao uso do nome do marido, uma vez que a mulher só adquiriu esse direito em função do casamento, que com o divórcio se dissolve em definitivo (Lei nº 6.515, art. 25), parágrafo único com redação da Lei nº 8.408/92) [...] a sentença só permitirá que a mulher conserve o sobrenome do ex-consorte se houver:

a) grave dano para sua identificação;

b) manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; e

c) prejuízo grave reconhecido em sentença judicial (Lei nº 6.515, art. 25, parágrafo único, I a III).”

( DINIZ, 2001. p. 253-256)

#### 4.4 Extinção do Direito ao Divórcio

Para Orlando Gomes (1978), a extinção ao direito do divórcio se dá pelo seu *exercício*, ou seja, o casamento se dissolve por sentença; pelo *perdão*, que deverá ocorrer antes da propositura da ação ou no curso da mesma; pela *renúncia*, ou desistência da ação do divórcio; pelo *decurso do tempo*, visto que , para o doutrinador entendia-se que se o titular não exercesse o direito em tempo razoável, contado a partir do momento em que teve ciência da causa legal que o justificava, não mais poderia pedi-lo sob esse fundamento, já que havia presunção de que

perdoou a ofensa, principalmente se continuasse a viver com o ofensor; e Pela *morte de um dos cônjuges* no curso da ação, antes do registro da sentença.

## **5 ANÁLISE**

### **5.1 Da Origem da Lei 11.441/07**

Ao se analisar a lei 11.441/07 é prudente consultar a sua gênese. A origem da lei se dá com o projeto de lei que por sua vez deriva de um anteprojeto que nasceu ou de um clamor popular, ou da iniciativa de algum parlamentar.

Por definição, no Dicionário Jurídico ABLJ (2004), um projeto de lei é a “proposição submetida a uma Casa Legislativa, objetivando sua transformação em lei.” A mesma fonte define anteprojeto como um “estudo preliminar; traçado prévio de um plano. Na feitura das leis, trabalho elaborado por expertos e que dá nascimento ao projeto a ser submetido ao poder legislativo pelo órgão próprio.”

Desta feita, a Lei 11.441/07 nasceu de um clamor proveniente dos profissionais da área do direito, aflitos com a demora na resolução dos processos, visando mais celeridade.



O Projeto de Lei nº 4725/04 foi encaminhado ao Presidente da República Luís Inácio da Silva pelo então Ministro de Estado da Justiça Márcio Thomas Bastos em 19 de novembro de 2004.

Na ocasião, no item dois, o ministro justificou em seu ofício ao Presidente da República, a necessidade da reforma naquele ponto da lei para conferir racionalidade e celeridade aos feitos em questão, sem no entanto, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

“2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro, com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.”

(EM Nº 00183 – MJ, 2004)

No item três do mesmo ofício o ministro faz alusão aos clamores da categoria quando declina sobre a necessidade de promover maior eficiência e evitar a morosidade da atividade de tramitação dos processos.

“3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto de Direito Processual Brasileiro, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da Lei de Juizados Especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.”

(EM Nº 00183 – MJ, 2004)

No item quatro do documento o Ministro lança a proposta definindo o projeto ora apresentado.

“4. A proposta prevê a possibilidade de realização de inventário e partilha por escritura pública, nos casos em que somente existam interessados capazes e concordes. Dispõe, ainda, a faculdade de adoção do procedimento citado em casos de

separação consensual e de divórcio consensual, quando não houver filhos menores do casal..”

(EM Nº 00183 – MJ, 2004)

Nos itens cinco e seis o Ministro oferece as suas justificativas finais, entendendo não haver motivos relevantes para que a referida reforma não fosse promovida, já que versava somente sobre direitos patrimoniais disponíveis e entre pessoas capazes

“5. Entendo não existir nenhum motivo razoável de ordem jurídica, de ordem lógica ou de ordem prática que indique a necessidade de que atos de disposição de bens, realizados entre pessoas capazes - tais como os supracitados, devam ser necessariamente processados em juízo, ainda mais onerando os interessados e agravando o acúmulo de serviço perante as repartições forenses.

6. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a anexa proposta ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, se aceita, estará contribuindo para a efetivação das medidas que se fazem necessárias para conferir celeridade aos ritos do processo civil.”

(EM Nº 00183 – MJ, 2004)

Pelo exposto interpreta-se claramente que o projeto que deu origem à lei em tela surgiu do clamor da comunidade de profissionais de direito com o objetivo de tornar o feito mais eficiente e célere, preservando o contraditório e a ampla defesa.

Este é o espírito da lei em questão.

Sendo este o espírito da lei, é sob esse sentimento que se deve analisar toda a reforma decorrente.

## **5.2 Das Questões da Lei 11.441/07**

### 5.2.1 A Ausência da “Vacatio Legis”

Primeiramente, há de se suscitar a ausência de *vacatio legis* “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” (Lei 11.441/07 art. 4º).

Diante de tema de tão grande relevância, abrindo possibilidades a imensa parcela da sociedade deveria haver tempo para maiores discussões quanto aos pontos positivos e negativos da nova lei. Nem os procedimentos cartorários ainda se uniformizaram, já que estes estabelecimentos também não estavam preparados para o procedimento e muitas dúvidas ainda existem sobre a lei.

### 5.2.2 A Supressão do Juiz e do Ministério Público e a Insegurança Jurídica

Outro ponto a se discutir é o da supressão do juiz e do Ministério Público do procedimento, ao transferi-lo da esfera judicial para a administrativa e seus efeitos.

Flávio Romero Ferreira Soares comenta sobre alguns dos efeitos sob esse prisma.

“Desde o dia 04 de janeiro, aqueles que desejarem se separar ou divorciar amigavelmente, sem que haja incapazes provenientes da relação, poderão fazê-los diretamente em qualquer cartório, sem a necessidade de propositura de ação judicial. Basta estar acompanhados de advogado, comum ou não, e expor suas intenções perante um tabelião e ex-casal já sairá do cartório separados ou divorciados. Tudo muito simples, sem burocracia e sem segurança jurídica também.”

(FERREIRA SOARES, 2007. P.1)

É preocupante a hipótese de casos que, onde houver coação por uma das partes haverá menos proteção, visto a retirada de alguns dos principais atores do procedimento.

“Sem dúvida a intervenção judicial obrigatória, assim como do MP, mesmo nas ações consensuais, dão mais credibilidade ao

ato. Por exemplo, se durante uma audiência de homologação de acordo o juiz ou o *parquet* verificar que alguma das partes está sob coação, poderá interferir no ato em busca da verdade e lisura do procedimento. Agora essa "proteção" já não será garantida, deixando sempre dúvida sobre a transparência do procedimento."

(FERREIRA SOARES, 2007. p.2)

A suposição é real, visto os inúmeros casos de violência doméstica em nossa sociedade. Desta feita haveria poucos mecanismos preparados para impedir que, por exemplo, uma esposa ameaçada seja levada a assumir uma divisão de bens em que leve desvantagem, a fim de se livrar rapidamente da opressão.

Assim como, não há juízo de cognição nos casos de consentimento de uma das partes na separação consensual mediante pagamento, onde nesses casos o juiz não homologaria o ato.

A presença do advogado e do tabelião talvez não confira a necessária credibilidade ao feito, já que ambos vendem um serviço e a corrupção e a negligência é sempre uma possibilidade real.

"A possibilidade de separação e divórcio em cartório traz certa insegurança jurídica. A presença obrigatória do advogado não é sinônimo de transparência. O advogado vende um serviço, assim como o tabelião. Não se pode olvidar que a corrupção é inerente ao homem e que existem maus profissionais em todas as áreas."

(FERREIRA SOARES, 2007. p.2)

Reflexão interessante faz o doutrinador ao prosseguir na sua linha de raciocínio.

"A separação dos poderes, que visa principalmente a fiscalização de um poder por outro, também está implicitamente presente em um processo e numa audiência. A possibilidade de realização de atos importantes

extrajudicialmente favorece a ocorrência de fraudes diversas. Quem fiscalizará quem? Se com a obrigatoriedade de apreciação judicial ocorrem ilegalidades, presume-se que estas sejam potencializadas na sua ausência.”

(FERREIRA SOARES, 2007. p.2)

O divórcio direto é uma possibilidade na nova lei, o que, diante do exposto, seria muito fácil a comprovação do prazo legal de dois anos, facilitando as simulações. Que já são freqüentes na esfera judicial.

Finalmente, André Luis Alves de Melo (2007, p.2) levanta ainda a necessidade do combate à prática da "eventual parceria tácita entre cartórios e advogados para apenas "visitarem" e fornecerem nº. de OAB". O que seria uma banalização de todo o procedimento, só auxiliando na detecção dos vícios citados.

Finalmente, há de se considerar a participação do magistrado nas decisões interlocutórias. p. ex. Nos casos de quitação hipotecária e de alienação que só podem ocorrer, segundo entendimento jurisprudencial, com a autorização do juiz , o inventariante fica sem opções.

### **5.2.3 A Ausência da Audiência de Conciliação**

Com a nova lei ao se retirar da Justiça Comum o procedimento, ocorre automaticamente a supressão da audiência de conciliação, gerando um incentivo direto para o divórcio e a separação.

“Em tese foi abolida a exigência de se ter uma tentativa de conciliação, ou seja, há um incentivo direto para o divórcio ou separação. Sem dúvida a audiência judicial de conciliação nesses casos era ineficiente, mas há exceções como algumas iniciativas de mediação eficientes como em alguns Estados onde havia uma audiência com assistentes sociais e psicólogos que ouviam as partes acompanhadas dos advogados em um trabalho mais informal.”

(ALVES DE MELO, 2007. p.2)

Desta maneira questiona-se o papel do Estado de cuidar e proteger a família e não de destruí-la criando mecanismos que facilitem tal propósito.

#### **5.2.4 A Gratuidade do Serviço**

O parágrafo 3º do artigo 1.124-A, introduzido no CPC determina sobre a gratuidade no serviço cartorário " A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei."

A necessidade da contratação de advogado para o ato já confere custo ao procedimento, visto o volume de trabalho da Defensoria Pública. Mas a principal reflexão reside no fato de que será muito mais difícil a comprovação de hipossuficiência junto à esfera administrativa que na esfera judicial, já que a lei não estabeleceu critérios para a concessão do benefício.

“Diante do judiciário, de acordo com a lei federal 1.060/50, basta a parte declarar que não dispõe de condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo financeiro - entendimento ratificado pelo STJ em novembro último - que, em regra, lhe será deferida a gratuidade da justiça. Será que os cartórios aceitarão apenas uma simples declaração? Dificilmente, afinal, o artigo 1512 do Código Civil prevê a gratuidade da celebração e do processo de casamento para quem se intitula como pobre, entretanto é raríssimo algum casal desfrutar dessa prerrogativa em função das dificuldades impostas.

A Corregedoria de Justiça de cada Estado terá papel fundamental para o sucesso dessa lei. Será fundamental a fiscalização dos trabalhos dos cartórios para que as normas sejam plenamente respeitadas e a lei 11.441 não seja levada ao fracasso.”

(FERREIRA SOARES, 2007. p.2)

#### **5.2.5 Os Custos com Honorários e Emolumentos.**

Ao se omitir sobre os custos com honorários e emolumentos a lei criou a necessidade, como em vários de seus pontos, de uma regulamentação sobre o assunto.

Já existem argumentos quanto ao emolumento ser relativo ao montante da partilha, já que partilhar um maior patrimônio exige maior responsabilidade e quanto aos serviços serem prestados à domicílio, já que teoricamente, o casal não precisa mais nem se dirigir ao cartório.

No silêncio da lei, os honorários advocatícios se submetem aos mesmos problemas, já que o grau de complexidade na partilha e divisão de bens, assim como o tempo gasto eventualmente num acordo junto aos cônjuges para que um desses se convença dos benefícios do procedimento administrativo incidam diretamente no valor dos mesmos.

## 6 CONCLUSÃO

Não resta dúvida que a nova lei 11.441/07 - Lei do divórcio, separação, inventário e partilha administrativos, por todo o exposto veio tornar os ditos procedimentos mais céleres, atendendo, em parte, aos objetivos propostos e aos clamores dos grupos profissionais envolvidos, assim como toda a imensa parcela da sociedade atingida.

Porém, se faz necessário alguns cuidados para que a segurança jurídica e credibilidade dos atos sejam mantidos, cuidados estes levantados no capítulo anterior.

Quanto à ausência da “Vacatio Legis”, infelizmente a sociedade, por culpa do legislador e do executivo, perdeu a chance de reflexão e preparação para a entrada e vigor da nova lei. Sempre o debate e o conflito de idéias é muito valoroso, principalmente em novas etapas e processos.

Embora personagens importantíssimos para a credibilidade do ato, a supressão do Juiz e do representante do Ministério Público são do próprio cerne da lei. Sugerir a manutenção desses órgãos seria renegar a nova lei e trazer a discussão para a estaca zero.

Nos casos de separação e divórcio administrativos, a insegurança Jurídica gerada pela sua ausência poderia ser suprida com a instituição, regulamentada por



lei, de uma audiência interdisciplinar obrigatória no cartório, com a presença de advogado e psicólogo e demais profissionais que se fizer necessário.

André Luiz Alves de Melo, em seu artigo, opinava sobre o assunto:

“Acredito que seria melhor que a lei tivesse criado uma audiência de conciliação obrigatória no cartório com o advogado e um psicólogo. Em tese, assim seria melhor. Inclusive a OAB pode estudar regulamentação administrativa em conjunto com o Judiciário. Contudo, é preciso que esta audiência não vire um mero ato de liturgia como ocorreu com as audiências judiciais de conciliação nesse caso. Seria preciso estudar um meio para que essas audiências de conciliação tenham resultados mais efetivos. Por exemplo, nas cerimônias de casamentos civis há uma audiência extrajudicial.”

(ALVES DE MELO, 2007. p.1)

Dessa maneira, tal “audiência” além de dar mais credibilidade ao ato criando-se mecanismos para dificultar as fraudes, também ajudaria a combater o ambiente de incentivo a divórcios e separações que se criou com a chegada da nova lei.

A dificuldade de se comprovar a hipossuficiência a fim de se alcançar a gratuidade do serviço pode ser facilmente resolvida, mediante regulamentação determinando critérios claros e objetivos, como p.ex. famílias com renda de até três salários mínimos, ou simples equação onde se demonstre que despesas de fácil comprovação como a média de gastos com água e luz dos últimos doze meses em comparação com o salário forme um denominador que indique a condição da família se eximir de pagar os emolumentos ou não. Que qualquer critério seja criado, desde que, justo, simples e principalmente objetivo.

Os custos com honorários e emolumentos que hoje são um problema matemático, podem ser facilmente resolvidos com regulamentação por meio de tabela de preços.

Conclui-se, ao final do estudo, que as principais críticas alcançadas se resolvem com regulamentação de suas lacunas e com a criação da audiência multidisciplinar proposta.

## 7 BIBLIOGRAFIA

ALVES DE MELO, André Luis. **Lei do divórcio, separação, partilha e inventários administrativos**. Disponível no site:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9369>. Acessado em 03 mar. 2007.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil; direito de família*, 19. ed. São Paulo, Saraiva, 1980. v.2.

Dicionário Jurídico. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. inventário* 15. ed.rev. São Paulo, Saraiva, 2001. v. 6.

FERREIRA SOARES, Flávio Romero. **Comentários à Lei nº 11.441/2007**.

Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9386>. Acessado em 17 abr. 2007.

GOMES, Orlando. *Direito de família*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

RODRIGUES, Silvio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 57.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976. v. 6.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.