



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Desnecessidade da Audiência de Ratificação nas Ações Consensuais de Separação e Divórcio Após a Vigência da Lei 11.441/07.

Luís Fernando Ferreira Gomes

**Rio de Janeiro
2009**

LUÍS FERNANDO FERREIRA GOMES

A Desnecessidade da Audiência de Ratificação nas Ações Consensuais de Separação e Divórcio Após a Vigência da Lei 11.441/07.

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-graduação.

**Orientadores: Prof.^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof.^a Mônica Areal**

**Rio de Janeiro
2009**

**A DESNECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO NAS AÇÕES
CONSENSUAIS DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI
11.441/07.**

Luís Fernando Ferreira Gomes

Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de
Direito – UFRJ. Técnico de Atividade Judiciária
do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de
Janeiro. Auxiliar de Gabinete da 18ª Vara de
Família da Comarca da Capital.

Resumo: Analisa-se nesse trabalho eventual vigência e validade das normas que impõem a audiência de ratificação como requisito da separação ou divórcio consensuais nos procedimentos judiciais, em desarmonia com o procedimento extrajudicial estabelecido pela Lei 11.441/07. Através do confronto entre tais normas e os princípios constitucionais da Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana, busca-se obter um procedimento uniforme de dissolução do casamento. Diante do estudo de obras doutrinárias sobre Direito de Família no Brasil e no direito comparado, chega-se a conclusão de que o atual estágio de desenvolvimento da sociedade não admite mais a interferência do Estado-juiz na vontade dos requerentes.

Palavras-chave: Separação, Divórcio, Ratificação, Desnecessidade, Lei 11.441/07.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Da Família. 3 – Do Casamento. 4 – Da Evolução Histórica dos Procedimentos de Dissolução do Casamento. 5 – Da Incompatibilidade da Audiência de Ratificação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 6 – Conclusão. Referências.

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à vigência e validade das normas que impõem a audiência de ratificação como requisito para a

homologação dos acordos de separação ou divórcio nos procedimentos judiciais ao contrário da tendência liberal do procedimento extrajudicial estabelecido pela Lei 11.441/07.

Como é cediço, ao longo do tempo a sociedade vem sofrendo constantes transformações no que tange às relações intersubjetivas. Contudo, as leis formais não têm sido atualizadas com a celeridade necessária para acompanhar o desenvolvimento social.

Tal fato, somado ao conservadorismo decorrente da influência religiosa em nosso ordenamento jurídico, resulta em uma manifesta incompatibilidade entre a realidade social e os instrumentos legais que regulam as relações privadas, o que tem causado uma série de transtornos aos indivíduos que não se adaptam ao modelo formal instituído pelo Estado.

Nesse contexto, depreende-se que o Direito de Família é um dos ramos que mais apresentam incoerências entre o atual estágio de desenvolvimento humano e as normas que o regulam, pois suas regras muitas vezes limitam-se a repetir procedimentos criados no início do século passado, inaplicáveis nos dias atuais.

Um exemplo que retrata bem essa incompatibilidade é a previsão legal da audiência de ratificação perante o juiz como condição necessária para a homologação dos acordos de separação ou divórcio nos processos judiciais.

A doutrina clássica e os legisladores nacionais sempre confundiram a instituição da família com o instituto do casamento, razão pela qual foi criada a audiência de ratificação com o objetivo de o juiz ouvir pessoalmente o casal sobre as razões do fim do relacionamento e tentar convencê-los a desistir da separação.

Com esse pensamento foi criado o artigo 318 do Código Civil de 1916, que em sua redação original previa: “Dar-se-á também o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado” (grifo nosso).

Mesmo com a edição da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), na década de 1970, a audiência de ratificação foi mantida no art. 4º ao exigir a presença dos cônjuges perante o juiz antes da homologação.

Por sua vez, o art. 1.122 do Código de Processo Civil, que regula o procedimento de separação consensual, também exige que o juiz ouça os cônjuges sobre os motivos da separação e esclareça as consequências do ato. E o § 2º do mesmo dispositivo impede a homologação se algum dos cônjuges não comparecer à audiência ou não ratificar o acordo.

Para o divórcio direto consensual o § 2º do art. 40 da Lei do Divórcio impõe a observância, no que couber, do procedimento da separação consensual (artigos 1.120 ao 1.124 do CPC), além de mais quatro requisitos específicos: a) indicação dos meios de prova na petição inicial; b) fixação de pensão ao cônjuge que dela necessitar; c) audiência de ratificação obrigatória; d) partilha de bens.

Mas como toda atividade humana, os relacionamentos afetivos também se modificam. O conceito de família que existia no início do século passado não é mais o mesmo nos dias atuais. A sociedade patriarcal de outrora cedeu lugar a um novo modelo, fundado no afeto, na solidariedade e na busca pela realização pessoal do indivíduo.

Portanto, o casamento não pode mais ser visto como um fim em si mesmo, que precisaria ser protegido em detrimento da liberdade individual de quem opta pela separação consensual. Trata-se de um instrumento da eterna busca pela felicidade pessoal.

Diante dos novos delineamentos da entidade familiar trazidos pela Constituição de 1988, depreende-se que o término do casamento não implica na extinção da família, pois esta apenas sofre uma transformação para se adequar à nova situação do ex-casal.

Nos dias de hoje, quando o casamento não cumpre mais sua função social não há razão para que o Estado interfira na liberdade de o indivíduo buscar outra forma de vida em sociedade. Negar tal direito equivaleria a condenar duas pessoas a permanecerem juntas quando não mais se gostam, o que violaria o postulado da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento de nossa República (art. 1º, III da CRFB).

Em meio a essa gama de transformações, o novel legislador perdeu uma ótima chance de extirpar a audiência de ratificação dos procedimentos judiciais quando manteve no art. 1.574 do Código Civil de 2002 a exigência da presença dos cônjuges perante o Magistrado.

Entretanto, foi mais feliz a redação da Lei 11.441/07, que acrescentou o art. 1.124-A ao CPC para permitir a realização de acordos de separação e divórcio por escritura pública, independentemente de audiência de ratificação ou homologação judicial, quando o casal não tiver filhos incapazes.

Diante da inovação legislativa, os juristas de vanguarda passaram a sustentar que a Lei 11.441/07 teria revogado tacitamente os dispositivos que impunham a audiência de ratificação nos processos judiciais.

Para os mais conservadores, apenas nos acordos extrajudiciais seria dispensada a audiência perante o juiz, pois o dispositivo seria uma norma especial.

Já o segmento moderado da doutrina entendeu que a ratificação do acordo seria obrigatória apenas quando o casal tivesse filhos incapazes, pois a Lei 11.441/07 não poderia ser aplicada nessa situação nem por analogia.

Portanto, através da análise histórica da legislação pátria, o objetivo do presente artigo é convencer o leitor de que a Lei 11.441/07, além de ter revogado tacitamente a audiência de ratificação nas hipóteses em que caberia a via extrajudicial, retratou o fenômeno da mutação constitucional sobre o instituto, de forma a dispensar a ratificação em qualquer hipótese, mesmo quando o casal tiver filhos incapazes.

Com essa nova interpretação, busca-se também proporcionar maior celeridade ao andamento processual, pois um acordo que duraria até três meses para a realização da audiência de ratificação pode ser homologado em uma ou duas semanas se for dispensada tal formalidade.

2 – DA FAMÍLIA

2.1 – Conceito de Família

Embora a palavra seja de conhecimento comum, a conceituação técnica de família é extremamente difícil, pois além de transformar-se no tempo e no espaço, sua essência difere quanto ao enfoque que lhe é dado. Assim, para o leigo a família tem um sentido, já para a antropologia ou sociologia tem outros enfoques.

Por isso, nem o Código Civil nem a nossa Constituição definiram o termo família, deixando sua conceituação a cargo dos doutrinadores.

A **origem etimológica** da palavra família vem do latim *familia*, que por sua vez tem origem na palavra *famulus* ou *famel*, na língua dos oscos, povo do norte da Península Itálica.

Segundo tradução de Friederich Engels (2000), o termo significa o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem.

Tanto para os romanos quanto para os outros povos antigos, a palavra família sempre esteve mais relacionada com propriedade do que com parentesco. No hebraico antigo era usado o termo *mixpahhá* – família ou tribo –, no vocabulário grego falava-se em *epistion* – o que está junto ao lar – e *gueneá* – gênero, origem, antepassados. Na Bíblia também aparecem passagens com referências a *casa* como sinônimo de família e no sânscrito usava-se a palavra *dha* – comunhão de casas (GLANZ, 2005).

O **conceito sociológico** de família abrange o grupo residente sob o mesmo teto, sejam ou não descendentes de uma mesma linhagem. A finalidade de moradia comum supera os laços sanguíneos, pois a família é encarada como fato social. Nessa visão, uma criança acolhida pela família em sua residência passa a integrar o núcleo familiar, mesmo que não tenha vínculo biológico ou jurídico, pelo simples fato de fazer parte daquele lar.

Segundo **filólogos e lexicólogos** modernos, o termo é descrito da seguinte forma: “família (*sf*) 1. grupo social básico, formado por pai, mãe e filho(s); 2. pessoas ligadas entre si pelo casamento ou qualquer parentesco; 3. grupos de seres ou coisas com características comuns” (HOUAISS e VILLAR, 2003).

Sob o **aspecto jurídico**, o conceito de família é divergente quanto à sua abrangência, tanto entre os doutrinadores quanto dentro do próprio ordenamento, pois são encontradas referências distintas às relações familiares nos diversos ramos do direito: penal, tributário, previdenciário, civil etc.

Enquanto a disposição de capítulos e títulos do Código Civil e da Constituição de 1988 parece estabelecer uma ordem de preferência de nossos legisladores pela família clássica, decorrente do casamento e da filiação, para supletivamente regular outras formas como a união estável e a família monoparental, outras leis extravagantes ampliam o conceito de entidade familiar.

Nesse sentido, o inciso I do art. 11 da Lei do Inquilinato (Lei 8.284/91) protege, além do cônjuge ou companheiro e herdeiros do locatário falecido, as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel.

No tocante à proteção do bem de família, os nossos Tribunais Superiores ampliaram o conceito de entidade familiar para abranger também o solteiro solitário com a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90.

Pontes de Miranda (1954) já destacava a multiplicidade de conceitos de família existentes no ordenamento jurídico, que por vezes significava o conjunto de pessoas

descendentes de um tronco ancestral comum; por outras abrangia os indivíduos ligados a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; outras vezes a lei se referia aos afins; em algumas situações restringia-se o conceito ao marido e à mulher, descendentes e adotados; por último, estendia-se aos parentes sucessíveis.

Para Washington de Barros Monteiro (2004), a definição do que vem a ser uma família, deveria ser gerada sob um duplo sentido: restrito (família nuclear) – abrange tão-somente o casal e a prole; e amplo (família extensa) – abrange todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação.

Já o professor Silvio Rodrigues (2002) adotou a definição tripartida da família, que em um conceito mais amplo, abrange pessoas provindas de um tronco ancestral comum; em uma acepção um pouco mais limitada, compreende os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis; e em um sentido ainda mais restrito, é formada pelos pais e sua prole.

Sob a ótica civil-constitucional, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) identificam a família como uma relação social decorrente do afeto, onde destacam-se as mudanças de características da família pós-moderna que evoluiu da figura matrimonializada para a pluralizada, da patriarcal para a democrática, da hierarquizada para a igualitária substancialmente, da heteroparental para a hetero ou homoparental, da biológica para a socioafetiva, do caráter institucional para o instrumental.

2.2 – Espécies de família

Diante da moderna conceituação de família, podemos concluir que atualmente o nosso ordenamento jurídico reconhece e protege cinco espécies de entidades familiares: **família matrimonial** (decorrente do casamento), **família natural** (decorrente de uniões livres), **família monoparental** (composta por um dos pais e seus filhos), **família recomposta ou reconstituída** (integrada por filhos decorrentes de casamentos anteriores e seus padrastos ou madrastas) e **família unipessoal** (formada pelo solteiro solitário).

Washington de Barros Monteiro (2004) ressalta que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) prevê uma outra espécie de família: a **substituta**, que consiste naquela perante a qual a criança é inserida na falta ou em substituição à família biológica .

Por influência da Igreja Católica, inicialmente o direito brasileiro reconhecia somente a família derivada do casamento, a qual denominava de família legítima. Conseqüentemente, os filhos oriundos dessas relações eram tidos como legítimos, em detrimento dos rebentos advindos de relações extraconjugais (ilegítimos), que não recebiam o mesmo tratamento, principalmente em matéria sucessória.

Mesmo após o reconhecimento da união estável e da proibição da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos pelo texto constitucional de 1988, tanto a Carta Magna quanto o Código Civil de 2002 e as demais leis extravagantes continuaram tratando a família como sinônimo de casamento, e para as demais espécies de família criou-se o eufemismo entidades familiares.

Dessa forma, o *caput* do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Em seguida, os parágrafos 1º e 2º estipulam que o casamento é civil, sendo gratuita a celebração, e o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

No mesmo sentido, o art. 1.511 do Código Civil, ao iniciar o capítulo Do Direito de Família, dispõe que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Quanto à família natural, embora a sociologia divida tais relacionamentos em união estável, concubinária e homoafetiva, nossa legislação só reconhece como entidade familiar a união estável, relegando às demais formas apenas repercussões de âmbito obrigacional ou previdenciária, diversas da esfera familiar.

2.3 – Evolução Histórica do Instituto

Conforme relata Friederich Engels (2000), na sociedade primitiva não existia família restrita. Nossos ancestrais se reuniam em tribos endogâmicas e, por manterem relações sexuais entre todos, nunca se sabia quem eram os pais das crianças nascidas no grupo, que por

isso permaneciam em companhia materna. Esse é o fundamento daqueles que defendem a teoria da sociedade matriarcal primitiva.

Através do contato com outras tribos, em decorrência de guerras e carência de mulheres, foram abandonadas as relações incestuosas e a sociedade evoluiu para a exogamia, surgindo então os primeiros grupos familiares fechados, caracterizados pela **função procriadora**.

Com a evolução da sociedade, a família transformou-se em meio de produção. Havia necessidade de grande número de filhos para cultivarem a terra ou trabalharem nas oficinas domésticas. Daí surge a **função econômica da família**.

No Império Romano destacou-se o caráter patrimonial da família, que se confundia com os próprios bens e escravos do *pater familias*. A sociedade romana baseava-se no culto doméstico aos antepassados, por isso a família tinha **função eminentemente religiosa**.

Quando a mulher se casava, abandonava o culto à família do pai e passava a reverenciar os deuses e antepassados do marido. Para evitar o desaparecimento da família e, por conseqüência, a desgraça dos antepassados, era necessário que sempre existisse um filho homem para continuar o culto familiar. Dessa necessidade surgiram o poder de repudiar a mulher infértil e a adoção como forma de agregação.

Nessa época surgiu também a diferença entre filhos legítimos e ilegítimos (bastardos), pois só aqueles frutos do casamento podiam continuar o culto. As uniões livres tinham reconhecimento jurídico, mas não o mesmo tratamento do casamento (VENOSA, 2004).

Após as Cruzadas, os cultos familiares foram substituídos e a maioria dos povos do ocidente passou a seguir a religião Católica. Então a família passou a ser regulada pelas normas canônicas ditadas pela Igreja Católica, segundo as quais o casamento era a única forma de constituição de família, e a indissolubilidade do sacramento matrimonial foi elevada a dogma no século XVI, através do Concílio de Trento.

No Estado Liberal do século XIX e início do século XX, época em que predominou o ideário iluminista nas relações patrimoniais, a família assumiu a **função política** de manter o *status quo* da burguesia que detinha o poder.

Foi nesse contexto que surgiu o nosso Código Civil de 1916, onde predominava o caráter patriarcal da sociedade, a diferenciação entre filhos legítimos ou ilegítimos e o predomínio das relações patrimoniais sobre as pessoais. Naquela época vigorava o princípio basilar da autonomia da vontade, no intuito de preservar a atividade econômica e a estabilidade nas relações jurídicas de cunho privado.

Na sociedade moderna, as transformações tornaram-se mais constantes, principalmente em virtude do progresso científico e econômico. Houve um acentuado processo de urbanização e as mulheres passaram a trabalhar fora de casa, alterando-se as relações sociais. Contudo, por longo período as funções da família continuaram alternando-se entre a religiosa, a econômica, a procriadora e a política.

Durante o século XX, assistiu-se ao desenvolvimento do Estado Social, no qual a intervenção estatal nas relações privadas passou a proteger as partes mais fracas, buscando harmonizar o convívio social e as atividades econômicas.

No tocante à família, a função religiosa perdeu importância diante do enfraquecimento da influência católica no governo. Igualmente, a função econômica da família como meio de produção e proteção na velhice foi substituída pela previdência social. A função procriadora ficou diante do elevado custo de vida e da disseminação de métodos anticonceptivos. Da mesma forma, a função política da família foi amenizada pelas pressões por justiça social.

Os juristas Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka (2005) ressaltam que as alterações legislativas sob influência do Estado Social ocorreram por meio de leis esparsas, a partir da década de 1960, destacando a criação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77).

Nessa fase, as Constituições passaram a regular normas de direito de família para tentar adequar o ordenamento jurídico à realidade social. A Carta de 1988 promoveu profundas modificações nas normas de proteção da família ao reconhecer como entidade familiar a união estável e a família monoparental, além de ressaltar a isonomia entre os cônjuges e proibir a distinção entre filhos legítimos e naturais.

Apesar de a Constituição ter definido as normas básicas de interpretação do novo direito de família, o Código Civil de 2002 cumpriu um papel importante ao revogar normas obsoletas presentes no Código de 1916 e em leis esparsas como a Lei do Divórcio.

As principais mudanças trazidas ou reafirmadas pelo novo Estatuto Civil foram a eliminação das referências à legitimidade da família e dos filhos; a plena igualdade entre os cônjuges nos efeitos patrimoniais e pessoais; e a regulamentação da união estável, tanto no capítulo específico, quanto em artigos espalhados ao longo do Código.

Atualmente, deparamo-nos com o fenômeno da repersonalização da família, no qual o afeto passa a ser a viga mestra das relações familiares e a proteção da dignidade da pessoa humana supera os aspectos patrimoniais do instituto.

Hoje a família não é mais tida como parte do Estado, mas sim como um conjunto de indivíduos que buscam a felicidade em um núcleo comum. A família atual é fundada na solidariedade, cooperação e dignidade dos indivíduos que a integram (LÔBO, 1999).

3 – DO CASAMENTO

3.1 – Conceito de Casamento

Segundo o Desembargador Semy Glanz (2005), a palavra **casamento** tem origem na expressão latina *casa*, que significa tenda, cabana, prédio rústico. Ressalta, ainda, o mesmo autor, a etimologia de outros termos análogos a casamento: **matrimônio** é derivado de *matris* (genitivo de *mater* = mãe) e *munus* (encargo, presente); **núpcias** vem do latim *nuptias*, que por sua vez deriva de *nubere* (cobrir-se), porque na *confarreatio* romana a mulher usava um véu; **consórcio** é a junção de *cum* e *sors*, pois os casados compartilham de uma sorte comum.

O primeiro conceito jurídico de casamento foi formulado por Modestino, no Direito Romano do século II a.C., e influencia até hoje os juristas modernos: *nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio*. Em português: as núpcias são a conjunção do homem e da mulher e consórcio de toda a vida: comunhão de direito divino e humano.

Mas a evolução da família romana teve como fruto um novo conceito de casamento, atribuído a Ulpiano, que dilui a influência religiosa no instituto: *nuptice autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam vitae consuetudinem continens*. Traduzido: núpcias, ou também matrimônio, são a conjunção de homem e mulher abrangendo permanência indivisa de vida.

No Brasil os doutrinadores em geral elaboraram seus conceitos através da reformulação da definição romana, de forma a adaptá-la à natureza jurídica que dão ao instituto, mas a base de todos os conceitos gira em torno dos seguintes preceitos: a união

sexual, afetiva, e para alguns até espiritual, entre um homem e uma mulher (*cum + sors*); e a criação dos filhos resultantes dessa união (*mater + munus*).

Clóvis Bevilacqua (1931), enfatizando a indissolubilidade do vínculo, definia o casamento como um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesse, e comprometendo-se a criar e educar a prole.

Já Lafayette Rodrigues Pereira (1956), reticente em conceituar o sacramento matrimonial como um contrato, preferiu defini-lo como um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem, sob promessa de fidelidade e comunhão de vida.

Dentre os juristas mais modernos, notamos a preocupação em desvencilhar-se do conceito romano, adaptando a definição aos dias atuais.

Nesse sentido, César Fiúza estabelece um conceito diferente, no qual compara o instituto do casamento ao fato social da união estável, porém, formalizado pelos cônjuges na forma da lei: “segundo nosso direito em vigor, o casamento é a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família”. FIUZA (2003, p. 798-799)

3.2 – Natureza Jurídica do Casamento

Cabe mencionar que tanto no antigo direito romano quanto no direito soviético o casamento era tido como um **simples fato**, ou seja, um direito real, análogo à posse na ordem patrimonial. Mas hoje em dia essa idéia foi completamente abandonada.

Para o direito canônico o casamento é um **sacramento**. Porém, por fazer parte da natureza humana, o casamento é visto pela Igreja Católica como um contrato sagrado, perpétuo e indissolúvel (VENOSA, 2004).

A idéia de casamento como **contrato civil** surgiu no século XVIII, sob a influência do Iluminismo, época em que os pensadores se opunham à religião e buscavam nas leis uma forma de concretizar os ideais liberais defendidos pela burguesia. Essa concepção foi acolhida pela escola do direito natural e consubstanciada no Código de Napoleão, de 1804, que aplicava ao casamento as regras comuns de todos os contratos civis (MONTEIRO, 2004).

No Brasil, notamos que a **teoria contratualista** é difundida entre os doutrinadores mais clássicos, como Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Sá Pereira, entre outros. Em suma, quem defende a natureza jurídica contratual sustenta que o casamento nasce de um acordo de vontades entre pessoas livres e capazes, assim como os contratos em geral, e por isso deve ser regulado pelas mesmas regras jurídicas.

Já os adeptos da **teoria da instituição**, surgida na França no início do século XX, fundamentam sua posição no fato de que, embora o casamento nasça da vontade dos nubentes, estes apenas aderem a uma estrutura jurídica cogente e predisposta pelo Estado, não tendo poder para modificar seus efeitos jurídicos.

Um grande defensor dessa teoria foi o Professor Washington de Barros Monteiro (2004), para quem tratar o casamento como mero contrato equivaleria a equipará-lo a uma simples venda ou sociedade civil, deixando de lado as finalidades nobres do instituto. Sustenta que para a constituição do casamento válido não basta a vontade dos noivos, sendo indispensável a intervenção de autoridade do Estado para chancelar a intenção do casal.

Atualmente, a tese mais aceita sobre a natureza jurídica do casamento é a **teoria mista**, que procura situar-se entre o liberalismo dos contratualistas e o intervencionismo daqueles que vêem no matrimônio uma instituição. Para os doutrinadores modernos, o casamento é uma instituição na qual os cônjuges ingressam pela manifestação de vontade, como se dá na celebração de um contrato.

Também adepto da teoria mista, Carvalho Santos (1961) ressalta que a diferença entre o casamento e as outras espécies de contrato é que enquanto estes giram em torno de interesses econômicos, o matrimônio reflete interesses morais e pessoais.

Partindo da premissa de que o casamento é um ato complexo, Sílvio Venosa (2004) divide o instituto em duas fases: o casamento-ato, que é um contrato, e o casamento-estado, que é uma instituição.

A importância em se definir a natureza jurídica do casamento está nos seus efeitos, pois quando visto sob a forma de um simples contrato, do mesmo modo que este surge da vontade das partes, também pode ser modificado ou até extinto pelo mútuo consentimento, sem intromissão estatal na relação privada. Porém, se for considerado uma instituição, o Estado poderá interferir tanto na formação quanto na regulamentação do casamento, podendo até impedir a sua dissolução.

3.3 – Evolução Histórica do Instituto

O casamento sempre existiu como fato natural. Embora tenha se apresentado de formas diversas ao longo da História, a união entre homem e mulher decorre do instinto biológico, da atração sexual que possibilita ao ser humano a perpetuação da espécie através da procriação.

Mesmo que nos primórdios da humanidade os encontros afetivos tenham sido apenas momentâneos para cópula e entre vários membros de uma mesma tribo, ou até mesmo incestuosos, com o passar do tempo o ser humano passou a sentir necessidade de unir-se a outra pessoa de forma duradoura, formando casais, que por sua vez deram origem às famílias.

O casamento começou a se moldar de forma mais organizada no direito romano, no qual existiam inicialmente três formas de casamento: a cerimônia religiosa, chamada *confarreatio*, destinada às altas classes, de onde surgiram as pompas nupciais e o bolo de noiva, presentes até hoje; a *coemptio*, que era uma forma de *mancipatio*, ou seja, um negócio jurídico parecido com a compra e venda, através do qual era realizado o casamento da plebe; e a *usus*, uma espécie de posse gerada pela convivência ininterrupta do casal por um ano, que corrigia eventuais vícios da *coemptio*. No início, a alienação da *coemptio* era real e depois passou a ser ficta. Já a *usus* diferenciava-se da simples posse por apresentar a *affectio maritalis*, a vontade de contrair matrimônio (MONTEIRO, 2004).

Também teve origem romana o noivado, que era chamado *sponsalia de futuro*, enquanto o casamento era denominado *sponsalia de praesenti*. Através da *copula carnalis*, os esponsais eram transformados em casamento, sem levar em conta qualquer requisito ou consentimento dos nubentes, mesmo que o coito fosse obtido à força pelo noivo.

Como ressalta Pontes de Miranda (1954), no velho direito romano existia uma ação para obrigar a conclusão do casamento sem a cópula obrigatória (*actio matrimonialis*), uma espécie de execução da promessa de casamento. Igualmente surgiu nessa época a proibição de casamentos entre certos parentes (*impedimentum publicae honestitatis*), que correspondem aos impedimentos matrimoniais atuais.

De forma geral, o casamento romano incentivava a prole e impunha penas aos solteiros e aos casais sem filhos, além de permitir um novo casamento para possibilitar a procriação. Esse objetivo é decorrente do culto aos deuses lares, que predominava nas

famílias romanas. Se o casal não tivesse filhos, o culto terminaria e os antepassados cairiam em desgraça. Logo, todo incentivo à procriação era justificado pela tradição religiosa.

Quanto aos efeitos, existiam duas espécies de casamento: o *cum manum*, decorrente da *usus*, que acarretava na perda de toda relação da mulher com a família de seu pai; e o *sine manu*, que permitia à mulher participar na herança paterna e mitigava a relação desta com a família do marido.

Na época clássica do direito romano aboliu-se a *usus* e a *confarreatio* restou limitada às famílias que pretendiam que seus filhos ocupassem altos cargos sacerdotais, predominando nessa época o casamento *sine manu*.

O direito canônico antigo teve origem romana e germânica. A teoria canônica sobre o casamento é predominantemente naturalística, na qual a cópula carnal exerce papel relevante para a validade do ato, a instituição de direitos e deveres entre os cônjuges etc. A regulamentação do matrimônio como sacramento católico ocorreu no Concílio de Trento, onde foram estabelecidos os seguintes princípios: expedição de proclamas, celebração pelo pároco ou outro sacerdote, na presença de duas testemunhas, necessidade do expreso consentimento dos nubentes, além da indissolubilidade do vínculo (MONTEIRO, 2004).

Foi sob a influência do direito canônico que o direito de família foi trazido para o Brasil, onde, de início, vigoravam as Ordenações Filipinas, que reconheciam também casamentos sem a intervenção da autoridade eclesiástica.

Na época colonial de nosso país, eram reconhecidas três formas de casamento: a celebração católica, realizada nos moldes do Concílio de Trento, de 1563; o casamento misto, entre católicos e não-católicos, na forma do direito canônico; e o casamento entre membros de seitas diversas, com suas respectivas normas.

Na Constituição Imperial, de 1824, não havia referência ao casamento ou à família. Mas, em 1827 o Império Brasileiro passou a reconhecer somente o casamento católico realizado nos moldes definidos no Concílio Tridentino. Em 1861, foi editada a lei regulando o casamento entre não-católicos, que se realizava segundo o culto dos próprios nubentes, mas ainda não existia nenhuma forma civil de casamento (RIZZARDO, 2005).

Somente em 1890, após a proclamação da República, tivemos um texto constitucional tratando do casamento, que no § 4º, do art. 72 reconheceu somente o casamento civil, independentemente da religião dos nubentes, pois o Estado não estava mais ligado à Igreja, devido à ideologia positivista predominante entre os republicanos.

Veio então o Código Civil de 1916, que dispunha apenas sobre o casamento civil, já que a cerimônia religiosa não tinha validade.

A partir da Carta de 1934, foi admitido também o casamento religioso com efeitos civis (art. 146), regulamentado em 1937 e coadunado pelas Constituições de 1946 (art. 163, §§ 1º e 2º), 1969 (Emenda Constitucional nº 1 – art. 175, §§ 2º e 3º) e pela atual (art. 226, § 2º).

Arnaldo Rizzardo (2005) lembra que a lei não restringe nenhuma forma de religião ou rito de celebração para que o casamento religioso seja reconhecido com efeitos civis, depois de cumpridas as formalidades de habilitação e registro.

Somente em 1934 foi admitido o registro do casamento religioso para que tivesse efeitos civis. Porém, trata-se de uma norma que não pegou, pois a sociedade manteve o hábito do duplo matrimônio e, mesmo entre as classes mais cultas, observa-se que normalmente o casamento civil é realizado dias antes da cerimônia religiosa e só depois desta os noivos passam a viver juntos (MONTEIRO, 2004).

Além de reconhecer o casamento civil e o religioso com efeitos civis, a Constituição de 1988 causou grande mudança no instituto do casamento ao promover igualdade jurídica entre os sexos na direção da entidade familiar, nos direitos e deveres dos cônjuges, na criação dos filhos etc., eliminando os resquícios da sociedade patriarcal. Também foi proibida qualquer discriminação entre filhos, além de haver reconhecido outras formas de constituir família, deixando de ser o casamento a única fonte da família legítima.

O Código Civil de 2002 teve importância fundamental na atualização da legislação ordinária referente ao casamento. Desse modo, o novo Estatuto Civil regulou ao lado do casamento civil o registro da cerimônia religiosa, através dos arts. 1.515 e 1.516, aumentando o prazo de validade da habilitação prévia para 90 dias.

Como corolário do princípio da Isonomia, percebe-se que o novo Código promoveu a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511); a redução da capacidade matrimonial do homem para 16 anos (art. 1.517); a extinção da figura do chefe de família (arts. 1.565 e 1.567); e a possibilidade de uso do sobrenome do outro por qualquer dos nubentes (art. 1.565, § 1º).

Atualmente, a legislação brasileira reconhece como espécies de matrimônio: o **casamento civil**, realizado perante o juiz de paz (arts. 1.512 e 1.514 do CC); o **casamento religioso**, celebrado perante autoridade eclesiástica e registrado após a habilitação (arts. 1.515 e 1.516 do CC); o **casamento por procuração**, com poderes especiais e devidamente lavrada por tabelião (art. 1.542 §§ 1º ao 4º do CC); o **casamento putativo**, quando embora o ato seja nulo ou anulável, um ou ambos os cônjuges agiram de boa-fé (art. 1.561 do CC); o **casamento nuncupativo**, realizado em casos de doença grave ou iminente risco de morte de um dos noivos (arts. 1.539 e 1.540 do CC); o **casamento consular**, realizado no estrangeiro,

sendo ao menos um dos contraentes brasileiro, perante autoridade consular do Brasil (art. 1.544 do CC); e o **casamento por conversão**, requerido pelos companheiros de união estável, cujos efeitos retroagem à data do início da união (art. 1.726 do CC).

4 – DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PROCEDIMENTOS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Nos povos primitivos, assim como o próprio casamento, a dissolução do matrimônio também não era formalmente disciplinada, senão de maneira esporádica. Para as sociedades antigas a mulher era um ser inferior, que tinha como função precípua a procriação, razão pela qual era comum nessa época o repúdio à mulher pelo marido quando ela não fosse apta a tal função ou quando descumprisse o dever de fidelidade conjugal.

No direito romano, destacaram-se três formas de dissolução do casamento: pela morte de um dos cônjuges; pela perda da capacidade; ou pelo fim da *affectio maritalis*. No período Quiritário foi permitido o repúdio em caso de adultério ou outras faltas graves. Durante o período Clássico surgiu o *divortium bona gratia*, que era uma forma de dissolução consensual do vínculo conjugal (VENOSA, 2004).

A *Lex Julia de Adulteris*, do tempo de Augusto, foi a primeira forma de mitigação do *repudium*, pois exigia a presença de sete testemunhas no caso de adultério. Na época de Justiniano, o *Codex LV* e as *Novelas CXVIII* e *CXL* enumeraram as causas permissivas do divórcio, dentre as quais estava prevista a hipótese de mútuo consentimento.

Assim, eram previstas quatro formas de ruptura do vínculo conjugal naquela época: o *divortium ex justa causa*, exercido por um dos cônjuges quando o outro cometesse ato previsto nas causas permissivas de divórcio; o *divortium bona gratia*, decorrente do mútuo consentimento, em razão de uma causa justificada; o *divortium sine justa causa*, que era o repúdio injustificado; e o *divortium communi consensu*, realizado por mútuo consentimento sem a necessidade de justificação (CAHALI, 2002).

Com o Cristianismo, foi extinta a figura do repúdio e criaram-se formas de dificultar a separação do casal. Embora ainda não existisse o dogma da indissolubilidade do casamento, a

Igreja Católica desde o início reagia contra a separação, usando como fundamento a parábola: não separe o homem o que Deus uniu.

Em seu brilhante estudo sobre divórcio e separação, Yussef Said Cahali (2002) aborda a questão do adultério como alvo de demasiadas controvérsias no seio da Igreja, pois a interpretação do Evangelho de São Mateus (Cap. XIX, 9), ensejava para alguns a possibilidade de divórcio com rompimento do vínculo conjugal quando a mulher traísse seu marido. Outros, porém, defendiam que o texto apenas permitia ao homem afastar-se de sua esposa, por meio da separação de corpos, sem que lhe fosse permitido o rompimento do vínculo e a liberação para um novo matrimônio.

A controvérsia perdurou durante séculos até que no Concílio de Trento, no século XVI, o casamento foi elevado a dogma sacramental, cuja dissolução foi proibida. A partir de então, o direito canônico passou a reconhecer apenas a separação de corpos.

Quanto às demais religiões, teve fundamental importância a reforma protestante do século XV, que permitiu aos seguidores de Lutero o divórcio não apenas no caso de adultério, mas também pelo abandono voluntário do lar, maus-tratos ou recusa do débito conjugal.

Na Inglaterra, a recusa da Igreja Católica em autorizar o novo casamento do rei deu ensejo à criação da Igreja Anglicana, que foi fundada com o objetivo de permitir o divórcio.

A Igreja Grega também admite o divórcio, mas somente no caso de adultério. Porém, a Igreja Ortodoxa não permite em hipótese alguma.

Já os muçulmanos, aproximam-se mais dos povos primitivos, pois ainda admitem o repúdio da mulher, embora aquela religião ensine que não se deve repudiar por leviandade ou mero capricho.

No Brasil, até a proclamação da República e a conseqüente separação entre o Estado e a Igreja, o casamento foi regulado nos moldes instituídos pelo Concílio de Trento, passando porém, a partir de 1.861, a aceitar-se também o casamento entre indivíduos de seitas diversas.

Com o objetivo de encontrar uma solução para os conflitos matrimoniais que não contrariasse o dogma católico da indissolubilidade do casamento, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o instituto do desquite, que era um neologismo da separação de corpos do Direito Canônico, introduzido no Código Civil de 1916.

Tal instituto, ao mesmo tempo em que liberava os cônjuges de alguns dos deveres decorrentes do matrimônio, não rompia o vínculo conjugal e permitia a retomada do casamento a qualquer tempo.

Através do art. 124 da Constituição de 1.934, a indissolubilidade do vínculo conjugal foi elevada a preceito constitucional e assim foi mantida nas Cartas de 1.937 (art. 124), 1.946 (art.163) e 1.967 (art. 175, § 1º e EC 1/69).

Mesmo assim, continuaram as tentativas de introduzir o divórcio no Brasil, dessa vez de forma disfarçada entre as causas de anulação do casamento, caracterizada por uma incompatibilidade invencível entre os cônjuges, quando após cinco anos do desquite ou sete da separação de fato, o casal não restabelecesse a sociedade conjugal.

Em 1.975 foi apresentada proposta de Emenda Constitucional para permitir a dissolução do vínculo após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Mas embora a proposta tenha obtido a maioria dos votos, não atingiu o quorum especial necessário para aprovação da Emenda Constitucional.

Mas em 1.977, quando o Parlamento se encontrava em recesso determinado pelo Ato Institucional nº 5, o Poder Executivo reduziu o quorum de dois terços para maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional.

Com o fim do recesso, foi enfim aprovada a Emenda Constitucional nº 09/77, que ao invés de simplesmente suprimir a ressalva do § 1º, do art. 175, que previa a indissolubilidade do vínculo, permitiu o divórcio com a inclusão no texto constitucional de restrições.

A Lei 6.515/77, ao regular a matéria manteve por via oblíqua o desquite, que passou a ser chamado de separação judicial, e estipulou várias cláusulas de dureza para dificultar o decreto do divórcio.

A principal diferença entre a separação judicial e o divórcio é que enquanto este dissolve o vínculo conjugal e libera os cônjuges para um novo casamento, a separação apenas desfaz a sociedade conjugal, preservando o vínculo. Porém, a adoção desta dupla via se mostra despicienda e, para alguns, chega a configurar um verdadeiro pleonasma jurídico.

O já mencionado diploma legislativo criou duas espécies de divórcio: a conversão da separação judicial em divórcio e o divórcio direto. Enquanto a primeira forma exige a prévia separação judicial, o divórcio direto prescinde de tal ação judicial, desde que o casal já se encontre separado de fato por longo período. Porém, no plano material os efeitos do divórcio são os mesmos, seja qual for a forma de alcançá-lo.

Com o passar do tempo, a jurisprudência passou a interpretar tal dispositivo de forma elástica, estendendo o divórcio direto aos casais cuja separação de fato tivesse se iniciado antes de 28 de junho de 1.977, mesmo que o prazo fosse completado após aquela data.

A partir da vigência da Carta Magna de 1988, os prazos foram reduzidos para 1 ano no caso da conversão em divórcio e 2 anos para a decretação do divórcio direto, que não exige mais prova da causa, nem estabelece data limite para a separação de fato.

Em seguida, a Lei 7.841/89 regulamentou o texto constitucional e alterou o art. 40 da Lei 6.515/77, permitindo a adoção da forma direta quando completados dois anos de separação fática, sem estabelecer nenhuma data limite para o início ou término da separação, possibilitando a qualquer pessoa a opção pelo divórcio direto, que desta forma deixou de ser uma norma de transição para se transformar em um instituto jurídico pleno e eficaz.

O Novo Código Civil, Lei 10.406 de 10/01/2002, que para a maior parte dos doutrinadores revogou a parte de direito material da Lei de Divórcio, limitou-se a aplicar alterações já fixadas pela jurisprudência, como a possibilidade de decretação do divórcio sem partilha prévia dos bens e com a possibilidade de manutenção por qualquer dos cônjuges do sobrenome do outro, salvo disposição em contrário em sentença de separação judicial. No mais, o Código repetiu os mesmos prazos fixados na Constituição, sem trazer alterações significativas ao instituto.

5 – DA INCOMPATIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Conforme já foi relatado ao longo deste trabalho, apesar de toda a evolução histórica ocorrida nas características da família e do casamento, o art. 1.122 do Código de Processo Civil continua a exigir que o juiz ouça os cônjuges a respeito dos motivos da separação consensual e tente dissuadi-los do intento.

No mesmo sentido, o art. 1.574 do Código Civil e o § 2º do art. 3º da Lei 6.515/77 também exigem que os requerentes manifestem sua vontade perante o juiz.

Porém, a audiência de ratificação não pode persistir com o objetivo de inquirir dos cônjuges as causas do fim do relacionamento, pois se a lei não exige nenhum motivo além da vontade de se separar, não é razoável que os cônjuges sejam obrigados a expor sua intimidade em juízo.

Trata-se de uma situação constrangedora e ineficaz na qual os requerentes precisam convencer o Juiz a aceitar a decisão tomada pelo casal. Dentre milhares de audiências de ratificação realizadas, pode-se contar nos dedos os casos em que os requerentes desistem do processo depois de ouvir os conselhos do Magistrado.

Normalmente, quando o casal chega a formalizar o processo judicial é porque o casamento já terminou de fato há muito tempo. Os cônjuges já tiveram tempo para refletir e tomaram sua decisão de acordo com sua capacidade de autodeterminação.

A função do Juiz e do Ministério Público deve ser limitada a zelar pelos interesses indisponíveis dos requerentes ou dos filhos incapazes. Mas essa tarefa não é feita na audiência, pois ao receber o processo o Magistrado e o representante do *Parquet* analisam as cláusulas do acordo e impõem as modificações cabíveis para a preservação da ordem pública.

Ademais, quando a Lei 11.441/07 acrescentou o art. 1.124-A ao CPC para permitir a realização de acordos de separação e divórcio por escritura pública para casais sem filhos incapazes não previu qualquer espécie de audiência de ratificação ou homologação judicial.

Diante da inovação legislativa, os juristas de vanguarda passaram a sustentar que a Lei 11.441/07 teria revogado tacitamente os dispositivos que impunham a audiência de ratificação nos processos judiciais.

Para os mais conservadores, apenas nos acordos extrajudiciais seria dispensada a audiência perante o juiz, pois o dispositivo seria uma norma especial.

Já o segmento moderado da doutrina entendeu que a ratificação do acordo seria obrigatória apenas quando o casal tivesse filhos incapazes, pois a Lei 11.441/07 não poderia ser aplicada nessa situação nem por analogia.

A fim de solucionar a controvérsia doutrinária, faz-se necessário superar as clássicas regras de solução de conflito aparente de normas (critérios da hierarquia, especialidade e cronológico) para analisar a questão sob o prisma constitucional.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007), a Dignidade da Pessoa Humana representa para o Estado deveres relacionados a dois aspectos: **dimensão negativa** – vinculada à idéia de respeito à autodeterminação do indivíduo quanto às decisões essenciais a respeito da sua própria existência; e **dimensão positiva ou prestacional** – vinculada ao dever de assistência do Estado e da sociedade àqueles que se encontrem em situação frágil.

A audiência de ratificação encontra barreira justamente na dimensão negativa do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ao impor ao juiz a tarefa de convencer o casal a desistir da dissolução do casamento o legislador desrespeitou a capacidade do indivíduo em

determinar sua própria vida segundo sua concepção do que vem a ser o melhor caminho para realização pessoal do ser humano.

Dessa forma, depreende-se que toda e qualquer previsão legal que imponha a realização da audiência com o objetivo de dissuadir o casal da opção de romper o casamento de forma consensual vai de encontro ao inciso III do artigo 1^a da Constituição de 1988, que impõe a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2009) sustenta a desnecessidade da realização da audiência de ratificação, pois é despicienda a imposição a pessoas maiores, capazes e em pleno gozo de seus direitos civis de ratificar, na presença do juiz, a manifestação livre da vontade já externada de forma escrita.

Cristiano Chaves de Farias (2009) também enfatiza a desnecessidade da audiência de ratificação enfatizando que se não é exigível a audiência na via administrativa, não poderá se cogitar da mesma na esfera judicial, pois quem pode o mais pode o menos.

E o autor vai além, pois sustenta que a partir da vigência da Lei 11.441/07 dispendo em sentido contrário está revogado integralmente (ab-rogado) o art. 3^o, § 2^o, da Lei n^o 6.515/77 – Lei do Divórcio e parcialmente (derrogado) o art. 1.122 do Código de Processo Civil (FARIAS, 2009).

Porém, em nossos Tribunais ainda encontramos certa resistência à efetivação dos princípios constitucionais quando o tema é levado a julgamento.

Embora a discussão chegue poucas vezes ao conhecimento da segunda instância, destacamos três julgamentos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em sentidos diametralmente diversos.

Na apelação cível n^o 2007.001.25040, a 14^a Câmara Cível decidiu anular a sentença homologatória de acordo de separação por considerar necessária a audiência de ratificação para propiciar esclarecimentos às partes sobre os termos do acordo e os efeitos da ruptura. Nas palavras do Desembargador Relator, Dr. Ismênio Pereira de Castro, a “previsão expressa do art. 1.122 do CPC, que se faz cogente, ante a importância de se resguardar direitos indisponíveis, mormente quando também estão envolvidos os interesses de filhos menores”.

Porém, no julgamento da apelação cível n^o 2007.001.44921, a 17^a Câmara Cível acolheu a tese de que a Lei 11.441/07 revogou os dispositivos que impunham a audiência de ratificação quando não houver interesse de filhos incapazes, pois, segundo o relator, Desembargador Camilo Ribeiro Ruliere, “sendo possível a homologação do divórcio direto, em sede administrativa, não é razoável se exigir dos divorciandos o rito sacramental das leis antigas, quando lei nova afasta exigências que o legislador considerou descabidas”.

E a evolução do Tribunal chegou ao ápice no julgamento da apelação cível nº 2007.001.27347, pois em um precedente revolucionário, a 9ª Câmara Cível confirmou a sentença da lavra do Dr. André Côrtes Vieira Lopes, Juiz da 18ª Vara de Família da Capital, que considerou desnecessária a audiência de ratificação inclusive quando os requerentes tiverem filhos incapazes.

No caso concreto foi considerado que as partes dispuseram de forma justa quanto às cláusulas essenciais do acordo, inclusive no que tange à proteção dos interesses dos filhos, tanto que o representante do Ministério Público opinou pela homologação do acordo ao analisar o processo.

Diante da apelação interposta por outro Promotor de Justiça que atuou no feito por substituição, o Desembargador Joaquim Alves de Brito, relator do acórdão, entendeu que a interpretação sistemática do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil torna desnecessária a formalidade da audiência de ratificação, pois “revela propósito do legislador de conferir celeridade à solução de litígios desta natureza, não se mostrando razoável a imposição de restrição burocrática que não se coaduna com tal objetivo”.

6 – CONCLUSÃO

Diante da evolução histórica das relações familiares e das inovações trazidas pela Lei 11.441/07, parece-nos mais adequada a corrente doutrinária que defende a desnecessidade da realização da audiência de ratificação em qualquer processo de separação ou divórcio.

De fato, ao permitir que o casal sem filhos incapazes formalize o acordo por escritura pública, depreende-se que o legislador revogou tacitamente (campo da vigência) as normas que impunham a audiência de ratificação quando inexistentes interesses de incapazes.

Entretanto, ainda que não se aplique o entendimento da revogação quando o casal tiver filhos incapazes, a audiência de ratificação não resiste ao confronto com os princípios constitucionais adotados pela Constituição de 1988 (campo da validade).

Nesse sentido, quando a Lei 11.441/07 desburocratizou os procedimentos de dissolução do casamento enfatizou a tendência moderna no sentido de impedir a intromissão indevida do Estado na intimidade e liberdade dos indivíduos.

Portanto, a inovação legislativa deve ser entendida como caracterizadora do fenômeno da mutação constitucional, de forma que os artigos 1.574 do Código Civil, 3º, § 2º da Lei nº 6.515/77 e 1.122 do Código de Processo Civil não encontram mais pressuposto de validade constitucional. O primeiro dispositivo padece de inconstitucionalidade e os demais não foram recepcionados pelo artigo 1º, III da Constituição.

Em síntese, a lei deve sempre respeitar a vontade daqueles que pretendem se separar ou divorciar. O Estado-juiz pode intervir apenas nas discussões de partilha de bens, alimentos, guarda dos filhos e regulamentação de visitas. Mas essa intervenção não se dá na audiência de ratificação, mas sim na análise das cláusulas do acordo formulado pelos requerentes.

Desta forma, pode-se concluir que a audiência de ratificação não pode mais ser exigida em nenhum desses processos, haja ou não filhos incapazes, pois a demasiada ingerência estatal conflita com o aspecto negativo do postulado da Dignidade da Pessoa Humana.

O liame que une a família moderna é o afeto. Findo esse, não há mais razão para se manter uma família de aparências. O Estado deve intervir somente para proteger os interesses de menores e solucionar conflitos patrimoniais em prol da segurança jurídica, mas não deve interferir nos relacionamentos afetivos.

A evolução social impõe que abandonemos as leis retrógradas e passemos à terceira era do direito defendida por Pontes de Miranda. A desconstituição do casamento não pode ser impedida pelo Estado, pois nem mesmo o ente soberano tem o poder de impor o amor entre duas pessoas.

REFERÊNCIAS

- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. O Fim do Sem Fim, **Net**, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em 18 de maio de 2009.
- ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**, 3. ed. São Paulo: Bertrand Brasil: 2000.
- FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Cristiano chaves de. A Desnecessidade de Procedimento Judicial para as Ações de Separação e Divórcio Consensuais e a Nova Sistemática da Lei 11.441/07: o Bem Vencendo o Mal, **Net**. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em 18 de maio de 2009.
- FIUZA, César. **Novo Direito Civil, Curso Completo**, 6. ed., Minas Gerais: Del Rey, 2003.
- GLANZ, Semy. **A Família Mutante: Sociologia e Direito Comparado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 24. Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, v. 1, 1999.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, vol. 8.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 2.
- OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família e o Novo Código Civil** (Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 6.

SANTOS, Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Bastos, 1961, vol IV.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 6.