

ANOTAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REALIZAR SEPARAÇÃO DE CORPOS POR ESCRITURA PÚBLICA

Luiz Carlos Elchin Ferreira da Silva. O co-autor é Bacharel em Direito e Tabelião Substituto no 26º Tabelionato de Notas de São Paulo.

Felipe Leonardo Rodrigues. O co-autor é Bacharel em Direito e atua no 26º Tabelionato de Notas de São Paulo.

É sabido que no direito de família há um interesse do Estado em defesa do casamento ou do vínculo conjugal, visto que a instituição familiar é o sustentáculo maior da sociedade e merece atenção e proteção estatal, conforme prescreve o art. 226 da Constituição Federal.

A regra é a consagração e a manutenção do núcleo familiar, no entanto há exceções, seja em razão de circunstâncias alheias – como a morte – gerando o inventário e partilha dos bens deixados pelo autor da herança ou por incompatibilidades de gênios – no casamento – que torna a vida em comum insuportável, gerando daí a separação e o divórcio.

Com a edição da Lei nº. 11.441/07, alterou-se dispositivos da Lei nº. 5.869/1973 (Código de Processo Civil), permitindo a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via notarial (leia-se Tabelionato de Notas). Tal ato legislativo remeteu para a seara extrajudicial – precisamente ao tabelião de notas – questões intimamente ligadas à jurisdição voluntária do foro judicial.

Essa pequena alteração (de cinco artigos) trouxe muitos benefícios aos cidadãos, dentre eles agilidade no tramite e solvência de questões sensíveis ligados ao direito de família. Pela nova roupagem, substituiu-se o magistrado pelo tabelião, que agora em diante deverá agir como *custos legis*, fazendo justapor a correta aplicação das leis, e tutelando com imparcialidade o ato notarial realizado, vg. Como muito bem desempenha na área tributária.

A consequência para o sistema jurisdicional é olhar agora em diante para as questões menos amenas, exclusivamente litigiosas, e deixar as ‘controvérsias’ consensuais para um profissional do direito investido de fé pública pelo Estado, como o é o tabelião de notas.

Diga-se de passagem, a presença de advogado nos atos notariais é totalmente dispensável, e que só ‘infla’ o ato notarial. Convém, oportuno, ressaltar que o advogado é figura estranha aos atos notariais desde os tempos das Novelas de Justiniano (forma de governar na época de Justiniano), que agora se tem – por motivos da arte e ciência de governar contemporâneo, constituiu-se – essa anomalia jurídica.

Se temos um profissional do direito (1º) investido de fé pública (2º) agindo em nome do Estado (3º), tutelando o ato notarial praticado (4º), para quê a presença de advogado

figurando como ‘testemunha instrumentária’. Porém, esse não é o foco da nossa abordagem.

Voltemos ao tema: o intuito da nova legislação foi desafogar o Poder Judiciário de demandas que possam ser resolvidas com mútuo consenso entre as partes, visando suprimir a intervenção do Poder Judiciário em relações jurídicas entre pessoas maiores e capazes e de acordo sobre questões exclusivamente patrimoniais.

Como noticiamos alhures, o notário está autorizado a lavrar escritura pública de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais, e o objetivo deste modesto artigo é demonstrar a possibilidade de realizar a separação de corpos por escritura pública.

A questão trazida à baila não é de menos importância, já que infelizmente existe ato normativo tratando da matéria como será exposto e discutido neste modesto artigo, e que as reflexões surjam de maneira espontânea ou provocada, para que possamos avançar no seu aperfeiçoamento.

Ipsa facto, na separação consensual, as partes¹ deverão estar casadas há pelo menos um ano e deverão comparecer no tabelionato firmes deste propósito (acompanhados de advogado comum ou não).

Por outro lado, e se as partes casadas há menos de um ano desejarem romper os laços matrimoniais, porquanto também queiram preservar outros aspectos jurídicos relevantes até a separação consensual. As partes poderiam – convictas desse propósito – se utilizar da escritura de separação de corpos? Ou seriam obrigadas a socorrer-se via judicial?

Para alguns, deste ato (separação de corpos)², por dispensar os cônjuges do dever legal de coabitação em sentido amplo, a separação de corpos, ainda que consensual, *depende de autorização judicial precedida de acurada análise de sua necessidade*, não sendo lícito aos interessados promovê-la extrajudicialmente, por escritura pública, sustentando a aplicação, na espécie, da Lei nº. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. (itálico nosso)

Nesse sentido, trazemos a colação, o enunciado nº. 47³ relativo à Lei nº. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, discutidos no 1º Encontro Nacional de Corregedores Estaduais de Justiça, promovido pela Corregedoria Nacional de Justiça - CNJ, realizado nos dias 14 e 15 de fevereiro de 2007, em Brasília, que prevê:

“Não se admite separação de corpos consensual por escritura pública”.

Infelizmente, as Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no item 147, seguiu também esse raciocínio:

“Não se admite separação de corpos consensual por escritura pública”.

Data maxima venia, temos que todo esse raciocínio **equivocado** baseia-se no art. 1.562, que assim dispõe:

*“Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação **judicial**, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade”.* (grifo nosso).

Numa hipótese concreta, como está cristalino, o presente dispositivo abarca situações nas quais os cônjuges não se toleram mais; estando prestes a desencadear um conflito com consequências mais graves, que devem ser resolvidas na seara judicial, na qual o juiz poderá ponderar os argumentos apresentados. E este é estritamente ali regulado, sem espaço para tergiversações.

Assim, não merece prevalecer referido raciocínio *supra* citado. A lógica do sistema impõe, efetivamente, que o referido artigo não se movimenta em torno das disposições da Lei nº. 11.441/07, até porque, são procedimentos distintos que não se correlacionam.

Nítido, deveras, que tal artigo se presta apenas para a seara judicial, sendo forçoso aplicá-lo às disposições consensuais advindos da Lei nº. 11.441/07. Implicitamente, como o restabelecimento conjugal, a separação de corpos por escritura também está autorizada pela nova lei.

Ademais, para a separação de corpos consensual basta tão-somente a existência de prova do casamento e o *animus* da separação, já que neste tipo de ato (separação consensual) não se discutem deveres e obrigações do casamento, muito menos alguém está obrigado a coabitar com outrem, sem *affectio maritalis*.

É de bom alvitre consignar, que a Resolução n.º 35, do Conselho Nacional de Justiça, **não veda** a realização da separação de corpos por escritura pública.

Corroborando nosso ponto vista, por imperativo de lógica, temos que é possível a separação de corpos consensual nos termos da Lei nº. 11.441/07, visando resguardar direitos e deveres até a separação consensual ou judicial, como queiram as partes.

Sendo a separação de corpos um procedimento mais simples que a separação consensual, não se pode negar àquela (separação de corpos) o que se permitiu a esta (separação consensual), já que o intuito da lei foi simplificar o procedimento com dignidade e responsabilidade.

Nesse passo, vale lembrar – repita-se – se é admissível a reconciliação por escritura pública, a alteração ou não de patronímicos familiares (sobrenome), clausular sobre alimentos, também o é para a separação de corpos por escritura pública.

Nesse sentido, valiosa a contribuição do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Professor da Escola da Magistratura da AJURIS, Presidente do IBDFAM-RS, ⁴Luiz Felipe Brasil Santos, que assim leciona:

“É possível realizar separação de corpos na forma extrajudicial. Interesse para tanto poderá haver, pois o casal, desejando fazer cessar

formalmente a convivência, e não contando com o lapso temporal necessário para obter a separação consensual (mais de um ano de casamento – art. 1.574 do CC), poderá, a qualquer tempo, regularizar a situação no plano jurídico por meio da separação de corpos, que, dispensando o dever de coabitação, (a) elimina qualquer possibilidade de posterior alegação de abandono do lar, (b) passa a contar tempo tanto para eventual separação judicial litigiosa (art. 1.572, parágrafo único, CC), divórcio direto (art. 1.580, § 2º) ou mesmo indireto (art. 1.580, “caput”, do CC), (c) faz cessar a comunicação dos bens adquiridos a partir daí e (d) rompe com a presunção ‘pater est’”.

Ainda neste ritmo, o civilista e professor Christiano Cassettari⁵ resguarda nossa posição jurídica em seu livro *Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública: teoria e prática*, no qual ficou assentado que:

“A separação de corpos deve poder ser feita extrajudicialmente, senão, nesse caso, retiraria toda a facilidade que a referida norma tenta implantar. Não podemos esquecer que o Código Civil permite, em seu art. 1.580, que o prazo de um ano para conversão da separação em divórcio possa, também, ser contado da separação de corpos. Isso facilitaria muito a vida das pessoas que são obrigadas por lei a esperar um determinado tempo de ‘castigo’, sem poder se separar do seu cônjuge consensualmente”.

Insta salientar que os motivos que nos leva a resguardar tal arrimo jurídico serve igualmente de alicerce para as pessoas que vivem em união estável, já que estão amparadas pela Constituição Federal.

Vale notar, por fim, que é possível lavrar uma ata notarial de presença e declaração, se possível com duas testemunhas probatórias (não instrumentárias), na qual as partes ou uma delas unilateralmente declare(m) que: **i)** a vida em comum tornou-se insuportável e sem possibilidade de reconciliação; **ii)** desejando não incorrer nos motivos elencados no artigo 1.573, da Lei nº. 10.406, de 10/01/2002, isto é, I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa, faz(em) a presente declaração; **iii)** desejam evitar a comunicabilidade de dívidas ou obrigações contraídas após a separação de fato; **iv)** está(ão) aguardando o lapso temporal de um ano estipulado pelo Código Civil para realizar o procedimento da separação consensual ou judicial; **v)** além dos motivos já citados pelo Desembargador do TJRS, Professor da Escola da Magistratura da AJURIS, Presidente do IBDFAM-RS, Luiz Felipe Brasil Santos.

¹Os vocábulos parte, ou partes, designam os particulares que buscam os serviços notariais.

²EL MAERRAWI, Maria Isabel. *Ponderações relevantes sobre a separação de corpos. Aspectos processuais, substanciais e seu tratamento pela doutrina e jurisprudência modernas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1594, 12 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2009.

³Palestra ministrada por Ronaldo Claret de Moraes, Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça responsável pelas atividades de orientação e fiscalização dos serviços notariais e de registro no Estado de Minas Gerais sobre os Enunciados relativos à Lei nº. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, discutidos no 1º Encontro Nacional de Corregedores Estaduais de Justiça, promovido pela Corregedoria Nacional de Justiça – CNJ, realizado nos dias 14 e 15 de fevereiro de 2007, em Brasília. (Os enunciados ora divulgados ainda não foram publicados oficialmente, podendo ocorrer algumas modificações em sua redação final). Disponível em http://www.serjus.com.br/eventos/simposio_lei_11441_07/Simposio_11441_07_Palestra_Dr_Ronaldo_Claret.pdf. Acesso em: 04 jan. 2009.

⁴SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Anotações acerca das Separações e Divórcios Extrajudiciais (Lei nº. 11.441/07)*. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 04 jan. 2009.

⁵CASSETTARI, Christiano. *Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública: teoria e prática*. 3ª Edição, São Paulo, Ed. Método, 2008.