

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 A atuação do Ministério Público nas ações de separação e divórcio



**Leonardo Barreto
Moreira Alves**

O presente trabalho, fruto da tese “A racionalização da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio”, aprovada por ampla maioria no XVII Congresso Nacional do Ministério Público,

realizado em Salvador/BA, nos dias 26 a 29 de setembro de 2007, parte da idéia inicial de que, em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros.

No momento em que esta função se encerra, devem os consortes ter *pleno direito* de dissolver a sociedade conjugal (no caso da separação) ou o vínculo matrimonial (no caso do divórcio), *sem limitação de qualquer ordem*.

Avançando na discussão do tema, temos que, assim como o direito à conjugalidade integra o conjunto dos direitos da personalidade, o direito à dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial também deve integrá-lo. Afinal de contas, se a “comunhão plena de vida” estabelecida pelo casamento (art. 1.511 do Código Civil de 2002) acabou, que sentido há em se criar óbices à decretação do fim da sociedade conjugal e/ou do vínculo matrimonial? Em outra perspectiva, é crível que o ordenamento jurídico imponha restrições ao direito de extinção do ente familiar advindo do casamento, obrigando inclusive os consortes a continuarem convivendo juntos, se já não persiste mais entre eles o *affectio familiae*?

A esse respeito, recorreremos ao genial Professor Cristiano Chaves de Farias, segundo o qual o direito de não manter o núcleo familiar é um

direito potestativo extintivo, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade – grifo nosso (FARIAS, 2004, p. 115-116).

Adotando essa concepção de direito de não manter o

Leonardo Barreto Moreira Alves

*Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG
Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG
Professor da PUC/MG
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*

núcleo familiar como *direito potestativo extintivo*, abalizada doutrina civilista vem modernamente sustentando a necessidade de se pôr fim a todo e qualquer elemento legislativo que sirva como empecilho à liberdade de se separar ou divorciar. Nesse sentido, algumas vitórias já foram obtidas, a exemplo da recente promulgação da Lei nº 11.441/07, que facilitou sobremaneira a vida dos cônjuges ao permitir que a separação e o divórcio consensuais sejam obtidos através de um simples procedimento administrativo (extrajudicial).

Outras vitórias já se aproximam, tendo em vista que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em última análise, é corroborar a tendência aqui apresentada, a exemplo do Projeto de Lei nº 507/07 (visa abolir a separação-sanção, modalidade de separação judicial onde há discussão da culpa, substituindo-se o princípio da culpa pelo *princípio da ruptura ou do desamor*) e da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2007¹ (visa abolir o instituto da separação judicial).

Em não sendo mais verificada a função de desenvolvimento da dignidade de cada um dos membros da entidade familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende como tese principal deste trabalho a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (que passam a ter um *direito potestativo extintivo* do matrimônio).

Quanto ao procedimento administrativo da separação e do divórcio consensuais, naturalmente, por não se tratar de procedimento judicial, nele não deve ocorrer a intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

Por questões de coerência, utilizando-se das palavras do preclaro Professor Cristiano Chaves de Farias, é possível afirmar que “se não há interesse público que justifique a atuação do Promotor de Justiça nos acordos consensuais de separação ou divórcio em cartório, também não pode existir interesse na dissolução matrimonial em juízo, quando se trate de procedimento consensual” (FARIAS, 2007, p. 57). Não haveria nenhum motivo lógico para tratar situações absolutamente idênticas de forma desigual.

Aliás, esse posicionamento já encontra guarida nas recentes manifestações dos mais diversos órgãos ministeriais do país

¹ Noticie-se que a PEC nº 33/07 foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 02 de agosto de 2007.

a respeito da racionalização da atuação do *Parquet* no processo civil. A título de ilustração, registre-se que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, publicou a chamada Carta de Ipojuca (PE), na qual consta a recomendação, sem caráter vinculativo, de que é desnecessária a atuação ministerial na “separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes” (letra A, número 4, item I).

A nosso ver, a existência de interesse de incapaz deve ser a única hipótese a ensejar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer ação de separação ou divórcio, seja ela consensual ou litigiosa. Como justificativa desta tese, é forçoso reprisar o que já afirmado anteriormente: se não há mais interesse público na manutenção do matrimônio quando os consortes assim não querem, estando, portanto, a decisão de dissolver ou não a família por eles formada única e exclusivamente nas mãos do casal (*direito potestativo extintivo*), no exercício de sua autonomia privada, razão inexistente para que o *Parquet* continue atuando em ações desta espécie, salvo no caso de incidência de interesse de incapaz.

A tese aqui esposada não propõe nenhuma revolução no ordenamento jurídico nacional, sequer deve ser encarada como novidade, mas sim como simples adaptação das atribuições ministeriais ao conceito moderno de família e ao regramento da dissolução do casamento dele decorrente.

Nesse trilhar, é deveras pertinente o advento da recente Recomendação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de nº 03/2007 (publicada em 12/11/07), que recomenda, sem caráter normativo, “aos Membros do Ministério Público que oficiam no âmbito cível para não mais intervir nos seguintes feitos: I - separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes”.

Corroborando com esta idéia, o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei nº 2.285/2007 apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) à Câmara dos Deputados, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), no dia 25 de outubro de 2007, não deixa qualquer dúvida sobre esse posicionamento ao determinar, no seu art. 130, que “o Ministério Público deve intervir nos processos judiciais em que houver interesses de crianças, adolescentes e incapazes”.

Ademais, insta salientar que, em existindo interesse de incapaz, a atuação do Promotor de Justiça deve cingir-se apenas e tão-somente a tal interesse, não se manifestando, portanto, quanto ao próprio decreto de separação ou divórcio, bem como quanto aos efeitos decorrentes da dissolução do matrimônio. Nessa linha de intelecção, entende-se necessário o pronunciamento do órgão ministerial de execução, por exemplo, em matérias como guarda judicial dos filhos menores ou alimentos a eles devidos, mas considera-se desnecessária a participação do Promotor no debate de questões como decurso do lapso temporal de 2 (dois) anos para o divórcio direto, partilha de bens (e demais questões econômicas, repetindo as palavras do Ato Normativo do Ministério Público baiano), uso do nome de casado etc.

Por outro lado, impende registrar também que o posicionamento ora sustentado não provoca violação ao quanto previsto no art. 82, II, do Código de Processo Civil, segundo o qual compete ao Ministério Público intervir nas causas concernentes ao estado da pessoa (dentre outras). Como é cediço, a doutrina processual contemporânea vem lecionando que todas as hipóteses de atuação do Ministério Público como fiscal da lei previstas no art. 82 do CPC² devem ser conciliadas com as funções atribuídas a este órgão pelos artigos 127, *caput* (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”), e 129 da Constituição Federal, o que somente pode ser auferido no caso concreto e não aprioristicamente.

Esclareça-se ainda que, com o fito de se evitar a ocorrência de nulidade processual por ofensa ao disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, sustenta-se que persiste a necessidade de intimação do Ministério Público em todos os processos de separação e divórcio, afinal de contas, nas palavras do insigne Professor baiano Fredie Didier Jr., “o que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; ‘se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há’” (DIDIER JR., 2006, p. 236). De fato, somente após ser intimado (nunca antes, por óbvio) é que o Promotor de Justiça terá acesso aos autos e assim poderá analisar se está presente ou não o interesse público justificador da sua intervenção. Não sendo hipótese de sua intervenção (*in casu*, não existindo interesse de incapaz), deverá o Promotor externar os seus fundamentos, por exigência do art. 43, III, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Seguindo esse trilhar, a Carta de Ipojuca, na letra A, número 1, é de clareza solar ao estatuir que “Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos”.

Adotar o posicionamento defendido na presente tese significa atender aos reclamos de Promotores de Justiça de todo o país de racionalização dos trabalhos do Ministério Público. Completamente assoberbados nas Comarcas onde atuam em virtude das inúmeras atribuições conferidas pela Constituição Federal, os Promotores, que gozam de enorme credibilidade perante os jurisdicionados e, por isso mesmo, são constantemente cobrados e fiscalizados pela sociedade, acabam sendo obrigados a realizar uma seleção das Curadorias mais relevantes àquela localidade e atuar apenas nelas, deixando de lado Curadorias outras. Acrescente-se a este cenário o fato de que os Promotores ainda têm um volumoso número de processos judiciais (dos mais diversos) aguardando manifestação nas prateleiras das Promotorias de Justiça e chega-se à conclusão de que a atuação do Ministério Público apenas e tão-somente nas searas mais caras à sociedade não é uma alternativa simplesmente cômoda, mas sim um necessário caminho de sobrevivência para a instituição.

Trata-se, inclusive, de ajuste da atuação do Ministério Público ao perfil traçado pela Carta Magna Federal nos artigos 127, *caput*, e 129.

À guisa de arremate, por tudo quanto exposto nesta pes-

² O raciocínio também é válido para os processos de jurisdição voluntária, a exemplo da separação e divórcio judiciais consensuais: não obstante o teor do art. 1.105 do CPC, que obriga a participação do Ministério Público em todos os processos desta natureza, vem se entendendo que o *Parquet* somente deve intervir em tais feitos quando estiver presente uma das hipóteses estampadas pelo art. 82 do CPC e/ou art. 127, *caput*, da Carta Magna.

quisa, considera-se que as pretensões de separação e divórcio, em qualquer modalidade, devem ser reguladas pela autonomia privada dos consortes (exceto quando envolver interesse de incapaz), dispensando, portanto, a intervenção do Ministério Público como *custos legis*. Por conta disso, será alcançado o objetivo da racionalização, o que fomentará a atuação do *Parquet* na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais caros à coletividade, atuação esta que é sua verdadeira vocação constitucional.

Encerremos as conclusões deste trabalho colacionando perfeita síntese externada pelo Professor Cristiano Chaves de Farias, nesses termos:

Isso significa, no plano concreto aqui analisado, que o Ministério Público deve concentrar os seus esforços na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, afastando-se, definitivamente, de toda e qualquer atuação

– processual ou extraprocessual – que não se conforme com a sua feição (constitucional) de instituição vocacionada à defesa de interesses metaindividuais. Vejo, inclusive, com tranquilidade, a possibilidade de asseverar que – mesmo havendo disposição infraconstitucional prevendo a atuação ministerial em determinadas hipóteses (atinentes a interesses privados, estranhos às latitudes do art. 127 da CF/88) – não deverá o Ministério Público, lastreado no respeito às disposições constitucionais, atuar, em razão da interferência indevida no campo das relações particulares, atentando, não raro, contra garantias individuais. É o caso da habilitação para o casamento, das dissoluções consensuais de união estável, dos alvarás judiciais... O desafio está posto. E, como propõe RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, uma coisa é bem certa: o Direito não mais pode fechar os olhos à realidade que insiste, sempre, em surgir. “Compreender isso é fazer cumprir o Direito mais autêntico, é dar-lhe vida e colocá-lo na vida” - grifo nosso (FARIAS, 2007, p. 15-16).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. In *JusNavigandi*, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*. In: *Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>>. Acesso em 04 de janeiro de 2003.
- _____. *A proclamação da liberdade de permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 18, Jun./Jul., Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 49-82.
- _____. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 105-126.
- _____. *O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei nº 11.441/07): comentários e análise da Lei nº 11.441/07*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.