

A (IM) POSSIBILIDADE DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL DA MULHER GRÁVIDA

Douglas Eduardo Figueiredo Souza

Mirian Soares de Oliveira

Sumário: 1 - Introdução; 2 – O tratamento do nascituro no Direito brasileiro: 2.1 – As teorias do nascituro e a personalidade jurídica; 2.2 – Os direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro; 2.2.1 A presunção de paternidade; 2.2.2 Os alimentos gravídicos; 2.2.3 O direito de sucessão; 3 – (im) possibilidade da participação da mulher grávida no procedimento de divórcio extrajudicial: 3.1 – A Lei 11.441/07 e o divórcio extrajudicial; 3.2 – O divórcio extrajudicial da mulher grávida frente aos direitos do nascituro; 4 – Conclusão; - Referências

RESUMO:

Muitas inovações foram trazidas ao direito brasileiro com o objetivo de diminuir a atividade jurisdicional e conseqüentemente agilizar esta prestação de serviço, dentre as últimas alterações, merece destaque a Lei 11.441 de 2007 que proporcionou a realização da separação ou divórcio por via administrativa, respeitado alguns requisitos legais. Neste contexto, o presente trabalho buscou identificar a possibilidade da adoção do divórcio extrajudicial quando a cônjuge virago estivesse grávida, posto que, um dos requisitos legais para utilização desta via é a inexistência de filhos menores. Assim analisou-se as evoluções do direito de família em direção a primazia da autonomia privada e por outro lado a garantia de direitos do nascituro, para posteriormente, enfrentar o tema proposto, de modo a explorar a legislação pertinente e os poucos doutrinados que efetivamente debatem sobre o assunto.

Palavras-chave: Divórcio extrajudicial. Autonomia privada. Nascituro.

LA (IM)POSSIBILIDAD DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL DE LA MUJER EMBARAZADA

RESUMEN:

Muchas innovaciones fueron traídas al derecho brasileño con el objetivo de disminuir la actividad jurisdiccional y consecuentemente agilizar esta prestación de servicio, de entre las últimas alteraciones, merece relieve la Ley 11.441 de 2007 que proporcionó la realización de la separación o divorcio en la vía administrativa, respetado algunos requisitos legales. En este contexto, el presente trabajo buscó identificar la posibilidad de la adopción del divorcio extrajudicial cuando la cónyuge virago estuviere embarazada, puesto que, uno de los requisitos legales para utilización de esta vía es la ausencia de hijos menores. Así, se analizó las evoluciones del derecho de familia en dirección la primacía de la autonomía privada y por otro lado la garantía de derechos del nasciturus, para adelante, enfrentar el tema propuesto, de modo a explotar la legislación pertinente y los pocos doctrinadores que efectivamente debaten sobre el asunto.

Palabras-chave: Divorcio Extrajudicial. Autonomía Privada. Nasciturus.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo não tem por objetivo enfrentar a questão do termino ou não da separação judicial após a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, uma vez que os debates que envolvem o tema vem fazendo trazendo calorosos e produtivos embates. A Emenda trouxe consigo os anseios de boa parte da doutrina do Direito de família, no que tangencia a valorização da vontade das partes quando da dissolução do casamento, provocando uma significativa mudança nos procedimentos de dissolução do matrimônio.

Deve-se destacar que na V Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho Federal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado número 514 com a seguinte redação: *“A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”*, o que não modificou o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o fim desse instituto, dos quais destacamos Maria Berenice Dias (2010, p.30) ao afirmar que , *“a Constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível”*. Nesse sentido apresenta seus argumentos:

Como foi mantido o verbo “pode” no texto constitucional, há autores que sustentam que não desapareceu o instituto da separação judicial, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuar na lei civil os dispositivos que a regulam. A conclusão é para lá de absurda. Cabe lembrar que, quando do advento da Constituição Federal, consagrando a igualdade entre o homem e a mulher (art. 5, I e 226 § 5) e proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227 §6), foi uníssona a conclusão de que estavam derogadas as normas da legislação infraconstitucional que admitiam a anulação do casamento pelo desvirginamento desconhecido do marido, bem como a manutenção da posição do homem como cabeça do casal e chefe da sociedade conjugal. Também ninguém duvidou de que havia acabado o tratamento diferenciado concedido aos filhos ilegítimos pela lei civil. E, até o advento do atual Código Civil, que data do ano de 2002, estes e muitos outros dispositivos da legislação infraconstitucional permaneceram sem qualquer eficácia, pois esvaziados de sentido pela nova ordem constitucional. (DIAS, 2010, p.30)

Contudo, como o objeto central do trabalho é a possibilidade de utilização, por via administrativa, do divórcio da mulher grávida, entendendo que o divórcio produz efeitos maiores que a separação extrajudicial, pode-se afirmar que sendo possível a utilização do primeiro instituto, para aqueles que defendem a continuidade da separação judicial/extrajudicial, seriam aplicados em igualdade.

Para iniciar o desenvolvimento deste estudos, faz-se necessário analisar o tratamento dado ao nascituro pelo Direito brasileiro, um tema complexo que vem embasado por diversas teorias acerca do começo da personalidade, sendo mais expressivas as teorias natalista e concepcionista do início da personalidade.

Para entender as implicações dessas teorias no ordenamento jurídico, far-se-á uma análise de algumas manifestações legislativas sobre o assunto, limitando-se a desenvolver o estudo sobre a presunção de paternidade, os alimentos gravídicos e a sucessão hereditária.

Por consequente proceder-se-á a análise da possibilidade ou não da participação da mulher grávida no procedimento de divórcio extrajudicial. Para tanto, apresentar-se-á a Lei n. 11.441 de 04 de janeiro de 2007 que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa, sua intenção de desburocratizar estes procedimentos e desafogar o poder judiciário.

Finalmente, encarar-se-á o problema da pesquisa, relacionando a tendência à primazia da autonomia privada e os direitos do nascituro, definindo assim a possibilidade do divórcio extrajudicial da mulher grávida.

Esta é a proposta que se desenvolve a seguir.

2. O TRATAMENTO DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO

O tratamento jurídico do nascituro não é um tema novo, porém, é sempre atual, uma vez que está intimamente ligado aos avanços crescentes da medicina.

Por ser um tema complexo, várias são as teorias que tentaram explicar sua disciplina jurídica e as correlações com o início da personalidade jurídica. O termo nascituro, vem do latim *nasciturus* e significa aquele que deverá nascer.

Como se verá, a presença de direitos ao nascituro no Ordenamento Brasileiro é a principal causa da divergência doutrinária quanto ao começo da personalidade jurídica no que diz respeito ao nascituro.

2.1 As teorias do nascituro e a personalidade jurídica

A questão do nascituro está intimamente ligada à definição do início da personalidade jurídica no direito brasileiro, uma vez que é este conceito que define o momento em que a pessoa passa a ser sujeito de direitos e obrigações.

Como será abordado de forma mais específica nos tópicos posteriores, o Direito brasileiro assegura alguns ‘direitos’ ou ‘expectativas de direitos’ ao nascituro, daí as divergências doutrinárias acerca do início da personalidade entre os que entendem o nascituro como verdadeiro sujeito de direitos e os que discordam dessa linha de pensamento.

Desde o Direito Romano há uma perplexidade entre juristas e legislações para definir e demarcar o início da personalidade do homem como sujeito de direitos (SEMIÃO, 2000, p. 33). Segundo Washinton de Barros Monteiro, “*Paulo já afirmava que “nasciturus projam nato habefur quando de eius commodo agitur”, ou seja, o nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse.*” (MONTEIRO, 2007, p. 64.)

Caio Mário da Silva Pereira (2005) ensina que para o direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia que ser falar em sujeito ou objeto de direito. Isso porque o feto era considerado uma parte da mãe, o que inviabilizava reconhecê-lo como um ente autônomo, uma pessoa.

O Direito Brasileiro, como já dito, constrói suas normas, acerca do início da personalidade, baseando-se no sistema romano, entretanto, difunde outras acepções

que “*as vezes complicam e ensombram a necessária exatidão dos conceitos*” (PEREIRA, 2005, p.216).

Sobre a divergência ocasionada pela multiplicidade de visões, ensina Caio Mário da Silva Pereira (2005):

No nosso direito anterior, Teixeira de Freitas, seguido de Nabuco de Araújo e Felício dos Santos, admitindo que a proteção de seus interesses é uma forma de reconhecer direitos ao nascituro, foram levados a sustentar o começo da personalidade anteriormente ao nascimento. Clóvis Beviláqua, no seu Projeto de Código Civil (art. 3), aceitou a doutrina, que sustentou, sob a invocação da possibilidade de se configurar a existência de direito sem sujeito, e, como via na defesa dos interesses do ente concebido e não nascido o reconhecimento de seus direitos, a atribuição de personalidade ao nascituro seria consequência natural. (PEREIRA, 2005, p.217)

O Código Civil Brasileiro determina que “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*” (BRASIL, 2002). Da leitura exegética desse artigo, têm-se a conclusão de que o nascituro não possui direitos assegurados, vez que não é ainda uma pessoa e se não o é, não pode ser considerado um ser dotado de personalidade jurídica.

Nessa leitura, se há o nascimento com vida há aquisição de personalidade, e, portanto, de direitos e obrigações, caso contrário, o direito que apenas existia potencialmente, não chega a constituir-se, e “*não há que se falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é ele sujeito de direito*” (PEREIRA, 2005, p.217).

A visão apresentada integra a denominada Teoria Natalista, que em linhas gerais é aquela que exige o nascimento com vida para aquisição da personalidade e que é defendida por eminentes juristas como Caio Mário da Silva Pereira (2005) e Sérgio Abdala Semião (2000).

Caio Mário da Silva Pereira (2005) firma seu posicionamento:

A personalidade jurídica, no nosso direito, continuamos a sustentar, tem começo no nascimento com vida. Dois os requisitos de sua caracterização: o nascimento e a vida.

Ocorre o *nascimento* quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação ou indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria.

A *vida* do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxicarbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pereça em seguida. Desde que tenha respirado,

viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões.

A partir desse momento afirma-se a personalidade civil. (PEREIRA, 2005, p.219)

Dessa forma, para os adeptos da corrente natalista, basta apenas que o feto saia do ventre materno e respire para que adquira personalidade jurídica. Se isso não acontecer, não há reconhecimento de personalidade.

Sérgio Abdalla Semião (2000) ensina que segundo a teoria natalista a importância do nascimento com vida para o Direito brasileiro é evidenciada pelo próprio Direito Penal, que confere maior proteção à pessoa já nascida e uma proteção menor ao nascituro.

O exemplo citado é a permissão do aborto terapêutico em detrimento da vida do nascituro quando a gestante se encontra em risco de vida e nos casos do chamado aborto sentimental ou humanitário, nos casos de gravidez resultante de estupro. Seria o sistema jurídico declarando, expressamente, “a desigualdade entre os direitos do nascituro e os direitos da pessoa nascida” (SEMIÃO, 2000, p.44).

Não se trata da defesa da legalização generalizada do aborto por parte dos natalistas, pois, como se verá, esta doutrina não é incompatível com a manutenção do aborto como fato típico criminalmente, inobstante também não seja inconciliável com a total descriminalização do aborto.

Aderimos a essa escola doutrinária por pensarmos ser a mais lógica dentro do nosso Ordenamento Jurídico e a mais moderna, perante as novas questões como a biogenética, que vem atormentando a imaginação dos juristas de todo o planeta. A doutrina natalista é a que mais se adequa à ciência da biogenética, sem se contradizer. É a única que se acomoda cabalmente no mundo moderno, sem se contradizer. (SEMIÃO, 2000, p. 45)

Como visto, “a doutrina da personalidade jurídica do nascituro não é, pois, exata” (PEREIRA, 2005, p.217) havendo grande divergência doutrinária acerca do tema.

Uma segunda corrente teórica é a Concepcionista que considera a existência de direitos ao nascituro a partir da concepção, não sendo necessário o nascimento com vida. O argumento aqui consiste na sustentação de que uma vez assegurado direitos ao nascituro, ele deve ser considerado pessoa e, portanto, dotado de personalidade jurídica, uma vez que não há direitos sem titular, sem um sujeito de direito, e, portanto, sem uma pessoa. Aqui a personalidade jurídica decorre da prévia afirmação de direitos.

Nesse turno, uma vez que no ordenamento jurídico são assegurados alguns direitos ao nascituro, como o estado de filho, o direito a alimentos (Lei n.11.804/2008) e o direito sucessório desde a abertura da sucessão (Art. 1798 do Código Civil de 2002), seria incompatível concluir que este não é dotado de personalidade jurídica.

Ensina Sérgio Abdalla Semião (2000):

Alguns doutrinadores, por sua vez, dividem a escola concepcionista em dois ramos, a saber: a verdadeiramente concepcionista e a doutrina concepcionista da personalidade condicional.

A doutrina chamada por alguns de verdadeiramente concepcionista sustenta que a personalidade começa da concepção, e não do nascimento, sem qualquer condição. Apenas os efeitos de alguns direitos, como os direitos patrimoniais, dependem do nascimento com vida. (SEMIÃO, 2000, p.37)

Independentemente do ramo adotado, os adeptos da corrente concepcionista chegam à mesma conclusão de que se ao nascituro são assegurados direitos pelo ordenamento jurídico, deve ele ser considerado como pessoa pela ordem jurídica.

Zoraide Sabaine dos Santos Amaro (2012) afirma que não há consistência jurídica na afirmação de que o nascituro somente com o nascimento com vida adquire personalidade jurídica. Assim a autora defende seu posicionamento em favor da teoria concepcionista:

O Direito voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar se manifestam bem como voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, no âmbito de toda legislação vigente que tutela a pessoa embrionária ou que ainda não nascida tenha capacidade para adquirir por testamento; com os avanços que permeiam a vida social; pela inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, que concede unidade aos direitos inerentes à personalidade humana, é possível ultimar pela necessidade de introduzir no campo dos embates filosóficos, reflexão para uma nova, atual e condizente reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade do nascituro. (AMARO, 2012, p.531)

Também na jurisprudência não há uma posição una a ser tomada. Em 2002 o Superior Tribunal de Justiça decidiu por assegurar direitos a danos morais ao nascituro inclinando-se em direção à teoria concepcionista. Veja-se a ementa:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA.

ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.” (BRASIL, STJ. QUARTA TURMA, RESP 399028 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2001/0147319-0, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Julg. 26/02/2002, DJ 15.04.2002 p.00232 Grifos nossos)

Ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 do Distrito Federal, julgada em 2008 e relatada pelo Ministro Carlos Britto, onde se discutia a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, o Supremo Tribunal Federal tangenciou o assunto assumindo uma concepção natalista. É o que traz o informativo nº 508:

[...] Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), aos "direitos da pessoa humana" (art. 34, VII, b), ao "livre exercício dos direitos... individuais" (art. 85, III) e aos "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. (BRASIL, STF – Informativo nº508 - ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510))

Diante dos argumentos expostos, percebe-se que a questão do início da personalidade do nascituro, ainda ganha grande espaço nas discussões doutrinárias, e não alcançou o consenso. Entretanto, a divergência não obsta que o ordenamento jurídico assegure uma gama de direitos ao mesmo, como será tratado no próximo tópico.

Por ser tema de tamanha complexidade, foi trabalhado em linhas gerais, pois está intrinsecamente ligado ao objeto de estudo, contudo, pelo que já foi demonstrado, este tema pode ser desenvolvido separadamente. Portanto, não entraremos no mérito

da questão para não fugir do foco da pesquisa, entretanto não se descarta a possibilidade de uma pesquisa mais aprofundada sobre o tema em momento oportuno.

2.2 Os direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro

Como restou demonstrado no capítulo anterior, apesar das divergências doutrinárias acerca do início da personalidade jurídica do nascituro, o ordenamento brasileiro assegura alguns direitos e *status* jurídicos ao mesmo.

Dentre estes, é importante para o objeto desse trabalho analisar a presunção de paternidade, o direito aos alimentos gravídicos e os direitos sucessórios, pois, através da análise desses três elementos será possível identificar a importância que tem o nascituro frente à autonomia das partes.

2.2.1 A presunção de paternidade

A filiação no direito brasileiro hoje envolve uma multiplicidade de concepções que vão desde a “origem genética até a convivência cotidiana” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p.563).

No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação (DIAS, 2009, p.324). Os avanços científicos fizeram com que a procriação deixasse de ser um fato determinante e cedesse lugar a vontade humana de ter filhos. A procriação deixou de ser um dever do casamento; deixou de ser o objetivo central da família na sociedade contemporânea (QUEIROZ, 2010, p. 154).

Nesse sentido a identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes (DIAS, 2009, p.325). Não mais é necessário ser casado para que se tenha um filho, assim como o cedente do espermatozóide nem sempre será o pai.

Para Maria Berenice Dias (2009):

Cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a **posse de estado de filho** e ao genitor as responsabilidades decorrentes do **poder familiar**. O parentesco não mantém, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo. Basta lembrar a adoção e a fecundação heteróloga. A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os três pilares constitucionalmente

fixados: plena igualdade entre filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral. (DIAS, 2009, p.325-326)

Para Juliane Fernandes Queiroz (2010):

A verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica constrói, paulatinamente, a paternidade. A relação paterno-filial não se esclarece apenas na descendência genética, mas, sim, e preponderantemente, na relação socioafetiva, que supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentação, lazer, educação, sem o afeto e o amor. No mundo moderno, não se pode, portanto, prescindir do pilar que sustenta a paternidade: o socioafetivo. Surge, assim, nova vertente da filiação e que estabelece a responsabilidade pelo ato geracional. (QUEIROZ, 2010, p.159)

Apresentados os aspectos contemporâneos da filiação e da paternidade, é necessário destacar que para a determinação da filiação, o direito brasileiro utiliza-se de três critérios: o jurídico, o biológico e o socioafetivo. O critério jurídico funda-se numa presunção relativa que se opera pelo alcance de circunstâncias previamente indicadas no texto legal. O biológico é aquele determinado pelo vínculo genético e o socioafetivo pelos laços de afeto que se formam entre determinadas pessoas (DIAS, 2009, p.326; ROSENVALD, 2010, p.563).

“Já desde tempos antigos se procurou estabelecer um critério de modo a tornar certa a filiação” (RIZZARDO, 2011, p.348) e existe dentro do ordenamento jurídico toda uma estrutura voltada para a proteção dos filhos no contexto familiar. “Daí se ordenar uma série de presunções a respeito da certeza da filiação em certos casos de concepção, quando ainda não casados os pais, ou até determinada época, após a desconstituição da sociedade conjugal” (RIZZARDO, 2011, p.348).

O Código Civil de 2002 estabelece os casos de presunção legal de paternidade no art. 1.597¹ trazendo significativas alterações em relação ao sistema antigo no que diz respeito aos avanços da medicina, muito embora alguns autores advoguem que

¹ Art. 1.597. *Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)*

todas essas espécies de presunções de concepção têm sido desafiadas pelo avanço da biotecnologia e pela disseminação do DNA que estabelece quase certeza absoluta da paternidade (LÔBO, 2011, p.219; MADALENO, 2011, p.501).

Ensina Paulo Lobo (2011) a esse respeito:

O Código Civil, no mesmo art. 1.597, acrescentou três novas presunções, decorrentes de manipulação genética – a fecundação por inseminação artificial homóloga, a fecundação por inseminação artificial de embriões excendatários (espécie da anterior) e a fecundação por inseminação artificial heteróloga. Essas presunções, por sua natureza, devem ser interpretadas restritivamente, “não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”, segundo o enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil, 2004, do Conselho da Justiça Federal. (LÔBO, 2011, p.221)

Em atenção à delimitação do objeto deste trabalho, não cabe adentrar em maiores explicações acerca das espécies de presunção legal, mas é fundamental esclarecer que nenhuma dessas presunções legais tem caráter absoluto como já foi na disciplina anterior. A possibilidade de prova em contrário é essencial para um direito de família que não se pauta apenas nos laços biológicos, mas também, e primordialmente, nos laços de afetividade.

No entanto, apesar do caráter relativo e da possibilidade de contraprova, o afastamento das presunções devem se dar na forma e nos limites estabelecidos em lei o que restringe o alcance dessa relatividade e revela a proteção e “*prestígio de um sistema de presunções mais antigo do que a nossa civilização, marcado pela ampla possibilidade de erros e injustiças*” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p.645).

Deve-se destacar que em relação a terceiros essa presunção é absoluta, uma vez que é privativo ao genitor contestar a paternidade, art. 1.601 do Código Civil. Portanto, a presunção estabelecida em lei, pode ser *jus tantum* com relação ao pai presumido por lei, mas será *jure et de jure*, com relação a terceiros.

O objetivo ao discorrer acerca do sistema de presunção de paternidade no Direito Brasileiro é demonstrar que nosso sistema sempre se preocupou com a questão do ‘filho sem pai’ e que ao nascituro, inclusive, é presumível a **concepção**. A presunção de paternidade é, portanto, uma das formas de direitos garantidos ao nascituro, o direito a filiação.

Como se verá a seguir, a possibilidade de alimentos gravídicos também se baseia numa espécie de presunção de paternidade não discriminada no artigo 1597 do Código Civil, e que de igual forma protege o nascituro.

2.2.2 Os alimentos gravídicos

O sentido de família moderno considera como função primordial a promoção da dignidade e a realização de seus membros, servindo de alicerce fundamental para o alcance da felicidade a prestação de alimentos, entendidos como o necessário para a manutenção vital, criação, educação, saúde e recreação.

Rolf Madaleno (2011) apresenta o conceito de alimentos:

Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. Como dever de amparo, os alimentos derivam da lei, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como acontece com outra classe de alimentos advindos do contrato ou do testamento, ou os alimentos indenizativos.

Os alimentos são destinados a satisfazer as indigências materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante, e, portanto, amparar uma ajuda familiar integral. (MADALENO, 2011, p.821)

A lei nº 11.804 de 2008 instituiu os chamados alimentos gravídicos, alimentos pagos pelo suposto pai em favor do nascituro por considerar que a gravidez comporta inúmeras situações que demandam assistência econômica, como o tratamento médico que inclui inúmeros exames e medicamentos, alimentação adequada e a própria subsistência da gestante a depender do caso.

Tratam-se de alimentos devidos desde a formação do feto e percebidos pela gestante durante o período de gestação com a função de cobrir as despesas adicionais do período de gravidez, da concepção ao parto, conforme discrimina o artigo 2º da lei 11.804 de 2008.

Neste caso, a obrigação de alimentar começa antes do nascimento e depois da concepção, pois considera-se que “antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do nascituro e o direito seria inferior a vida se acaso recusasse atendimento a tais relações, solidamente fundadas na pediatria” (LÔBO, 2011, p.382).

O fundamento da lei reside na visão de Arnaldo Rizzardo (2011, p.186), “*na proteção da personalidade desde a concepção do ser humano*”. Entretanto, subsiste a crítica dos adeptos da teoria natalista pela qual a personalidade só começa com o nascimento com vida.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012) ensinam que o nascituro possui capacidade para ser parte com plena legitimidade ativa processual para reclamar alimentos, e que a Lei de Alimentos Gravídicos reconhece “o direito da personalidade do nascituro a uma gestação saudável, e acolhendo, por via oblíqua, a teoria concepcionista” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.808).

Acresça-se que o direito do nascituro aos alimentos independe de ser a sua mãe casada, ou não. Assim, legitimado para propor ação de alimentos, poderá o nascituro, inclusive, pleitear alimentos provisórios (liminar), caso seja fruto de uma relação de matrimônio (em que há prova pré-constituída, através da certidão de casamento) ou de união estável (na qual exista alguma prova da existência da relação afetiva). Averte-se no ponto que, apesar de a presunção de paternidade ser exclusiva do matrimônio (CC, art. 1597), é plenamente possível a concessão de alimentos provisórios - de nítida feição antecipatória – se a prova de que o casal estava convivendo no momento da concepção. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.813)

Para Arnaldo Rizzardo (2011) a teoria concepcionista é a melhor explicação para a instituição dos alimentos gravídicos. Assim ele afirma:

Ocorre que, de acordo com a posição que melhor se adapta à realidade e justifica os direitos, a proteção deve partir desde a concepção (teoria concepcionista), pois somente dessa forma se explicam inúmeros dispositivos da lei civil, que tratam da proteção a começar da concepção, ou têm em referência o nascituro. Nesta ordem, o art. 1778 (art. 458 do Código anterior), quanto à autoridade do curador sobre a pessoa e os bens do nascituro; o art. 1.597 (art. 338 do código de 1916), relativo ao *status* de filho considerado como concebido durante o casamento; o art. 1.177 (art.462 do diploma civil de 1916), no tocante à curatela de nascituro (RIZZARDO, 2011, p.686)

Nessa visão, como já tratado anteriormente, os direitos já existem desde a concepção, é a sua eficácia que fica condicionada ao nascimento com vida, não o próprio direito que é condicionado. “*Os alimentos tem seu fundamento no direito à vida, e a vida se inicia na concepção uterina, onde encontra ambiente para nascer com vida, e, por isso, seus direitos existem desde a concepção, em toda sua plenitude*” (MADALENO, 2011, p.881)

Esta posição é corroborada pelo fato de que os alimentos gravídicos são devidos desde a *concepção* e não da citação conforme preceitua o § 2 do Art. 13² da Lei de alimentos para evitar manobras astuciosas do devedor para obstar ou atrasar a sua citação, em detrimento do credor.

É preciso considerar, entretanto, que existe no caminho inverso dos adeptos da teoria concepcionista, os adeptos da teoria natalista, pela qual o nascituro ainda irá nascer e o exercício de seus direitos fica condicionado ao nascimento com vida (CC, art.2), cuja condição já o exclui da titularidade de direitos, sendo descabido buscar alimentos contra o indigitado pai (MADALENO, 2011, p.882).

Estes argumentos, por muito tempo serviram de base para a discussão acerca da legitimidade/titularidade dos alimentos gravídicos. Isto é, se seriam alimentos destinados ao nascituro ou a gestante.

Os argumentos a favor da titularidade da gestante se fundam no artigo primeiro da lei que é claro ao se referir a mesma e, para essa corrente, no caso dos alimentos se converterem em provisórios após o nascimento, haveria também uma conversão de titularidade.

Entretanto, hoje é quase unânime que a titularidade dos alimentos é do nascituro. Veja-se a ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca do tema:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante. (BRASIL, TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.377309-2/001, Relator. Desembargador. DUARTE DE PAULA, Data de julgamento 10/03/2005).

Discussões a parte, percebe-se que mais uma vez o ordenamento jurídico protege os direitos do nascituro, presumindo-se a paternidade para salvaguardar os alimentos desde o momento da *concepção*.

2.2.3 A sucessão hereditária

²Art. 13: O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.§ 2º. Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 1798 assegura ao nascituro direitos sucessórios ao dispor que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002), entretanto, o nascituro só terá os direitos sucessórios assegurados, com o nascimento com vida.

Essa regra é aplicável tanto a sucessão legítima quanto à sucessão testamentária (GONÇALVES, 2011, p.69), ao contrário da forma como dispunha o Código Civil anterior, que mencionava o assunto apenas quando tratava da sucessão testamentária.

Acerca do tema leciona Carlos Roberto Gonçalves (2011):

A regra geral segundo a qual só tem legitimação para suceder as pessoas nascidas por ocasião da abertura da sucessão encontra exceção no caso do nascituro. De acordo com o sistema adotado pelo Código Civil acerca do começo da personalidade natural (art. 2), tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Respeitam-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser.

Os nascituros podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento. Podem, com efeito, ser indicados para receber deixo testamentária (GONÇALVES, 2011, p.69)

Conforme Sérgio Abdala Semião (2000, p.94) “desde o Direito Romano, porém, já se concede seja beneficiada em testamento pessoa ainda não nascida, mas já concebida quando da abertura da sucessão”.

Trata-se o artigo 1798 de disposição legal que confere direitos ao nascituro e ao mesmo tempo condiciona esses direitos ao nascimento com vida, conforme preceito do artigo 1800, §3º, segundo o qual “nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixo, a partir da morte do testador” (BRASIL, 2002).

Assim, o nascituro possui direito à herança ou ao legado, desde o momento da abertura da sucessão, mas este direito apenas poderá ser exercido com o nascimento com vida, já que ao contrário do que acontecem com os incapazes, não há previsão legal e não é possível que os pais administrem os bens do nascituro.

Aqui há um direito condicionado. Nascendo com vida, a existência do nascituro, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção (GONÇALVES, 2011, p.70).

Portanto, como bem observa Sérgio Abdalla Semião (2000, p.96) em obra dedicada ao tema, o direito sucessório do nascituro é condicional e só se efetiva se nascer com vida, e inútil será a aquisição desse direito se não houver nascimento com vida.

3 - (IM) POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DA MULHER GRÁVIDA NO PROCEDIMENTO DE DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

Encerrados os apontamentos que antecedem o presente o capítulo, passa-se agora a análise dos posicionamentos sobre a (im)possibilidade da participação da mulher grávida no procedimento de divórcio extrajudicial frente os direitos do nascituro.

3.1 A lei 11.441/07 e o divórcio extrajudicial

A lei nº 11.441 de 4 de janeiro de 2007 alterou dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Esta lei foi editada com a nítida intenção de desburocratizar e racionalizar as atividades processuais naqueles procedimentos, conferindo grande importância à autonomia das partes, já que estas passaram a ter algumas faculdades para realizar inventários, partilhas, separações e divórcios de forma extrajudicial.

Importante salientar que a modificação também considerou a situação burocrática do Poder Judiciário atualmente. Ocorre que existe um movimento mundial de acesso a justiça que tende à desjudicialização da resolução de conflitos já que o judiciário não vem suportando a demanda (LÔBO, 2011, p.158).

Nesse sentido, a lei carrega também como objetivo o desafogamento do poder judiciário, uma vez que atualmente este é marcado e taxado pelo excesso de procedimentos e pela morosidade na solução dos litígios, buscando assim, dar efetividade aos princípios de celeridade e racionalidade, simplificando os procedimentos.

Outro escopo desta modificação reside na simplificação da vida jurídica dos brasileiros, que já podem mudar de estado civil sem que seja necessário recorrer à via judiciária, bastando que os requisitos estipulados pela referida lei sejam satisfeitos.

Como tratado no primeiro capítulo desse trabalho, no que tange à dissolução da sociedade e/ou vínculo conjugal, há na história jurídica nacional uma forte e crescente tendência de valorização da autonomia das partes frente ao ideal de conservação do casamento, pois já identificado pela doutrina mais moderna que a família, a base da sociedade conforme a Constituição Federal de 1988, não se confunde com a instituição do casamento.

Essa tendência é incorporada pela Lei 11.441 de 2007 que pretende dar autonomia às partes para que dissolvam o vínculo/ou sociedade conjugal a qualquer momento e sem intervenção judicial, atendendo ao reclamo da comunidade jurídica brasileira, e da própria sociedade, para desjudicialização das separações conjugais quando não houvesse litígio (LÔBO, 2011, p.157).

Portanto, em um tempo onde se elimina discussões acerca das causas do divórcio, por exemplo, a lei oferece “um caminho simplista para a dissolução da sociedade conjugal, afastando a intromissão do Estado e possibilitando ao casal o fim do casamento, por um simples ato notarial” (CRUZ, 2011, p10).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p.450) entendem que a lei em discussão é uma boa nova processual e constitui notável avanço da legislação brasileira, pois integra as reformas processuais iniciadas em 1994 e em continuidade com o escopo de garantir um processo civil mais célere e efetivo, racionalizando também a atividade do Ministério Público.

Demonstrando a influência da autonomia das partes Maria Luiza Póvoa Cruz (2011) afirma:

A lei 11.441/2007, ao possibilitar que processos necessários de separação, divórcio e inventário possam ser efetuados sob a forma extrajudicial, de forma rápida, sem maiores constrangimentos para o casal (no caso da separação e divórcio), como também para herdeiros do *de cujus*, no inventário, coaduna com a justiça co-existencial, priorizando a autonomia das partes e atendendo a instrumentalidade e efetividade do processo contemporâneo. (CRUZ, 2011, p.5)

Paulo Lôbo (2011) mostra como a principiologia constitucional ampara a liberdade de constituir e também de dissolver o casamento:

A Constituição (art.226) consagra o princípio da liberdade de constituição, desenvolvimento e dissolução do casamento e de qualquer entidade familiar. Na Constituição, o princípio atingiu o ponto culminante da longa trajetória da família brasileira no rumo da laicização e da extinção dos traços de patriarcalismo. Sempre interessou ao Estado o controle da

dissolução do casamento, para o que o processo judicial desempenhava papel imprescindível, pois na família estavam ancorados os poderes políticos e econômicos dos grupos dominantes. A resistência ao divórcio não foi apenas de origem religiosa.

Se atual ordem constitucional tutela a liberdade de constituir e extinguir entidades familiares, e de serem mantidas enquanto afeto houver, o processo judicial para dissolver o casamento, sem igual exigência para as demais, tornou-se dispensável. Para constituir o casamento não há necessidade de processo judicial; porque há para extingui-lo quando os cônjuges estão de pleno acordo, sem qualquer situação litigiosa? (LÔBO, 2011, p.158)

No mesmo sentido afirmam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson

Rodrigues Júnior (2012):

O exercício da autonomia privada deve ser incentivado na manutenção ou na dissolução dos relacionamentos familiares. A liberdade que as pessoas possuem de regular seus interesses não se deve limitar aos negócios patrimoniais, deve ser incentivada e exercitada também no âmbito das situações subjetivas não patrimoniais. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.268)

Rolf Madaleno (2011) ensina que a lei possibilita que os cônjuges, livremente, escolham entre o caminho judicial ou extrajudicial de seu divórcio, devendo ser considerado que estes contam com o segredo de justiça apenas na opção judicial, pois o divórcio formalizado pelo notário é um ato passível de domínio público, e toda essa publicidade pode não interessar aos cônjuges, já que o livre acesso é autorizado por lei.

A análise da Lei 11.441 de 2007 neste trabalho restringe-se aos dispositivos que regulam o divórcio extrajudicial, pois foge ao objeto do mesmo a análise das disposições acerca da partilha e inventário judicial. No que tange ao tema delimitado a referida lei acrescentou apenas um artigo ao Código de Processo Civil, o Art. 1.124—
A com a seguinte redação:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007) (BRASIL, 1973)

Necessário destacar que não mais se impõe a observância dos prazos legais, pois como visto no primeiro capítulo deste trabalho a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, extinguiu esse requisito legal.

Há que se destacar ainda, que embora a maior parte da doutrina defenda a impossibilidade da separação extrajudicial por considerar que a mesma foi extinta do atual ordenamento, anteriormente já firmamos o entendimento de que o instituto persiste e por isso a possibilidade de seu procedimento extrajudicial também.

Mais uma vez a lei assegura a autonomia das partes que deixa livre a escolha do tabelião de notas para a lavratura do ato notarial, isto é, não se aplicam as regras de competência do Código de Processo Civil (DIAS, 2009, p. 308). O comparecimento pessoal das mesmas não é exigido e neste ponto a lei adota a mesma lógica aplicada ao casamento que pode se realizar por procuração.

A lei determina que as partes sejam acompanhadas de advogado, comum ou não. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 451) a necessidade de assistência por advogado justifica-se na medida em que *“são protegidos interesses recíprocos, evitando o sacrifício de garantias jurídicas em momento tão delicado da vida de qualquer pessoa”*. Ressalta-se que no caso de pessoas necessitadas é possibilitado a participação da Defensoria Pública, instituição essencial ao funcionamento da justiça conforme artigo 134 da Constituição da República de 1988.

No ato notarial devem as partes acordarem acerca da partilhas dos bens comuns do casal, ao uso do sobrenome de casado e ao dever de prestar alimentos entre si, podendo inclusive, assim como é no procedimento judicial, estabelecer outras cláusulas, dispondo de sua autonomia negocial.

De qualquer modo, após a lavratura da escritura, não mais será possível a sua alteração – salvo para a correção de erros materiais. Não há, portanto, a possibilidade de retratação do acordo celebrado (o que, aliás, evidencia a necessidade de assistência por advogado). Assim, caso pretendam as partes dispor, novamente, sobre o patrimônio deverão fazê-lo por meio de um novo negócio jurídico, que pode ser celebrado, novamente, por escritura pública. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.452)

Um dos requisitos para a separação ou divórcio extrajudicial é a inexistência de filhos menores ou incapazes, isto é, a existência de filhos menores ou incapazes não autoriza o uso da via administrativa.

Entretanto, Maria Berenice Dias (2009, p.311) alerta que essa não é a conclusão sustentada por boa parte da doutrina, que afirma com toda razão, a possibilidade da separação e do divórcio por escritura pública quando embora haja filhos menores ou incapazes, já tenham sido encaminhadas ao judiciário as questões acerca da guarda, alimentos e visitação dos filhos enquanto menores incapazes.

Na visão de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012) a solução adotada pela lei quanto aos filhos menores e incapazes não é adequada. Explica:

Tais direitos não podem ser tratados em negócio jurídico, motivo pelo qual se justifica a vedação legal. Não se pense, entretanto, que se o casal tem filhos comuns não poderá se valer da simplificada via administrativa do divórcio. Por certo não é assim. Se o casal tem prole comum poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, dès que não verse o pacto sobre direitos dos filhos, que são indisponíveis. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.454)

Para Rolf Madaleno (2011, p.404) não há como vetar o divórcio administrativo *“se, por intermédio de outras demandas, ou por distintos acordos judiciais, o casal já encaminhou a solução dos interesses indisponíveis dos seus filhos menores ou incapazes”*.

Apesar destas objeções doutrinárias, a Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça que trata do assunto determinou em seu artigo 34 que *“As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento”* (BRASIL, 2007).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também reafirmou a impossibilidade do divórcio extrajudicial quando da existência de filhos incapazes através do provimento 164/2007 que traz a seguinte redação:

Art. 1º O inventário, a partilha, a separação consensual e o divórcio consensual, a partir de 05 de janeiro de 2007, nos termos da Lei Federal nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil, poderão ser realizados por via administrativa, através de escritura pública, observados os requisitos legais quanto aos prazos.

§ 1º No caso do inventário e da partilha, todos devem ser capazes e concordes e não existir testamento e, na separação e divórcio consensuais,

não poderão existir filhos menores ou incapazes do casal. (BRASIL, 2007a)

Portanto, quando o casal tiver filhos menores, não é possível a realização do divórcio pela via administrativa, haja vista tratar-se de direitos indisponíveis, entretanto, a polêmica não solucionada pela lei 11.441 de 2007 reside na possibilidade ou não do divórcio extrajudicial nos casos em que a cônjuge virago está grávida, haja vista que o ordenamento brasileiro protege a autonomia privada dos cônjuges, mas, por outro lado, põe a salvo os direitos do nascituro.

Como bem ensina Maria Luiza Póvoa Cruz (2011), o direito de família envolve relações pessoais, delicadas e de sentimento, e, por isso a busca rápida de solução nem sempre é o caminho mais seguro.

3.3 O divórcio extrajudicial da mulher grávida frente aos direitos do nascituro

A partir das considerações traçadas no tópico anterior deste trabalho, conclui-se que nos casos em que haja filhos menores ou incapazes os cônjuges estão impedidos de realizar o divórcio pela via administrativa (extrajudicial). Ocorre que a lei não regulamenta os casos em que a mulher esteja grávida, deixando a dúvida se neste caso sobressai a autonomia das partes ou os direitos do nascituro.

A matéria não é constantemente enfrentada pela doutrina de Direito de Família que ainda não se ocupou do assunto, a própria Lei 11.441 de 2007 não é analisada adequadamente, razão pela qual não é possível identificar correntes devidamente fundamentadas, havendo apenas opiniões esparsas e sem densos argumentos.

Cristiano Cassettari (2007) expõe a polêmica:

O art. 1.124-A do Código de Processo Civil estabeleceu ser proibida a realização da escritura de separação e do divórcio, quando existirem filhos menores ou incapazes do casal.

Assim, cumpre questionar se é possível escriturar a separação ou o divórcio, quando a mulher estiver grávida (CASSETTARI, 2007, p.32)

Maria Berenice Dias (2009) tangencia o assunto entendendo que não há possibilidade da mulher grávida divorciar-se extrajudicialmente. Assim ela expõe em curtas linhas:

Na hipótese da mulher encontrar-se em estado de gravidez, pela sistemática legal, não haveria a possibilidade de proceder-se à separação

extrajudicialmente, até porque o nascituro faz jus a alimentos (DIAS, 2009, p.311).

Este argumento fundamenta-se no direito do nascituro de receber os alimentos gravídicos instituídos pela lei 11.804 de 2008, que como tratado no segundo capítulo deste trabalho, adota nitidamente a teoria concepcionista acerca do início da personalidade.

Entretanto, é preciso considerar que embora o ordenamento resguarde o direito do nascituro aos alimentos gravídicos, não haverá prejuízo quanto a eles em caso de divórcio extrajudicial. Isto é, a fixação dos alimentos nesse caso não segue a mesma sistemática da fixação de alimentos nos casos de haver filhos incapazes, sendo possível, inclusive, que se fixe alimentos gravídicos independentemente da prova de paternidade e da existência do casamento. Inclusive, quando da realização do divórcio judicial não serão, obrigatoriamente, discutidos os alimentos gravídicos, motivo pelo qual podemos afastar tal argumento como óbice a realização do procedimento extrajudicial.

Ou seja, a fixação de alimentos gravídicos independe da existência do casamento ou até mesmo da presunção de paternidade quando o filho é concebido na constância dele, bastando apenas indícios de paternidade, nesse sentido, não é razoável o impedimento do divórcio por escritura pública baseando-se no argumento de que tem o nascituro direito aos alimentos.

Francisco José Cahali (2008) aconselha que *“há de se obstar a via administrativa se grávida a interessada, pois a intenção da Lei é proteger a prole, ainda que por vir, e assim, adequada a preservação dos direitos do nascituro”* (CAHALI, 2008, p.113).

Zeno Veloso (2009) explica melhor esta posição:

E se a esposa estiver grávida, pode separar-se por escritura pública? A Lei nº. 11.441/2007 diz que a via administrativa para a dissolução da vida conjugal só é possível se não houver filhos menores ou incapazes. A meu ver, a disposição inclui o nascituro. O nascituro não é um vegetal, uma coisa qualquer, mas uma pessoa que está por nascer. Todo ser humano menor de 18 anos recebe proteção especial, não só depois, como antes do nascimento. A personalidade civil começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º). Sim, há direitos que não dependem do nascimento com vida. O primeiro deles é o direito à própria vida, e mais: direito à integridade física, à saúde, aos alimentos, direito de ser reconhecido, de ser adotado, de estar submetido ao poder familiar, à curatela, de receber doação, direito sucessório. [...] Sem o servilismo de uma compreensão literal-gramatical, e, ao contrário, fazendo uma interpretação teleológica, finalística, dando

uma exegese extensiva, com leitura do texto conforme à Constituição Federal, não tenho dúvida de concluir que, se o casal estiver esperando um filho, se há uma criança in fieri, a separação por via administrativa não é admissível (VELOSO, 2009, p.1).

Como exposto anteriormente sobre os argumentos acerca da teoria natalista do início da personalidade, aquela pela qual a personalidade jurídica da pessoa natural começa com o nascimento com vida, embora seus direitos estejam salvaguardados desde a concepção aperfeiçoando-se apenas com o nascimento. Nesse sentido, o nascituro não pode ser entendido como o menor ou incapaz de que trata a lei, mesmo porque só terá personalidade jurídica, tornando-se titular de direitos e obrigações após o nascimento com vida.

Ocorre que, dar a faculdade aos cônjuges de divorciarem extrajudicialmente quando houver gravidez não causará nenhum prejuízo às partes, razão pela qual não subsiste o argumento de que o divórcio administrativo é inviável nesses casos.

É preciso lembrar que o artigo 1597, II do Código Civil de 2002 traz a presunção de que os filhos nascidos nos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal foram concebidos na constância do casamento. “Trata-se de uma presunção de natureza biológica, considerando que a gestação não ultrapassa 40 (quarenta) semanas, entre 270 (duzentos e setenta) e 280 (duzentos e oitenta) dias, aproximadamente” (CRUZ, 2012, p.36).

Assim, não se pode concluir que exista óbice para a dissolução da sociedade conjugal quando a cônjuge virago estiver grávida, haja vista que não haverá prejuízo para o nascituro, que tem seus direitos salvaguardados.

Tema de relevância é a participação do Ministério Público nos procedimentos que envolvam interesses de menores conforme o artigo 82, inciso I do CPC determina, e, se este preceito seria ou não aplicável ao divórcio extrajudicial da mulher grávida, pois, caso seja obrigatória a participação do Ministério Público no divórcio da mulher grávida, a via extrajudicial estaria impossibilitada, como ocorre no caso de filhos menores ou incapazes.

Ocorre que ao Ministério Público incumbe a defesa, perante o judiciário, dos interesses públicos e indisponíveis da sociedade e a fiel observância da Constituição e das Leis como bem define o artigo primeiro da Lei Complementar Federal n. 40/81.

Qualquer que seja a causa que o confere o MP a intervir no processo, seja civil ou penal, o objeto de sua atuação é sempre o interesse público, que é

derivado do interesse social e individual indisponível, portanto, não há de se falar em duplicidade de interesses, por que nesse sentido ocorrerá carência de interesse, há apenas um, de modo que somente deverá intervir um representante do MP no processo civil, ainda que seja múltiplas razões que determinaram sua intervenção (NERY JUNIOR, 1999, p.526).

Como já tratado anteriormente, o divórcio e a separação na forma extrajudicial só são possíveis na ausência de filhos menores ou incapazes. Quando da existência destes, o divórcio deve proceder-se pela via judicial, onde, obrigatoriamente o Ministério Público deverá intervir para proteger os direitos indisponíveis dos menores e incapazes.

Por mais que seja questionável a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público quando a cônjuge virago estiver grávida, é preciso compreender que quando da realização do divórcio, não serão decididos quaisquer interesses que envolvam o menor, ficando resguardado seus direitos para momento oportuno e com a efetiva participação do membro do Ministério Público. Ao contrário do inventário e partilha, que decidem questões essencialmente patrimoniais, no divórcio o que se decide é o fim da sociedade conjugal, a impossibilidade da vida em comum, motivo pelo qual, o divórcio não põe fim o poder familiar, pois como visto anteriormente, quanto a filiação e os direitos aos alimentos, por exemplo, não haverá transação no ato administrativo e estes já se encontram assegurados por outros meios, ainda que condicionados ao nascimento com vida.

Destaca-se também que a Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007, o Provimento 164/2007 do TJMG e o fato de que nenhuma alteração foi feita na Lei de Registros Públicos ou qualquer outra norma legal que atribua ao notário da serventia de notas a obrigatoriedade de um exame quanto certeza de inexistência do estado de gravidez da cônjuge virago.

Portanto, pela legislação em vigor, não existe nenhum óbice na realização de divórcio administrativo de mulheres grávidas.

Entretanto, é preciso lembrar, como resta evidente dos argumentos aqui delineados, que nada obsta a possibilidade do divórcio extrajudicial da mulher grávida, já que não se fala em tutela de direitos de incapazes.

4 - CONCLUSÃO

Ao final dessa pesquisa, concretiza-se a hipótese lançada como solução do problema proposto para afirmar que não existe óbice jurídico para a realização do divórcio extrajudicial da mulher grávida, tendo em vista a ausência de prejuízo ao nascituro e uma vez que não se trata de direito de incapaz.

Conclui-se que o legislador brasileiro historicamente veio introduzindo medidas que primaram pela autonomia privada na flexibilização dos procedimentos para dissolução da sociedade e dos vínculos conjugais e que estas medidas incorporaram o paradigma de um novo direito de família, que baseado nos vínculos de afetividade, não admite a manutenção forçada de um relacionamento quando não mais existem laços de afeto.

Não se perde de vista que a autonomia da vontade tem seus limites e que no presente estudo seus limites são delineados pela garantia de direitos ao nascituro desde sua concepção, entretanto, percebe-se que embora haja a garantias de direitos, estas são geralmente condicionadas ao nascimento com vida, o que difere o nascituro do filho incapaz.

Percebeu-se que apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao fim do instituto da separação judicial, esta ainda subsiste no ordenamento brasileiro, pois a Emenda Constitucional 66/10 apenas extinguiu os prazos para que se proceda ao divórcio, sendo perfeitamente possível, que caso desejem as partes, procedam previamente à separação judicial.

Restou demonstrado que não há consenso acerca do início da personalidade jurídica das pessoas naturais, havendo argumentos e respaldos normativos tanto para a teoria natalista (onde a personalidade se inicia com o nascimento com vida) quanto para a teoria concepcionista (que considera a personalidade existente desde a concepção).

Identificou-se que o nascituro goza de proteção no Direito Brasileiro seja com a presunção de filiação, com a garantia de alimentos desde a concepção, ou mesmo com a garantia de direitos sucessórios que no caso de nascimento com vida, retroagem desde a abertura da sucessão.

Ao final da pesquisa, ficou claro que a lei 11.441/07 manifesta tendências do Direito Brasileiro, como a simplificação dos procedimentos, primazia da autonomia privada na dissolução dos vínculos matrimoniais e da sociedade conjugal e desburocratização dos procedimentos com o conseqüente desafogamento do poder judiciário.

Por fim, concretizou-se a hipótese lançada para a pesquisa, concluindo que não existem óbices para que a mulher grávida proceda ao divórcio na forma administrativa (extrajudicial), uma vez que não há interesses de incapazes que se apresentem como obstáculos, e nem mesmo possíveis prejuízos ao nascituro.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Zoraide Sabaine dos Santos. **O reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro desde a concepção no sistema jurídico nacional como forma de solidificar a exigente atuação integral do fenômeno humano nas relações jurídicas**. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/zoraide_sabaini_dos_santos_amaro.pdf. Acesso em 20/04/2012.

BERTHOLD, Daniel André Kohler. **O divórcio ficou mais rápido?**. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19644. 2010. Acesso em: 03/04/2012.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000**. 12ª Sessão. Relator Cons. Jefferson Kravchychyn. Julgado em 14/09/2010.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 35 de 24 de abril de 2007**. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf. 2007. Acesso em 15/05/2012.

BRASIL, STF. **Informativo nº 508**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo508.htm#ADI> e Lei da Biossegurança - 6. Acesso em 20/04/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0028.09.020342-4/001**, Comarca de Andrelândia - Relator: exmo. Sr. Des. Bitencourt Marcondes. Data da Publicação: 13/04/2012. Disponível em:

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=28&ano=9&txt_processo=20342&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em 18/05/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº**

1.0433.07.223188-2/003, Comarca de Montes Claros, Relatora: Exm^a. Sr^a. Des^a.

Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de publicação 17/11/2011. Disponível em:

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=433&ano=7&txt_processo=223188&complemento=3&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em 18/05/2012

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº**

1.0515.08.034477-0/001, Comarca de Piumhi, Relator: Exmo. Sr. Des. Mauro Soares de Freitas. Data De Publicação 29/09/2011. Disponível em:

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=515&ano=8&txt_processo=34477&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em: 18/05/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Provimento n. 164/CGJ/2007**.

Disponível em:

http://www.tjmg.jus.br/corregedoria/codigo_normas/pdf/Provimentos.pdf 2007a.
Acesso em 15/05/2012.

CAHALI, Francisco José. **Escrituras Públicas: Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CASSETTARI, Christiano. **Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública**. 2ª ed. São Paulo-SP: Método, 2007

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. 6ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CRUZ, Maria Luiza Pova. **Separação, Divórcio e Inventário por via administrativa**: implicações das alterações no CPC promovidas pela Lei 11.441/2007. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. Vol. 6. 4ed. rev.; ampl.; e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

FILHO, Adalberto Lima Borges. **O novo panorama do divórcio no Brasil**. O fim da separação judicial (?). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2931, 11 jul. 2011.
Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19528>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: direito de família. 7ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de; FIGUEIREDO, Henrique Monteiro et al. **As invalidades no Direito Civil e sua caracterização no Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3303>>. Acesso em: 25 maio 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências**. *IN*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P.471-496.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. Vol.1, 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NETO, Caetano Lagrasta; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Luiz Valladão. **O fim da separação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=684>. 2010. Acesso em 03/04/2012.

PINTO, Fernando Henrique. **EC não revoga prazos legais para a separação**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>, 2010. Acesso em 03/04/2012.

RABELO, César Leandro de Almeida. **Separação e a Emenda Constitucional n 66/2010: incompatibilidade legislativa**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Separa%C3%A7%C3%A3o%20EC%2066_2010.pdf . Acesso em 03/04/2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do Divórcio: cedo para comemorar**. Disponível em: <http://magrs.net/?p=14055#more-14055> .2010. Acesso em: 03/04/2012.

SEMIÃO, Sérgio Abdala. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis criminais e do biodireito**. 2ed, rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELOSO, Zeno. **Aspectos práticos da Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais**, 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=558>. Acesso em: 13/05/2012.