

## **A desnecessidade de audiência de tentativa de reconciliação nas ações dissolutórias do casamento: por um direito mais próximo da sociedade**

### **CRISTIANO CHAVES DE FARIAS**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.  
Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal,  
Universidade Católica do Salvador.

Professor de Direito Civil das Faculdades Jorge Amado (graduação e pós-graduação),  
e do JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas, na Bahia  
e do Practorium – Rede Telepresencial de ensino jurídico, em Minas Gerais.  
Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Civil do Curso JusPODIVM.  
Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

*“Ainda vai levar um tempo, para fechar o que feriu por dentro,  
natural que seja assim, tanto para você, quanto para mim; Ainda  
leva uma cara para a gente poder dar risada, assim caminha a  
humanidade, com passos de formiga e sem vontade; Não vou dizer  
que foi ruim, também não foi tão bom assim, não imagine que te  
quero mal, apenas não te quero mais” (Lulu Santos)*

### **1 – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA**

Desconforto dos mais habituais no cotidiano forense atual diz respeito à exigência de designação de data para uma (inusitada) audiência de tentativa de reconciliação (isso mesmo, impõe a lei ao juiz que faça com que as partes tentem retomar a vida conjugal, como se pudesse influenciar em tal decisão), determinada pela Lei nº 6.515/77 – Lei do

Divórcio, notadamente em seu art. 3º, §2º,<sup>1</sup> e pelo Código de Processo Civil, no comando 1.122.<sup>2</sup>

A questão ganha foros verdadeiramente dramáticos na sociedade contemporânea por motivos diversos.

Não fosse apenas o grande contingente de pessoas que são obrigadas a abandonar as suas ocupações (profissionais liberais que têm de largar as suas fontes de renda, servidores públicos que são obrigados a desfaltar os quadros da máquina estatal, empregados que precisam contar com a boa vontade de seus superiores, etc.), outros transtornos se apresentam.

Observe-se que inúmeras pessoas que não mais residem no mesmo domicílio do consorte de quem está se separando ou divorciando (quando não estão residindo em outro Estado ou, quiçá, em outro país), ficam obrigadas a assumir grandes despesas financeiras, profissionais e emocionais somente para sentar em uma mesa de audiência e, solenemente, informar o óbvio ululante, na linguagem do saudoso NÉLSON RODRIGUES: que, realmente, não mais pretende continuar casado.

Muitos são os casos de pessoas casadas – porém separadas de fato há considerável lapso temporal – que não conseguem desfazer, juridicamente (até mesmo porque afetivamente já nada restou), os laços conjugais, porque uma norma legal, de 1977 (portanto, mais de dez anos antes da *Lex Fundamentallis*), exigia que o desfazimento do matrimônio fosse precedido de uma audiência na qual o juiz deveria exortar o casal a retomar a vida conjugal. São, *verbi gratia*, brasileiros que vivem no exterior e estão separados de fato de cônjuges que ficaram no país<sup>3</sup> ou mesmo pessoas que

<sup>1</sup> Art. 3º, §2º, Lei do Divórcio: “o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”.

<sup>2</sup> Art. 1.122, CPC: “apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade”.

<sup>3</sup> Tentando mitigar a dureza da lei em casos tais, encontra-se em nossa jurisprudência: “Separação judicial consensual. Dificuldade extraordinária e inexigível do comparecimento pessoal de um dos cônjuges à audiência de ratificação do pedido, por encontrar-se residindo e trabalhando no exterior. Representação por meio de mandatário constituído especialmente para o fim. Admissibilidade. Orientação principiológica. Petição inicial indeferida. Condições de procedibilidade presentes. Recurso provido para anular a sentença. A circunstância de um dos cônjuges encontrar-se residindo e trabalhando no exterior caracteriza dificuldade extraordinária e inexigível de seu comparecimento pessoal à audiência de ratificação do pedido de separação consensual. Nestes casos, à luz dos princípios gerais do direito, mormente o de que ninguém está obrigado ao impossível, a petição inicial deve ser subscrita diretamente por ambos os cônjuges, com as firmas reconhecidas por quem de direito, e o separando ausente far-se-á representar por mandatário, com poderes especialíssimos para atuar em todos os atos e termos do procedimento de separação por mútuo consentimento. Daí ser nula a sentença indeferitória da exordial e extintiva do processo, à mingua da possibilidade jurídica do pedido”. (TJSC, ApCiv.2002.010996-2, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben)

estão residindo em localidades muito distantes do domicílio de seu ex-consorte e que, em face das dificuldades, permanecem vinculadas juridicamente, muito embora sem qualquer laço afetivo e sem, sequer, manter qualquer relação.

O resultado dessa indevida exigência legal é digno de reflexões. *Primus*, um volume considerável de pessoas que já estão separadas de fato não conseguem regularizar, juridicamente, a sua situação afetiva. *Secundus*, a pauta de audiências das varas de família é tomada por audiências inúteis e procrastinatórias, atrasando e prejudicando ações que, realmente, exigem a efetiva e eficaz intervenção do Poder Judiciário. *Tertius*, diversas pessoas são obrigadas a paralisar as suas atividades cotidianas somente para declarar que não há possibilidade de retomada da vida conjugal (como se o juiz fosse conseguir restabelecer o afeto).

Pois bem, diante desse quadro dramático, calha considerar importante aspecto jurídico, de índole constitucional: estaria a legislação divorcista consentânea com as diretrizes constitucionais e adequada ao mundo contemporâneo?<sup>4</sup>

## 2 – PRESSUPOSTO NATURAL PARA A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL: O ATENDIMENTO AOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA A DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL

*Prima facie*, convém registrar que a dissolução do matrimônio dependerá, em qualquer circunstância e situação, do atendimento dos requisitos exigidos pela legislação brasileira para a separação judicial e o divórcio.

Assim sendo, para a obtenção do divórcio direto é mister que o lapso temporal de dois anos ininterruptos de separação de fato seja demonstrado cabalmente,<sup>5</sup> através, *exempli gratia*, de declarações (com firmas reconhecidas, atendendo ao que determina o art. 369, CPC<sup>6</sup>) de pessoas que atestem conhecer o casal e saber já estar separado de fato

---

<sup>4</sup> A respeito da compreensão constitucional da separação judicial, inclusive formulando crítica à estruturação atual do Código Civil de 2002, com farta referências jurisprudenciais, seja consentido remeter ao que escrevi anteriormente, FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE, cf. A separação judicial à luz do garantismo constitucional, cit., notadamente p. 96-102 e 115-152.

<sup>5</sup> Art. 226, § 6º, Constituição Federal: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressamente previstos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

<sup>6</sup> Art. 369, CPC: “reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença”.

pelo aludido período de tempo, como exige a norma constitucional. Aliás, registre-se, por oportuno, que as declarações, com firma reconhecida, possuem o mesmo valor jurídico do testemunho em juízo, uma vez que, por igual, deixam prevenidas as responsabilidades civil e criminal do declarante, não se justificando exigir a presença da testemunha. Nesse sentido, já é possível encontrar precedente em nossa jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO. COLETA DE PROVA ORAL PARA COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL. Considerando o acúmulo cada vez mais significativo de ajuizamento de ações a reclamar pronta resposta do Judiciário, a ausência de litígio entre as partes e a falta de lei vedando aferir-se a prova do transcurso do prazo legal através de documentos, *é desnecessária a realização de audiência de oitiva de testemunhas com o propósito de comprovar o lapso temporal. As declarações acostadas aos autos são suficientes para demonstrar o tempo da separação de fato, sobretudo ante a ausência de qualquer alegação de que os documentos são falsos.*” (TJRS, Ac.unân. 8ª Câm.Cív., ApCív. 70011398880 – Comarca de Cruz Alta, rel. Desa. Walda Maria Melo Pierro, j. 29.12.2005)

Para o divórcio por conversão, conforme o mesmo dispositivo constitucional citado (art. 226, § 6º), é imprescindível, a outro giro, a prova de que já transcorreu mais de um ano após a decisão de separação judicial (ou mesmo de separação de corpos), além, por óbvio, de seu trânsito em julgado.

Já a separação judicial consensual exige, além das cláusulas do ajuste entre o casal (art. 1.120 e ss., CPC), a prova de que estão casados há mais de um ano (pasmem, caro leitor, significa que, antes desse prazo, mesmo que o casal pretenda *não* poderá dissolver o casamento, estando *obrigado* a permanecer casado),<sup>7</sup> consoante exigência do art. 1.574 do *Codex* de 2002.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Oportuna a crítica de MARIA BERENICE DIAS à exigência legal de prazo mínimo para a separação consensual: “trata-se de verdadeira imposição de um ‘estágio probatório’, durante o qual o desejo dos cônjuges não possui o mínimo significado... Nítido o caráter punitivo de tal restrição. Será a determinação de um período de reflexão? Ou não se admite que o amor possa ter acabado antes desse prazo? Afinal, qual a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos? Dizer que é para preservar os sagrados laços do matrimônio? Mas, o casamento não existe!”, cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p. 66-7.

<sup>8</sup> Art. 1.574, Código Civil: “dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”.

Por derradeiro, a separação judicial litigiosa reclama a demonstração de uma das hipóteses do art. 1.572 da Lei Civil,<sup>9</sup> devendo estar fundada i) na culpa de um dos consortes, ii) na ruptura da vida conjugal há mais de um ano ou iii) na doença mental de cura improvável ou impossível de um dos cônjuges, certificada depois de dois anos.

É intuitivo, portanto, que somente quando presentes os requisitos materiais exigidos pelo sistema jurídico brasileiro é que será possível o desfazimento do vínculo matrimonial.

### 3 – A INDEVIDA EXIGÊNCIA DE AUDIÊNCIA PARA A TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO CONSTANTE DA LEI Nº 6.515/77 – LEI DO DIVÓRCIO E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em conformidade com o art. 3º, §2º, da Lei nº 6.515/77 (cujo espírito já estava incorporado pelo art. 1.122 do CPC), “o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”. O escopo do legislador parece evidente: fazer com que o juiz (representando o Estado, em sua acepção lata) tente obter a reconciliação do casal, evitando a ruptura da relação casamentária.

E o pior: a jurisprudência chegou mesmo a entender que a falta de tentativa de reconciliação do casal implicava em nulidade do processo.<sup>10</sup>

Não se pode olvidar, contudo, que o referido dispositivo legal foi talhado em momento histórico distinto do atual, ainda sob o regime autoritário de exceção e sob as influências do Código Civil de 1916, que vislumbrava no casamento o único modelo de constituição de família.<sup>11</sup> Ou

<sup>9</sup> Art. 1.572, Código Civil: “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

<sup>10</sup> Nesse sentido: “SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. HOMOLOGAÇÃO. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. 1. Mesmo havendo acordo firmado pelas partes ajustando a separação judicial, é imperiosa a realização da audiência de ratificação. 2. Trata-se, pois, de exigência expressa do art. 1.122 do CPC, sendo que a inobservância da forma legal acarreta a nulidade da decisão...” (TJRS, Ac.7ª CâmCív., ApCív. 70009994468 – comarca de Santo Antônio das Missões, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 10.11.04)

<sup>11</sup> Em verdade, a exigência de tentativa de reconciliação é anterior mesmo à Lei do Divórcio. A Lei nº 968, de 10.12.1949, em seu art. 1º especificamente, afirmava que nas causas dissolutivas da sociedade conjugal (então chamadas de desquite) “o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada, promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem”. Em seguida, no art. 2º, rezava

seja, a citada norma legal tinha o escopo de manter o matrimônio, pois a sua dissolução implicaria na fratura da própria célula familiar, uma vez que inexistia família fora do casamento.

Uma vigorosa e consistente travessia se deu após o advento da multicitada norma. Além de incontáveis mudanças nas concepções filosóficas e nos próprios valores de nossa sociedade, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou novas cores, tons, matizes, impressos pela Constituição da República de 1988 – que, propiciamente, foi apelidada de *Constituição-cidadã*, deixando antever a sua preocupação fundamental em privilegiar a tutela avançada da pessoa humana, já explicitada logo em seu art. 1º, III, ao estabelecer como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana*.<sup>12</sup>

Mais ainda. A Carta Magna esculpiu, logo em seguida, garantias fundamentais (art. 5º), dentre as quais constam, expressamente, a *liberdade, a privacidade e a igualdade substancial*.

Na linha desse garantismo constitucional, o legislador aclamou, ao cuidar da organização da família (art. 226, § 6º), a *facilitação da dissolução do casamento*, conferindo efetividade, em especial, ao princípio da liberdade de autodeterminação.

Assim sendo, observa-se que *ao direito de constituir família, através do casamento* (atendidos meros requisitos legais, independentemente de perquirição estatal acerca da certeza ou convicção dos nubentes em relação ao propósito alvitado), *haverá de corresponder o espelho invertido, que é o direito de desconstituí-la – e com a mesma facilidade!*

É nesse novo e alvissareiro panorama que se haverá de compreender toda a sistemática legal infraconstitucional, pois a *Lex Legum* tem prevalência e supremacia hierárquica, vinculando – formal e materialmente – todas as normas que compõem o respectivo sistema jurídico.

Vale o registro: *é a lei que tem de ser compreendida pela legalidade constitucional (regras e princípios) e não a Constituição que tem de ser interpretada pela norma infraconstitucional*, o que implicaria em subversão hermenêutica!

a norma legal: “para os fins do artigo anterior, o juiz, pessoalmente, ouvirá os litigantes, separada ou conjuntamente, e poderá ainda determinar as diligências que julgar necessárias”.

<sup>12</sup> Sobre a aplicação e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família vale mencionar o que escrevi em outra sede, chamando a atenção para a violação do referido vetor constitucional pela legislação ao impor limitação à escolha do regime de bens pelo maior de 60 anos de idade (CC, art. 1.641), bem como em eventual interpretação negando efeitos familiaristas às uniões homoafetivas, FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE, cf. A Separação judicial à luz do garantismo constitucional, cit., p. 50-60.

#### 4 – O PAPEL DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO E A SUA FORÇA NORMATIVA

Deriva a idéia de princípio da linguagem geométrica, onde concerne às “verdades primeiras”, constituindo as premissas fundamentais de um sistema que se desenvolve *more geométrico*.<sup>13</sup> Exatamente por isso, os princípios revestem-se de grande relevância, porque marcam, basicamente, todo o sistema jurídico. São as proposições genéricas que informam uma ciência. Enfim, a sua base valorativa.

Na feliz expressão de ROBERT ALEXY, princípios jurídicos “*são mandados de otimização; normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes*”.<sup>14</sup> São, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

Em verdade, enquanto valores fundamentais do sistema, os princípios presidem a ordem jurídica, em toda a sua extensão e substancialidade, evidenciando a sua indubitosa importância teórica e prática.

Chega mesmo PAULO BONAVIDES a dizer que “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”.<sup>15</sup>

É que se descobriu que os princípios possuem indubitosa *força normativa*, superando a falsa crença de que teriam, tão somente, uma dimensão puramente ética ou valorativa, desprovidos de eficácia e força jurídica. Assim sendo, é reconhecido, hodiernamente, um caráter normativo aos princípios, permitindo a sua aplicação direta e imediata, reconhecida uma eficácia negativa e uma eficácia positiva a eles.<sup>16</sup>

É possível (aliás, é preciso!), destarte, que o magistrado, diante do caso concreto, delibere com base nos princípios, aplicando-os concretamente.

E mais ainda. Além de serem aplicáveis direta e objetivamente, os princípios também servem como proposições genéricas e abstratas que influenciam as regras jurídicas, conferindo-lhes novo conteúdo.

<sup>13</sup> A idéia é de PAULO BONAVIDES, que acrescenta uma concepção de princípios oriunda da Corte Constitucional italiana, segundo a qual “se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico”, cf. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 255-7.

<sup>14</sup> Cf. Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 86.

<sup>15</sup> Cf. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 281-2.

<sup>16</sup> Acerca da eficácia positiva e da negativa dos princípios – e, particularmente, dos princípios constitucionais – importante fazer menção à obra de LUÍS ROBERTO BARROSO, cf. Interpretação e Aplicação da Constituição, cit., especialmente p. 377-9.

Por tudo isso, já se afirmou, não sem razão, que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. *A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.* É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”, consoante a firme advertência de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO.<sup>17</sup>

Diante das idéias expostas, é possível inferir que, dada a sua generalidade e abstração, os princípios inspiram uma interpretação pautada nas diretrizes constitucionais, vinculando todo o tecido jurídico infraconstitucional e as decisões judiciais, além de conferir um novo conteúdo (essência) às regras positivadas nos mais diferentes diplomas.

No caso *sub oculis*, há de se emprestar às disposições da Lei do Divórcio um conteúdo e alcance conforme as opções e diretrizes constitucionais. Ou seja, é preciso (re)visitar, (re)compreender, o significado das regras ali contempladas (em uma lei editada mais de dez anos antes do advento da Constituição Federal), para garantir a efetivação da sólida base axiológica constitucional, de prevalência de garantias da pessoa humana.

## 5 – A POSSIBILIDADE DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA COM BASE EM VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E VALORES NELA CONSAGRADOS

E nem se diga ser descabido proclamar a inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais alicerçando-se, tão somente, nos princípios e valores insculpidos na *Lex Mater*.

É que a moderna teoria constitucional, fincada no pós-positivismo, vem atribuindo nítida força normativa aos valores axiológicos estabelecidos na Constituição. Aliás, uma das grandes contribuições prestadas por J. J. GOMES CANOTILHO foi perceber a existência de dois diferentes tipos de *normas jurídicas*: as *normas-regras* e as *normas-princípios*, permitindo que se perceba uma inescandível *força normativa nos princípios*, especialmente nos princípios constitucionais. Assim, na lição do próprio constitucionalista luso, “*os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos*”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Cf. Elementos de Direito Administrativo, cit., p. 230.

<sup>18</sup> Cf. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 1.086.



Disso não discrepa o constitucionalista baiano DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, elucidando que “os princípios, sejam explícitos, sejam implícitos, são normas jurídicas e, por conseguinte, obrigam, vinculam, têm positividade e eficácia”,<sup>19</sup> deixando clara a existência de um pós-positivismo, formando-se, agora, o ordenamento jurídico de normas de conteúdo aberto, que se oxigenam com mais vigor, modelando-se melhor no caso concreto.

Nessa linha de intelecção, é forçoso reconhecer a pronta inconstitucionalidade decorrente da violação direta de princípios domiciliados na Carta Maior.

Em palavras mais claras. Considerada a força normativa dos princípios – especialmente dos princípios constitucionais – é de se reconhecer que a sua violação, direta ou indireta, pela norma ou por decisão judicial, enseja o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Incorporando tais idéias, LUÍS ROBERTO BARROSO, sustenta a existência de uma verdadeira eficácia negativa nos princípios, autorizando, assim, “que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma”.<sup>20</sup>

Pelo fio do exposto, toda e qualquer situação jurídica em concreto que se afastar da orientação axiológica constitucional, violando os efeitos pretendidos pelos princípios, não se coaduna com a legalidade constitucional, sendo, às escâncaras, inválida.

Pois bem, realizando uma necessária *filtragem constitucional* das normas civis que impõem ao Estado imiscuir-se na vida privada para tentar manter o casamento (art. 3º, § 2º, Lei do Divórcio), como se houvesse algum interesse público na sua manutenção e condicionando o seu desfazimento à tentativa de reconciliação do casal, infere-se a violação frontal dos dispositivos da *Lex Fundamentallis* que asseguram a *liberdade de autodeterminação, a intimidade e a vida privada*.

Tudo isso sem considerar que impedir a dissolução do casamento porque não se tentou restabelecer o vínculo conjugal (como se algum interesse houvesse nisso, se os próprios cônjuges já bateram à porta do Judiciário para pedir a ruptura do vínculo que não mais existe no plano afetivo) constitui efetiva violação da dignidade da pessoa humana, infringindo a eficácia negativa do princípio vetor do ordenamento jurídico.

Não se pode aceitar que, em pleno século XXI, o Direito de Família se feche para a realidade da vida moderna e, em descompasso com a Constituição, consagre regras que, evidentemente, não se compatibilizam com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania.

<sup>19</sup> Cf. “O princípio da segurança jurídica e a anterioridade especial como condição mínima para o cumprimento da anterioridade tributária”, cit., p. 101.

<sup>20</sup> Cf. Interpretação e aplicação da Constituição, cit., p. 378.

A Constituição da República não pode estar submetida ao conteúdo da norma infraconstitucional. Por isso, impõe-se ao jurista exercer um controle cuidadoso da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, analisando a sua adequação aos princípios e regras constitucionais.

E, de mais a mais, o sentido emancipatório das liberdades do cidadão afirmado pela Constituição, representado pelo conjunto de direitos fundamentais e de valores que os sustentam, é umbilicalmente conexo com a realidade presente, viva. Isso importa em dizer que o sistema de direitos fundamentais construído constitucionalmente representa um conteúdo mínimo para o significado social e para a construção do Direito.

Consoante a lição de SALO DE CARVALHO, “o modelo garantista de teoria geral das normas (decorrente da Constituição), muito embora assumindo seu caráter ideal-típico, não se contenta com a mera proposição descritiva isenta de respaldo no plano da eficácia. Além de romper a imagem analítica da norma jurídica, tal composição teórica proporciona redefinições relevantes no papel do jurista, principalmente do julgador, em seu mister de controle de constitucionalidade”.<sup>21</sup>

É com esse espírito que se há de compreender a matéria enfocada, não permitindo que velhos conceitos, de natureza muito mais moral do que jurídica, possam servir de pretexto para atentar, diretamente, contra os mais elementares princípios constitucionais – que possuem, como exaustivamente demonstrado, inquestionável força normativa.

Consoante a advertência de LÊNIO STRECK, é relativamente fácil delinear um modelo garantista, sendo, contudo, difícil a tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Nesse quadrante, acrescenta que a forma de potencializar o valor normativo da Constituição é delegar ao jurista a séria e importante tarefa de contaminar o direito infraconstitucional, pois *garantismo deve ser entendido como a maneira de fazer democracia dentro e a partir do Direito. Como “tipo ideal”, o garantismo reforça a responsabilidade ética do artífice jurídico.*<sup>22</sup>

E não é exagero nenhum afirmar que aceitar a exigência de audiência prévia para tentativa de restabelecimento da vida conjugal, nas ações dissolutórias de casamento, constitui, sim, obstáculo ao exercício da liberdade humana e da própria cidadania, eis que onde não há dignidade, não há cidadania.

<sup>21</sup> Cf. Pena e garantias, cit., p.104.

<sup>22</sup> Cf. “O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista”, cit., p. 48.

## 6 – A INADMISSIBILIDADE E INUTILIDADE DA AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE RESTABELECIMENTO DO CASAMENTO POR AFRONTAR IDEIAS CONSTITUCIONAIS E A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A LEI MAIOR DO PROCEDIMENTO DISSOLUTÓRIO DO CASAMENTO

Pavimentado o caminho que faz avultar as garantias constitucionais (como cláusula pétrea, inclusive), fácil é inferir a inadmissibilidade e inutilidade da audiência prévia de reconciliação do casal.

É que a efetivação do princípio constitucional da facilitação da dissolução do casamento traz consigo a impossibilidade de estabelecer óbices à vontade das partes de desfazer os laços do matrimônio, com exigências indevidas que não lhes foram feitas quando da sua celebração.

Dessa maneira, considerando que existem outras tantas formas de constituição de núcleo familiar (albergadas todas no *caput* do art. 226 da CF, que reza ter a família *especial proteção do Estado*) – o que afasta, de uma vez por todas, o falso “interesse público” na manutenção do casamento (o que poderia existir antes da *Lex Fundamentalis*, quando o casamento era o *único* modelo de composição de família) – bem assim como entendendo que a liberdade de autodeterminação e de escolha dos seus destinos é garantia constitucional, não se pode mais emprestar qualquer utilidade à audiência prévia para tentar restabelecer um vínculo afetivo que já faliu.<sup>23</sup>

Até porque ressoa estranho pensar que o Estado-juiz irá tentar unir o que as próprias partes já não mais têm interesse.

Como poderá o magistrado se imiscuir no seio de uma relação conjugal que ele não conhece? Quem é o juiz para propor a pessoas, cuja história afetiva ele *não conhece*, que continuem casadas? Tais indagações evidenciam a *indevida interferência do Estado na vida privada das pessoas*, cuja tutela avançada foi determinada constitucionalmente. Por isso, fácil é perceber que não há necessidade (*rectius*, não há possibilidade!) de intervenção do Judiciário na intimidade do casal.

Do contrário, permitir-se-á a abertura de uma indevida exceção de intromissão estatal na vida privada, constituindo perigoso precedente.

Enfim, não há razoabilidade a justificar a obrigatoriedade de designação de audiência para reconciliação do casal! Não só. Uma simples – e perfunctória – interpretação constitucional conduz à conclusão da desnecessidade de designação de tal ato processual, com base nos princípios da Lei Maior.

<sup>23</sup> Em sentido inverso, entendendo haver “necessidade de ser tentada a reconciliação pelo juiz, no momento adequado”, sob pena de nulidade processual, sem, contudo, atentar para o comando constitucional, veja-se YUSSEF SAID CAHALI, cf. Divórcio e separação, cit., p. 103.

Assim sendo, “embora constante da lei a obrigatoriedade da designação de audiência preliminar de tentativa de re(conciliação), o eventual suprimimento dessa formalidade não causa nulidade absoluta do feito, já que observados os princípios da finalidade e da celeridade processual”, como assinala BELMIRO PEDRO WELTER.<sup>24</sup>

Do mesmo modo, JANDER MAURÍCIO BRUM, utilizando sua experiência judicante, destaca que a “audiência de ratificação vem do tempo em que o marido exercia a chefia do casal; do tempo em que a união estável era rotulada de imoral. Enfim, está muito atrasada em relação aos novos rumos experimentados pelo Direito de Família”.

E dispara com invulgar percuciência: “é preciso coragem para uma posição menos antipática. Chegou o momento de pensar em coisas mais atuais”.<sup>25</sup>

Em sede jurisprudencial já é possível encontrar precedente chancelando a dispensa da audiência de reconciliação do casal, em ações dissolutórias. Veja-se, ilustrativamente:

Separação consensual. Audiência de ratificação. *Ainda que haja determinação legal e seja recomendável a realização da audiência de ratificação, excepcionalmente pode ser dispensada, principalmente quando não há filhos, nem obrigação alimentar.*

*Não se verificando vício na manifestação de vontade das partes, possível chancelar a separação consensual, sem a formalidade (a designação de audiência).* (TJRS, Ac. 7ª Câm.Cív., AgInstr.70012081089 – comarca de Santo Antônio das Missões, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 9.11.2005)

Por derradeiro, vale encalamistrar que inexistente prejuízo a qualquer dos consortes na dispensa da audiência de reconciliação. Até mesmo porque: *i)* o Judiciário não pode insistir no restabelecimento de um casamento que já acabou; *ii)* em caso de eventual acordo pernicioso a uma das partes, o juiz poderá deixar de homologá-lo, conforme autorização do art. 34, §2º, da Lei do Divórcio;<sup>26</sup> *iii)* se houver coação ou qualquer outro vício de vontade, a parte lesada poderá buscar a anulação do ato jurídico, por meio de ação anulatória, no prazo decadencial, contemplado no art. 178 do Código Civil;<sup>27</sup> *iv)* se a celebração de negócio jurídico diz respeito a interesse privado, não há interesse público em verificar a existência de vício de vontade, pois se

<sup>24</sup> Cf. Separação e divórcio, cit., p. 76.

<sup>25</sup> Cf. Separação judicial e divórcio no novo Código Civil, cit., p. 35-6.

<sup>26</sup> Art. 34, §2º, Lei do Divórcio: “o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.

<sup>27</sup> Art. 178, Código Civil: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

assim fosse, o juiz teria de designar audiência para tentativa de restabelecer toda e qualquer relação contratual.<sup>28</sup>

Não fossem suficientes tais argumentos, vale destacar que os dados estatísticos pretorianos indicam ser inócua a audiência para tentativa de restabelecimento da vida em comum. O volume de casamentos restabelecidos é, sem dúvida, insignificante, especialmente quando confrontado com a perda de tempo e o atraso nas pautas de audiência, atrapalhando processos que, de fato, reclamam maior atenção do julgador.<sup>29</sup>

Na trilha desse pensamento, JOÃO ROBERTO PARIZATTO testemunha que se tem observado, na prática, “a não realização da audiência de ratificação”, o que lhe parece “prudente e desburocrático”, uma vez que se há ajuste de vontades “parece mesmo desnecessária a realização de qualquer audiência, que somente serviria para atrasar a outorga da prestação jurisdicional”.<sup>30</sup>

Enfim, tendo a Lei do Divórcio sido elaborada há quase trinta anos, não mais é possível ao juiz dirimir conflitos com esteio em normas desatreladas da realidade social presente e violando os princípios constitucionais, facilitadores da dissolução do casamento e protetivos da pluralidade das entidades familiares.

## 7 – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL

Por derradeiro, vale encalamistrar que não há qualquer nulidade processual na dispensa da audiência para tentativa de restabelecimento da vida conjugal (exigida pelo art. 3º, § 2º, da Lei do Divórcio e pelo art. 1.122 do CPC), eis que inexistente prejuízo para qualquer das partes ou mesmo violação de interesse público.

Nesse diapasão, o art. 244 do Código Instrumental<sup>31</sup> consagra o princípio da instrumentalidade das formas, indicando que somente se declara nulidade se dela decorrer prejuízo às partes. Disso resulta, *a contrario sensu*, que não havendo dano a qualquer das partes, inexistente nulidade processo, mais valendo os fins almejados do que os meios.

<sup>28</sup> Afasta-se, assim, o argumento esposado por INÁCIO DE CARVALHO NETO de que “o verdadeiro sentido do dispositivo (que exige a audiência de reconciliação) é que o juiz deve verificar se não há, entre os cônjuges, qualquer vício de vontade”, cf. Separação e divórcio, cit., p. 117.

<sup>29</sup> Lembra DARCY DE ARRUDA MIRANDA, oportunamente, que na prática esta providência reconciliatória “tem representado mera formalidade”. Assim, conclui, lucidamente, que “os seus resultados sempre se revelaram negativos”, cf. A Lei do Divórcio interpretada, cit., p. 63.

<sup>30</sup> Cf. Separação e divórcio, cit., p. 79-80.

<sup>31</sup> Art. 244, CPC: “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Nesse diapasão, comentam NELSON NERY JÚNIOR E ROSA MARIA ANDRADE NERY que “o juiz deve desapegar-se do formalismo, procurando agir de modo a propiciar às partes o atingimento da finalidade do processo”, cf. Código de Processo Civil Comentado, cit., p. 715.

Daí CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO formular interessante raciocínio, evidenciando a necessidade de uma nova feição do processo: *“é preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que realmente seja capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.”*<sup>32</sup>

A nossa melhor jurisprudência, firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, vem acompanhando essa tendência, como se vê dos seguintes arestos:

*“A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da Justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-lo.”* (STJ, Ac. unân., 4ª T., REsp. 15.713-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 4.12.91, publ. DJU 24.2.92, p.1876)

*“Instrumentalidade. O STJ vela pela exata aplicação do direito federal, atento à circunstâncias de que o nosso sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas. Daí que poderá o eventual descumprimento de determinada disposição legal não conduzir à inutilização do processo.”* (STJ, Ac. unân., 3ª T., ARAg. 70.026-GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22.6.95, publ. DJU 25.5.95, p.31107)

Nessa linha de idéias, resta explícita a inexistência de nulidade processual na dispensa da audiência de reconciliação, especificamente pela ausência de prejuízo a qualquer das partes ou mesmo ao interesse público (que não mais está atrelado à manutenção do casamento, até mesmo porque a Constituição Federal reconhece a multiplicidade de núcleos familiares, protegendo todas as diferentes entidades, independentemente da ocorrência ou manutenção de casamento).

## 8 – PROPOSIÇÕES PARA UMA COMPREENSÃO DAS AÇÕES DISSOLUTÓRIAS DE CASAMENTO EM SINTONIA COM OS VENTOS CONSTITUCIONAIS

Frente aos argumentos expostos, é possível inferir, com tranqüilidade e com esteio nos princípios constitucionais, a completa desnecessidade de designação de data para ter assento a audiência de reconciliação do casal, nas ações de separação judicial e de divórcio.

Determinar a realização de tal audiência colide, frontalmente, com os ventos libertadores e humanistas constitucionais, especialmente com a

<sup>32</sup> Cf. A Instrumentalidade do Processo, cit., p. 297.

facilitação da dissolução do casamento, derivada do § 6º, do art. 226 da norma constitucional, além de atentar contra a liberdade de autodeterminação, a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

Ora, exigir a interferência do Estado na dissolução do casamento, tentando impedir que o casal desfaça o vínculo marital, implica, outrossim, em violação à isonomia constitucional, já que para a celebração do matrimônio não se exige aconselhamento estatal. Como é intuitivo, se o Estado não se imiscui na celebração do casamento, também não deve intervir na sua dissolução, afinal não se pode dispensar tratamento jurídico distinto para situações semelhantes.

Nessa linha de intelecção, é chegado o momento de propor: *i*) a não designação de audiência para tentativa de reconciliação nas ações de separação consensual, dissolvendo a sociedade matrimonial pela comprovação dos requisitos de lei; *ii*) dispensa da designação de audiência nas ações de divórcio direto consensual, sendo suficiente para a comprovação do prazo de dois anos de separação de fato – exigido constitucionalmente – a juntada de declarações com firma reconhecida (CPC, art. 369); *iii*) a impossibilidade do Estado, através do magistrado, do Promotor de Justiça ou do Defensor Público, se imiscuir na vontade das partes, tentando obstar o *animus divorciandi*, como se interesse houvesse na manutenção do casamento, ainda que em detrimento da felicidade pessoal de cada uma das pessoas, dispensando-se, a toda evidência, a tentativa de reconciliar as núpcias como se fosse um caminho para a felicidade.

Como percebeu SÍLVIO RODRIGUES, “o juiz não é conselheiro matrimonial”.<sup>33</sup> Por isso, a permanecer o entendimento decorrente da lei divorcista, com nítida violação à privacidade dos cônjuges, só falta, agora, ao Estado-Juiz determinar a “união dos corpos”...

Enfim, é preciso coragem àqueles que lidam com a ciência jurídica para fazer respeitar o Texto Constitucional, mesmo que rompendo com regras infraconstitucionais que se mostram dissonantes com o tom garantista da *Lex Fundamental*is.

*Estar ou não casado é opção exclusiva de cada um dos cônjuges, não sendo possível a interferência do Estado nessa vontade. Até mesmo porque, como disse grande poeta contemporâneo, “apenas não te quero mais”...*

---

<sup>33</sup> Cf. O divórcio e a lei que o regulamenta, cit., p.74.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 16. ed., 2005.
- BRUM, Jander Maurício. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Aide, 2002.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, São Paulo: RT, 10. ed., 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2. ed., 2003.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática à luz do novo Código Civil*, Curitiba: Juruá, 5. ed., 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. cf. “O princípio da segurança jurídica e a anterioridade especial como condição mínima para o cumprimento da anterioridade tributária”, In *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Ano 21, n. 70, abr./jun. de 2002.
- DIAS, Maria Berenice. “Da separação e do divórcio”, In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 4. ed., 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 1998.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: RT, 1984.
- MIRANDA, Darcy de Arruda. *A lei do divórcio interpretada*, São Paulo: Saraiva, 1978.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 4. ed., 1999.
- PARIZATTO, João Roberto. *Separação e divórcio*, Leme-SP: Edipa, 3. ed., 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*, São Paulo: Saraiva, 1978.
- SOARES, Glauber Rocha. “Divórcio, dignidade humana e isonomia”, In *Jus navigandi*, disponível em: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 01.08.2005.
- STRECK, Lênio. “O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista”, In *Doutrina – 05*, Rio de Janeiro: ID, 1996.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Separação e divórcio*, Porto Alegre: Síntese, 2000.