
**DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:
SEPARAÇÃO CONSENSUAL JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL**

Humberto Martins

Sumário: 1. Introdução. 2. Sociedade conjugal e casamento. 3. O rol de causas extintivas da sociedade e do vínculo conjugal (casamento) do art. 1.571, CCB/2002. 4. Morte presumida. 5. Separação de fato. 5.1. Separação de fato: conceito e abrangência. 5.2. Separação de fato e regime de bens. 5.3. Separação de fato e deveres conjugais. 5.4. Separação de fato e reconstituição do vínculo afetivo. 6. Separação judicial. 6.1. Separação judicial consensual ou por mútuo consentimento. 6.2. Procedimento de separação judicial consensual. 6.3. Conversão de separação judicial litigiosa em separação judicial consensual. 7. Separação extrajudicial consensual. 7.1. Fundamento jurídico-político e problemas constitucionais da nova espécie de separação. 7.2. Procedimento da separação extrajudicial consensual. 7.3. Intervenção do Ministério Público. 7.4. Filhos menores ou incapazes. 7.5. Caráter opcional da separação extrajudicial por mútuo consentimento. 8. Efeitos da dissolução da sociedade conjugal por meio da separação judicial por mútuo consentimento ou pela separação extrajudicial. 9. Restabelecimento da sociedade conjugal.

1. INTRODUÇÃO.

O Direito de Família no Brasil atravessa uma fase de intensas mudanças. A própria nomenclatura da disciplina jurídica tem sido objeto de discussão, com algumas obras recentes cuidando de um “Direito das Famílias”, como a significar a existência de não mais

um único modelo familiar, a dita família clássica, e sim uma pluralidade de situações fáticas, merecedoras de reconhecimento jurídico (família monoparental, família reconstituída, família decorrente de uniões livres).¹ A jurisprudência, e nisso o Superior Tribunal de Justiça tem papel essencial, deve exercer o necessário ofício de adequar certos pontos defendidos na dogmática ou em grupos de pressão ao equilíbrio de posturas que a sociedade brasileira espera, conforme seus valores e suas convicções.

Um dos capítulos do Direito de Família, mais propício à análise, é o campo da dissolução da sociedade conjugal no Código Civil de 2002, que emprestou novas feições ao tema. É precisamente esse o objeto do presente estudo.

2. SOCIEDADE CONJUGAL E CASAMENTO.

É interessante, do ponto de vista técnico-jurídico, definir o que seja *sociedade conjugal* e *casamento*, conceito equiparado a *vínculo conjugal*, cuja distinção é conservada pelo Código de 2002.

O casamento é a relação jurídica de comunhão plena de vida entre homem e mulher, que abrange a própria sociedade conjugal e elementos outros, como o dever de assistência mútua, respeito e consideração, sustento, guarda e educação dos filhos. Equivale ao chamado *vínculo conjugal*. A sociedade conjugal é uma figura parcelar do casamento. Ela nasce concomitantemente com o matrimônio, embora possa ser desfeita antes da extinção do vínculo conjugal. A sociedade conjugal, portanto, define-se como a comunhão patrimonial (regime de bens) e pessoal (coabitação e fidelidade recíproca) entre marido e mulher.

3. O ROL DE CAUSAS EXTINTIVAS DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL (CASAMENTO) DO ART. 1.571, CCB/2002.

A Constituição Federal de 1988, após um intenso processo de *constitucionalização formal e material* das regras de Direito de Família,

¹ As duas obras mais recentes com esse enfoque são: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; LOBO, Paulo Luiz Neto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.



fez menção expressa ao divórcio e à separação judicial em seu art. 226, § 6º, quando afirmou: “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.”

O Código Civil concentra, no art. 1.571, o rol de causas extintivas da sociedade conjugal e do casamento, da forma seguinte: a) *sociedade conjugal*: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; separação judicial; divórcio; b) *casamento*: morte de um dos cônjuges; c) divórcio; d) morte presumida.

A leitura apressada do art. 1.571 pode conduzir a alguns equívocos.

Primeiro, a morte de um dos cônjuges, nela incluída a morte presumida por ausência, e o divórcio *extinguem* tanto a sociedade conjugal quanto o casamento. Na verdade, dissolver o casamento implica extinguir a sociedade conjugal, quando o inverso não é necessariamente verdadeiro.

Segundo, a anulação do casamento, indicada como causa extintiva da sociedade conjugal, é, também, causa de dissolução do casamento. Só que atua como elemento solvente do casamento *inválido*. Daí a razão de o parágrafo primeiro do art. 1.571 reservar ao casamento *válido* as causas específicas da morte e do divórcio. A forma confusa com que a matéria foi tratada, porém, conduz a essa aparente antinomia.

Terceiro, em termos rigorosos, a anulação do casamento, o que o pressupõe inválido, retroage à celebração. Logo, não seria propriamente uma dissolução, mas uma declaração de invalidez, que atingiria o plano da eficácia. Como efeitos residuais do nulo, porém, ter-se-iam situações reconhecidas juridicamente como casamento putativo.²

Dessa forma, ter-se-ia como apresentar o seguinte quadro dogmático sobre a dissolução da sociedade conjugal e do casamento:

a) *Casamento válido*: divórcio, morte (equiparada a essa a morte presumida).

² “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

b) *Casamento inválido*: nulidade ou anulação (tecnicamente não ocorria dissolução, mas extinção por invalidade).

c) *Sociedade conjugal*: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; separação judicial; divórcio.

4. MORTE PRESUMIDA.

A inclusão da morte presumida, que se dá na ausência (arts. 6º e 22, CCB/2002), como causa de dissolução do *vínculo conjugal* representa um interessante acréscimo do novo Código.

Com isso, resolveu-se o problema da qualificação do cônjuge do ausente, que, no direito anterior, poderia ser caracterizado como viúvo, semiviúvo ou ainda casado, o que, neste último caso, implicaria a necessidade de propor ação de divórcio contra o ausente. Era esse o entendimento dogmático majoritário.³ Recorde-se que o art. 315, parágrafo único, do Código de 1916, expressamente excluía a morte presumida como causa de dissolução do matrimônio. Por mais duradouro que fosse o estado de ausência, ele não dissolvia o vínculo conjugal.

5. SEPARAÇÃO DE FATO.

5.1. SEPARAÇÃO DE FATO: CONCEITO E ABRANGÊNCIA.

Antes de examinar as duas principais hipóteses de extinção da sociedade conjugal e do casamento, a saber, a separação e o divórcio, é conveniente analisar o problema da separação de fato.

Ela pode ser definida como um fato jurídico eficaz, caracterizado pela interrupção efetiva e estável da convivência conjugal não declarada judicialmente, como leciona Massimo Bianca.⁴

A separação de fato apresenta três caracteres dignos de apreciação: ⁵

³ PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 22; CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pp. 69/70.

⁴ Citado por: NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 199.

⁵ NADER, Paulo. *Op. cit.* p.199.



a) Sua ocorrência não se confunde com situações episódicas (viagens, ausências temporárias para tratamento de saúde ou de interesses profissionais) ou temporárias, ainda que dilatadas no tempo, ao estilo de serviço militar ou civil no exterior.

b) A separação pode-se dar por mútuo consentimento dos cônjuges, o que não gera qualquer eficácia negativa, ao exemplo do art. 1.573, inciso IV, CCB/2002, que considera como causa de impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de “*abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo*”.

c) Se unilateral e durável por mais de um ano, como já exposto, pode servir de fundamento para qualificar a impossibilidade de comunhão de vida (art. 1.573, inciso IV, CCB/2002). Como consequência, poderá o cônjuge requerer a separação judicial, com fundamento no § 1º do art. 1.572, CCB/2002.⁶

5.2. SEPARAÇÃO DE FATO E REGIME DE BENS.

Rigorosamente, a separação de fato não extingue a sociedade conjugal e, com isso, em tese, permanecem válidas as regras atinentes ao regime de bens. O Código Civil, no entanto, abre algumas exceções. Por exemplo, o indivíduo separado de fato pode constituir união estável, nos termos do art. 1.723, § 1º, CCB/2002. Dito de outro modo, a circunstância de se encontrar casado, mas faticamente separado, não é mais considerada como impedimento jurídico ao reconhecimento da validade e da eficácia da união estável.

Afirmou-se que a extinção do regime de bens não é afetada *em tese* pela separação de fato, porque na tópica jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça há fissuras nessa tese.

A Corte, por exemplo, entende que “os bens adquiridos por um dos cônjuges após a separação de fato não integra o acervo a ser partilhado pelo casal.”⁷

⁶ “A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.”

⁷ STJ. AgRg no Ag n. 961.871-GO, Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 15.08.2008.

Outro tema interessante é a interpretação dada ao art. 12 da Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), que admite a separação de fato como causa suficiente à prorrogação automática do contrato de locação com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. Para o STJ, exige-se mera comunicação do interesse em prosseguir no vínculo, baseado na existência da separação.⁸

5.3. SEPARAÇÃO DE FATO E DEVERES CONJUGAIS.

A separação de fato, conquanto não extinga a sociedade conjugal, ameniza os deveres entre os cônjuges, especialmente quando duradoura e pública. Assim, é socialmente aceito que alguém separado de fato mantenha relações com outras pessoas, de modo discreto e respeitoso. No entanto, o STJ tem decisões que mantêm algum tipo de vinculação entre os cônjuges separados de fato, característicos da mútua assistência.

5.4. SEPARAÇÃO DE FATO E RECONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO.

Se os cônjuges separados de fato pretenderem voltar à plena comunhão de vida, não se fará necessária qualquer outra formalidade. Basta o retorno ao *status quo ante*, com o restabelecimento dos vínculos afetivos e demais efeitos fáticos do casamento.⁹

6. SEPARAÇÃO JUDICIAL.

A separação judicial, antigo desquite, poderia ocorrer de modo consensual ou litigioso.

Após o advento da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, criou-se a possibilidade de realizar a separação consensual sem o recurso ao Poder Judiciário. Com isso, faz-se necessário estabelecer o *tertius* em relação à antiga dicotomia *separação judicial-consensual* e *separação judicial-litigiosa*. Agora, existe a *separação extrajudicial-consensual*.

A presente seção cuidará dessas três modalidades de separação e, por conseguinte, de extinção da sociedade conjugal.

⁸ STJ. REsp n. 660.076-RJ, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 351.

⁹ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 201.



6.1. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL OU POR MÚTUO CONSENTIMENTO.

A separação judicial por mútuo consentimento, dita consensual, é o modo de extinção da sociedade conjugal, admitido para cônjuges casados por mais de 1 ano, que requerem ao juiz a homologação de seu acordo de vontades orientado a dissolver os laços. O papel do magistrado é o de apor um requisito de eficácia a um negócio jurídico privado, que os cônjuges celebraram previamente, estabelecendo como será extinta a sociedade que os prendia. Caberá ao juiz examinar os aspectos formais. No entanto, admite-se que avance sobre a vontade manifestada quando “*se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges*” (art. 1.574, parágrafo único, CCB/2002).

A separação é personalíssima. Admite-se, porém, que o cônjuge incapaz seja representado pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.¹⁰

6.2. PROCEDIMENTO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL.

A separação judicial consensual encontra no Código de Processo Civil seu procedimento, que tem natureza *especial e voluntária*.

O pedido inicial é obrigatoriamente formulado por ambos os cônjuges. Na verdade, devem os cônjuges *assinar* a petição inicial, devidamente subscrita pelo advogado, detentor da capacidade postulatória. A falta de assinatura pode ser suprida, caso os separandos não puderem ou não souberem escrever, por meio de terceiro que o faça a rogo. Se a firma dos peticionantes não houver sido lançada perante o juiz, devem ser reconhecidas em notas de tabelião.

Os documentos obrigatórios que devem acompanhar a inicial encontram-se no art. 1.121, CPC: a) certidão de casamento; b) contrato antenupcial se houver; c) o acordo de separação judicial consensual. Esse termo de acordo terá o conteúdo seguinte, também informado pela referida norma do CPC: a) descrição dos bens do casal e respectiva partilha; b) o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de

¹⁰ Art. 1.576, parágrafo único, CCB/2002.

visitas; c) valor da contribuição para criar e educar os filhos; d) pensão alimentícia, se um dos cônjuges não possuir bens suficientes para se manter.

Excepcionalmente, pode-se deixar a partilha dos bens para outro momento, seguindo-se o procedimento especial de partilha, também previsto na legislação processual civil.

A nova sistemática introduzida pela Lei n. 11.112, de 13.05.2005, relativamente ao regime de visitas, deve compreender “*encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos*”.¹¹

Como já salientado, o papel do juiz, nesses procedimentos, é restrito à observação dos requisitos formais previstos na legislação processual e no Código Civil. O controle do mérito do acordo, como dito no art. 1.574, parágrafo único, CCB/2002, que diz com a preservação dos interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, é excepcional. Em relação aos filhos, justifica-se plenamente. O acordo não pode violar o interesse de menores, sob o fundamento da proteção aos incapazes, ou os deveres advindos do chamado poder-parental. No que concerne ao cônjuge, há posições na doutrina que repudiam essa prerrogativa jurisdicional, como invasiva da autonomia privada dos cônjuges e, por assim, criar óbices à dissolução da sociedade conjugal.¹²

Na verdade, a crítica serve para colocar em evidência a necessidade de *baixa interferência judicial* em um negócio tipicamente privado e que, agora com a criação da separação consensual extrajudicial, se torna ainda mais restrita.

Recebida a petição e observada sua regularidade, o juiz ouvirá os separandos, indagando-lhes sobre os motivos que assim os conduziram, e advertindo-lhes dos efeitos dessa iniciativa. Essa disposição normativa, que figura no art. 1.122, CPC, só se justifica em razão de uma única finalidade: permitir que os cônjuges reflitam sobre seu ato, porquanto haverá sempre a possibilidade de retratação, antes do ato homologatório. Fora disso, é inócua a previsão normativa. A uma, pois orientar e aconselhar os interessados é função específica de seus advogados.

¹¹ Art. 1.121, parágrafo segundo, CPC.

¹² DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.) *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 68.



Cuida-se de atividade profissional do patrono, e ao juiz não se pode dar a prerrogativa de agir como síndico de interesses particulares. A duas, a eventual existência de coação, dolo ou erro poderá ser provada por meio de ação própria, seguindo-se a boa técnica do controle dos defeitos do negócio jurídico.

Ultrapassada a fase de investigação da firmeza da vontade dos separandos, reduzidas a termo as declarações, deverá o juiz ouvir o Ministério Público, no prazo de cinco dias.¹³

No STJ, há acórdãos reconhecendo a nulidade da sentença na ausência de manifestação do MP: “*Sem a oitiva do Ministério Público, a sentença que homologa a separação consensual é nula.*” (REsp n. 134.776-MG, Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 11.11.2002, DJ 16.12.2002, p. 308).¹⁴

Se houver dúvida sobre a firmeza da intenção dos cônjuges em se separar, o juiz marcará audiência, com intervalo entre 15 e 30 dias, para que ratifiquem o pedido de separação judicial consensual. A ausência de qualquer dos cônjuges ou sua não-ratificação implicam a expedição de decisório pelo arquivamento do processo.

Os interessados podem, desse modo, não comparecerem à audiência ou não ratificarem a intenção primitiva. O juiz deixará de homologar o acordo sob o fundamento da ausência de vontade. Essa negativa não se confunde com a causa que lhe determinou e pode-se dar, ainda, sob fundamento diverso, como a observação de que o acordo não preserva o interesse de menores ou de um dos cônjuges.¹⁵

A sentença de homologação da separação será *averbada* no Registro Civil, dada a mudança do estado civil dos separandos e, eventual, a

¹³ Art. 1.122, parágrafo primeiro, CPC.

¹⁴ Nesse sentido: “Processual Civil - Ministério Público - CPC, Art. 1.122, § 1º. Subversão do procedimento. Ofensa ao Devido Processo Legal. Nulidade. Recurso Provido. I - O processo, como instrumento da jurisdição, orienta-se, sobretudo por princípios, dentre os quais os da finalidade e da ausência de prejuízo. Em nome da segurança jurídica, porém, o princípio maior do *due process of law* reclama observância do procedimento regulado em lei, não sendo dado ao Judiciário tomar liberdades com ele inadmissíveis. II - Subverte o sistema processual e sujeita-se à invalidade o procedimento judicial que não enseja ao *Parquet* manifestar-se no momento previsto no § 1º do art. 1.122 do Código de Processo Civil, especialmente quando há interesses de incapazes. III - Recurso conhecido e provido.” (STJ. REsp n. 95.933-DF, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 24.05.1999, DJ 11.10.1999, p. 68)

¹⁵ STJ. REsp n. 1.116-RJ, Relator Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 07.11.1989, DJ 18.12.1989, p. 18.476.

alteração em seu nome. Quanto aos bens imóveis partilhados, faz-se necessária a averbação no Registro Imobiliário competente.¹⁶

6.3. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA EM SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL.

Os sucessos ocorridos em uma ação de separação judicial litigiosa podem conduzir a um pedido de conversão de rito. É por esse motivo que o art. 1.123, CPC, expressamente afirma que essa postulação é de ser formulada pelas partes *a qualquer tempo*, no curso da separação judicial.

Essa conversão dá-se nos mesmos autos.¹⁷

7. SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSENSUAL.

7.1. FUNDAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO E PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS DA NOVA ESPÉCIE DE SEPARAÇÃO.

A Lei n. 11.441, de 04.01.2007, alterou o Código de Processo Civil e permitiu a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Inspirada no direito português, essa norma retirou dos negócios jurídicos privados que dissolviam a sociedade conjugal ou o casamento, bem assim arrolavam bens para partição entre herdeiros ou cônjuges, a necessidade de um fato eficaz – a sentença do juiz.

Compreendeu o legislador que pessoas maiores e capazes em perfeito acordo sobre seus vínculos conjugais e patrimoniais, sem que seus atos interferiram na esfera de incapazes, podem dissolver as relações que os unem da mesma forma como as fizeram nascer, ou seja, sem a participação do Poder Judiciário. Operou-se a simplificação de procedimentos em nome da perda de relevância para o Estado desses negócios. É a etapa derradeira do processo de ruptura do Estado com aspectos morais historicamente ligados ao casamento.

¹⁶ Art. 1.124, CPC.

¹⁷ RT 500/65.



Surge, porém, um problema constitucional. O art. 226, § 6º, CF/1988, cuida que o casamento civil pode ser dissolvido pelo *divórcio*, após prévia *separação judicial* por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou se comprovada separação de fato por mais de dois anos. O art. 1.124-A, CPC, introduzido pela Lei n. 11.441/2007, criou a figura da separação consensual e do divórcio consensual, realizados por escritura pública, sem necessidade de homologação judicial.

Não há referência no texto magno à figura da *separação puramente extrajudicial*. É de ser cogitada a constitucionalidade dessa nova espécie, mormente quando se nota que o mencionado art. 226, § 6º, CF/1988, limite o divórcio a uma prévia *separação judicial* e não a uma *separação extrajudicial*. Com isso, os separados *judicialmente* poderão convertê-la em divórcio, enquanto que os separados *extrajudicialmente* não o poderiam, em face da leitura estrita do art. 226. Remanesceria aos últimos a hipótese de um divórcio direto, após dois anos de separação de fato.

O problema da constitucionalidade, portanto, liga-se a dois postulados: a) legitimidade da norma infraconstitucional criar espécie de separação diversa da judicial; b) discriminação entre os separados judiciais com os separados extrajudiciais.

Ao meu viso, a forma encontrada pelo legislador ordinário para tornar *extrajudicial* a separação é compatível com a Constituição. Assim deve-se admitir sob o seguinte fundamento: a terminologia “separação judicial”, usada no art. 226, CF/1988, é apenas um *nomen iuris*, da mesma forma como já se cuidou dessa figura sob o antigo nome de desquite.¹⁸

7.2. PROCEDIMENTO DA SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSENSUAL.

Os interessados, que não possuam filhos menores ou incapazes, nascidos de sua união, encontrando-se em pleno gozo de suas faculdades mentais, poderão elaborar escritura pública, lavradas em notas de tabelião, para fins de *separação consensual*.

¹⁸ Nesse sentido: FRANÇA, Antonio de S. Limongi. Separação judicial: instituto ou *nomen juris*? O estado civil do separado extrajudicial. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords). In: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. São Paulo: Método, 2007, pp. 111/114.

Os cônjuges devem estar separados há, pelo menos, um ano.

Os interessados devem estar acordes quanto: a) à descrição e à partilha dos bens comuns; b) à pensão alimentícia; c) à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

É possível ampliar o objeto do acordo, em relação ao detalhamento do que contém o art. 1.124-A, § 1º, CPC, desde que se circunscreva aos três pontos essenciais ali delineados: a) partilha dos bens; b) pensão alimentícia; c) nome dos cônjuges.

Entende-se que, se na separação *judicial* por mútuo consentimento, é possível diferir a partilha, não seria de se exigir na separação *extrajudicial* a prévia partilha dos bens. Em situações normalmente esperáveis, os separandos necessitam dilatar o exame da divisão do acervo comum de bens, em nome da própria conservação da harmonia entre eles. Daí ser possível escriturar o acordo sem prévia partilha, o que atrai, por analogia, a regra do art. 1.221, § 1º, CPC.¹⁹

A escritura, que pode ser previamente elaborada pelos interessados, somente poderá ser tornada pública, a saber, lavrada pelo notário, se as partes houverem sido assistidos pelo advogado comum ou de cada um deles. O advogado obrigatoriamente deverá ter seu nome e sua qualificação no ato, ao qual concorrerá com sua firma no ato notarial.

Após a lavratura pelo tabelião, embora a lei não o diga expressamente, entende-se que se deve aplicar analogicamente o art. 1.124, CPC, que determina a averbação da sentença, aqui escritura pública, no Registro Civil das Pessoas Naturais e, se houver bens imóveis, também no Registro de Imóveis.

A gratuidade dos atos do tabelião é definida em lei para os pobres, reconhecidos como tais. Ela estende-se também aos atos decorrentes da escritura, ao exemplo das aludidas averbações nos Registros Civil e Imobiliário.²⁰

¹⁹ "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."

²⁰ Nesse sentido: TARTUCE, Fernanda. *Cabe pedido de Assistência Judiciária gratuita nos procedimentos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007? Qual o alcance do benefício de gratuidade estabelecido no § 3º do art. 1.124-A do CPC?* COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. *Op. cit.* p. 105.



7.3. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A separação extrajudicial consensual, provavelmente em razão da forma excessivamente sintética com que foi tratada no art. 1.124-A, omitiu-se quanto à intervenção do Ministério Público. Recorde-se que essa atuação ministerial é considerada como obrigatória na separação judicial consensual.²¹ Se o juiz foi dispensado, nada mais natural que assim também o seja o *Parquet*.

7.4. FILHOS MENORES OU INCAPAZES.

A redação do art. 1.124-A do CPC, refere-se à inexistência de “filhos menores ou incapazes” dos cônjuges como requisito para que postulem a separação pelo rito extrajudicial.

Há aqui outro lapso do legislador. É evidente que não cabe esse procedimento quando houver *filhos menores* e, por isso, sejam *incapazes*. De outro modo, poderá haver *filhos menores*, mas, excepcionalmente, *capazes*, como na situação dos menores emancipados. A obtenção da capacidade civil plena, antes de atingida a idade de 18 anos, não retira desses filhos a condição de menores, conquanto se tenham convertido em capazes.

A separação extrajudicial, por conseguinte, é cabível quando houver filhos capazes, independentemente de serem maiores ou menores. Por óbvio, se forem menores e não tiverem sido emancipados, recairão na regra geral da *incapacidade*.

7.5. CARÁTER OPCIONAL DA SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL POR MÚTUO CONSENTIMENTO.

A coexistência das duas espécies de separação por mútuo consentimento implica ser uma opção das partes seguir o rito judicial ou a forma extrajudicial.

²¹ Art. 1.122, § 1º, CPC.

8. EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL POR MEIO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MÚTUO CONSENTIMENTO OU PELA SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

O efeito principal da separação por mútuo consentimento, na espécie judicial ou extrajudicial, é a dissolução da sociedade formada pelos cônjuges, o que, como exposto, nada diz com o próprio casamento. Os cônjuges separam-se, mas permanecem casados.

A sentença, ao extinguir a sociedade conjugal, resolverá a separação de corpos (art. 1.575, *caput*, CCB/2002). É decorrência lógica que o efeito da separação entre os cônjuges é o fim da intimidade entre eles.

Existem, ainda, efeitos anexos da separação judicial: a) extinguir os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca; b) dissolver o regime de bens; c) resolver a questão da pensão alimentícia.

Quanto ao *regime de bens*, em tese, a separação haverá de resolvê-lo por meio da *partilha*. É objetivo da separação operar essa divisão patrimonial, como afirma também o art. 1.575, *caput*, CCB/2002. Tanto no acordo judicial, quanto no extrajudicial, os separandos podem dispor sobre o acervo decorrente de sua união. Os quinhões conjugais devem ser objeto de detalhamento no acordo ou na escritura, conforme o caso.

Não obsta a ocorrência da separação a ausência de partilha prévia, como assinala o art. 1.121, CPC. Essa foi uma técnica legislativa das mais úteis, porque dá aos separandos a oportunidade de resolverem questões pessoais imediatamente, deixando para outro momento a difícil tarefa de departir o acervo patrimonial.

Em relação ao pensionamento, é lógico que os cônjuges sobre isso dispuseram em seu acordo ou em sua escritura.

Se houve renúncia aos alimentos, já entendeu o STJ que não é possível sua superveniente exigência entre os separados.²²

²² “Direito Civil e Processual Civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. - A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. - Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ. REsp n. 701.902-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.09.2005, DJ 03.10.2005 p. 249)



9. RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL.

A separação por mútuo consenso, na medida em que interfere apenas na sociedade conjugal e não no casamento, é susceptível de reversão por meio de um simples expediente: o pedido de restabelecimento. Reconciliados os cônjuges, por mera petição dirigida ao juiz de família, podem requerer seja restaurada a sociedade conjugal. Com isso, recuperam o estado de casados e deixam o estado de separados. Não há mais vinculação do juiz da separação ao pedido de restabelecimento.

Os deveres anexos, que foram dissolvidos, renascem, ao exemplo da coabitação e da fidelidade, conquanto alguns outros jamais hajam sido molestados, ao exemplo do respeito mútuo e das obrigações para com os filhos.

A sentença de restabelecimento será também averbada nos cartórios competentes. Os terceiros que hajam mantido relações com os separados, antes e durante o estado de separação, independentemente do regime de bens, terão suas prerrogativas jurídicas respeitadas. Com isso, ficam imunes à anulação as vendas e compras operadas sem vênua conjugal, e são válidas as doações feitas pelos cônjuges no acordo de separação, seja aos filhos, seja a terceiros.

Uma vez mais o tratamento aligeirado da separação extrajudicial reflete-se no problema do restabelecimento da sociedade conjugal. Se a separação judicial permite o restabelecimento por mera petição ao juiz de família, o que dizer da separação extrajudicial? Não há regra legal explícita. Deve-se colmatar essa lacuna por meio do raciocínio analógico: se os separandos assim se tornaram por meio de escritura, basta celebrar nova escritura pública de restabelecimento da sociedade, a qual, depois de lavrada, deverá ser averbada nos cartórios competentes. Em relação aos ofícios imobiliários, a nova situação deverá sempre e sempre respeitar os direitos adquiridos por terceiros.

BIBLIOGRAFIA

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. *In.* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.) *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Antonio de S. Limongi. Separação judicial: instituto ou *nomen juris*? O estado civil do separado extrajudicial. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords). *In: Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. São Paulo: Método, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Famílias*. São Paulo : Saraiva, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

TARTUCE, Fernanda. Cabe pedido de Assistência Judiciária gratuita nos procedimentos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007? Qual o alcance do benefício de gratuidade estabelecido no § 3º do art. 1.124-A do CPC?. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords). *In: Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. São Paulo: Método, 2007.

