

TESE 108

Proponente: Elthon Siecola Kersul

Área: Família

Súmula: A ausência no acordo das questões relativas à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas) não constitui óbice para a homologação do pedido de divórcio consensual.

ASSUNTO

Trata-se a referida proposta da impossibilidade de recusa do pedido de homologação do divórcio consensual com fundamento na ausência das questões relativas à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas).

De fato, ainda após a vigência da EC 66/2010 persiste o entendimento de que se não houver a previsão no divórcio consensual das cláusulas protetivas (alimentos, guarda e visitas), pode-se recusar o pedido de divórcio, com fundamento no artigo 34, §2º, da Lei de Divórcio, bem como por analogia no artigo 1121, do Código de Processo Civil e artigo 1574, parágrafo único do Código Civil.

Referido entendimento incompreensível prolonga a infelicidade do casal em flagrante desrespeito ao princípio da intervenção mínima do Estado e da facilitação do divórcio.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conforme o artigo 4º, da Lei Complementar nº. 132/2009:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009 (grifo nosso)).

Incontestável que a maior parte das demandas envolvendo Direito de família diz respeito aos pedidos de Divórcio.

É cediço também que em muitas situações a composição amigável ocorre tão somente em relação à dissolução do casamento ou dissolução, guarda e visitas, postergando-se a discussão da fixação da guarda e visitas dos filhos ou tão somente dos alimentos em favor dos filhos para discussão em ação própria, se houver necessidade.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA

Após a vigência da EC 66/2010 não pode mais subsistir o entendimento de que se pode recusar o pedido de homologação do pedido de divórcio consensual pela ausência de previsão das cláusulas protetivas aos filhos (alimentos, guarda e visitas) com fundamento no artigo 34, §2º, da Lei de Divórcio, bem como por analogia no artigo 1121, do Código de Processo Civil e artigo 1574, parágrafo único do Código Civil.

Nessa esteira, conforme descreve Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (Introdução e Princípios Constitucionais do Direito das Famílias, ed. 2014, editora JusPodivm, Famílias, págs. 136): "(...) **Consequência interessante da supressão do instituto da separação do direito brasileiro é o afastamento do Estado da vida privada familiar, permitindo que o casamento e a sua manutenção (ou não) seja ato exclusivo de vontade das partes interessadas.** Afinal, ninguém pode ser obrigado a amar. Dar e receber amor é ato participativo de vontade, longe da participação estatal. **E, lembrando que a base fundante do Direito das Famílias é o afeto, detectado o seu fim, resta ao Estado aceitar a deliberação das partes, sem tentar afrontar ou limitar a sua vontade**". (grifos nossos)

Ora, se as partes livremente se casaram, porque não podem ter a mesma liberdade para dissolver o casamento?

Nesse sentido, cumpre destacar o artigo "Da separação e do Divórcio" escrito e veiculado por Maria Berenice Dias no sítio eletrônico (<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,23>), no qual a ilustre Desembargadora do TJRS descreve:

"Talvez um dos mais incompreensíveis interditos é a previsão constante do parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil, repetindo estranhamente a norma do § 2.º do artigo 34 da Lei do Divórcio. Os indigitados dispositivos autorizam o juiz recusar a homologação da separação se comprovar ele que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. **Surpreendente esse poder discricionário – chamado pela doutrina de "cláusula de dureza" – conferido ao magistrado de afrontar a vontade das partes, que vêm a juízo desvencilharem-se do casamento. Não dá para imaginar que motivo seria invocável ex officio para negar a separação e impor a manutenção do vínculo. Tal hipótese, ao que parece, representa verdadeiro retorno à indissolubilidade do casamento, princípio abandonado com o advento da Lei do Divórcio.**" (Grifo nosso).

E continua:

"Difícil identificar que interesses mereceriam ser preservados a ponto de obrigar que casamentos desfeitos não tenham o seu término chancelado pelo Estado. Se forem interesses de ordem patrimonial, com relação a um dos cônjuges, a solução seria decretar a separação, deixando-se somente de homologar a partilha. **Igualmente não se vislumbra vantagem aos filhos de viverem em um lar onde os laços de afeto não mais existem e a permanência do vínculo legal entre seus pais é imposta judicialmente. Havendo a obrigação de ambos os genitores, mesmo que separados, de prover o sustento da prole,**

e sendo assegurado o convívio de quem não detém a guarda, por meio da regulamentação das visitas, descabe falar em desatendimento dos interesses dos filhos a ponto de impedir que os pais concretizem o desejo de se separar.” (grifos atuais).

Igualmente, a possibilidade de recusa da homologação do acordo de divórcio com fundamento na ausência das cláusulas protetivas afronta diretamente o princípio dispositivo e o da inércia da jurisdição, o qual impede que o processo se instaure sem requerimento, o que em outros termos, obsta que as partes sejam obrigadas a litigar sobre questões não levadas a juízo.

Esse é o escólio de José Carlos Barbosa Moreira:

“Fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como **o da iniciativa de instauração do processo**, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, **o da possibilidade de auto composição do litígio**, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante, Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. Temas de direito processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.).

Em outras palavras, o juiz somente é acionado se as partes não tiverem condições de solucionarem os próprios conflitos.

De fato, em virtude da ausência de celeridade da solução dos conflitos pelo poder judiciário é que surgem meios alternativos de solução de conflito como a Autocomposição e outros meios extrajudiciais, não podendo o Estado afastar a capacidade das partes de encontrar solução para os próprios litígios.

Ademais, com a EC nº66/10 o casamento civil “pode ser dissolvido pelo divórcio” (art. 226, §6º, da CF), não prevendo qualquer condição, requisito para a efetiva decretação do divórcio, revogando tacitamente a Lei 6515/77, principalmente o artigo 34, §2º, da Lei de Divórcio.

Entendimento diverso prolongaria de forma injustificável a infelicidade do casal em flagrante desrespeito ao princípio da intervenção mínima do Estado, da liberdade e da facilitação do divórcio.

Ainda, em vista dos motivos acima elencados e levando em consideração a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende o fim do Instituto da Separação judicial (inclusive Tese Institucional 08/10), inaplicável por analogia o artigo 1121, do Código de Processo Civil e parágrafo único do artigo 1574, do Código Civil.

Por outro lado, ainda que se adotasse entendimento diverso, da aplicabilidade do parágrafo único, artigo 1574, do Código Civil ao divórcio, o Juiz somente poderia **intervir no limite da preservação dos incapazes ou de um dos cônjuges, em situações excepcionalíssimas**, que acarretasse manifesto prejuízo ou patente desigualdade entre cônjuges, **permitida ainda a cisão dos pedidos**.

Nesse sentido, o enunciado 516, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.

Nesta esteira também é o escólio de Milton Paulo de Carvalho Filho, (Código Civil Comentando, Coordenador Ministro Cezar Peluzo, fls. 1571, 8ª Edição, 2014):

“O Juiz poderá negar a homologação se verificar a insinceridade do pedido de um dos cônjuges, se vislumbrar no acordo que a vontade de um deles está dominada pela do outro, **ou se perceber que a separação é concedida por um dos consortes mediante pacto leonino que prejudica, gravemente, o outro e a prole, não atendendo a seus interesses** (Veja Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil: direito de família. São Paulo, Saraiva, 2002).” (Grifos nossos)

Verifica-se assim que mesmo antes da EC 66/2010, o entendimento predominante era de que o juiz somente poderia recusar a homologação **em situações graves e excepcionalíssimas**, mas não pela ausência no acordo das questões referentes à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas).

Nesse sentido:

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. CABIMENTO. Como o julgador tem o dever de recusar a homologação quando o acordo não preserva suficientemente os interesses dos consortes ou dos filhos, o juízo de valoração previsto no parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil passa a integrar o ato homologatório em si, de forma a ensejar a possibilidade de conhecimento do recurso. **Contudo, somente em especialíssimas situações, de flagrante desigualdade ou manifesto prejuízo, esta Corte tem manifestado oposição à respectiva chancela judicial, o que incorre na espécie.** (Apelação Cível nº. 70018784686, TJRS, Sétima Câmara Cível, 2007/Cível, Des.ª Maria Berenice Dias, Relatora) (Grifo Nosso).

Também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. **ACORDO APENAS QUANTO À DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL**, DISCORDANDO AS PARTES NO QUE TANGE AOS ALIMENTOS E EVENTUAL PARTILHA DE VERBA INDENIZATÓRIA TRABALHISTA. **FEITO CONVERTIDO EM AÇÃO DE ALIMENTOS**, COM ABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO NA NOVA AÇÃO, A QUAL, UMA VEZ APRESENTADA, NÃO FOI RECEBIDA PELO DECISOR. RECURSO PROVIDO, EM PARTE, PARA QUE SEJA DETERMINADO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO, nº 70008164311 OITAVA CÂMARA CÍVEL, 2004/CÍVEL, TJRS, DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT, Relator-Presidente).

Por fim, cumpre também transcrever o voto nº. 21082, Relator: Caetano Lagrasta, da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento n. 990.10.357301-3 – Bauru) que corrobora com a tese proposta:

“O recurso comporta provimento. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, e a nova redação do § 6o do art. 226 da CF, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico.

A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva - relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre culpa - ou objetivas -transcurso do tempo.

Ante a alteração da Constituição e a não recepção do instituto da separação judicial, restaria violado o princípio do acesso a uma ordem jurídica e célere (incisos XXXV e LXXVIII do art. 5o da CF), se findo o processo com a extinção do feito por falta de interesse de agir ou a improcedência do pedido, devendo o julgamento adequar-se ao novo ordenamento jurídico decorrente da manifestação do Poder Constituinte Derivado.

Ressalta-se que não há alteração dos fatos narrados em prejuízo da defesa da parte contrária, conforme acenado com os arts. 264 e 294 do CPC, mas apenas nova configuração jurídica para os mesmos, sendo esta a principal atividade do julgador, aplicar o Direito vigente aos fatos narrados.

Nesse sentido, com base no art. 515, § 3o, do CPC, incontroverso que as partes são casadas, de rigor a imediata procedência do pedido de divórcio, de acordo com o art. 226, § 6o, da CF, determinando-se o regular andamento do feito em relação aos outros capítulos. **Isto porque a extinção do vínculo matrimonial e a cessação da sociedade conjugal não dependem da resolução das outras questões do processo.**

Incabível a recusa pelo cônjuge ou companheiro, o divórcio tem sua decretação imediata, bastante a vontade de um deles, uma vez que não mais poderá discutir a culpa.

Nesse sentido, afirma JOSÉ FERNANDO SIMÃO que: A culpa acabou no Direito de Família? A delicada resposta depende do alcance da pergunta. A culpa acabou para fins de se impedir o

fim do vínculo conjugal? A resposta é afirmativa. Acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, acabou o casamento. Após a mudança constitucional, não mais se poderá debater a culpa como forma de protelar a decisão que põe fim ao casamento. O divórcio será concedido e o processo não comportará debates em torno do motivo do fim do casamento. A culpa de um ou ambos os cônjuges para a dissolução do vínculo ou para o fim da comunhão de vidas passa a ser irrelevante. O debate em torno da culpa, que anteriormente impedia a extinção célere do vínculo e sujeitava, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas, acabou definitivamente. Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de família? Não. (...) Assim, livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade, se necessário, que passem anos discutindo a culpa em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais. Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges. (A PEC do Divórcio - A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família - A passagem de um Sistema Antidivorcista para o Divorcista Pleno. "Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões". Número 17. IBDFAM e Editora Magister, 2010, pp. 14 e ss.).

As discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visitas aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em "cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente. É lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentenciado, capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos fundamentos da decisão" (Capítulos de Sentença. 4a ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 12).

Observa-se que solução diversa não preservaria a força normativa da Constituição e a carga axiológica decorrente da normatização dos princípios da dignidade humana e liberdade na busca do amor e da felicidade."
(Grifos atuais).

Portanto, a ausência de previsão no acordo das questões relativas a guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas) ou a discussão posterior em ação própria não constitui óbice para homologação do divórcio consensual.

Dessa forma, propõe-se a referida tese institucional: A inexistência no acordo das questões relativas a alimentos, guarda e visitas aos filhos menores (cláusulas protetivas) não é óbice para a homologação do divórcio consensual.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Identificado caso que se amolde à situação fática exposta na fundamentação, deverá ser realizado o divórcio consensual prevalecendo o respeito à vontade das partes ainda que as questões referentes à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas) sejam postergadas para discussão em ação própria, se houver necessidade.