

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; José Sebastião de Oliveira.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-515-

7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luís – Maranhão entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, proporcionou visibilidade à produção científica na área jurídica acerca dos mais diversos temas, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores das inúmeras instituições de ensino superior do nosso país.

Foi com grande satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do grupo de trabalho do Direito das famílias e Sucessões, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, tais como a multiparentalidade e sua aplicação após o divórcio; a alienação parental como um problema que transcende o espaço familiar em razão de sua complexidade; a coparentalidade como uma nova modalidade familiar, que é resultado da própria dinamicidade das relações sociais e afetivas hoje consolidadas; a autocratela; a escolha do regime de bens e sua repercussão no direito sucessório; a ingerência estatal nas relações familiares; a repercussão do abandono afetivo e os danos oriundos deste; a preservação dos direitos da personalidade post-mortem; as consequências oriundas do Estatuto do Deficiente; os métodos alternativos para a solução de conflitos no âmbito familiar que contribuem para que haja um diálogo após a ruptura familiar, dentre outros.

Ante a diversidade de temas, pode-se inferir que a intenção foi estimular a reflexão e a quebra de paradigmas, para que haja a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM/UniCesumar

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UniCesumar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIVÓRCIO: PORTUGAL UM PASSO A FRENTE DO BRASIL NA MEDIAÇÃO FAMILIAR E NO DIVORCIO EXTRAJUDICIAL

DIVORCE : PORTUGAL A STEP AHEAD OF BRAZIL IN FAMILY MEDIATION AND EXTRAJUDICIAL DIVORCE

Valmir Zaias Cosechen ¹

Mariele Michalowski Cosechen Canestraro ²

Resumo

Resumo Visa o presente artigo demonstrar a evolução do Divórcio no Brasil e Portugal, demonstrando a evolução tanto no plano material como processual, destacando-se o Divórcio Extrajudicial, onde Portugal dá um passo a frente, permitindo-o ainda que hajam filhos menores, enquanto no Brasil, quando existem filhos menores, é obrigatório o processo judicial. A Mediação Familiar é incentivada em Portugal. O presente estudo pretende verificar a funcionalidade da mediação familiar e do divórcio extrajudicial com filhos menores em Portugal. Os métodos utilizados são o dedutivo, histórico e comparativo, com pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Divórcio, Mediação, Familiar, Extrajudicial, Filhos

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract This article aims to demonstrate the evolution of divorce in Brazil and Portugal. It shows the evolution both in material and procedural terms, highlighting the extrajudicial divorce, in which Portugal is a step ahead for allowing it, even if there are minor children, while in Brazil, when there are minor children, the judicial process is required. Family mediation is encouraged in Portugal. The present study intends to verify how family mediation and extrajudicial divorce with minor children in Portugal work. The article was based on deductive, historical and comparative methods and documentary and bibliographical research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Divorce, Mediation, Family, Extrajudicial, Children

¹ Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Introdução

O Divórcio é um instrumento jurídico que visa dar uma solução aos muitos casos de casamentos que, pelos mais variados motivos, falharam na consecução de seus objetivos: constituir família, mútua assistência, criação e educação dos filhos, afetividade e comunhão de vida, reclamando um remédio para que tais situações, que destroem a felicidade de muitas pessoas, possam ser remediadas, proporcionando a oportunidade para ambos os cônjuges de reconstruir suas vidas, em busca de uma vida plena, buscando as realizações pessoais, profissionais e espirituais, de acordo com o que cada uma acredita que lhe traz mais felicidade.

Neste trabalho pretendemos repassar em breves anotações como se deu a evolução do Divórcio no Brasil e em Portugal e como se encontra regulamentado atualmente referido instituto, nesses dois países. Veremos que sob influência da igreja católica, o divórcio foi por muitos séculos proibidos tanto no Brasil como em Portugal, vindo a ser permitido apenas no século XX, de início com restrições relativas a motivos, indagação da culpa e prazos de ruptura alongados; hoje, abandona-se a indagação da culpa, os prazos de ruptura exigidos são diminuídos em Portugal, enquanto no Brasil, nem se exige.

Pretendemos demonstrar que a evolução da legislação material veio acompanhada da evolução da legislação processual, que passou a permitir o divórcio extrajudicial tanto em Portugal como no Brasil, quando os cônjuges estiverem de acordo quanto aos termos do divórcio e partilha de bens. Neste particular Portugal dá um passo a frente do Brasil, ao permitir o divórcio extrajudicial ainda que hajam filhos menores, enquanto no Brasil, existindo filhos menores, o processo tem que ser judicial.

Demonstraremos ainda, como Portugal incentiva a mediação familiar para os casais em conflito matrimonial, sendo obrigatória a indicação desta via de solução do litígio, antes de se processar o divórcio, seja ele judicial ou extrajudicial.

O escopo é trazer a lume a evolução e a diferenciação, com objetivo de difundir as diversas formas de tratar o divórcio, com vistas ao aprimoramento do pensamento jurídico sobre o tema.

1. Evolução histórica do Divórcio no Brasil

O Divórcio, nos primeiros séculos da Era Cristã, era admitido pelo Direito Canônico, embora houvesse uma corrente contrária. Foi no Concílio de Trento, nos anos 1543-1563, que os clérigos da Igreja Católica concluíram pela inadmissibilidade do Divórcio, consagrando o casamento como sacramento da igreja católica, com fundamento na parábola de Cristo: “*não separe o homem o que Deus uniu*” (CAHALI, 1995, 25). Enquanto isso, após a reforma da Igreja Católica, em outras igrejas surgia um franco movimento em favor do Divórcio, entre as quais se distinguia a Igreja Luterana. (CAHALI, 1995, 27-28)

No Brasil, sob forte influência da Igreja Católica, predominou o direito Canônico nos primeiros séculos. Já o Decreto no. 3, de novembro de 1827, estabelecia a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento. No Brasil império a dissolução se dava apenas por morte, nulidade ou anulação do matrimônio. Regulamentou, porém, o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições da respectiva religião – Decreto 1.144 de 11 de setembro de 1861 e Regulamento 3.069, de 17 de abril de 1863. O Código Civil de 1916 previu que o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se aplicando a presunção da ausência declarada judicialmente. O término da sociedade conjugal só era admitido através do desquite, que podia ser amigável – por mútuo consentimento dos cônjuges; ou judicial, vinculado a uma justa causa: adultério, tentativa de morte, sevícia grave e abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos. Este regramento passou a constar das Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967. Em 15 de junho de 1977, aprovou-se a EC 9, que foi aprovada incluindo na Constituição Federal a possibilidade do Divórcio, ao estabelecer que o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja separação judicial por mais de três anos. Sobreveio a Lei do Divórcio brasileira – Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que regulamentou o divórcio pela primeira vez no Brasil. A constituição de 1988 manteve a possibilidade do divórcio após separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos. O Código Civil brasileiro de 2002, manteve o regramento constitucional, possibilitando o divórcio direto após comprovada separação de fato por dois anos; ou por conversão da separação judicial após um ano.¹ A separação judicial é admitida por mútuo consentimento após um anos de casados, ou por requerimento de um dos cônjuges, nos casos previstos em lei: grave violação dos deveres do

¹ CÓDIGO CIVIL brasileiro, art. 1.580 – Lei no. 10.406/2002, de 10 de janeiro. **Diário Oficial da União**. (11-01-2002).

casamento que torne impossível a vida em comum; ruptura da vida comum há mais de um ano; acometimento de doença mental grave e incurável, após o casamento, há mais de dois anos, que torne impossível a vida em comum. São fatos que caracterizam a grave violação dos deveres do casamento, tornando impossível a vida em comum: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar, durante um ano contínuo, condenação por crime infamante, conduta desonrosa. O Juiz poderá considerar ainda outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum.² A Emenda Constitucional 66/2010, veio dar nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º. da Constituição de 1988, estabelecendo que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”³ Com esta Emenda Constitucional, vários doutrinadores sustentaram que a separação judicial foi extirpada do ordenamento jurídico⁴. Todavia, este entendimento não vem prevalecendo, conforme *V Jornada de Direito Civil*,⁵ o que será melhor explanado ao tratarmos do divórcio na legislação vigente do Brasil.

2. Evolução histórica do Divórcio em Portugal

Em Portugal, o divórcio foi introduzido pelo Decreto de 3 de novembro de 1910, sob duas formas: litigioso e por mútuo consentimento. Litigioso, nos casos de: adultério, condenação penal, sevícias ou injúrias graves, abandono completo do domicílio conjugal por mais de três anos, ausência, sem notícias, por mais de quatro anos, loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos após a sua verificação por sentença passada em julgado; separação de fato livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que fosse o motivo da separação, vício inveterado do jogo de fortuna ou azar, doença contagiosa reconhecida como incurável, ou de uma doença incurável que importasse aberração sexual. Exigia ainda como requisito, dois anos de casados e idade mínima de 25 anos para requerer o divórcio. Esta lei foi modificada em virtude da Concordata de 1940. O divórcio continuou a ser admitido nos casamentos civis, mas não quanto aos casamentos religiosos celebrados

² Idem, art. 1.572 e 1.573.

³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, art. 226, par. 6º. – de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. (05-10-1988).

⁴ Neste sentido TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método.

⁵ Enunciado no. 514 – A Emenda Constitucional no. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial. Enunciado no. 515. Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional no. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual. [Em linha]. [Consult. 10 Ago 2017]. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil>

depois de 1 de agosto de 1940. O CC português de 1967 igualmente estipulou a proibição de dissolver-se por divórcio os casamentos católicos celebrados a partir de 1 de agosto de 1940, igualmente para os casamentos civis quando, a partir daquela data, tivesse sido celebrado casamento católico entre os mesmos cônjuges. O artigo 1.778 estabelecia as causas para o desquite litigioso dos católicos, e que eram idênticas às do divórcio para os casamentos civis: adultério, práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente; condenação definitiva por crime doloso, em pena de prisão superior a dois anos, seja qual for a natureza desta; condenação definitiva pelo crime de lenocínio praticado contra descendente ou irmão do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste na linha reta ou até o 3º. Grau na linha colateral; vida e costume desonrosos do outro cônjuge; abandono completo do lar conjugal por tempo superior a três anos; qualquer outro fato que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente. Após a revolução de 1974, em 15 de fevereiro de 1975, foi firmado com o Vaticano um Protocolo Adicional à Concordata de 1940, alterando o texto do seu art. XXIV, cessando a partir de então a restrição impeditiva de divórcio quanto aos casamentos católicos celebrados depois de 1940. Em 27 de maio de 1975, o Decreto-lei 261, revogou os arts. 1.790 a 1.794 do Código Civil que proibiam o divórcio dos casamentos católicos celebrados a partir de 1 de agosto de 1940. Pelo Decreto 496, de 1 de abril de 1978, admite-se o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso nas seguintes hipóteses: se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade de vida em comum; a separação de fato por seis anos consecutivos; a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos; a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos, e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum. Mantém-se a separação judicial de pessoas e bens, com a possibilidade de sua conversão em divórcio (CAHALI, 1995, p. 39). Em 2008, pela Lei 61, de 31 de outubro de 2008, que manteve o divórcio por mútuo consentimento e aboliu a culpa, mantendo a possibilidade do divórcio requerido por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, nas hipóteses que menciona: a separação de fato por um ano consecutivo, alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; e

quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.⁶

3. O Divórcio na legislação vigente de Portugal

Em Portugal, podemos identificar duas modalidades de divórcio: o consensual e o unilateral. O Consensual se dá quando ambos os cônjuges, por mútuo consentimento, resolvem pôr fim à relação conjugal. Os motivos não importam, porque está na esfera subjetiva dos cônjuges. Importa apenas que cumpram os requisitos legais, que visam a proteção dos cônjuges filhos. O pedido pode ser consensual desde o início ou por transformação de um pedido unilateral em consensual. O divórcio unilateral se dá quando o pedido é formulado por apenas um dos cônjuges. Neste caso terá que indicar algum motivo previsto em lei.

Os motivos legais que autorizam o pedido unilateral do divórcio são⁷:

- a) A separação de facto por um ano consecutivo;
- b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;
- d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

Andreia Filipa Sarabando Carvalho (CARVALHO, 2015, 84, 129), em sua dissertação de mestrado na Faculdade de Direito de Coimbra, identifica nas hipóteses legais, o divórcio-ruptura nos casos especificados nas alíneas “a” e “d”, e de divórcio remédio nas hipóteses das alíneas “b” e “d”, fazendo um estudo profundo do conceito aberto previsto na alínea “d”, quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento, para concluir que tal hipótese dependerá em muito do arbítrio do Juiz, ensejando decisões divergentes, quando aos fatos que poderão representar a ruptura definitiva do casamento.

⁶ CÓDIGO CIVIL português, art. 1.781º.

⁷ Idem.

3.1 - O Divórcio Extrajudicial em Portugal

Neste procedimento Portugal está um passo a frente do Brasil, ao permitir o divórcio extrajudicial, inclusive quando existem filhos menores, ao contrário do Brasil, que nestes casos obriga ao processo judicial. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido na Conservatória de Registro Civil, exceto se decorrente de acordo procedido em processo judicial a pedido de um dos cônjuges sem consentimento do outro.⁸ É necessário que no requerimento conste: acordo sobre os bens comuns e partilha (ou pedido para que o Conservador faça a partilha), alimentos ao cônjuge que necessite, moradia familiar, acordo sobre as responsabilidades parentais quando haja filhos menores, ou certidão da decisão judicial sobre as responsabilidades parentais, quando houver, acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam.⁹ Jorge Augusto Paes do Amaral (AMARAL, 2014, 176) faz alerta quanto a importância de se descrever e partilhar todos os bens, anotando que por vezes os cônjuges declaram a inexistência de bens comuns a partilhar com o fim de se furtarem ao trabalho de elaborar a referida relação. “Naquele momento acalentam a esperança de procederem à partilha por acordo. Frustrada essa expectativa, se mais tarde vierem requerer a partilha, não lhe pode ser oposta a declaração de inexistência de bens comuns que apresentaram” (AMARAL, 2014, 176). Portanto, não adianta protelar a questão, bom mesmo é resolver desde logo, para que não fique pendências que deflagrarão litígios futuros.

O Conservador informa sobre a possibilidade da Mediação Familiar, mantendo os cônjuges o propósito de se divorciar, aprecia os acordos e sugere alterações quando não preserva o interesse de um dos cônjuges ou dos filhos, pode determinar a produção de diligências ou provas e preenchidos os requisitos legais, declara a procedência do pedido¹⁰; havendo filhos menores, remete ao Ministério Público competente, para apreciar o acordo sobre as responsabilidades parentais no prazo de 30 dias. Parecer favorável do MP, decreta-se o divórcio. Pode o MP determinar alterações para melhor atender os interesses dos filhos menores. Acatado, decreta-se o divórcio. Caso seja feito novo acordo, remete-se novamente ao MP, por 30 dias. Caso as partes não concordem com as exigências do MP, remete-se o

⁸ CÓDIGO CIVIL português, art. 1779º.

⁹ CÓDIGO CIVIL português, art. 1775º, com a redação atualizada pela Lei no. 8, de 03 de março de 2017, e artigo 1776º. A.

¹⁰ CÓDIGO CIVIL português, art. 1776º.

processo ao Tribunal,¹¹ no qual o Juiz de 1ª Instância, verificando que o pedido não atende o interesse de um dos cônjuges ou dos filhos, tenta conciliar as partes para alterar o acordo e, na impossibilidade, instrui e julga, fixando as regras, na parte que não houver acordo; o divórcio é decretado em seguida e procedido ao registro.¹² O divórcio ou separação de pessoas e bens é rejeitado se os cônjuges não apresentarem um dos acordos exigidos, e remetido ao Juiz competente para o processamento.

3.2 - Mediação Familiar em Portugal

Ao Conservador e ao Tribunal cumpre informar sobre a possibilidade de solução dos conflitos através da Mediação Familiar¹³, processo extrajudicial em que as partes, auxiliados por um mediador, resolvem os conflitos familiares. Por este meio se pode resolver as questões: regulação, alteração ou não cumprimento de obrigações decorrentes do poder familiar, alimentos provisórios ou definitivos, uso do nome, direito de moradia em imóvel do casal, divórcio, separação judicial, reconciliação, conversão da separação em divórcio. O mediador é habilitado pelo Ministério da Justiça e age no sentido de ajudar as partes, com independência e imparcialidade, a solucionarem seus conflitos mediante acordo.¹⁴

4. O Divórcio na legislação vigente do Brasil

Como anotado no resumo histórico, o Brasil saiu do dogma da indissolubilidade que perdurou até 1977, para em pouco mais de três décadas (33 anos) evoluir para a liberdade total dos cônjuges decidirem sobre a permanência ou extinção do vínculo conjugal, já que a EC 66/2010, de 13 de julho de 2010,¹⁵ prescreveu que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Simples assim, sem qualquer pressuposto do tempo, sem indagação de culpa, sem motivos, cuja disposição constitucional tem aplicação imediata, sem necessidade de qualquer legislação infraconstitucional, pois “no direito brasileiro, há consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa da própria constituição. Sejam as normas

¹¹ Idem, arts. 1776º-A e 1778º.

¹² Idem, art. 1778º-A.

¹³ Idem, art. 1774º.

¹⁴ Divórcio em Portugal. [em linha]. [consult. 23 jun. 2017]. Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-pt-maximizeMS_EJN-pt.do?member=1

¹⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, art. 226, par. 6º.

constitucionais regras ou princípios [...] e esta disposição constitucional qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges” (LOBO, 2017).

De consequência, doutrinadores renomados passaram a sustentar que nosso sistema jurídico extirpou a separação judicial, mantendo apenas o divórcio, para terminar a sociedade conjugal. Neste sentido Flavio Tartuce, o qual apoia sua conclusão também nos posicionamentos, entre outros, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias (TARTUCE, 2014, 1204).

Todavia, este entendimento não vem prevalecendo, conforme assentado na *V Jornada de Direito Civil*.¹⁶ Assim, embora o Divórcio possa ser requerido sem qualquer pressuposto de tempo, motivo ou causa, a Separação Judicial persiste, como regulamentada no Código Civil brasileiro. Alguns sustentam a inconstitucionalidade do regramento infraconstitucional diante da EC/66. Todavia, outros argumentam que esta nova disposição constitucional tratou do divórcio e não da separação judicial, que são coisas distintas, portanto persiste o instituto da separação judicial. Todavia, há de se reconhecer que a separação judicial somente se torna possível, frente ao dispositivo constitucional implantado, caso haja vontade dos dois cônjuges neste sentido, pois ao contrário, ingressando um com pedido de separação judicial, basta ao outro pedir em reconvenção o Divórcio, que obterá. As razões para se pretender a separação judicial são basicamente duas, a primeira é a proibição religiosa, já que a igreja católica proíbe o Divórcio, sob o dogma do sacramento matrimonial, e no Brasil é muito grande a população católica; e o outro motivo é para deixar a porta aberta para a reconciliação, quando os cônjuges não estejam definitivamente determinados à pôr fim no vínculo conjugal, já que a separação judicial pode ser revertida a qualquer tempo, a pedido dos cônjuges, para restabelecer a sociedade conjugal. O Novo Código de Processo Civil brasileiro, implantado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, mantém o procedimento da separação judicial, conforme previsto no artigo 693.¹⁷

¹⁶Enunciado no. 514 – A Emenda Constitucional no. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial. Enunciado no. 515. Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional no. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual. [Em linha]. [Consult. 10 Ago. 2017]. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil>.

¹⁷CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL brasileiro, art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

4.1 – O divórcio extrajudicial no Brasil

O Divórcio, no Brasil, pode ser judicial ou extrajudicial. Havendo filhos menores ou inexistindo acordo dos cônjuges quanto as regras da dissolução, o pedido há de ser necessariamente judicial. Em Juízo, como em Portugal, tenta-se a conciliação dos cônjuges,¹⁸ não se obtendo o Juiz fixa as regras, atendendo as circunstâncias que regem a vida do casal, para decidir sobre a guarda dos filhos, que pode ser individual ou compartilhada, o direito de visitas e permanência com o outro cônjuge, o valor dos alimentos e a partilha de bens. Quanto a guarda dos filhos, impera aqui também o interesse dos menores, podendo inclusive o Juiz decidir pela colocação dos filhos sob guarda de um terceiro ou instituição assistencial, caso nenhum dos pais apresentem condições para bem cuidar dos filhos.

Não havendo filhos menores, os cônjuges podem fazer o divórcio extrajudicial, como podem também fazer separação extrajudicial, por Escritura Pública no Tabelionato de Notas, com assistência obrigatória de um advogado, cuja Escritura é levada a registro no Cartório de Registro Civil, independentemente de homologação judicial, produzindo os mesmos efeitos do divórcio judicial.¹⁹

Conclusões

O Divórcio, nos primeiros séculos da Era Cristã, era admitido pelo Direito Canônico, embora houvesse uma corrente contrária. Foi no Concílio de Trento, nos anos 1543-1563, que os clérigos da Igreja Católica concluíram pela inadmissibilidade do Divórcio, consagrando o casamento como sacramento da igreja católica, com fundamento na parábola de Cristo: “*não separe o homem o que Deus uniu*”. Enquanto isso, após a reforma da Igreja Católica, em

¹⁸ Idem, art. 694. Nas ações de Família, todos os esforços serão empreendidos para solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

¹⁹ Idem, 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.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 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.

outras igrejas surgia um franco movimento em favor do Divórcio, entre as quais se distinguia a Igreja Luterana.

Brasil e Portugal sentiram a influência da Igreja Católica, entendendo por vários séculos que o casamento era instituição indissolúvel. Em Portugal o Divórcio passou a ser permitido a partir do ano de 1910, retrocedeu na permissibilidade do Divórcio no ano de 1940, quando foi firmada a concordata entre Portugal e a Santa Sé para proibi-lo em relação aos casamentos católicos realizados a partir de 1 de agosto de 1940. Após a revolução de 1974, em 15 de fevereiro de 1975, foi firmado com o Vaticano um Protocolo Adicional à Concordata de 1940, retirando a restrição impeditiva, após o que foi restabelecido o divórcio dos casamentos católicos em Portugal, pelo Decreto-lei 261, de 27 de maio de 1975.

No Brasil a indissolubilidade do casamento persistiu por muito mais tempo, vindo a ser admitido somente no ano de 1977, quando se alterou a Constituição Federal brasileira, passando a admitir o Divórcio no Brasil, pois até então as Constituições brasileiras proibiam tal modalidade de dissolução do casamento no Brasil. Em 15 de junho de 1977, aprovou-se a EC 9, que foi aprovada incluindo na Constituição Federal a possibilidade do Divórcio, ao estabelecer que o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja separação judicial por mais de três anos. Sobreveio a Lei do Divórcio brasileira – Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que regulamentou o divórcio pela primeira vez no Brasil. A constituição de 1988 manteve a possibilidade do divórcio após separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos. O Código Civil brasileiro de 2002, manteve o regramento constitucional, possibilitando o divórcio direto após comprovada separação de fato por dois anos; ou por conversão da separação judicial após um ano.²⁰

Atualmente, tanto a legislação portuguesa quanto a brasileira aceitam amplamente o Divórcio como forma de dissolução do casamento, retirando os empecilhos e dificuldades que marcavam as regulamentações anteriores, as quais quando o admitiam, faziam-no com restrições e condições. Em Portugal, a nova legislação do Divórcio foi implantada pela Lei 61, de 31 de outubro de 2008, que manteve o divórcio por mútuo consentimento e aboliu a culpa, mantendo a possibilidade do divórcio requerido por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, nas hipóteses que menciona: a separação de fato, quando dure há mais de um ano; a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um

²⁰ CÓDIGO CIVIL brasileiro, art 1.580.

ano; alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; e quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.²¹ No Brasil, a Emenda Constitucional 66/2010, veio dar nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º. da Constituição de 1988, estabelecendo que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”²² Assim, o Brasil saiu do dogma da indissolubilidade que perdurou até 1977, para em pouco mais de três décadas (33 anos) evoluir para a liberdade total dos cônjuges decidirem sobre a permanência ou extinção do vínculo conjugal. Simples assim, sem qualquer pressuposto do tempo, sem indagação de culpa, sem motivos, cuja disposição constitucional tem aplicação imediata, sem necessidade de qualquer legislação infraconstitucional.

Hoje, tanto Portugal quanto o Brasil admitem o Divórcio Judicial e Extrajudicial. Portugal dá um passo a frente, permitindo o divórcio extrajudicial ainda que haja filhos menores. O divórcio extrajudicial em Portugal se dá quando há concordância dos cônjuges quanto aos termos do divórcio e partilha, sendo processado na Conservatória do Registro Civil, onde o Conservador do Registro Civil verificará se o acordo atende aos interesses de ambos os cônjuges, podendo realizar diligências para a verificação deste requisito e pode propor modificações ao verificar que o acordo prejudica um dos cônjuges. Quando há filhos menores, o pedido é remetido pelo Conservador do Registro Civil ao Ministério Público, para verificar se o acordo atende aos interesses dos filhos. Verificando que o acordo atende aos interesses dos filhos menores, terá parecer favorável e o Divórcio é concedido. Caso contrário, o Ministério Público pode propor modificações. O Divórcio terá que ser Judicial quando os cônjuges não aceitarem as modificações indicadas pelo Ministério Público ou quando não houver acordo sobre algum ponto que a Lei exige como requisito para decretação do divórcio.²³

A Mediação Familiar é incentivada em Portugal, sendo obrigatória indicação desta via de solução dos conflitos familiares, pelo Conservador do Registro Civil, nos divórcios extrajudiciais, como pelo Tribunal, antes de se processar o divórcio²⁴. Pela mediação familiar podem ser resolvidas as questões: regulação, alteração ou não cumprimento de obrigações decorrentes do poder familiar, alimentos provisórios ou definitivos, uso do nome, direito de

²¹ CÓDIGO CIVIL português, art. 1.781º.

²² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, art. 226, par. 6º.

²³ As partes terão que fazer acordo sobre a partilha, alimentos, moradia do casal, responsabilidade parental (quando há filhos menores) e destino dos animais de companhia.

²⁴ CÓDIGO CIVIL português, art. 1774º.

moradia em imóvel do casal, divórcio, separação judicial, reconciliação, conversão da separação em divórcio. O mediador é habilitado pelo Ministério da Justiça e age no sentido de ajudar as partes, com independência e imparcialidade, a solucionarem seus conflitos mediante acordo.²⁵

O Divórcio no Brasil é extrajudicial quando não existem filhos menores e há acordo dos cônjuges sobre as condições do Divórcio: relação de bens comuns, partilha, alimentos, guarda dos filhos e acordo a manutenção ou não do nome de casada (o) ou manutenção do nome de solteira (o). Foi implantado pela Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, e se processa por Escritura Pública realizada no Tabelionato de Notas, cuja Escritura é levada a registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Como se percebe, há uma diferença entre Brasil e Portugal, pois aqui se permite o Divórcio extrajudicial ainda que haja filhos menores, enquanto no Brasil terá que ser obrigatoriamente judicial, quando existem filhos menores. Neste caso, Portugal dá um passo a frente do Brasil, no que acho que está correto, pois estando os pais de acordo quanto a responsabilidade parental e havendo a fiscalização do Ministério Público, os interesses dos filhos menores certamente estarão resguardados, não havendo necessidade de obrigar as partes a passar por um desgastante processo judicial.

Como reflexão final, oportuno citar as lições de DIOGO LEITE DE CAMPOS (CAMPOS, 2010, 269) sobre o declínio da instituição do casamento, fato que se assiste na França, como em outros países da Europa, entre os quais Portugal:

“Desde os anos 60 que se assiste a uma rápida diminuição da taxa de nupcialidade, a um aumento do concubinato, a cada vez mais pessoas que vivem sozinhas. Em Portugal um número crescente das pessoas em idade de se casarem, não se casam; e nem recorrem, tanto quanto é possível aperceber-nos, ao concubinato: vivem isoladas. A taxa de natalidade cai, consequentemente. As pessoas começam por se casar mais tarde; depois deixam de se casar. O nascimento do primeiro filho é protelado no tempo; a infertilidade aumenta. Há anos, a um divórcio seguia-se frequentemente um casamento. Hoje, ao divórcio segue-se muitas vezes um concubinato... ou nada.”

²⁵ Divórcio em Portugal. [em linha]. [consult. 23 jun. 2017]. Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-pt-maximizeMS_EJN-pt.do?member=1

A constatação certa deste fenômeno se repete também nos países das américas (América do Sul e América do Norte), entre os quais no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

Conceitos. Direito Romano. [em linha, sn]. [consult. 26 jun. 2017]. Disponível em <http://www.estudantedefilosofia.com.br/conceitos/direitoromano.php>

Divórcio em Portugal. [em linha, sn]. [Consult. 23 jun. 2017]. Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-pt-maximizeMS_EJN-pt.do?member=1

Enunciado no. 514 – A Emenda Constitucional no. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial. Enunciado no. 515. Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional no. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual. [Em linha]. [Consult. 10 Ago 2017]. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil>

LEGISLAÇÃO

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – Lei no. 10.406/2002, de 10 de janeiro. **Diário Oficial da União**. (11-01-2002).

RODRIGUES, Benjamim Silva (2012) – **Código Civil Português**. Lisboa: Rei dos Livros. ISBN:978-989-830-541-1.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS – DL no. 47344/1966, de 25 de novembro de 1966. **Diário da República Portuguesa**. 1ª. Série, no. 274 (25-11-1966).

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão (2016) - **Código de Processo Civil Brasileiro**. LEME: JH Mizuno, ISBN 978-85-7789-265-5

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, art. 226, par. 6º. – de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. (05-10-1988).

MONOGRAFIAS

AMARAL, Augusto Pais de (2014) – **Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-5860-3

CAMPOS, Diogo Leite de (2010) – **Lições de Direito de Família e das Sucessões**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-0993-3

CAHALI, Yussef Said (1995) - **Divórcio e Separação**. 8ª. Ed., re. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

DIAS, Maria Berenice (2010) - **Manual de Direito das Famílias**. 6. Ed. São Paulo: RT.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (2011) - **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, v. 6.

CARVALHO, Andreia Filipa Sarabando (2015) - **O divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges**. Coimbra: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (2017) - **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências**. [em linha]. [consult. 28 jun. 2017]. Disponível em: ibdfam.org.br/artigos/autor/Paulo%20Luiz%20Netto%20Lobo

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2010) - **Divórcio. Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: GZ.

TARTUCE, Flávio (2014) - **Manual de Direito Civil**. 4ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014.