

# Divórcio e Separação por Escritura Pública: Possibilidade Quando Existem Filhos Menores ou Incapazes

Victor Silva dos Passos Miranda<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.441, publicada em 4 de janeiro de 2007, introduziu no ordenamento jurídico pátrio, em boa hora, a possibilidade de formalizar a separação e divórcio consensuais (e a conversão da separação em divórcio, como restou assentado posteriormente) mediante escritura pública, independentemente de homologação judicial. A regulamentação demasiadamente sucinta da matéria deu-se pela inclusão do artigo 1.124-A no Código de Processo Civil, que restou assim redigido, após a alteração efetuada pela Lei nº 11.965, de 3 de julho de 2009:

*“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.*

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

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular da 1ª Vara da Comarca de Vassouras.

*§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”.*

O primeiro ponto a ser destacado, para os fins deste trabalho, é a manifesta intenção do legislador de desjudicializar os institutos jurídicos da separação e do divórcio, facultando às partes a resolução praticamente imediata de situação, no mais das vezes, angustiante em termos pessoais e familiares. Preservam-se os jurisdicionados de, na melhor das hipóteses, meses de procedimento judicial, quiçá anos, de custo financeiro e emocional significativo. De outro prisma, economizam-se recursos humanos e econômicos do Estado voltados à reconhecidamente asoerbadada função jurisdicional, que serão melhor dirigidos para composição daquelas situações em que efetivamente existe lide. Observe-se, porém, como já o fez a melhor jurisprudência, seguida pela regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, que o recurso à via extrajudicial é opção das partes.

A iniciativa do legislador têm produzido frutos fecundos. Exemplo disso são os números apresentados pelo advogado e doutorando pela Universidade de São Paulo, professor Christiano Cassettari, em artigo publicado na página da internet do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família<sup>2</sup>:

*“Exatamente um ano após a entrada em vigor da Lei 11.441/07, os tabelionatos de notas do Estado de SP atingiram a marca de quase 100 mil atos realizados nos 12 primeiros meses de vigência da referida lei. De acordo com os números auferidos pela Central de Escrituras, Separações, Divórcios e Inventários (CESDI), mantida pela seção paulista do Colégio Notarial do*

2 CASSETARI, Christiano. “Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública após três anos de vigência.” Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=590>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.

*Brasil, que abrange as informações dos 897 tabelionatos de notas de todo o estado, foram realizados até o mês de janeiro 2008, um total de 90.772 atos de escrituras de separações, divórcios e inventários. Somente na capital este número atingiu a marca de 29.899 atos.*

*Dentre as novas atribuições praticadas pelos tabelionatos de notas paulistas, a que mais cresceu foram os inventários e as partilhas, que passaram de 77 atos realizados no mês de janeiro de 2007 e chegaram a 61.305 até janeiro de 2008, uma média de 5.100 atos mensais. Na capital, passou-se de nenhum ato em janeiro de 2007 para 18.285 atos em janeiro de 2008. Já os divórcios que no primeiro mês de vigência da lei totalizaram 419 em todo o estado, chegaram a um total de 17.640 ao final de janeiro de 2008, uma média de 1.470 atos mensais.*

*Na capital, os divórcios passaram de 160, em janeiro de 2007, para 7.544 em janeiro de 2008. Com relação às separações foram registradas 514 separações no estado em janeiro de 2007, e 11.076 em janeiro de 2008, uma média de 923 atos mensais. Na capital, partiram de 106 no primeiro mês de vigência da lei e chegaram a 3.851 em janeiro de 2008. Já os processos de reconciliações em cartório totalizaram 751 até o primeiro mês de 2008.” (Informativo do Colégio Notarial do Brasil - seção SP - Ano X - n.º 109 - janeiro de 2008).*

O segundo ponto relevante para este artigo é a expressa limitação imposta pelo legislador quanto à inexistência de filhos menores ou incapazes do casal. Questiona-se, portanto, acerca da possibilidade do recurso à via extrajudicial quando, a despeito de o casal ter filhos menores ou incapazes, as questões relativas à guarda, visitação e alimentos destes já tiverem sido definidas em procedimento judicial prévio.

## DA REGULAMENTAÇÃO DO TEMA PELA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em atuação pioneira, editou o Provimento nº 48, de 19 de dezembro de 2008, introduzindo o parágrafo sexto no artigo 619-C de sua Consolidação Normativa Notarial e Registral, redigido nos termos seguintes:

*“§ 6º - É possível a lavratura de escritura pública de conversão da separação judicial em divórcio consensual, com ou sem partilha de bens, mesmo que existam filhos menores ou incapazes do casal, desde que não haja nenhuma alteração do que foi convencionado e homologado na separação judicial em relação aos direitos dos filhos menores ou incapazes”.*

O dispositivo em comento, embora com abrangência menor do que aquela discutida neste trabalho, já vislumbra a possibilidade de equilibrar a finalidade desjudicializante do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil com as normas que protegem os incapazes.

Observo, ainda, que o dispositivo foi incluído após o Conselho Nacional de Justiça editar sua Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007.

## DA REGULAMENTAÇÃO DO TEMA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Como visto, a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, tratou da separação e divórcio consensuais em um único dispositivo, com três parágrafos. A regulamentação superficial por parte do legislador ordinário ensejou inúmeras práticas e interpretações dissonantes pelo território nacional. Sensível ao tema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007 (com as modificações da Resolução nº 120, de 30 de setembro de 2010), cujas disposições relevantes para este trabalho são as seguintes:

### “DISPOSIÇÕES COMUNS À SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS

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

*Art. 34. As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento.*

(...)

### DISPOSIÇÕES REFERENTES À SEPARAÇÃO CONSENSUAL

*Art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.*

(...)

### DISPOSIÇÕES REFERENTES AO DIVÓRCIO CONSENSUAL

*Art. 52. Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento” (sem grifos no original).*

Oportuno mencionar que a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro seguiu a regulamentação do Conselho Nacional de Justiça nos artigos 309, 310, 323 e 328 de sua Consolidação Normativa - Parte Extrajudicial.

## DA FINALIDADE DA LEI Nº 11.441 EM CONFRONTO COM AS NORMAS QUE PROTEGEM INCAPAZES

Como cediço, o ordenamento jurídico pátrio contém inúmeras disposições protetivas das pessoas relativa e absolutamente incapazes, dentre as quais, ressaltam, no plano processual, a intervenção obrigatória do Ministério Público nas demandas que versem sobre interesse de incapazes, poder familiar, tutela, curatela e interdição (artigo 81, incisos I e II, do Código de Processo Civil), bem como os procedimentos específicos vinculados a cada um desses institutos.

Não obstante, tais normas foram editadas pelo legislador ordinário, que poderia excepcioná-las, sem, com tal medida, diminuir a proteção outorgada aos incapazes. Com efeito, para além do exemplo explicitamente adotado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, concernente à prévia homologação judicial de acordo de separação que trate dos interesses de incapazes, podemos pensar em hipótese análoga igualmente usual. É bastante comum que a primeira medida judicial após a separação de fato de um casal com filhos menores seja uma ação de alimentos ou de guarda. Da mesma forma, em muitas dessas ações são alcançados acordos que versam não apenas sobre o objeto da lide, mas regulamentam integralmente as questões de guarda, visitação e prestação de alimentos. Nessas hipóteses, não há razão para impedir o acesso à via extrajudicial para fins de separação e divórcio consensuais.

O professor Zeno Veloso, muito embora filie-se a entendimento contrário, registrou em artigo<sup>3</sup> o acolhimento da tese acima por conhecidos doutrinadores, havendo, inclusive, previsão específica no Direito português:

---

3 VELOSO, Zeno. Minicurso de Escrituras Públicas em Inventário, Partilha e Divórcio - "Aspectos práticos da Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais". Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=558>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.

*“Cristiano Chaves de Farias (O novo procedimento da separação e do divórcio - de acordo com a Lei n.º. 11.441/07, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.134) opina que se o casal tem prole, ainda incapaz, comum, poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, “dês que o pacto ajustado não verse sobre eventuais direitos dos filhos, que são indisponíveis”. Assim, o casal poderia, através de escritura pública, ajustar a partilha dos bens comuns, os alimentos devidos reciprocamente e a eventual 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.*

*Embora louvando a criatividade da idéia do autor, que almeja facilitar a solução da crise conjugal, deixando para juízo sucessivo a decisão sobre os interesses dos filhos, confesso que tenho grande dificuldade de aderir à sua tese, na falta de uma disposição legal expressa a esse respeito.*

*Apesar da vedação expressa que faz a lei para a utilização da separação ou do divórcio extrajudicial se o casal tem filhos menores, ou filhos maiores, mas incapazes, Rolf Madaleno (Curso de Direito de Família, Forense: Rio de Janeiro, 2008, n. 6.35.3, p. 253) pondera que em nada interfere a separação ou o divórcio extrajudicial se o casal já cuidou de acordar em demanda precedente os interesses pertinentes à guarda, visitas e aos alimentos da sua prole menor ou incapaz, ou mesmo se já tratou desses itens em uma antecedente separação consensual de corpos homologada e transitada em julgado. Essa opinião de Rolf tem respaldo no direito comparado, especialmente na legislação portuguesa, como será visto logo a seguir, e coincide com a lição de Cristiano Chaves de Farias, acima apontada, a respeito da qual já dei o meu parecer, que é extensivo ao magistério do professor Madaleno.*

*No direito português, a separação de pessoas e bens, por mútuo consentimento, é requerida por ambos os cônjuges, sem indicação*

*de causa, e pode ser judicial ou administrativa, esta última na Conservatória do Registro Civil, se o casal não tiver filhos menores, ou se, havendo esses filhos, o poder paternal já estiver judicialmente regulado. As mesmas regras se aplicam ao divórcio por mútuo consentimento (cf. Código Civil português, arts. 1.773,2; 1.778-A, 1; 1.794). Portanto, lá como aqui, não é mais exigível, de modo absoluto, uma declaração judicial, mediante sentença, para a dissolução da sociedade conjugal (separação) ou para a extinção do casamento (divórcio)”.*

Conforme já dito acima, a finalidade manifesta da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, é a desjudicialização e a desburocratização dos procedimentos relativos à separação e divórcio consensuais, norte este que deve orientar sua interpretação e aplicação, como determina o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a nomenclatura que lhe deu a Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010).

Essa interpretação não viola o texto legal, na medida em que sua regulamentação sucinta simplesmente não previu as hipóteses específicas de fixação prévia dos regimes de visitação, guarda e alimentos em acordo de separação judicial ou outra ação.

## CONCLUSÃO

Sopesadas as normas legais que protegem os incapazes, com os valores que as informam, e os limites gramaticais e as finalidades do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, inserido pela Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, com as alterações da Lei nº 11.965, de 3 de julho de 2009, parece-nos não apenas juridicamente coerente, como também oportuna, a interpretação da norma no sentido de permitir a formalização de separações e divórcios consensuais quando, a despeito de existirem filhos menores ou incapazes, a situação jurídica destes já estiver regulamentada em ação prévia, que será ratificada na escritura, no que tange aos aspectos de guarda, visitação e alimentos.

Evidentemente, estando os notários e registradores vinculados ao cumprimento estrito das normas editadas pelas Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e, em última instância, pelo Conselho Nacional de Justiça, eventual decisão judicial que acolha a tese acima exposta deverá analisar os limites regulamentares desses órgãos administrativos, matéria esta que, dada sua abrangência, deve ser objeto de estudo específico. ♦

## REFERÊNCIAS

CASSETARI, Christiano. “Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública após três anos de vigência”. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=590>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.

VELOSO, Zeno. Minicurso de Escrituras Públicas em Inventário, Partilha e Divórcio - “Aspectos práticos da Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais”. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=558>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.