

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS
E BRASILEIRO**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Carlos Roberto Fernandes Alves

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número do aluno: 20150294

Maio de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha esposa e grande incentivadora, Luanne Maia Pinheiro, que tive o prazer de conhecer durante o curso de mestrado e a felicidade de casar e construir uma família. Ao nosso filho, o pequeno grande Lucas e à minha primeira filha, Maria Clara, luzes que iluminam meus caminhos e deram sentido à minha vida. Aos meus pais, Roberto do Couto Alves e Lizete Fernandes Alves (*in memorium*), pela educação e ensinamentos que levo comigo todos os dias. À minha irmã Liliane e à minha sobrinha e afilhada, Andressa, por terem sido meus familiares mais próximos e meu suporte por tantos anos. À minha doce avó Ivette, meu exemplo de vida e de superação, pelo amor incondicional, por toda a torcida e por vibrar com as minhas vitórias, mesmo com todas as dificuldades e problemas de saúde ao longo dos últimos anos. E a Deus, pelo dom da vida e por ter permitido que eu chegasse até aqui e tudo pudesse acontecer.

AGRADECIMENTOS

Aos professores do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, em especial minha querida orientadora, a admirável Professora Doutora Stela Barbas, por ter aceitado gentilmente o convite, pela sua paciência, inspiração e valiosos conhecimentos transmitidos em várias oportunidades durante o curso e durante a fase de orientação. Obrigado a todos os queridos Mestres pelo carinho que sempre tiveram com todos os alunos e pelo inestimável saber que tiveram a generosidade de passar adiante.

Aos meus queridos colegas da Turma 5 do curso de Mestrado/Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, com quem pude dividir a glória de passar por todas as etapas, todas as tensões por conta dos trabalhos apresentados ao longo do curso e também por todos os momentos em que juntos nos divertimos e curtimos a maravilhosa Lisboa, ao longo de quatro semestres.

Aos meus amigos, em especial os queridos Stefãnio Xavier, Filipe Queiroz, Gustavo Kelly, Pedro Damásio, Pedro Della Nina, Pedro Ivo, Nathália Azevedo, companheiros do dia-a-dia na dura, mas inigualável tarefa de lecionar, e ao não menos querido Maurício Palmeira, companheiro do mundo da advocacia, parceiros de curso que tornaram menos penosa e mais agradável a tarefa de estar longe de casa, transformando cada dia em alegria e celebração. Obrigado por cada momento inesquecível ao lado de vocês!

À Universidade Candido Mendes, minha casa, por tudo o que me deu na vida: o conhecimento jurídico quando fui aluno da graduação e, posteriormente na pós-graduação, a oportunidade de lecionar há 13 anos e por tornar realidade o projeto de mestrado para seus professores, através do empenho de nossa diretora da unidade de Ipanema, Professora Andreyra Navarro.

À Universidade Autónoma de Lisboa, que se tornou também minha casa em Portugal. A todos os seus membros e funcionários, ficam consignados minha gratidão e meu orgulho por poder ser parte desta instituição.

Aos meus familiares, pelo incentivo e por estarem sempre ao meu lado, apoiando e torcendo pelo meu sucesso.

A Deus, pela saúde e sabedoria para tomada de decisões em minha vida.

(...)

Trocando em miúdos, pode guardar
As sobras de tudo que chamam lar
As sombras de tudo que fomos nós
As marcas de amor nos nossos lençóis
As nossas melhores lembranças

Aquela esperança de tudo se ajeitar
Pode esquecer
Aquela aliança, você pode empenhar
Ou derreter

(...)

Eu bato o portão sem fazer alarde
Eu levo a carteira de identidade
Uma saideira, muita saudade
E a leve impressão de que já vou tarde.

(Chico Buarque de Holanda)

RESUMO

Este estudo objetiva investigar o instituto do divórcio perante a legislação portuguesa e brasileira. Durante a maior parte da história dos dois países, o casamento fora tratado como indissolúvel pela lei, seguindo o exemplo do matrimônio sacramental católico. Apenas a partir do século passado as legislações de ambos os países passaram a admitir a dissolução do vínculo conjugal, sendo que, no Brasil, isto se deu muito mais tardiamente.

Este estudo visa analisar as modificações que as leis dos dois países experimentaram, sobretudo nas três últimas décadas, que tornaram a concessão do divórcio muito mais facilitada, considerando o fato de que tais modificações representaram uma profunda simplificação no procedimento para o rompimento da sociedade conjugal.

Palavras-Chave: Divórcio; Brasil; Portugal; Direito Civil; Vínculo Conjugal

ABSTRACT

This study aimed to investigate the institute divorce before the Portuguese and Brazilian law. For most of the history of both countries, marriage was treated as an indissoluble by law, following the example of the Catholic sacramental marriage. Just from the last century the laws of both countries have to accept the dissolution of the marriage bond, and, in Brazil, this happened much later.

This study aims to analyze the changes that the laws of the two countries have experienced, especially in the last three decades, which made the award much easier divorce, considering the fact that these changes represented a profound simplification in the procedure for the breaking of the marital society.

Keywords: Divorce. Brazil. Portugal. Civil law. Marriage.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – O CASAMENTO E SUA RELAÇÃO COM A RELIGIÃO EM PORTUGAL E NO BRASIL	12
1.1 – Aspectos históricos	12
1.2 – O casamento civil	17
1.2.1– O casamento civil em Portugal: conceito e natureza Jurídica	17
1.2.2 – O casamento civil no Brasil: conceito e sua controvertida discussão sobre a natureza jurídica	22
1.3- O casamento religioso	30
1.3.1 – O casamento católico em Portugal: linhas gerais	31
1.3.1.1 – O Casamento Católico no Código Seabra	32
1.3.1.2 – As leis da Primeira República: o Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 2010	33
1.3.1.3 – A Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé.....	33
1.3.1.4 – O protocolo adicional à Concordata	35
1.3.1.5 – A Constituição de 1976	35
1.3.1.6 – A Lei da Liberdade Religiosa	35
1.3.1.7 – Revisão da Concordata de 2004	36
1.3.1.8 – A alteração no Código do Registo Civil de 2007	36
1.3.1.9 – A atual regulamentação do casamento católico no Código Civil português	37
1.3.2 – O casamento religioso no Brasil	39
CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO EM PORTUGAL	43
2.1 – A influência do Direito Romano e do Cristianismo no ordenamento jurídico português	43
2.2 - A separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867: inovação trazida pelo Código Seabra.	51
2.3 - A Lei do Divórcio de 1910.....	54
2.4 - A Concordata entre Portugal e o Vaticano em 1940	59
2.5 - O Código Civil de 1966	60
2.6 A reforma do Código Civil em 1977	62
2.7 - O divórcio consensual em conservatórias – O Decreto-Lei n.º 163/95.....	64
2.8 – As substanciais modificações trazidas pela Lei n.º 61/2008	67

CAPÍTULO III - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL	76
3.1 – A indissolubilidade do vínculo conjugal	76
3.1.1 – Do período do descobrimento ao Código Civil de 1916	76
3.1.2 – O Código Civil de 1916 e o advento do instituto do desquite.....	78
3.1.3 – Da dissolução sob a perspectiva do Direito Constitucional antes da Constituição de 1988	80
3.2 – A Emenda n.º 9/77 e a Lei do Divórcio: o advento do sistema dualista de dissolução do casamento	83
3.2.1 –A separação judicial e suas modalidades.....	85
3.2.1.1 – A separação judicial por mútuo consentimento.....	87
3.2.1.2 – A separação litigiosa com causa culposa.....	89
3.2.1.3 – A separação litigiosa por ruptura da vida em comum	93
3.2.1.4 – A separação litigiosa em caso de grave doença mental.....	95
3.2.2 – O divórcio e suas modalidades	98
3.2.2.1 – Divórcio por conversão ou divórcio indireto.....	99
3.2.2.2 – Divórcio direto.....	100
3.3 – A Constituição de 1988 à Emenda Constitucional nº 66/2010: a simplificação da dissolução do vínculo conjugal.....	101
3.3.1 – A Constituição Federal de 1988	102
3.3.2 – O Código Civil de 2002: estagnação ou retrocesso?	104
3.3.2.1 – A separação judicial no novo diploma civil	105
3.3.2.2 – O divórcio no novo diploma civil.....	107
3.3.2 – O advento da Lei 11.441/07: a possibilidade de realização de separação judicial e divórcio em cartório extrajudicial.....	109
3.3.3- A Emenda Constitucional nº 66/2010	112
3.3.4 – O fim da separação judicial?	118
CONCLUSÃO	122
BIBLIOGRAFIA.....	124
Geral	124
Específica.....	126
Documentos eletrônicos	127
Fontes documentais	128

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CCB – Código Civil Brasileiro.

CCP – Código Civil Português.

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRP – Constituição da República Portuguesa.

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal.

.

INTRODUÇÃO

O fim do casamento, sobretudo em países que possuem tradição religiosa ligada ao catolicismo, foi tratado ao longo dos séculos como um verdadeiro tabu.

A grande influência da Igreja Católica, que tem no casamento um de seus sete sacramentos, acabou por conduzir o instituto a um plano divino. Este fator, somado aos ideais patrimonialistas e patriarcais, faziam com que o Direito de Família não admitisse a hipótese de dissolução do vínculo matrimonial.

Vale ressaltar que o matrimônio foi, ao longo de muitos anos, a única forma legítima de se constituir família. Toda e qualquer união diversa era considerada ilegítima, não produzindo, portanto, efeitos peculiares ao casamento, até porque só este poderia alicerçar uma família.

A força da Igreja Católica, em um primeiro momento, e de outras religiões, posteriormente, teve enorme influência sobre a normativa do casamento na sociedade ocidental e, em especial, a portuguesa e a brasileira.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em sua obra *Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional*, salientam que o casamento seria considerado um pacto submetido às regras do Direito Natural, como uma consequência de preceito divino, dito pelo próprio Cristo¹, conforme relatado no livro de Mateus:

“Alguns fariseus se aproximaram dele, querendo pô-lo à prova. E perguntaram: É lícito repudiar a própria mulher, por qualquer motivo que seja?

Ele respondeu: Não lestes que desde o princípio o Criador os fez homem em mulher

E que disse: Por isso o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher e os dois serão só carne?

De modo que já não são dois, mas uma só carne. Portanto, o que deus uniu, o homem não deve separar.”

Assim não são mais dois, mas uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou, não o separe o homem.” (Mateus, 19, 3-6).²

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p.12

² THEODORO, Henrique Maurer. Tradução - **Bíblia de Jerusalém** – p. 1874

Já Maria Berenice Dias, em sua obra *Divórcio Já!* dá contornos humanos à possibilidade de dissolver o casamento, trazendo à baila aspectos pessoais, como o temor ante o desconhecido e a frustração pelo projeto de vida fracassado:

“Não adianta, as pessoas se atrapalham diante do novo! Afinal, o conhecido é um espaço de conforto, que, em regra, não oferece riscos. Daí a enorme dificuldade de muitos em aceitar mudanças. Soam como desafios. É o velho medo do desconhecido! A resistência é mais significativa quando novidades dizem com o que é muito cara a todos, como as relações familiares e vínculos afetivos. Todos acreditam que não existe nada mais importante do que a estabilidade do amor eterno, um sonho que todos perseguem. As mulheres desde que nascem suspiram pelo príncipe encantado que as levará ao altar, vestidas de noiva de véu e grinalda. Os homens buscam no casamento a segurança e estabilidade a que estavam acostumados no lar materno. Claro que a possibilidade de tudo isso acabar assusta. Outra não é a justificativa para não querer aceitar o fim do casamento. Não há frustração maior. Soa como falência de um projeto que nasceu para durar para sempre: até que a morte os separe. Ninguém sequer gosta de pensar nisso. Nem os cônjuges, nem os filhos, nem o Estado. Por isso, avançar em termos legislativos para alcançar situações de vida que refogem ao modelo idealizado da família é tão difícil.”³

Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro precisou de 477 anos para que se reconhecesse a possibilidade de dissolver o matrimônio pelo divórcio, haja vista que somente em 1977 a primeira lei a respeito do tema foi promulgada naquele país, passando então a regulamentar a matéria.

Já em Portugal, o direito ao divórcio deu-se quase setenta anos antes, em 1910, porém não sem resistências por parte daquela sociedade, afinal se consideramos a antiguidade daquela nação, verifica-se que o reconhecimento do divórcio se dera tardiamente.

Ao reconhecerem o direito ao divórcio, os ordenamentos jurídicos de ambos os países passaram a experimentar uma progressiva simplificação das regras para sua obtenção, de forma que nos dias de hoje é possível pôr fim a um vínculo conjugal sem que seja necessário perquirir a respeito da culpa de um dos cônjuges para o fim do matrimônio ou submeter o casal a lapsos temporais incompreensíveis, mesmo que haja concordância em relação ao fim do casamento.

³ DIAS, Maria Berenice – **Divórcio Já!**p.5

Este estudo tem como objetivo fornecer elementos para a compreensão da evolução do divórcio, evolução esta que o guindou à forma mais eficaz e menos traumática para decretar o fim do casamento dentro dos sistemas jurídicos português e brasileiro.

Mais especificamente, objetiva-se entender em que medida se deram as simplificações nos procedimentos para a sua obtenção ao longo das últimas décadas.

O estudo foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo trata da compreensão do instituto do matrimônio, a evolução de seu conceito no decorrer dos anos, as diferentes teorias sobre sua natureza jurídica, além da possibilidade de celebração de casamento de cunho meramente civil ou de cunho religioso e com efeitos civis, tanto em Portugal como no Brasil, para que se possa mensurar quão importante foi (e é) o papel da Igreja dentro desse instituto e como tal fator, durante longos anos, contribuiu para sua indissolubilidade.

Já o segundo capítulo retrata a evolução da dissolução do casamento em Portugal, desde um primeiro momento, no qual o instituto era indissolúvel, o que decorreu da referida ligação histórica do casamento com a religião, até os dias atuais, com todas as facilidades proporcionadas pela lei em relação àqueles que não encontraram no casamento a felicidade desejada, ou, mesmo que a tenham encontrado, acabaram por perdê-la ao longo da convivência.

Por fim, o terceiro capítulo aborda como se deu a evolução do instituto do divórcio no Brasil, que enfrentou por parte da sociedade e de seus representantes, uma resistência muito maior em relação à aceitação do divórcio e, quando finalmente aceitou, o fez com certa parcimônia, impondo dificuldades àqueles que desejassem a ruptura da vida em comum.

Espera-se que este estudo possa ser um contributo para uma melhor compreensão em torno da evolução do instituto do divórcio em ambos os países, mostrando que as ligações remotas existentes entre o casamento e a religião acabaram por ser determinantes para que a evolução do instituto fosse lenta e gradativa, até que pudesse atingir o atual estágio, no qual é tão somente um direito potestativo, que pode ser exercido a qualquer tempo e em qualquer circunstância.

CAPÍTULO I – O CASAMENTO E SUA RELAÇÃO COM A RELIGIÃO EM PORTUGAL E NO BRASIL

1.1 – Aspectos históricos

O casamento, um dos mais importantes institutos no universo do Direito Civil é, até os dias de hoje, a forma mais comum de se constituir família. Sua origem remonta aos mais remotos tempos da história da humanidade. E o primeiro passo para que se possa compreender toda evolução histórica do divórcio, a modalidade de extinção voluntária do vínculo matrimonial mais importante e presente nos dias atuais, é fazer uma digressão a períodos remotos da civilização para entender a essência do próprio casamento e da sua histórica ligação com a religião.

Os autores portugueses Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, explicam, à luz da etimologia, origem dos termos “matrimônio” e alguns termos correlatos, como “consorte” e “cônjuge”:

“A palavra matrimônio deriva etimologicamente de “*mater*” e “*munium*” ou “*munus*”, ou seja, ofício de mãe. Acentua, pois, o papel da mãe na procriação e educação da prole. Também usa a expressão consórcio “de “*con*” e “*sors*”, partilha da mesma sorte ou condição). Cônjuge, vem de “*coniugium*, “com” e “iugo”, submeter ao mesmo jugo, acentuando a comunidade de vida dos esposos.”⁴

Na mesma linha, o jurista brasileiro Paulo Nader nos ensina, também em estudo etimológico, a dimensão do termo “casamento”:

“O termo casamento provém da reunião de duas palavras latinas: *casae* (cabana) e *mentum*, que deriva do verbo *menisci* (inventar, criar) ou do substantivo *mens, mentis* (espírito, alma, intenção). A junção terminológica dá a ideia do casamento: a intenção dos nubentes estabelecerem comunhão de vida em habitação comum.”⁵

⁴ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**.p.148

⁵ NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. p.42

Para os também brasileiros Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em sua obra *Direito Civil: Famílias*, “o casamento é tão antigo quanto o próprio ser humano, pois Adão e Eva, simbolicamente, representam a origem do casamento”⁶

No mesmo sentido, o autor Inácio de Carvalho Neto, em sua obra *Separação e Divórcio*, assim assevera:

“O primeiro casamento foi celebrado por Deus, entre Adão e Eva, depois de constatar que não convinha que o homem estivesse só. E realmente assim sempre foi; o homem sempre procurou uma companheira que estivesse “como diante dele”. A importância dada pelo Senhor ao matrimônio foi tanto que Jesus realizou seu primeiro milagre (a transformação de água em vinho) em uma festa de casamento.

Por mais que, ao longo dos anos, o casamento esteja sendo bombardeado, taxado de instituição inútil e antiquada, de “camisa-de-força”, o fato é que o ser humano tem sempre necessitado de alguém que lhe faça companhia. O fato de ser crescente o número de separações e divórcios não tem servido para desestimular as pessoas a se casarem (ou se unirem de outra forma).

É certo, porém, que a família está em crise, posto que alguns o queiram negar. E a crise da família reflete diretamente na sociedade, já que aquela é base estrutural desta.

Criado por Deus, o casamento sempre foi precipuamente um ato religioso. Só em tempos relativamente recentes desvinculou-se ele da Igreja para se tornar um ato civil [...]”⁷

Já os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entendem que a noção de família, na verdade, precederia o instituto do casamento, já que a formação de núcleos familiares na Antiguidade não reclamava obediência a ritos, formalidades religiosas ou sociais, enquanto que o casamento, como instituição, reclamava uma sistemática socialmente organizada, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual ou laico e que, justamente por isso, as referências ao Direito Romano e ao Sistema Canônico parecem fundamentais para a compreensão do mundo Ocidental.⁸

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – *Curso de Direito Civil: Famílias*. p.176

⁷ CARVALHO NETO, Inácio de – *Separação e Divórcio*. p.27-28

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional*. p. 112

Com efeito, durante séculos o Estado e a Igreja se confundiram e esta veio a exercer enorme influência sobre os mais diversos aspectos em relação à organização social, sobretudo na seara das relações familiares. E o casamento talvez tenha sido a maior evidência deste elo.

Por isso, enquanto o casamento romano era apenas um fato social que gerava consequências jurídicas, o Direito Canônico o enxergava como o fundamento da sociedade. Ao estabelecer o casamento como um dos seus sete sacramentos, a Igreja encontrava respaldo para defender a sua indissolubilidade, o que veio a influenciar, ao longo dos séculos, a normatização jurídica paralela ao Sistema Canônico.

Os autores brasileiros acima referenciados expõem sua visão sobre o tema:

“O advento do Cristianismo, portanto, sacralizando o casamento, alterou a própria concepção de família, que deixava de ser, na forma do Direito Romano, simplesmente o núcleo de pessoas submetido à autoridade de um mesmo *pater familias*, para identificar aqueles que estavam unidos pelo matrimônio.”⁹

Os insígnis doutrinadores portugueses Diogo Leites de Campos e Mónica Martinez de Campos, em sua obra *Lições de Direito de Família*, destacam, também, o caráter sacramental do instituto:

“O casamento era, em Direito romano, um estado assente num consenso permanente. A Igreja veio sublinhar o peso do consenso inicial, mais adequado a fundar um estado não dissolúvel, e o carácter sacramental”.¹⁰

Neste diapasão, o também doutrinador português Jorge Augusto Pais de Amaral, ao destacar igualmente o caráter divino do casamento, assim preleciona:

“Desde os tempos muito recuados, à medida que a doutrina da Igreja se ia difundindo pelo Império Romano, e principalmente depois da conversão de Constantino, o direito matrimonial passou por importantes transformações. O casamento deixou de ser uma mera união de duas pessoas de sexo diferente e foi erguido à categoria de instituição divina”¹¹.

⁹ *Idem. Op.cit.* p. 114

¹⁰ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**.p.69

¹¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito de família e das sucessões**. p.39

Destaca, ainda, o insigne jurista, que por conta da vulgarização do abuso em relação a casamentos clandestinos, o IV Concílio de Latrão, o ano de 1215, passou a exigir que houvesse três pregões ou proclamas, ato através do qual é dada a publicidade ao casamento a ser contraído.¹²

E por fim, explica com clareza ímpar, como se solidificou a relação entre o direito civil e o direito canônico, sobretudo após a Reforma Protestante, capitaneada por Martinho Lutero e João Calvino, que ensejaram a Contrarreforma por parte da Igreja Católica, cujo principal instrumento foi o Concílio de Trento, no século XVI:

“Após a Reforma, o regime matrimonial da Igreja foi vivamente combatido por Lutero e Calvino. Por isso, no século XVI, o Concílio de Trento, embora continuasse a considerar o casamento como um ato consensual e como sacramento, passou a exigir, sob pena de nulidade, que o casamento fosse anunciado à missa, em três domingos consecutivos, que o casamento fosse solenemente celebrado pelo pároco na presença de duas testemunhas e que do ato fosse lavrado registro.”¹³

Esta pequena introdução ao contexto religioso faz-se necessária, uma vez que, no decorrer da Idade Média, as relações familiares pautaram-se exclusivamente no Direito Canônico. O casamento religioso era o único reconhecido, e regido pelo Código de Direito Canônico, título VII, IV livro, cânones 1055 a 1163.

Como consequência disso, Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos destacam a perpetuidade do instituto:

“O casamento é, assim, um “consórcio de toda a vida”, uma comunidade conjugal de vida, plena, completa, total, exclusiva, indissolúvel, em que está empenhada toda a pessoa, que transforma os cônjuges numa só carne, em todos os aspectos do seu ser e da sua vida.”¹⁴

Destacam, ainda, os referidos juristas¹⁵, que “o matrimônio, além de um contrato é, para os batizados, um sacramento instituído por Cristo (can.1055)”¹⁶

¹² *Idem - Op.cit.* p. 39

¹³ *Idem - Ibidem.*

¹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**.p.148-149

¹⁵ *Idem – Op. Cit.* p. 150

Além disso, ressaltam as duas propriedades essenciais do matrimônio, quais sejam, a unidade e a indissolubilidade, definidas como dogmas da religião Católica no Concílio de Trento, realizado no ano de 1563:

“As duas propriedades ou leis fundamentais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade. Ambas provenientes do Novo Testamento e sempre aceites pela Igreja, foram definidas dogmaticamente na XXIV Sessão do Concílio de Trento em 11 de novembro de 1563. A unidade consiste na união de um só homem com uma só mulher (monogamia). A fidelidade (*bonum fidee*) está intimamente associada à unidade. A indissolubilidade (*bonum sacramenti*) torna perpétuo o vínculo matrimonial que só se desfaz por morte de um dos cônjuges. A dissolução do casamento validamente celebrado só pode ser operada em casos excepcionais: por dispensa do Pontífice Romano, relativamente ao matrimônio rato e não consumado (can.1142); através do privilégio paulino (cn. 1143-1143); pelo privilégio petrino (can.1148-1149).”¹⁷

Ainda a respeito do Direito Canônico como diretriz do casamento, o já citado autor Jorge Augusto Pais de Campos preleciona a sua importância em terras portuguesas:

“Portugal aceitou os cânones do Concílio de Trento e, durante muito tempo se considerou que o matrimônio era mais próprio da teologia e do direito canônico. Não se considerava, no entanto, que constituísse matéria estranha ao direito civil. Era o próprio direito civil que mandava observar o direito canônico.”¹⁸

Contudo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam que a Reforma Protestante e outros movimentos posteriores, como a Revolução Francesa, foram fundamentais para estabelecer um distanciamento dos padrões até então existentes, ditados pela Igreja Católica:

“Se o Direito Canônico influenciou fortemente a disciplina jurídica do casamento, não se pode negar que o reconhecimento de outras modalidades de manifestação

¹⁶ Cânion 1055 - § 1º: “A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento.

§2º Portanto, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja , ao mesmo tempo, sacramento”.

¹⁷ *Idem* – *Op. Cit.* pp. 150-151

¹⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito de família e das sucessões**. p.39

religiosa (em especial, a Reforma Protestante), bem como o movimento crescente de laicização do Estado (em que a Revolução Francesa é um símbolo de rompimento de estrutura tradicional, submetendo-a a um regime liberal e igualitário), terminou por gerar transformação na concepção social do casamento.”¹⁹

Por conta das transformações sofridas pela sociedade ocidental, este modelo único institucionalizado de casamento passou a ser questionado.

Os referidos autores brasileiros entendem que este foi o embrião que acabou por dar origem ao casamento civil:

“Dessa forma, paralelo ao casamento religioso, emergiu um casamento estritamente civil, destinado a todos os cidadãos, independentemente de credo, consistente em um especial negócio jurídico – embora a doutrina tradicional tivesse pruridos de assim o reconhecer, talvez por influência da concepção sacramental religiosa - , deflagrador de efeitos que os interessados desejassem obter.”²⁰

1.2 – O casamento civil

Portugal e Brasil possuem ordenamentos jurídicos que muito se assemelham no âmbito do Direito de Família. A maioria dos institutos possui mais pontos convergentes do que divergentes no que se refere à legislação de ambos os países.

Entretanto, verifica-se que a legislação civil portuguesa é mais precisa e menos complexa do que a brasileira ao conceituar seus institutos, bem como ao esclarecer qual a natureza jurídica dos mesmos.

Esta particularidade pode ser observada no que se refere ao casamento. Trata-se de um dos mais importantes institutos no universo do Direito Civil e, sem sombra de dúvidas, até os dias atuais, a forma mais comum de se constituir uma família, conforme será visto a seguir:

1.2.1– O casamento civil em Portugal: conceito e natureza jurídica

O casamento em Portugal é conceituado pelo próprio Código Civil português (CCP). O artigo 1577.º dispõe que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p. 114

²⁰ *Idem - Ibidem*

pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Tal redação foi determinada pela Lei n.º 9/2010, que veio a permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Trata-se de um conceito bastante claro e que, por sua literalidade, não permite maiores ilações. Diante desta evidência, o autor português Jorge Duarte Pinheiro, em sua obra *O direito de família contemporâneo*, ressalta que “o casamento caracteriza-se pela contratualidade, pela assunção de compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela pessoalidade e pela solenidade.”²¹

Tal clareza é ressaltada pelos também doutrinadores portugueses Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, que assim a enaltecem:

“Poucas legislações definem o casamento. P. ex., nem no código francês, nem no espanhol, nem no italiano, nem no alemão encontramos uma definição do acto matrimonial. E a verdade é que esta omissão não costuma ser censurada pela doutrina. As características do casamento – diz-se – são de tal modo conhecidas que não será possível confundi-lo com uma união de fato.”²²

No mesmo sentido, reconhecendo a clareza conceitual do casamento no ordenamento jurídico português, Jorge Augusto Pais de Amaral preleciona:

“Diferentemente de Portugal, muitos outros países não viram necessidade de o definir, abstendo-se de formular qualquer conceito legal do casamento. Porém, é incontestável que se trata de um contrato, pois o casamento resulta de um acordo entre duas declarações de vontade contrapostas. É um contrato não só o casamento civil como o casamento canónico.”²³

Também não é diversa a posição dos já referidos doutrinadores Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos sobre a natureza jurídica do matrimônio:

“O casamento é um negócio jurídico: uma ou mais declarações de vontade (neste caso duas declarações) dirigidas a certos efeitos e que a ordem jurídica tutela em si

²¹ PINHEIRO, Jorge Duarte – *O direito de família contemporâneo*. p. 319

²² COELHO, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme de – *Curso de Direito de Família: Introdução. Direito Matrimonial*. P.184

²³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Direito de família e das sucessões*. p.45

mesmas e na sua direção, atribuindo efeitos jurídicos em geral correspondentes com aqueles que são tidos em vista pelos declarantes.”²⁴

Entretanto, os referidos autores ressaltam que o casamento não possui a liberdade própria do princípio da autonomia privada, ressaltando que a liberdade dada aos nubentes é muito pequena diante da imperatividade da lei em certos aspectos:

“Contudo, ao contrário dos negócios jurídicos, em que domina o princípio da autonomia privada, a autonomia deixada aos nubentes é muito pequena. Os efeitos pessoais do casamento, e alguns dos efeitos patrimoniais, são fixados imperativamente pela lei, sem que as partes possam, portanto, introduzir derrogações no regime legal respeito. Não podem, por exemplo, estabelecer uma condição ou um termo para o casamento. Contudo, a autonomia das partes, se não é jurídica, existe de facto. As normas que fixam os efeitos pessoais do casamento contêm conceitos de tal modo gerais e indeterminados que, de facto, o casamento poderá se o que os cônjuges quiserem.”²⁵

Por fim, os referidos autores ressaltam que o enquadramento dado ao casamento, como um contrato, é dominante há vários séculos, destacando, ainda, que é justamente a contratualidade do casamento que melhor acaba por refletir a sua essência, que é a se revelar uma união livre, de duas pessoas, a fim de perseguirem objetivos que são comuns. Desta forma, qualquer outro conceito que pudesse retirar o casamento do campo do direito privado para inseri-lo n campo do direito público ou do direito administrativo seria gravemente lesiva ao modo de ser do casamento.²⁶

Apesar da clareza do CCP ao emprestar ao casamento natureza jurídica contratual, Jorge Augusto Pais de Amaral alerta para o fato de que a classificação explicitada pelo Código é motivo de controvérsia.²⁷

O autor destaca que uma das posições doutrinárias contrárias diz respeito à necessidade de declaração por parte do próprio funcionário do registro civil, o que, em tese, diminuiria a importância da simples declaração de vontade dos nubentes:

²⁴ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**.p.171

²⁵ *Idem - Ibidem*

²⁶ *Idem – Op. Cit.* p. 172

²⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito de família e das sucessões**. p.45

“Esta classificação tem gerado alguma controvérsia. (...) Segundo uma delas, o casamento não é um ato de direito privado, sendo a declaração do funcionário do registro civil o elemento verdadeiramente constitutivo do casamento, em que o consentimento dos nubentes constitui um mero pressuposto dessa declaração. O casamento seria um ato administrativo em que o Estado, através do seu representante, seria parte no ato jurídico matrimonial”²⁸

Mas o ilustre doutrinador logo refuta tal posição, ao destacar que não se pode reduzir o consentimento dos nubentes a um simplório pressuposto da declaração do funcionário, uma vez que a lei exige que o consentimento seja livre e isento de vícios. Ressalta, ainda, que o papel do oficial público é tão somente verificar a existência de possível impedimento à realização do ato e declarar os nubentes casados, após estes terem externado seu consentimento.²⁹

Outra posição destacada é a de que o casamento seria, na verdade, um negócio plurilateral, a depender dos nubentes e do próprio conservador do registro civil. Esta posição, diferentemente da primeira, que colocava o conservador como a peça mais importante neste tabuleiro, o coloca em pé de igualdade com os nubentes, o que também não pode prosperar, segundo o eminente jurista, que ressalta que o conservador não é parte no casamento, e por isso, não pode sequer ser atingido pelos efeitos do casamento, já que os únicos a contrair casamento são os nubentes.³⁰

No mesmo sentido, Jorge Duarte Pinheiro destaca que “a contratualidade do casamento tem sido contestada, com os mais diversos fundamentos. No passado, atribuiu-se ao casamento a natureza de acto administrativo: alegando-se que os nubentes tinham de manifestar a vontade de casar perante um funcionário e que só a intervenção deste conferia valor jurídico ao casamento.”³¹

Por fim, o insigne jurista preleciona, com clareza ímpar, desfazendo tal ideia ao traçar um paralelo entre o conservador do registro civil e um notário na escritura de compra e venda de imóveis:

“Apesar de a intervenção de um funcionário constituir condição de existência do casamento (cf. art. 1628.º, al. a), é a declaração de consentimento dos nubentes que tem o papel principal na disciplina do instituto (cf., nomeadamente, arts. 1628.º, als.

²⁸ *Idem - Ibidem*

²⁹ *Idem - Ibidem*

³⁰ *Idem - Ibidem*

³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito de família contemporâneo**. p. 319

c) e d), 1631.º, al. b), 1635.º, 1636.º e 1638.º), que não é, portanto, um acto administrativo, mas um acto de Direito Privado. A intervenção do conservador, na celebração do casamento, é similar à do notário na celebração de compra e venda de imóveis: assegura a observância de uma forma especial que a lei prescreve para o acto.”³²

Vale ainda ressaltar que o casamento tem proteção constitucional. A Constituição da República Portuguesa (CRP) dedica o art. 36.º à família, ao casamento e à filiação, nos seguintes termos:

“Artigo 36.º

Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.
7. A adoção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respetiva tramitação.”

Como se pode observar, o art. 36.º, n.º 1, da CRP reconhece a todos o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade.

Nos dizeres de Jorge Duarte Pinheiro, “o direito de celebrar casamento em condições de igualdade, de que fala o art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, da CRP, obsta aos casamentos forçados e às restrições do casamento fundadas na raça, na religião ou na nacionalidade dos nubentes.”³³

³² *Idem* – *Op. Cit.* pp. 320-321

³³ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Op. Cit.* p. 72

A CRP também confere à lei ordinária a competência para regular requisitos e efeitos do casamento, bem como da sua dissolução por morte ou divórcio, sem que se leve em conta a forma de celebração do casamento, que pode ser civil ou religiosa.

Pinheiro destaca, também, um problema envolvendo a nulidade do casamento católico:

“A determinação de que cabe à lei a regulamentação dos requisitos do casamento, qualquer que seja a forma de celebração, tem criado algumas hesitações no que toca ao que se dispõe no art. 1625.º do Código Civil. O artigo reserva aos tribunais eclesiásticos, que aplicam Direito Canónico e não a lei portuguesa, competência para conhecer das causas de nulidade do casamento católico (contraído em território nacional). Apesar de tudo, tem prevalecido na doutrina a tendência a constitucionalidade, que faz interpretação restritiva da referência do art. 36.º, n.º 2, da CRP, aos requisitos do casamento, invocando o seguinte elemento histórico: o art. 1625.º reproduz, quase *ipsis verbis*, o art. XXV, § 1º, da Concordata de 1940, entre o Estado português e a Santa Sé, que o art. 2º do respectivo Protocolo Adicional de 15 de Fevereiro de 1975 expressamente considerou em vigor; tendo sido convencionado esse Protocolo tão pouco tempo antes da provação da Constituição de 1976, não é crível que os constituintes tivessem querido derrogar unilateralmente, e em ponto tão importante, o compromisso estabelecido.

Entretanto, a Concordata de 2004, que veio a instituir uma disciplina incompatível com o art. 1626.º na redacção de 1966, não modificou substancialmente os dados da problemática em evidência: o art. 16.º da nova Concordata continua a reconhecer a competência das autoridades eclesiásticas para conhecer das causas de nulidade do casamento católico.”³⁴

Já o art. 36.º, n.º 3, da CRP, consagra a igualdade entre os cônjuges no que se refere aos direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção dos filhos. Este dispositivo deixou às claras que a CRP não recepcionou a versão original do Código Civil português, que possuía um modelo de matrimônio sob a direção do marido, o que passou a ser inaceitável.

1.2.2 – O casamento civil no Brasil: conceito e sua controvertida discussão sobre a natureza jurídica

³⁴ *Idem- Op. Cit.* pp. 72-73

Ao contrário de Portugal, o Brasil alimenta muita controvérsia em relação ao matrimônio, tanto no que se refere ao conceito, como no que tange a sua natureza jurídica.

A jurista Maria Helena Diniz destaca que “é o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade”. Sendo assim, conclui, “o matrimônio é a peça chave de todo sistema social e cultural do país.”³⁵

Contudo, diferentemente do Código Civil português (CCP), o Código Civil brasileiro (CCB) não traz nenhuma definição clara sobre o casamento, limitando-se a dispor que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1511), deixando claro que, assim como em Portugal, não mais subsiste o modelo patriarcal de outrora, consolidado no Código Civil de 1916, onde o marido era considerado o chefe da família. Isto porque a Constituição de 1988 consagrou o princípio da igualdade entre homens e mulheres, insculpido no art. 5º, I da Carta Magna e que dispõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

Dispõe, ainda, que o casamento reconhecido no Brasil é o casamento civil e gratuita a sua celebração para aqueles que não tiverem condições de arcar com selos, emolumentos e custas (art. 1512), ainda que seja possível dar efeitos civis ao casamento religioso, o que será tratado adiante, modelo este que se assemelha ao casamento católico em Portugal.

Além disso, a legislação civil repete importante preceito constitucional, previsto no art. 226, 7º, que encerra o chamado princípio da liberdade no planejamento familiar, que determina que “[...] o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

O art. 1513, por sua vez, com base no referido princípio constitucional, estabelece que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Por fim, o último artigo que se pode utilizar na tentativa de conceituar e entender a natureza jurídica do casamento é o art. 1514, que dispõe que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

³⁵ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5. 25ª ed.p.37

Baseado nesta premissa, o casamento foi definido por Maria Helena Diniz como “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”³⁶

Muito antes, Clóvis Beviláqua, citado pelo não menos ilustre Caio Mário da Silva Pereira, assim já havia conceituado o casamento, também dentro de um ponto de vista clássico:

“Contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente legitimando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole de que de ambos nascer.”³⁷

O próprio Caio Mário da Silva Pereira, definiu o casamento como “uma união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”.³⁸

Já o jurista Sílvio Rodrigues, citado na obra de Sílvio de Salvo Venosa, define casamento como “o contrato de direito de família que em por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.”³⁹

O insigne Pontes de Miranda, citado na obra de Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, preleciona:

“É contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.”⁴⁰

Como se pode notar, todas as definições são definições clássicas, baseadas na diversidade de sexo até então reclamada para a celebração do casamento, conforme o referido art. 1514 do CCB. Tal diversidade, aliás, sempre fora considerada um dos elementos

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p.37

³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, v. 5. p.64

³⁸ Pereira, Caio Mário da Silva – *Op. Cit.* p. 65

³⁹ RODRIGUES, Sílvio *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: Direito de Família**. p. 25

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. p.38

essenciais do matrimônio, fundamental para caracterizar o casamento dentro do plano da existência.

Contudo, importantes alterações ocorreram nos últimos anos, sendo determinantes para o alargamento desta conceituação clássica do instituto.

No mês de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, no julgamento conjunto de duas ações: a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277, proposta pela Procuradoria da República e a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), proposta pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O objetivo destas ações era o mesmo: a declaração de inconstitucionalidade, por parte da corte suprema, do art. 1723 do Código Civil brasileiro no que se referia à exigência de diversidade de sexo para a concretização da união estável.

A partir de então, duas pessoas do mesmo sexo poderiam ir a um cartório (conservatória, em Portugal) e lá formalizariam sua união estável. Com isso, abriu-se, também, a possibilidade de conversão de união estável em casamento, já prevista na própria Constituição Federal de 1988, em seu Art. 226, 3º e que fora regulamentada pelo art. 1726 do Código Civil.

Este dispositivo, curiosamente, encontrava-se em flagrante desuso, uma vez que não era cultura brasileira converter união estável em casamento, pois tal conversão deveria ser feita em pedido formulado por ambos os cônjuges e submetida ao Poder Judiciário.

Entretanto, uma análise bastante superficial leva à conclusão que casar seria mais fácil e mais barato, razão pela qual o referido instituto de conversão jamais prosperou.

Mas, curiosamente, pelas mãos de pares homoafetivos, o referido dispositivo voltou à vida: pessoas do mesmo sexo que conseguiram lavrar suas escrituras de união estável por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal, começaram a buscar a via judicial para converter suas uniões estáveis em casamentos.

Diante do vertiginoso aumento de demandas com tal finalidade, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) editou a Resolução nº 175/2013, dois anos após a histórica decisão do Supremo. A Resolução, de apenas três artigos, além de vedar que as autoridades competentes se recusassem a converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, também dispôs que as mesmas autoridades não poderiam se recusar a habilitar e celebrar o

matrimônio de pares homoafetivos, sob pena de denúncia à Corregedoria de Justiça para a aplicação de providências cabíveis.⁴¹

Uma das motivações da Resolução foi a decisão do STJ – Superior Tribunal de Justiça, em outubro de 2011. Nela, pela primeira vez uma corte superior se manifestara no sentido de se reconhecer a possibilidade de casamento entre pares do mesmo sexo, cujo acórdão é transcrito abaixo:

“DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetivo). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.”⁴²

Este contexto foi necessário para que se entenda que, ao contrário de Portugal, cuja redação atual do art. 1577.º do Código Civil português (modificada pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio) não deixa dúvidas sobre a possibilidade de matrimônio entre duas pessoas, independentemente de gênero sexual, o Brasil carece de modificações em sua legislação civil para adequá-la à resolução do CNJ.

Contudo, os doutrinadores já conceituam casamento de forma adequada à inovação trazida pela referida resolução.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, reconhecendo o caráter contratual, afirma que “[...] é um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização de seus projetos de vida”.⁴³

Entretanto, fazem pertinente observação de que o casamento, enquanto contrato, não deve ter o caráter patrimonialista que normalmente permeia os negócios jurídicos, assim destacando:

⁴¹ RESOLUÇÃO n.º 175, de 14 de maio de 2013

⁴² SUPERIOR Tribunal de Justiça – 4ª Turma – Recurso Especial nº 1.183.378. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 20/10/2011. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 01/02/2012.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p. 118-119

“Claro está que, ao afirmarmos a sua natureza contratual, não estamos, com isso, equiparando o casamento às demais formas negociais, como a compra e venda, a locação, o *leasing* ou a alienação fiduciária.

Seria, aliás, esdrúxulo tal paralelismo, por nos conduzir a conclusões, absurdas, como a possibilidade de se exigir “uma obrigação matrimonial mediante o estabelecimento de multa cominatória” ou, caso a vida a dois não ande bem, uma simples rescisão de contrato de casamento. De maneira alguma.

Quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo contrato, tem seu núcleo existencial no consentimento, sem se olvidar, por óbvio, o seu especial regramento e consequentes peculiaridades.”⁴⁴

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também deram novos rumos ao conceito de casamento, não mais destacando a diversidade de sexo e dando ênfase ao afeto, ao assim externarem:

“O casamento é uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”.⁴⁵

Para Flávio Tartuce, que também enfatiza a desnecessidade da diversidade de sexo e o caráter afetivo, “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto.”⁴⁶

Nesta mesma linha Conrado Paulino da Rosa, é “a união legal de duas pessoas com intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres”.⁴⁷

Por fim, nesse mesmo raciocínio, José Maria Lopes de Oliveira Leoni sustenta que “casamento é o contrato segundo o qual os nubentes estabelecem, conforme o regramento jurídico, suas relações de natureza afetiva e patrimonial.”⁴⁸

⁴⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 117-118

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Famílias.** p. 179

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** p.45

⁴⁷ ROSA, Conrado Paulino da – **Curso de Direito de Família contemporâneo.** p. 66

⁴⁸ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de – **Direito Civil: Família.** p. 52

Embora seja uma realidade desde o ano de 2013 em terras brasileiras, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda encontra resistência por parte de alguns doutrinadores. Vale destacar a veemente posição do doutrinador Paulo Nader, que afirma que “embora os movimentos de contracultura pleiteiem o casamento homoafetivo em nosso país a pretensão encontra impedimento, à vista do disposto no art. 226 da Constituição da República.”⁴⁹

Em sentido oposto ao do referido autor, Flávio Tartuce nega que a união formal e solene entre duas pessoas do mesmo sexo tenha qualquer óbice dentro do sistema jurídico:

“Frise-se que não houve ainda qualquer alteração legislativa no sentido de admissão da nova entidade familiar, o que não deve ser considerado para o seu amplo reconhecimento, pois cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de adequar a norma ao fato social, o que vem ocorrendo.”⁵⁰

Para que se possa entender melhor tal debate, é importante que se verifique o que a Carta Magna brasileira dispõe, especialmente a respeito do casamento.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

⁴⁹ NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil. v. 5: Direito de Família.** p. 42

⁵⁰ TARTUCE, Flávio – **Direito Civil: Direito de Família.** p. 48

Uma análise do referido dispositivo constitucional permite vislumbrar que a única menção que se faz em relação à diversidade de sexo é no § 5º, quando o texto prevê que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Por outro lado, não há, efetivamente, qualquer vedação à formação de uma família com um casamento entre pares do mesmo sexo.

Com base nesta premissa, Flávio Tartuce conclui seu pensamento, afirmando que “confirmada a premissa de inclusão, todas as regras pessoais e patrimoniais do casamento entre pessoas de sexos distintos incidem para o casamento de pessoas do mesmo sexo.”⁵¹

Ultrapassada a conceituação do casamento, com relação à natureza jurídica do instituto, a doutrina não é nem um pouco uníssona. Existem divergências flagrantes acerca do caráter contratual ou institucional do casamento e respectivas teorias a respeito. Há, até mesmo, uma terceira corrente, que mescla estas duas vertentes. São elas:

a) Teoria clássica ou contratualista: Também chamada individualista, esta teoria foi encampada pelo Código Napoleão, da França, do ano de 1804 e teria surgido ainda no século XIX. Segundo ela, o casamento é, em sua essência, um contrato, pois sua validade e eficácia provêm da manifestação de vontade das partes.

O jurista Carlos Roberto Gonçalves destaca esta teoria foi um contraponto ao caráter sacramental do casamento, defendido ao longo de muitos séculos, conforme já mencionado neste trabalho. Assim discorre sobre o tema:

“Tal concepção representava uma reação à ideia de caráter religioso que vislumbrava no casamento um sacramento. Segundo seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos. Assim, o consentimento dos contraentes constituía o elemento essencial de sua celebração e, sendo contrato, certamente poderia dissolver-se por um distrato. A sua dissolução ficaria, destarte, apenas na dependência do mútuo consentimento.”⁵²

São claramente adeptos desta teoria os autores Caio Mário da Silva Pereira⁵³, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵⁴, José Maria Leoni Lopes de Oliveira⁵⁵, além de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁶.

⁵¹ *Idem - Ibidem*

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. p. 40

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil. v.5 – Direito de Família**. p. 19

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: Famílias**. p. 184

⁵⁵ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de – **Direito Civil: Família**. p.52

b) Teoria institucionalista ou supra individualista: Teoria que surgiu em contraponto à Teoria Clássica. Para esta teoria, o casamento não pode ser considerado um contrato, tendo em vista que aderem a um conjunto de normas imperativas, que não lhes permite a liberdade negocial própria dos contratos. Um grande número de imposições e regras surge a partir de sua celebração, o que descaracterizaria o caráter contratual. Esta teoria foi sustentada por juristas como Julien Bonnecase e Maurice Hauriou, segundo Flavio Tartuce.⁵⁷ São adeptos desta corrente Arnaldo Rizzardo⁵⁸, Maria Helena Diniz⁵⁹ e Paulo Nader⁶⁰.

c) Teoria eclética ou mista: o jurista Flávio Tartuce é um de seus adeptos e afirma que “segundo essa corrente, o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação.”⁶¹ Por isso, os adeptos desta corrente partem da premissa de que o casamento-ato é um negócio jurídico, mas o casamento-estado é uma instituição. Além do referido jurista, são adeptos desta corrente Carlos Roberto Gonçalves⁶² e Silvio de Salvo Venosa.⁶³

1.3- O casamento religioso

Portugal e Brasil, em seus atuais ordenamentos jurídicos, permitem a realização do casamento do âmbito religioso, com efeitos civis. Trata-se da manutenção da modalidade clássica de casamento em ambos os países, que sofreram, como já dito, imensa influência da Igreja Católica em seus ordenamentos jurídicos primitivos e que possuem, ainda, maioria da população ligada ao Cristianismo.

Esta ligação secular da religião, principalmente a Católica, com o Direito, ajuda na compreensão da dificuldade que sempre permeou a dissolução do casamento, de que trata o presente trabalho. Outra justificativa não há para a dificuldade e a lentidão no caminhar do divórcio, senão as fortes raízes cristãs existentes no casamento, principal e mais comum forma de se constituir família, raízes estas tão profundas que até hoje estão presentes, haja vista a imensa quantidade de casamentos religiosos realizados em ambos os países.

Passemos a um estudo um pouco mais detalhado sobre a questão, em ambos os países.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p. 116

⁵⁷ TARTUCE, Flávio – **Direito Civil: Direito de Família**. p.54

⁵⁸ RIZZARDO, Arnaldo – **Direito de Família**. p. 21

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5. 25ª ed.p.42

⁶⁰ NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil**. v. 5: Direito de Família. p. 55

⁶¹ TARTUCE, Flávio – *Op. Cit.* p. 48

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. p. 42

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil, v.6: Direito de Família**.p.26

1.3.1 – O casamento católico em Portugal: linhas gerais

Para se falar do casamento católico em Portugal, impossível não se fazer associação ao Direito Canônico. O autor Jorge Duarte Pinheiro explica tal associação, ainda com forte viés sacramental:

“O casamento católico identifica-se com o consentimento matrimonial, que o Código de Direito Canônico define como “o acto da vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente, a fim de constituírem o matrimónio (cân. 1057, § 2º).”⁶⁴

O jurista Jorge Augusto Pais de Amaral pontua o casamento católico “como o preferido da maioria das pessoas em Portugal.”⁶⁵

Os insígnies autores Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos ensinam que existem diversos sistemas de casamento, combinando casamento civil e religioso.⁶⁶

Nesse mesmo sentido, João Queiroga Chaves identifica vários sistemas de casamentos, “de acordo com a relevância jurídica atribuída ao casamento religioso e à sua interligação com o casamento civil.”⁶⁷

São os seguintes os referidos sistemas:

a) Casamento Religioso Obrigatório: por este sistema de casamento, não se reconhece a existência do casamento civil. Foi o sistema predominante até a Idade Contemporânea, tendo vigorado na Grécia até 1982. Predominou em Portugal até o advento do Código Civil de 1867, já que o casamento católico era obrigatório.⁶⁸

b) Casamento Civil Obrigatório: segundo João Queiroga Chaves, “nesta modalidade o casamento não produz quaisquer efeitos civis juridicamente relevantes e não é proibida a sua celebração por atenção à liberdade religiosa dos nubentes os quais, para obterem o estado de casados, sempre terão que realizar o casamento civil.”⁶⁹ Neste sistema, faz-se necessária a realização de dois casamentos para aqueles que desejam professar sua fé e a cerimônia religiosa terá tão somente caráter sacramental.⁷⁰

⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito de Família Contemporâneo**. p. 362

⁶⁵ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito de família e das sucessões**. p.99

⁶⁶ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. p.159

⁶⁷ CHAVES, João Queiroga – **Casamento, Divórcio e União Estável**. p. 99

⁶⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Op. Cit.** p.159

⁶⁹ CHAVES, João Queiroga – **Op. Cit.** p. 100

⁷⁰ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Idem - Ibidem**

c) Casamento Civil Facultativo: neste sistema, é possível a livre escolha, por parte dos nubentes entre o casamento civil e o casamento religioso nas suas mais diversas modalidades (católico, protestante, dentre outros), de forma que o Estado lhe atribui efeitos civis, independentemente da sua forma de celebração. Entretanto, como destaca João Queiroga Chaves, “apesar da faculdade de escolha entre estas duas diferentes formas de celebração, os requisitos de validade do acto jurídico e seus efeitos quanto às pessoas e aos bens do cônjuge estão exclusivamente estabelecidos na legislação civil de cada Estado e também só os tribunais comuns têm jurisdição para julgar todas as questões relacionadas com o casamento.”⁷¹

d) Casamento civil subsidiário: esta modalidade de casamento só permite que o casamento seja realizado conforme a crença do nubente. Tomando como exemplo, os católicos, por este sistema, segundo Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, “todos estariam obrigados à face do Estado, por estarem à face da Igreja, a celebrarem o casamento católico. O Estado só admitiria que celebrassem casamento civil todos aqueles que não fossem obrigados segundo o direito canónico a celebrar casamento católico.”⁷²

1.3.1.1 – O Casamento Católico no Código Seabra

O Código Civil de 1867 trouxe disposições confusas, pois ora apontavam para a ideia de filiação ao sistema do casamento civil subsidiário, ora apontavam para a filiação ao sistema de casamento civil facultativo. Diogo Leite Campos e Mónica Martinez de Campos assim explicam tal controvérsia:

“Os artigos 1057.º e 1072.º pareciam admitir o casamento civil só para os não católicos. Mas como não poderia haver inquérito prévio acerca da religião dos contraentes (art. 1081.º), e o casamento civil não podia ser anulado por motivo de religião de um dos cônjuges (art. 1090.º), vinha a consagrar-se o sistema do casamento civil facultativo. Sistema adoptado na segunda modalidade, pois as leis canónicas eram recebidas em Portugal (arts. 1069.º e 1086.º). e o casamento católico só poderia ser declarado nulo perante os tribunais eclesiásticos e nos casos previstos nas leis da Igreja (arts. 1086.º e 1087.º). Contudo, o Código de 1867 aplicou também ao casamento católico os impedimentos impeditivos do casamento civil (art. 1071.º).

⁷¹ CHAVES, João Queiroga – **Casamento, Divórcio e União Estável**. p.100

⁷² CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. p.161

Além disso, o Código ordenou aos sacerdotes que enviassem ao oficial do registo civil a acta do casamento a fim de ser registada.”⁷³

1.3.1.2 – As leis da Primeira República: o Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910

O Decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910 estabeleceu contundente mudança no sistema jurídico ao consagrar o casamento civil obrigatório. O casamento passou a ser considerado um contrato eminentemente civil.

Os referidos autores salientam que “foi estabelecido o sistema do casamento civil obrigatório, considerando-se o casamento como um contrato puramente civil (art. 2º). Todos os portugueses deveriam celebrar o casamento perante o oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil, só este sendo válido (art. 3º). As causas de nulidade ou anulação do casamento passavam a competir exclusivamente aos tribunais civis (art. 65º).”⁷⁴

O autor João Queiroga Chaves destaca um curioso fenômeno decorrente desta mudança, diante da continuidade de realizações de casamentos religiosos:

“É fácil de imaginar a reação massiva da população arreigadamente católica: continuou a realizar a cerimónia religiosa de celebração (sem relevância civil) com tanta frequência que houve necessidade do Código do Registo Civil de 1922 estatuir a obrigatoriedade da realização do casamento civil antes do casamento religioso.”⁷⁵

1.3.1.3 – A Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé

As relações entre Portugal e a Santa Sé haviam se deteriorado por conta do advento da Primeira República Portuguesa, no ano de 1910. A Lei da Separação da Igreja e do Estado significou um duro golpe nestas relações, haja vista que o governo português chegou ao ponto de proibir cultos públicos sem sua prévia autorização, além de tornar de propriedade portuguesa os bens da Igreja.

A chegada de António de Oliveira Salazar ao poder, com a conseqüente implantação do Estado Novo, determinou o início de um longo período de negociações para que se estabelecesse novamente a paz e a estabilidade nas relações entre o Estado e a Igreja Católica.

⁷³ *Idem – Op. Cit.* p. 162

⁷⁴ *Idem – Op. Cit.* p. 163

⁷⁵ CHAVES, João Queiroga – *Casamento, Divórcio e União Estável.* p.102

Este processo teve como seu ápice a assinatura de uma Concordata entre Portugal e a Santa Sé. Este instrumento trouxe uma considerável quantidade de privilégios para a Igreja Católica, que voltou a ser vista pelo Estado como a religião tradicional de Portugal, gozando de alguns benefícios por conta do acordo celebrado.

A Concordata com a Santa Sé foi assinada em 7 de maio de 1940. As disposições da Concordata foram regulamentadas através do Decreto-Lei n.º 30615, de 25 de julho de 1940. Tais disposições foram posteriormente integradas ao Código do Registo Civil de 1958 e ao Código Civil de 1966.

Segundo João Queiroga Chaves, “a Concordata restaurou o regime anterior à proclamação da República, o que significa que o sistema dualista de opção entre o casamento católico e o casamento civil voltou a vigorar.”⁷⁶

Sobre os efeitos da assinatura da Concordata, Diogo Leite Campos e Mónica Martinez Campos destacam alguns, como por exemplo, a dissolução do casamento católico pela via do divórcio, que até então já era permitido desde o ano de 1910, como será visto oportunamente.

Assim prelecionam os ilustres autores:

“O Estado reconhecia os efeitos civil aos casamentos católicos (art. 22.º); não permitia aos seus tribunais aplicar o divórcio a casamentos católicos (art. 24.º); reservava aos tribunais eclesiásticos a apreciação da validade dos casamentos católicos (art. 25.º). Contudo, o direito matrimonial civil prevalecia sobre o sistema de impedimentos do casamento católico; era também o direito civil que regulava o processo preliminar de registo; e os tribunais civis eram competentes para decretar a separação de pessoas e bens, que será tratada mais adiante, relativamente aos casamentos católicos.”⁷⁷

Os referidos autores também chamam atenção para o fato de os efeitos da Concordata não abrangerem os casamentos que haviam sido realizados em data anterior à sua entrada em vigor:

“Note-se que os casamentos católicos celebrados anteriormente à entrada em vigor da Concordata continuavam a não estar abrangidos por esta. O Estado português reconhecia efeitos civis só aos casamentos civis celebrados anteriormente à celebração da Concordata: os casamentos católicos celebrados antes da Concordata continuavam desprovidos de efeitos civis. Portanto, a aplicação do divórcio a um

⁷⁶ *Idem – Op. Cit.* pp. 101-102

⁷⁷ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família.** p.164

casamento civil celebrado antes da entrada em vigor da Concordata levava a que, perante a lei civil, os cônjuges, mesmo que também casados catolicamente, estivessem divorciados.”⁷⁸

1.3.1.4 – O protocolo adicional à Concordata

No dia 15 de fevereiro de 1975, houve a celebração de um protocolo adicional à Concordata de 1940, entre a Santa Sé e Portugal. Este protocolo manteve intacto o sistema do casamento facultativo, mas introduziu importante mudança: a possibilidade de se dissolver o casamento religioso, revogando-se o art. 24.º da Concordata e, conseqüentemente o art. 1790.º do Código Civil, dispositivo que consagrava o princípio da indissolubilidade do casamento católico através do divórcio.

Note-se que o casamento católico seria dissolvido apenas sob o prisma dos efeitos civis que produzia dentro do sistema jurídico vigente. Entretanto, perante a Igreja Católica, permaneceria inalterado, dada a sua indissolubilidade.

1.3.1.5 – A Constituição de 1976

A Constituição de 1976 dispõe no art. 36.º, n.º 2 que “a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração”.

João Queiroga Chaves assevera que o texto legal sugere um distanciamento do Direito Canônico, pois “parece querer afastar a competência do direito canônico para conhecer da matéria respeitante aos vícios do consentimento e para regular a forma de celebração do casamento católico. Nesta medida ficaria afectada a jurisdição dos tribunais eclesiásticos.”⁷⁹

Entretanto, o autor entende que este não foi o entendimento sufragado, uma vez que a Reforma de 1977, que alterou vários dispositivos do Código Civil, acabou por manter válido o art. 1625.º, que atribui competência aos tribunais eclesiásticos e, por isso, o sistema dualista do casamento civil facultativo não fora afastado pela Constituição de 1976.⁸⁰

1.3.1.6 – A Lei da Liberdade Religiosa

⁷⁸ *Idem - Ibidem*

⁷⁹ CHAVES, João Queiroga – *Casamento, Divórcio e União Estável*. p.104

⁸⁰ *Idem - Ibidem*

Através da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho, importantes modificações foram introduzidas com relação ao casamento.

A referida lei permitiu que se reconhecesse efeitos civis ao casamento celebrado por forma religiosa por ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada no País.

Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos destacam que “não se trata de um novo casamento, a acrescentar ao civil e ao católico, mas de uma “forma” de casamento com efeitos civis.”⁸¹

1.3.1.7 – Revisão da Concordata de 2004

A Revisão da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, no ano de 2004 permitiu que se desse efeitos civis às decisões dos tribunais e repartições eclesiásticas que tomem conhecimento e decidam sobre as causas de nulidade do casamento católico, além de instituir um sistema de revisão e confirmação das sentenças eclesiásticas pelos tribunais civis. Contudo, sobre a mudança, João Queiroga Chaves faz o seguinte questionamento:

“Mas aqui voltamos a ser confrontados com a mesma dificuldade a propósito do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa. Se esta é a nova matéria acordada entre o Estado e a Santa Sé por que razão os já citados artigos 1625.º e 1626.º, que regulam a competência dos tribunais eclesiásticos, não foram revogados, uma vez que estão em contradição com a Concordata na revisão de 2004?”⁸²

1.3.1.8 – A alteração no Código do Registo Civil de 2007

O Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro deu novos contornos à lei da liberdade religiosa, regulamentando os casamentos civis sob a forma religiosa.

Houve alteração no Código de Registo Civil a fim de que se permitisse a celebração religiosa do casamento, realizado perante o ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa, desde que esta fosse devidamente reconhecida no país, para que surtisse seus regulares efeitos.

⁸¹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. pp. 166-167

⁸² CHAVES, João Queiroga – **Casamento, Divórcio e União Estável**. pp.104-105

Desta forma, os não católicos, como protestantes, judeus, muçulmanos, budistas, dentre outros, passaram a poder celebrar o casamento segundo os ritos próprios, conferindo-lhe efeitos civis, desde que se submetessem às exigências legais.⁸³

1.3.1.9 – A atual regulamentação do casamento católico no Código Civil português

O Código Civil português, atualmente, dedica ao casamento católico uma seção específica, nos artigos 1596.º ao 1599.º.

Inicialmente, quanto à capacidade civil, dispõe o art.1596.º que “o casamento católico só pode ser celebrado por quem tiver a capacidade matrimonial exigida na lei civil.”

Sobre este ponto, o autor Jorge Augusto Pais de Amaral destaca a consequência deste preceito na aplicação dos impedimentos matrimoniais, assim ressaltando:

“[...] embora o casamento católico deva ter em conta os impedimentos matrimoniais previstos no direito canónico, está igualmente dependente da observância dos impedimentos constantes da lei civil. Na verdade, no que concerne ao casamento civil, por força do disposto no art. 1600.º, têm capacidade para o contrair todos aqueles em que não se verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei”⁸⁴

O ilustre magistrado esclarece, ainda, como funciona o procedimento para que as pessoas se habilitem para o casamento:

“Aqueles que pretendam contrair casamento devem declará-lo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, numa conservatória do registo civil e requerer a instauração de processo de casamento. Tratando-se de casamento católico, a declaração para a instauração do processo pode ainda ser prestada pelo pároco competente para a organização do processo canónico. É ao conservador do registo civil que compete passar certificado no qual declara que os nubentes podem contrair casamento. O casamento católico não pode ser celebrado sem que ao respectivo pároco seja apresentado este certificado – cfr. Artigos 135.º, 146.º e 151.º do Código do Registo Civil.”⁸⁵

⁸³ *Idem – Op. Cit.* p.105

⁸⁴ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito de família e das sucessões.** p.99

⁸⁵ *Idem - Ibidem*

Já o art.1597.º cuida do processo preliminar. Seu n.º1 dispõe que “a capacidade dos nubentes para contrair matrimónio é comprovada por meio do processo preliminar de casamento, organizado nas conservatórias a requerimento dos nubentes ou do pároco respectivo.”

Por sua vez, o n.º 2 determina que “o consentimento dos pais ou tutor, relativo ao nubente menor, pode ser prestado na presença de duas testemunhas perante o pároco, o qual levantará auto de ocorrência, assinando-o com todos os intervenientes.”

Verifica-se, pois, que o dispositivo concede ao pároco a competência para tomar dos pais ou tutor o consentimento necessário, previsto no art. 1612º do Código Civil.

O artigo seguinte (1598.º), cuida da extração do certificado de capacidade matrimonial:

Art. 1598.º

“1. Verificada no despacho final do processo preliminar de casamento a inexistência de impedimento à realização do casamento, o funcionário do registo civil extrai dele o certificado da capacidade matrimonial, que é remetido ao pároco e sem o qual o casamento não pode ser celebrado.”

O n.º 2 do referido dispositivo acrescenta que “se, depois de expedido o certificado, o funcionário tiver conhecimento de algum impedimento, comunica-o imediatamente ao pároco, a fim de se sobrestar na celebração até ao julgamento respectivo.”

Por fim, a previsão contida no art. 1599.º cuida de procedimentos de urgência, de carácter excepcional, nos quais há dispensa de processo preliminar do casamento. O n.º 1 do referido artigo assim dispõe

“Art. 1599.º

1.O casamento in articulo mortis, na iminência de parto ou cuja celebração imediata seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio, por grave motivo de ordem moral, pode celebrar-se independentemente do processo preliminar de casamento e de passagem do certificado previsto no artigo anterior.”

Acrescenta o n.º 2 do referido dispositivo que “a dispensa do processo preliminar de casamento não altera as exigências da lei civil quanto à capacidade matrimonial dos nubentes, continuando estes sujeitos às sanções estabelecidas na mesma lei.”

Este tipo de casamento encontra similaridade no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no art. 1540 do Código Civil brasileiro, que trata do casamento em iminente risco de vida, também denominado casamento nuncupativo, que tem origem no vocábulo latino *nuncupatio*, que quer dizer “de viva voz”.

Contudo, no Brasil, esta modalidade de casamento está associada ao casamento civil e não ao casamento religioso com efeitos civis propriamente.

Segundo a lei civil brasileira, em circunstância de iminente risco de vida, é possível celebrar o matrimônio diante de seis testemunhas que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta ou parentesco colateral, este último até o segundo grau.

As testemunhas reduzirão a termo o fato presenciado, assinalando que foram convocadas pelo enfermo e que este, apesar de estar em iminente risco de vida, estava lúcido, ou seja, capaz de consentir e assim o fez, juntamente com o outro nubente.

Levada a declaração à autoridade judiciária, o juiz determinará a abertura do processo, como se fosse uma habilitação póstuma, inclusive com os proclamas. Caso não haja oposição de nenhum impedimento, o casamento é confirmado, com efeitos retroativos à data do óbito.

1.3.2 – O casamento religioso no Brasil

Assim como em Portugal, o casamento no Brasil sempre teve predominância religiosa, sobretudo da Igreja Católica.

Os juristas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho citam os ensinamentos de Lafayette Rodrigues Pereira, no qual resta claro quão importante era o casamento religioso no passado:

“No estado atual do Direito Civil brasileiro só são recebidas como válidas e capazes de efeitos civis as três seguintes formas de casamento:

O casamento católico, celebrado conforme o Concílio Tridentino e a Constituição do Arcebispado da Bahia;

O casamento misto, isto é, entre católico e pessoa que professa religião dissidente, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico;

Finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes às seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescrições das religiões respectivas.”⁸⁶

A relação Estado-Igreja sofreu um duro golpe quando do advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que oficializou o casamento civil no país, retirando-o da jurisdição eclesiástica e, portanto, do monopólio exercido pela Igreja Católica.

Contudo, diante da profusão de casamentos religiosos existentes, o que a partir do referido decreto trouxe a necessidade da celebração de duas cerimônias, uma civil e uma religiosa, houve alteração trazida pela Constituição de 1934.

O então novo texto constitucional, em seu art. 146, deixava de reconhecer apenas a modalidade civil de matrimônio, passando a reconhecer, também, o casamento religioso com efeitos civis:

“Art. 146. O casamento será civil e gratuita sua celebração. O casamento perante o ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja inscrito no registro civil. O registro será gratuito e obrigatório.”

A regulamentação da matéria, foi feita pela Lei n.º 379, de 16 de janeiro de 1937 (posteriormente modificada pelo Decreto-Lei n.º 3200 de 1941, parcialmente revogado pela Lei n.º 1110 de 1950).

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015 de 1973) passaria a disciplinar o casamento religioso com efeitos civis, regulamentado nos arts. 71 a 75.

Atualmente, o casamento religioso com efeitos civis é disciplinado pelos arts. 1515 e 1516 do Código Civil.

A jurista Maria Berenice Dias destaca a importância do instituto:

“A histórica disputa entre igreja e Estado em matéria matrimonial é que empresta tanto prestígio à solenidade religiosa do casamento. É tal a importância conferida ao casamento religioso que, de modo para lá de injustificável, a própria Constituição admite emprestar-lhe efeitos civis (CF 226 §2º). Basta o atendimento dos requisitos

⁸⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p. 124

legais (CC 1515 e 1516) para o matrimônio religioso ter a mesma eficácia do casamento civil. Não se realiza o ato civil. É suficiente proceder ao registro do matrimônio para que o casamento se tenha efetivado desde a celebração das bodas perante o ministro de Deus.”⁸⁷

Importante ressaltar que a habilitação para o casamento, seja ele civil ou religioso com efeitos civis é feito no cartório do registro civil de pessoas naturais do domicílio de qualquer um dos nubentes. Eles deverão apresentar os documentos previstos no art. 1525 do Código Civil e firmarem o requerimento de habilitação para o casamento, pessoalmente ou através de procurador. No referido formulário, os nubentes fazem a opção pelo casamento civil ou pelo casamento religioso com efeitos civis.

Caso optem pela segunda hipótese, poderão ter seu casamento celebrado segundo a sua crença e, evidentemente, deverão cumprir as exigências de sua religião para a celebração do casamento.

O art. 1515 dispõe que “o casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.”

Já o art. 1516, por sua vez, determina, em seu caput, que “o registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil”. Além disso, o § 1º dispõe que “o registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação”.

Como o livro de registro de casamentos não pode sair do cartório competente, é necessário que, após celebrada a cerimônia religiosa, os agora cônjuges levem o certificado ou declaração da religião onde foi realizada a cerimônia para o cartório do registro civil de pessoas naturais no qual habilitaram seu casamento, no prazo de até noventa dias, sob pena de nova habilitação.

Dispõe, ainda o § 2º do referido artigo que “o casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.”

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. p. 159

Tal dispositivo evidencia que tamanho é o prestígio do casamento religioso dentro da sociedade que é possível a realização de cerimônia religiosa prévia, com habilitação posterior no registro civil. Note-se que o casamento puramente religioso, por si só, não pode ser considerado um casamento, mas no máximo uma união estável. Para que se lhe empreste efeitos civis, é necessária sua habilitação póstuma. Como o art. 1515 dispõe que o casamento produz efeitos a partir de sua celebração, seus efeitos retroagirão a esta data.

Por sua vez, o § 3º dispõe que “será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil”.

Trata-se de dispositivo que tem clara intenção de vedar a ocorrência da bigamia, crime tipificado no ordenamento jurídico brasileiro (Código Penal, art. 235).

Por fim, vale destacar que a já referida doutrinadora Maria Berenice Dias ressalta que “as ações para invalidar o casamento obedecem exclusivamente aos preceitos da lei civil. Anulado o ato religioso tal não afeta a validade do casamento civil se ocorrido o respectivo registro.”

Da mesma forma, as transformações ocorridas no âmbito do casamento civil não podem obrigar a realização de casamentos no âmbito religioso. Logo, ainda que seja possível o casamento entre pares do mesmo sexo no âmbito civil, este não será possível no âmbito religioso caso não seja aceito pelos dogmas da referida religião, como, por exemplo, ocorre com a Igreja Católica.

Nesta esteira, ainda que ordenamento jurídico permita o divórcio, tal instituto não é aceito no Direito Canônico. Assim, por mais que uma pessoa divorciada esteja apta a se casar novamente no âmbito civil, se tal casamento foi contraído perante a religião que tenha o matrimônio como indissolúvel, a mesma não poderá contrair novas núpcias.

CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO EM PORTUGAL

2.1 – A influência do Direito Romano e do Cristianismo no ordenamento jurídico português

Seria impossível discorrer sobre a história do divórcio em Portugal sem situá-la no quadro geral da história deste instituto dentro do contexto do Ocidente. Sendo esta uma civilização de base cristã, os primórdios desse instituto (ou de sua proibição) estão umbilicalmente ligados ao contexto judaico-cristão que deu formato às legislações dos países ocidentais.

Como se sabe, o Ocidente cristão floresceu em meio aos escombros da corrompida e decadente civilização romana. Todo o Direito Romano, até hoje considerado a base da tradição jurídica de diversos países (Portugal e demais países ibéricos inclusos), fora ressignificado em bases cristãs, e com o direito de família não fora diferente.

A sociedade romana – desde sempre monogâmica, pano de fundo que o Cristianismo absorveria e, inclusive, transformaria em imperativo – conhecia inúmeras formalidades na celebração do vínculo matrimonial, bem como modalidades distintas de casamento, firmadas conforme o estrato social dos nubentes.

“Tradicionalmente, os romanos recebiam os casamentos ou as uniões entre diferentes ordens sociais, e o concubinato servia para contornar esses preconceitos, ao permitir a realização de uma espécie de “uniões de segunda”. Os casamentos mistos eram severamente limitados por perdas patrimoniais e descida de ordem pela legislação de Augusto, particularmente no que diz respeito à ordem senatorial e equestre. Os que insistiam neste tipo de união preferiam obviamente as vantagens do regime do concubinato”⁸⁸.

O advento do Cristianismo representou uma simplificação da instituição do casamento no Império Romano já cristianizado, pois generalizara a fórmula do concubinato, a todos acessível, desde que abençoada pela Igreja e vivida de forma monogâmica e indissolúvel. Para a Igreja Católica, importa muito mais o sacramento do matrimônio em si que todo o rol de direitos e deveres matrimoniais estatuídos pelas leis civis.

⁸⁸ DIAS, Paula Barata – **A Influência do Cristianismo no Conceito de Casamento e de Vida Privada na Antiguidade Tardia**. [Em linha]. Coimbra: Ágora, 2004. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em: <http://www2.dlc.ua.pt/classicos/casamento.pdf>. p. 114.

“Antes de o Império se ter tornado oficialmente cristão com Teodósio, em 392, a Igreja promovia o reconhecimento da dignidade do concubinato, única forma de união possível para grande parte da população, desde que ela fosse vivida de forma monógama e indissolúvel. Para a Igreja, eram indiferentes os enquadramentos legais em que decorriam estas uniões. Desde que as condições acima referidas fossem respeitadas, as fórmulas de união propaladas pela lei romana e pelos restantes usos em voga, correspondiam a um casamento abençoado. Com a progressiva influência da Igreja, esta conseguirá impor ao Estado a uniformização do enquadramento legal dos laços conjugais, contribuindo para a universalização de uma só forma e ritual de casamento, que se torna cada vez mais num momento importante na vida do homem romano”⁸⁹.

Com a simplificação do casamento civil, e a multiplicação das conversões à fé cristã, o matrimônio cristão passara a conviver lado a lado com o primeiro. Para a Igreja só o sacramento importava, e o divórcio passar a ser a principal linha divisória entre os dois institutos, um de natureza meramente civil, e outro, religiosa. Ao final, entre a cristandade ocidental, prevalecera a ideia do casamento indissolúvel, sem quaisquer concessões⁹⁰.

Tendo a Europa se conformado ao novo *ethos* cristão, as legislações de todos os países europeus foram, pouco a pouco, e tendo o direito canônico por base, absorvendo a concepção do casamento monogâmico indissolúvel, celebrado conforme o rito prescrito pela Igreja Católica, rito este que foi se sedimentando como procedimento formal de declaração das uniões entre os cônjuges.

“Nessa época já é possível falar em um modelo conjugal cristão, que se manteve até a época moderna, em que os laços matrimoniais eram eternos, garantindo aos homens a limitação da quantidade de filhos legítimos.

Os casamentos eram cuidadosamente escolhidos pelos pais dos noivos, preferencialmente dentro da própria família se abastada, para que os bens do clã não fossem dispersos. Nas camadas sociais mais baixas, havia maior possibilidade de autonomia quanto ao desejo dos noivos. Entre as camponesas, o casamento ocorria com mais idade do que entre a aristocracia, devido ao fato das famílias não terem muitos bens valiosos. Entre estes, também havia grandes diferenças de idade, contudo, menos marcada”⁹¹.

⁸⁹ *Idem, Op. Cit.* p. 114

⁹⁰ *Idem, Ibidem*

⁹¹ AMARAL, Jéssica Fortunata do – **O Casamento na Idade Média: a concepção de matrimônio no Livro da Intenção (c. 1283) e nos exempla do Livro das Maravilhas (1288-1289) do filósofo Ramon Llull.** [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em https://www.rotadoromanico.com/SiteCollectionDocuments/Romanico_Mais%20Informacao/Artigos/Sociedade/O_Casamento_na_Idade_Media.pdf. p. 4.

Digno de curiosidade é o fato de que o sacramento do matrimônio, reputado celebrado pelos próprios noivos, durante boa parte da história ocidental cristã careceu de uma fórmula solene, dependente de uma declaração de uma autoridade eclesiástica. Este modelo formal de casamento, celebrado por sacerdotes e até hoje vigente entre os católicos, fora uma construção histórica, o qual só passou a existir a partir de um certo período da Idade Média:

“No século IX, as cerimônias matrimoniais entre nobres se davam com os noivos deitados com os corpos nus sobre o leito, e o pai do noivo invocava as bênçãos de Deus sobre o casal, selando a união entre as parentelas. Aos poucos os padres foram tornando-se importantes na cerimônia, limitando-se a abençoar a cama do casal com água benta. No século XII, o casamento foi transformado numa cerimônia totalmente pública, era uma festividade, um rito, uma solenidade. Já entre os séculos XIII e XIV, a cerimônia matrimonial dividiu-se em duas partes. Na primeira, o pai da noiva entregava a filha ao padre, que por sua vez, entregava-a ao noivo. Na segunda parte, o padre colocava a mão de um sobre o outro e estavam entregues um ao outro”⁹².

Pouco a pouco a Igreja fora também definindo as regras para a licitude do matrimônio conforme o grau de parentesco entre os cônjuges. O objetivo era evitar casamentos cujo grau de consanguinidade entre os noivos fosse muito estreito, além de, é claro, prevenir as uniões incestuosas:

“A Igreja católica procurava evitar a união incestuosa, proibindo que houvesse casamentos entre parentes muito próximos, por isso, determinou que deveria existir parentesco de no máximo até o sétimo grau. No início do século XIII, por volta de 1215, ficou estipulado o parentesco entre casais, até o quarto grau, apresentando certa mobilidade da Igreja em relação às famílias abastadas, que não admitiam dispersar sua fortuna”⁹³.

Durante um longo período os teólogos da Igreja Católica debateram acerca da lista exata de sacramentos divinamente instituídos, e reputados necessários para a salvação das almas. Durante a Idade Média chegou-se a um consenso quanto a quais e quantos seriam os sacramentos e, estando o matrimônio entre eles, isso consolidou a ideia do casamento religioso como instituição necessária, como parte indissociável da vida cristã. Por óbvio, o sacramento do matrimônio deveria ser vivido conforme os ditames da Igreja, o que incluía o fato de ser um contrato perpétuo celebrado pelos cônjuges.

⁹² *Idem, Op. Cit.* p. 5.

⁹³ *Idem., Op. Cit.*, p. 6.

“Nos fundamentos da Igreja, foram instituídos apenas seis sacramentos, aos quais, na Idade Média (que compreende o período que vai do final da Idade Antiga até a conquista de Constantinopla pelos muçulmanos, em 1453), foi incluído, não sem resistência, o casamento, a partir do Concílio de Florença, realizado em 1439, quando então o papa Eugênio IV conseguiu impor sua autoridade. Sob a égide da Igreja, o casamento tornou-se indissolúvel, porque “o que Deus une, o homem não separa”, e a poligamia e o concubinato foram proscritos. A infidelidade tornou-se pecado. No entanto, mesmo tendo-se tornado abençoado por Deus, o casamento preservava uma certa mácula, devido ao seu caráter sexual, engendrado pelo pecado original. Por isso, devia ser estabelecido em condições de pureza muito estritas, precavendo-se do incesto, mediante a proibição do casamento entre parentes por afinidade e consanguíneos, até ao sétimo grau.

[...]

A Igreja também subtraiu o direito ao erro e à mudança pela indissolubilidade do casamento. [...] Manteve-se dominante a indissolubilidade do casamento, instituída para refletir a imagem de pureza da união de José com Maria e evitar a manipulação dos interesses econômicos, tão comum naquela época”⁹⁴.

O cristianismo consolidou, portanto, o modelo de casamento e família que prevaleceu durante séculos na Europa, bem como em outras regiões que, posteriormente, foram culturalmente formadas em bases ocidentais. A vida matrimonial e familiar ficara subordinada à moral católica, pela qual o exercício do amor conjugal estava sujeito a uma união monogâmica cujos laços não poderiam ser desfeitos senão com a morte de um dos cônjuges.

Ficara consolidado, então, o modelo de família nuclear, conjugal, no qual não havia espaço para o concubinato nem a poligamia, tampouco para relações adúlteras ou incestuosas. Os deveres matrimoniais – entre eles a indissolubilidade – eram graves deveres, assumidos perante Deus mediante a recepção do sacramento do Matrimônio.

“[...] foi a Igreja Católica [...] que foi forjando uma sociedade familiar europeia de tipo nuclear conjugal, impondo traços inéditos às populações que desejava cristianizar através do mundo. Com efeito, a Igreja proíbe práticas correntes na bacia mediterrânea como a adoção, a poligamia, o divórcio, o concubinato, o recasamento das viúvas, o casamento no seio do parentesco até ao sétimo grau, as rupturas frequentes (I Cor. 7, 12), entre outros aspectos. Ao contrário, acentua a importância do livre consentimento dos esposos baseado na afeição, condição sine qua non para haver casamento e instaurou a liberdade de testar. A partir do século

⁹⁴ COSTA, Gley P. – **História do Casamento**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em https://www.larpsi.com.br/media/mconnect_uploadfiles/c/a/cap_01xxo.pdf

XII eleva o casamento à dignidade de sacramento indissolúvel, o que reforça o peso da instituição.

[...]

A nova forma de família, então proposta pela Igreja Católica, assenta no livre consentimento dos nubentes e no casamento monogâmico, dando origem a uma família nuclear conjugal, composta pelo pai, a mãe e os filhos, partilhando o mesmo espaço habitacional, à semelhança da família de Nazaré, o que não era uma regra até então, ainda que já tenha sido preconizada pelo estoicismo desde o 1º século da nossa era.”⁹⁵

Portugal, como os demais países da Europa Ocidental, fazia parte da Cristandade. Desde o seu nascimento como nação independente, governada por um monarca soberano, esteve sujeita às leis da Igreja Católica, posto que a ideia de separação entre autoridade religiosa e poder temporal é, essencialmente, uma ideia moderna, nascida a partir do Iluminismo. Por óbvio, as disposições legais referentes ao casamento, no Portugal de antanho, estavam atreladas ao Magistério e às normas da Igreja.

A ideia de um Direito Civil autônomo, de inspiração individualista, é, também ela, um fenômeno concernente à modernidade. A “era das codificações” se iniciaria no mundo ocidental no início do século XIX, com o Código Civil Napoleônico, e daí se difundiria para o resto do mundo. Portugal viria a ter seu primeiro código civil em 1867, conforme se discutirá adiante. Nos séculos anteriores, eram normas esparsas, bem como os costumes, que compunham o direito português. Essas normas viriam a ser reunidas no que era conhecido como “Ordenações do Reino”, as quais vigoraram por longa data em terras lusas.

“As Ordenações do Reino de Portugal estão inseridas no Período do Direito Português de inspiração romano-canônica, que se inicia em meados do século XII e encerra-se na segunda metade do século XVIII.

O Período das Ordenações, estritamente, se inicia em meados do século XV, com o início da vigência as Ordenações Afonsinas. Período, este, com importante relevância para a evolução do Direito português. Com características de centralização legislativa, de enorme relevância.”⁹⁶

Desde o seu surgimento, as Ordenações do Reino tinham por objetivo ser tão-somente uma compilação e sistematização do direito vigente em Portugal. Reuniam espécies

⁹⁵ LEANDRO, Maria Engrácia – **Transformações da Família na História do Ocidente**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12875/1/leandro.pdf>. pp. 60-1

⁹⁶ QUEIROZ, Frederico Henrique Pereira – **Direito Português e Brasileiro: história e evolução**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3806/direito-portugues-brasileiro-historia-evolucao->.

normativas distintas, como leis gerais, resoluções régias, bulas, etc., além dos costumes. Também compreendia a jurisprudência consolidada. As Ordenações Afonsinas, primeiro documento dessa natureza a entrar em vigência em terras lusas, compreendia cinco livros cujos temas iam desde regimentos referentes à organização estatal até o direito penal, passando pelo direito civil.

“A essência das Ordenações Afonsinas está no fato de apenas sistematizar e atualizar o direito vigente. Utilizou-se como fonte as leis gerais, resoluções régias, concórdias, concordatas e bulas, costumes gerais e locais, além de estilos da Corte e dos Tribunais Superiores, ou seja, jurisprudência.

As Ordenações Afonsinas encontram-se divididas em cinco livros.

O livro I trata dos regimentos dos diversos cargos públicos, do governo, a justiça, a fazenda e o exército. No livro II estão disciplinados os bens e privilégios da nobreza, o estatuto dos Judeus e dos Mouros. O livro III aborda o processo civil, regulando extensamente os recursos. O livro IV trata o Direito Civil e, por último, o livro V, trata sobre direito e processo criminal.”⁹⁷

As demais ordenações que vigoraram em Portugal (Manuelinas, e depois as Filipinas) possuíam o mesmo espírito que as primeiras (que entraram em vigor ainda no século XV), variando em seu conteúdo ou sistematização. As Ordenações Manuelinas, por exemplo, suprimiram os preceitos aplicados a judeus e mouros, enquanto que as Filipinas introduziram normas referentes aos direitos de nacionalidade⁹⁸.

Sendo o direito português da época de inspiração romano-canônica, conforme dito acima, não é de se estranhar o fato de que o Direito Canônico, emanado da Igreja Católica, lhe servisse como fonte subsidiária de direito. Era precisamente o que ocorria, sendo que havia hierarquia entre as normas, e isso as próprias ordenações o determinava. Assim, as normas de procedência religiosa teriam prevalência quando a questão a ser decidida pudesse de alguma maneira ferir a moral católica ou as leis divinas:

“Questão especialmente interessante é a da hierarquia das normas no tocante ao direito subsidiário. Sendo o Direito Canônico vigente em certas matérias no território português ao tempo da aprovação das Ordenações, e considerada, ainda, a influência do Direito Imperial Romano, interessava fixar a prevalência de cada um, no caso de conflito de regras.

O primeiro critério adotado é o predomínio do direito pátrio ou nacional, incluindo nele não somente as leis do Reino mas também o estilo da Corte (costume

⁹⁷ *Idem - Op.Cit.*

⁹⁸ *Idem - Ibidem.*

jurisprudencial do tribunal supremo) e o costume do Reino antigamente usado. Assim, onde a lei do Reino dispusesse cessariam todas as outras leis e direitos. Porém, se o caso a decidir não fosse contemplado pelo direito pátrio, observar-se-iam, então, as leis imperiais desde que sua aplicação não implicasse para as pessoas em transgressão das leis divinas ou da moral religiosa, quando a prevalência seria do Direito Canônico. Caetano cita o caso da posse de má-fé que, embora perante o Direito Romano sirva de fundamento para o usucapião, caracteriza em face da moral cristã uma infração - a consciência de deter e reter coisa que não pertence ao possuidor. Em tais condições a posse não poderia ser título aquisitivo de um direito.”⁹⁹

As Ordenações do Reino tiveram longa duração, em termos de vigência, tanto em Portugal como no Brasil, onde também foram aplicadas mesmo muitos anos após a independência política de Portugal, por força do legado da colonização lusa. Tais regramentos só foram postos de lado na medida em que ambos os países ingressaram na “era das codificações”, elaborando seus próprios códigos civis, que substituiriam a vetusta legislação em matéria cível.

“Apesar das várias tentativas de reforma, as Ordenações vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867, e no Brasil até nosso Código de 1917. Elas são, pois, o monumento legislativo com maior vigência, tanto em Portugal quanto em nosso país.”¹⁰⁰

Retomando a questão do direito canônico como fonte subsidiária do direito português à época das ordenações, conforme visto anteriormente, não poderia prevalecer uma norma que contrariasse as leis divinas e a moral cristã. Ora, no que tange ao casamento, portanto, as normas que o regiam forçosamente deveriam reconhecer o imperativo do sacramento do matrimônio para que este fosse considerado uma união válida, aos olhos de Deus e das leis humanas. E sendo o matrimônio católico caracterizado pela indissolubilidade, era de se esperar que nenhuma outra norma pudesse dispor em sentido contrário, ou seja, permitindo a dissolução do vínculo conjugal validamente contraído aos olhos da Igreja.

Sendo Portugal um país de tradição eminentemente católica, por este motivo durante a maior parte da história deste país o divórcio fora uma solução impossível de ser aplicada com o objetivo de pôr termo ao vínculo conjugal. Fora sobejamente observado neste estudo o fato de que o *ethos* no qual fora gestada a nação portuguesa era fundamentalmente regido por

⁹⁹ VELASCO, Ignacio M. Poveda – **Ordenações do Reino de Portugal**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>. pp. 19-20.

¹⁰⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 24.

princípios cristãos/católicos, para os quais a indissolubilidade matrimonial é matéria inegociável.

Ademais, como ocorrera com outros Estados ocidentais pré-modernos, e como já fora observado antes, o Estado português de antanho inadmitia a separação entre Igreja e poder temporal. Dessarte, as normas que por longo período da história regularam as relações matrimoniais neste país eram provindas do Direito Canônico. Era a legislação eclesiástica, portanto, que disciplinava o casamento, a qual, fiel ao Magistério da Igreja Católica, recusa a possibilidade de rompimento do vínculo conjugal com a conseqüente celebração de novo matrimônio.

Conforme as leis da Igreja, só a morte de um dos cônjuges pode romper o vínculo matrimonial validamente constituído pelos nubentes, a partir do qual o cônjuge supérstite fica desobrigado dos laços conjugais e pode contrair novas núpcias. No entanto, a lei canônica admitia (como ainda admite) a possibilidade de separação de corpos, quando resta impossibilitada a convivência entre os cônjuges por uma série de fatores. Entre estes, figuram o adultério por culpa exclusiva da parte adúltera, ou situações em que um dos cônjuges representa “causa de grave perigo para a alma ou para o corpo do outro cônjuge ou dos filhos”. Pode-se perceber o teor das leis eclesiásticas no Código Canônico atualmente em vigor, o qual, no tocante à separação de corpos, determina:

“Cân. 1152 – §1. Embora se recomende vivamente que o cônjuge, movido pela caridade cristã e pela solicitude do bem da família, não negue o perdão ao outro cônjuge adúltero e não interrompa a vida conjugal; no entanto, se não tiver expressa ou tacitamente perdoado sua culpa, tem o direito de dissolver a convivência conjugal, a não ser que tenha consentido no adultério, lhe tenha dado causa ou tenha também cometido adultério.

§2. Existe perdão tácito se o cônjuge inocente, depois de tomar conhecimento do adultério, continuou espontaneamente a viver com o outro cônjuge com afeto marital; presume-se o perdão, se tiver continuado a convivência por seis meses, sem interpor recurso à autoridade eclesiástica ou civil.

§3. Se o cônjuge inocente tiver espontaneamente desfeito a convivência conjugal, no prazo de seis meses proponha a causa de separação à competente autoridade eclesiástica, a qual, ponderadas todas as circunstâncias, veja se é possível levar o cônjuge inocente a perdoar a culpa e a não prolongar para sempre a separação.

Cân. 1153 – §1. Se um dos cônjuges é causa de grave perigo para a alma ou para o corpo do outro cônjuge ou dos filhos ou, de outra forma, torna muito difícil a convivência, está oferecendo ao outro causa legítima de separação, por decreto do Ordinário local e, havendo perigo na demora, também por autoridade própria.

§2. Em todos os casos, cessando a causa da separação, deve-se restaurar a convivência, salvo determinação contrária da autoridade eclesiástica.”¹⁰¹

A separação de corpos, contudo, não tem o condão de dissolver o vínculo conjugal, mas tão somente a convivência. O casal permanece unido pelos laços matrimoniais e impossibilitado de contrair novo matrimônio, ou mesmo de se engajar em novos relacionamentos informais, vez que a Igreja Católica circunscreve a vida sexual/afetiva dos casais ao contexto exclusivo do matrimônio, o qual tem por propriedades essenciais “a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento (Cân. 1056)¹⁰².

O Direito Canônico também permite a anulação do matrimônio, quando constatado que aquele fora contraído sem o consentimento válido de qualquer das partes. A lei eclesiástica enumera uma série de hipóteses em que há vício na celebração do sacramento, hipóteses essas nas quais este é declarado inválido e as partes ficam livres para celebrar novo casamento. Difere, portanto, a anulação do divórcio porque, à semelhança do que ocorre no Direito Civil contemporâneo, nesses casos o matrimônio nunca existiu, e a autoridade eclesiástica se limita a declará-lo. É impossível dissolver por meio da anulação, portanto, um casamento validamente celebrado.

Esta breve digressão acerca das disposições atuais do Direito Canônico no que tange à separação e à indissolubilidade matrimonial têm o objetivo de ilustrar o espírito da legislação que regeu os matrimônios em solo português até a emergência do Estado laico. Como o Magistério da Igreja se apresenta como imutável e infalível, conclui-se que, desde sempre, determinou a Igreja a impossibilidade do divórcio. E estando a lei portuguesa em seus primórdios fiel a esse Magistério, o divórcio seguiu sendo inadmitido até que a vigência da legislação canônica perdesse espaço perante o ordenamento jurídico lusitano “laico”, o que só se deu com a separação entre Igreja e Estado, já no século XX.

2.2 - A separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867: inovação trazida pelo Código Seabra.

¹⁰¹ *Apud* AQUINO, Felipe – **Matrimônio no Código de Direito Canônico**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://cleofas.com.br/matrimonio-no-codigo-de-direito-canonical/>.

¹⁰² *Idem* – **Op. Cit.**

Em matéria de Direito Civil, um primeiro passo para a laicização da legislação portuguesa fora a promulgação do Código Civil Português, o primeiro de sua história, o que veio a acontecer em 1867. O Código Civil veio abrir as portas para a possibilidade de registro civil para fatos como o nascimento, o casamento e o óbito. Antes disso, apenas a Igreja Católica mantinha tais registros, efetuados mediante o ato de ministrar sacramentos como o batismo e o matrimônio. Antônio Menezes Cordeiro observa que o primeiro passo em direção à criação dos registros públicos fora dada no art. 2441º daquele código civil, mas, no entanto, inicialmente, apenas os párocos permaneciam responsáveis pela sua realização. Somente mais tarde surgira o registro para os não católicos.¹⁰³

No que se refere à situação jurídica da mulher, o Código Seabra (nome pelo qual este diploma legal passou à história) repetira preceitos semelhantes aos do Código Napoleão, da França, primeiro código civil da história e que lhe servira de modelo: o seu art. 7º estabelecia a igualdade entre os gêneros masculino e feminino, mas outros dispositivos limitavam a prática de atos da vida civil das mulheres. Destarte:

“Mais precisamente: as mulheres não podiam ser testemunhas em testamento — artigo 1966.º(72) — e em atos entre vivos tanto autênticos como particulares — artigo 2492.º(73); não podiam prestar fiança, salvo sendo comerciantes — 819.º —, bem como em certos casos especiais — 820.º(74); não podiam ser tutores, protutores nem vogais do conselho de família, salvo quando ascendentes — artigo 234.º(75).”¹⁰⁴

A mulher casada sofria ainda mais restrições: o art. 1185º determinava a obrigação de a esposa prestar obediência ao marido, enquanto que a este caberia a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher. Também não poderia a mulher casada estar em juízo sem prévia autorização do esposo (salvo excepcionalmente), tampouco alienar/adquirir bens, contrair obrigações ou publicar os seus escritos¹⁰⁵.

No que se refere às suas disposições quanto ao casamento, este diploma trouxera uma inovação assaz relevante aos escopos deste estudo: a admissão do casamento civil.

O advento desta nova modalidade de matrimônio, a partir de então reconhecida pela lei portuguesa, mostra-se relevante porque representara a primeira medida no sentido de

¹⁰³ CORDEIRO, António Menezes – **Divórcio e Casamento na I República**: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal? [Em linha]. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>.

¹⁰⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 68.

¹⁰⁵ *Idem* - **Ibidem.**

laicização das disposições legais referentes ao contrato matrimonial. A partir de então, passou a ser possível pela lei lusa o casamento não-celebrado pela autoridade eclesiástica, contraído apenas no âmbito civil, o qual veio a ser uma alternativa que passou a figurar ao lado do tradicional casamento religioso. Entretanto, esta mudança nada trouxe de inovador no que tange ao divórcio, o qual continuou ausente do ordenamento jurídico luso. Desnecessário dizer que aqueles que se casassem ao modo tradicional, perante as autoridades religiosas, continuavam submetidos às leis eclesiásticas, sendo que este matrimônio permanecia válido perante a lei portuguesa.

O Código Seabra também admitia a solução tradicional, canônica, da separação de corpos (incluída a partilha de bens) em hipóteses como a de sevícias e injúrias graves, condenação a pena perpétua de qualquer dos cônjuges, ou adultério:

“O Código Civil de Seabra (1867), a propósito da separação de pessoas e bens, admitia como causas (1204.º):

- 1.º O adultério da mulher;
- 2.º O adultério do marido com escândalo público ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal;
- 3.º A condenação do cônjuge a pena perpétua;
- 4.º As sevícias e injúrias graves.”¹⁰⁶

O Código Civil de 1867, nesse mister, limita-se a repetir os preceitos do Código Canônico da Igreja Católica, que admite a separação de corpos como medida excepcional e gravosa, em situações nas quais há grave ameaça “ao corpo ou à alma” de um dos cônjuges, sem que se fale, entretanto, em dissolução do vínculo conjugal. Embora separados, os casais que recorrem a essa medida continuam unidos pelo matrimônio e impedidos de casar-se novamente.

Nunca fora objetivo do Código Civil de Seabra instituir qualquer modificação na concepção tradicional de casamento enquanto contrato vitalício, mesmo nos casos em que fosse contraído apenas na esfera civil. Com efeito, a definição de casamento dada pela lei em tela, em seu art. 1056º, consistia em “[...] um contrato perpetuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família”¹⁰⁷.

Em suma, as novidades trazidas pelo Código Civil de 1867 no tocante ao casamento, segundo Cordeiro, foram as seguintes:

¹⁰⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 79.

¹⁰⁷ *Idem* – *Op. Cit.* p. 86.

“— a admissibilidade de um casamento puramente civil, para os não católicos, não se prevendo uma especial indagação sobre a religião (ou falta dela) dos nubentes; — um processo especial para a separação de pessoas e para a simples separação judicial de bens; anteriormente, a separação *quoad thorum et cohabitationem* era admitida pelo Direito canónico apenas havendo adultério da mulher e no caso de sevícias [...].”¹⁰⁸

Nada de novo trouxe o Código Seabra, portanto, no que toca ao divórcio. Apenas algumas décadas depois a lei portuguesa viria a admiti-lo.

2.3 - A Lei do Divórcio de 1910

No ano de 1910, já findo o regime monárquico e iniciado o período republicano, no dia 3 de novembro o Governo Provisório da República editou um decreto que tornara possível o divórcio como medida hábil para dissolver o vínculo matrimonial. Desde esta data, portanto, a lei portuguesa, rompendo com seu passado de fidelidade às leis eclesíásticas, passou a reconhecer a dissolubilidade do vínculo conjugal¹⁰⁹.

O jurista Jorge Duarte Pinheiro discorre sobre o tema:

“Até 1910, o divórcio não era admitido. O Código Civil de 1867 previa unicamente o instituto da separação de pessoas e bens (arts. 1204 e s.). A história portuguesa da legislação do divórcio começa pouco depois da instauração da República, com a publicação do Decreto de 3 de novembro de 1910, conhecido Lei do Divórcio.”¹¹⁰

A nova lei, a respeito do divórcio, dispunha da seguinte maneira:

“O divórcio autorizado por sentença passada em julgado, tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, quer pelo que respeita às pessoas e aos bens dos conjugues, quer pelo que respeita a faculdade de contrahirem novo e legitimo casamento.”¹¹¹

Estas disposições contrastam veementemente com aquelas que podiam ser encontradas no já mencionado Código Civil de 1867, o qual, conforme já dito, tratava o contrato matrimonial como vitalício.¹¹²

¹⁰⁸ *Idem – Op. Cit.* pp. 86-87.

¹⁰⁹ *Idem - Ibidem*

¹¹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito de Família Contemporâneo**. p. 517

¹¹¹ CORDEIRO, António Menezes – *Op. Cit.*, p. 73.

¹¹² *Idem - Ibidem*

Outra inovação digna de menção trazida pelo referido diploma legal fora a obrigatoriedade do casamento na esfera civil, para que este desfrutasse de validade perante a lei portuguesa. Percebe-se nitidamente aí o espírito anticlerical da nova norma, posto que a mesma invertera a lógica tradicional que regia o matrimônio no ordenamento português: antes este era obrigatoriamente celebrado no âmbito religioso; após 1867, surge o matrimônio exclusivamente civil como sendo uma alternativa (sem, contudo, retirar a validade jurídica do primeiro); por fim, o regime republicano torna obrigatório o casamento civil, tornando sem validade perante a lei aquele celebrado exclusivamente pelas autoridades eclesiásticas.

“A República acabou também com os efeitos civis do casamento religioso católico. Quem se casava pela igreja tinha, para efeitos legais, de se casar na Conservatória. Uma revolução dupla, já que a existência do casamento civil tinha apenas 43 anos - o dito fora introduzido pelo Código Civil de 1867, ainda em plena monarquia, tendo passado a existir dois tipos de casamentos em Portugal, o civil e o católico, que tinha efeitos legais. Até 1867, quem se queria casar só o poderia fazer pela Igreja Católica.”¹¹³

Como já observado, a nova lei colocou o divórcio ao lado da morte de um dos cônjuges, como uma das causas de dissolução do vínculo conjugal. No que tange ao primeiro, tema específico deste estudo, a lei em tela introduzira duas modalidades do mesmo: aquele *por mútuo consentimento* e o divórcio *litigioso*.

O já referido Jorge Duarte Pinheiro destaca tal inovação:

“A Lei do Divórcio de 1910 é uma das leis mais liberais do mundo da época, em matéria de dissolução do casamento. O diploma fixa um sistema em que o divórcio tanto pode ser concedido pela via litigiosa quanto por mútuo consentimento. E o divórcio litigioso poderia ser decretado quer por causas subjectivas (por exemplo, adultério), quer por causas objectivas (por exemplo, separação de facto).”¹¹⁴

O divórcio por mútuo consentimento exigia uma série de pré-condições para ser admissível perante a lei, tais como uma idade mínima para os cônjuges, bem como um tempo mínimo de duração para a sociedade conjugal:

“O divórcio por mútuo consentimento só podia ser obtido por cônjuges casados há mais de dois anos e que houvessem completado, pelo menos, vinte e cinco anos de idade (35.º). Seguiriam certa tramitação (36.º a 38.º), que incluía o acordo quanto

¹¹³ CÂNCIO, Fernanda – **Breve História Legal do Casamento e do seu Fim em Portugal**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=997861.

¹¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Op. Cit.* p. 518

aos filhos; o juiz homologava esse acordo e autorizava um divórcio provisório por um ano (39.º) findo o qual, a pedido de um ou de ambos, não havendo reconciliação, seria pronunciado o divórcio definitivo (40.º).”¹¹⁵

O divórcio litigioso, como cediço, refere-se àquela modalidade na qual uma das partes pleiteia a dissolução do matrimônio em desfavor da outra parte, muitas das vezes em virtude de uma conduta culposa por parte desta última. A legislação em comento elencava uma série de hipóteses autorizadoras de tal pleito, as quais seguem abaixo:

- “01.ª O adultério da mulher;
- 02.ª O adultério do marido;
- 03.ª A condenação definitiva de um dos cônjuges a qualquer das penas maiores fixas dos artigos 55.º e 57.º do Código Penal;
- 04.ª As sevícias ou as injúrias graves;
- 05.ª O abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos;
- 06.ª A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos;
- 07.ª A loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos artigos 419.º e seguintes do Código de Processo Civil;
- 08.ª A separação de facto, livremente consentida, por dez annos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação;
- 09.ª O vício inveterado do jogo de fortuna ou de azar;
- 10.ª A doença contagiosa reconhecida como incurável ou uma doença incurável que importe aberração sexual.”¹¹⁶

Observe-se a semelhança em alguns pontos entre a norma autorizadora do divórcio litigioso e aquela, acima analisada, referente à separação de corpos tal como disciplinada pelo Direito Canônico. Tal como no diploma eclesiástico, também aí é autorizada a separação em caso de adultério de qualquer dos cônjuges, injúria ou sevícias graves, condutas lesivas (como o vício do jogo), etc.

A separação de corpos não era uma novidade para o ordenamento português, portanto, visto que presente desde longa data na lei eclesiástica que servira de base ao direito de família luso durante muito tempo. Também o Código de 1867 a admitia como solução, conforme

¹¹⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Op. Cit.* p. 75.

¹¹⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 76.

analisado anteriormente¹¹⁷. A diferença é que, doravante, com o divórcio ocorria a dissolução da sociedade conjugal com possibilidade de novo matrimônio ser contraído, diferente da mera separação de corpos, a qual mantém os cônjuges unidos sem possibilidade de contrair novas núpcias.

Como o divórcio era uma realidade inteiramente nova para o ordenamento jurídico português de então, fora necessário que o referido Decreto de 3 de novembro de 1910 discorresse longamente sobre matéria processual, vez que precisava estabelecer normas a respeito de como tramitaria na Justiça aquele procedimento.

No que tange ao divórcio litigioso, determinava aquele diploma que ação fosse proposta no domicílio do autor; em sendo ele residente no estrangeiro, o juízo competente para apreciar a demanda seria a comarca de Lisboa (art. 5º). O requerimento inicial deveria, além de indicar os fundamentos do pedido, ser instruído com uma série de elementos, dentre os quais a certidão de casamento e a indicação das providências quanto a alimentos e filhos comuns (6.º, e 6.º, § único). A ausência de quaisquer desses elementos implicaria em indeferimento da peça inicial, decisão esta que poderia ser atacada por agravo (7º). Tendo seguimento o processo, dever-se-ia buscar acordo quanto aos filhos, o qual seria homologado, nos termos dos arts. 8º e 9º. Da sentença que autorizasse ou indeferisse o divórcio caberia apelação, com efeito suspensivo e devolutivo (salvo quanto ao acordo, cujo recurso só teria efeito devolutivo) (10º e 11º). A mulher casada poderia pleitear depósito judicial, como consequência ou como preparatório, da propositura da dita ação, podendo ainda pleitear alimentos provisórios (20º)¹¹⁸.

Os artigos 12º a 19º também traziam outras disposições referentes aos recursos cabíveis na ação de divórcio, como os prazos, a eficácia dos mesmos até o Supremo, a possibilidade de reconvenção, desistência e reconciliação, e a determinação de que a sentença autorizadora do divórcio fosse publicada no Diário do Governo, em mais dois periódicos da comarca e ainda no registro¹¹⁹.

No que se refere ao divórcio por mútuo consentimento, o diploma em causa não era menos descuro em matéria processual. Dentre as normas previstas para o procedimento, determinava-se que os filhos ficassem preferencialmente sob a guarda do cônjuge a favor de quem fosse proferido o divórcio (art. 21º); o pátrio poder, contudo, era conservado por ambos os genitores, sendo irrenunciável (22º e 23º). Ambos também eram considerados responsáveis

¹¹⁷ *Idem - Ibidem*

¹¹⁸ *Idem - Ibidem*

¹¹⁹ *Idem - Ibidem*

pelos alimentos prestados aos filhos, na medida de suas possibilidades materiais e proventos (24°); o divórcio não poderia retirar qualquer vantagem aos filhos (25°)¹²⁰.

Havia ainda uma série de regras atinentes ao regime e partilha de bens após o divórcio, bem como aos pedidos de alimentos. O divórcio implicaria sempre em divisão de bens entre os cônjuges (26°), mas o cônjuge culpado perderia benefícios que porventura houvesse recebido (27°). Por força do art. 28°, o divórcio só produziria efeitos perante terceiros depois de autorizado. Qualquer dos cônjuges poderia pedir alimentos à outra parte se deles tivesse necessidade, sendo o montante fixado com base nas circunstâncias concretas, mas nunca ultrapassando o patamar de um terço (1/3) dos rendimentos do alimentante (29°). Poderiam ser pedidos de forma cumulada com o pedido de divórcio, ou em período posterior (30°), podendo ainda ser reduzidos a pedido do obrigado mediante prova de alteração das circunstâncias (31°), ou mesmo cancelados, se o credor contraísse novo casamento, tornasse-se indigno ou o obrigado não pudesse mais prestá-los (32°). O novo casamento do obrigado, contudo, não o eximia da obrigação (33°)¹²¹.

Vale lembrar ainda que, não obstante o Decreto em análise estabelecesse a possibilidade do divórcio, a medida da mera separação de pessoas e bens não desaparecera do ordenamento português, continuando a ser uma opção para os casais. Aliás, o próprio diploma em causa a previa como alternativa ao divórcio, sendo a matéria regulada nos arts. 43° a 49°. Por força do art. 44°, o cônjuge inocente poderia escolher entre uma ou outra medida (divórcio ou separação), como bem lhe aprouvesse¹²².

Comparando-se as disposições do Decreto de 3 de novembro de 1910 com o estado de coisas anterior a ele no ordenamento luso, percebe-se que o referido diploma representou uma inovação sem par na legislação deste país. Da noite para o dia, Portugal se vira migrando de uma situação de absoluta impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal para uma outra em que o divórcio poderia ser obtido em termos bastante liberais. Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Decreto era bastante ousado em matéria de costumes, mesmo quando comparado com as legislações de outros países da época, ainda menos conservadores que Portugal.

Este fora o panorama que predominara na legislação civil portuguesa referente ao casamento, ao menos durante boa parte da primeira metade do século XX. Contudo, dezesseis anos depois da promulgação do decreto em análise, um movimento deporia a República e

¹²⁰ *Idem - Ibidem*

¹²¹ *Idem - Ibidem*

¹²² *Idem - Ibidem*

instauraria o Estado Novo, que corresponderia a um longo e autoritário período da história política de Portugal, que perduraria por quase cinquenta anos.

No que se refere à legislação civil lusa, em especial no tocante à matéria do divórcio, o período do Estado Novo correspondeu a uma nova onda conservadora, que mitigou em boa medida o alcance do instituto em estudo. Como se verá a seguir, ao longo de sua duração, o regime de Salazar restringiu fortemente a possibilidade do divórcio como forma de dissolução do vínculo conjugal.

2.4 - A Concordata entre Portugal e o Vaticano em 1940

O advento do Estado Novo, muito embora representasse grande mudança para a realidade política de Portugal, inclusive e sobretudo no que tange às liberdades civis, a princípio não representara grande mudança no que se refere ao direito de família. No tocante ao divórcio, particularmente, nos primeiros anos do regime salazarista nada fora alterado.

Como dito, a legislação referente ao divórcio posta em vigor pela nascente república era bastante liberal para a época, mesmo para países de tradição mais liberal que Portugal. A princípio o Estado Novo não modificou esse estado de coisas; pelo contrário, pode-se dizer mesmo que a tendência inicial fora o reforço desse paradigma liberal no tocante ao casamento civil.

Isso porque, ainda em 1935, fora editada uma lei que reduzira ainda mais o prazo para a obtenção do divórcio por mútuo consentimento. O lapso temporal exigido, que antes era de cinco anos, passara a ser de dois anos.

“O advento do Estado Novo não veio logo pôr fim às conquistas liberais da I República no que ao divórcio respeitava: em 1935, aliás, o prazo exigido de casamento para obtenção do divórcio por mútuo consentimento, que a República fixara em cinco anos, foi diminuído para dois. Traduzindo: bastava estar dois anos casado para poder pedir o divórcio "amigável.”¹²³.

O influxo de um novo conservadorismo na legislação civil passara a se dar a partir de 1940, quando Portugal, sob o governo de Salazar, assina uma Concordata com o Vaticano, conforme já exposto no capítulo que tratou do casamento. Esse documento veio a determinar que os casamentos religiosos, celebrados perante a Igreja Católica a partir de agosto daquele mesmo ano deveriam ser regidos pela lei canônica (e, portanto, proibidos de serem dissolvidos por meio do divórcio). Isso representou uma inegável mitigação do espírito liberal

¹²³ CÂNCIO, Fernanda - *Op. Cit.*

que orientara a legislação portuguesa pós-república referente à dissolução do vínculo conjugal:

“Aquele regime viria, no entanto, a ser radicalmente modificado com a celebração da Concordata, em 1940, entre a Santa Sé e a República Portuguesa, que veio estabelecer a proibição do divórcio para todos os casamentos católicos que se viessem a celebrar depois de agosto de 1940.”¹²⁴.

Esta mudança na legislação portuguesa trouxe um impacto de grande relevo para a vida civil do país, pois, de acordo com Pinheiro¹²⁵, “[...] entre 1940 e 1975 a esmagadora maioria da população portuguesa (cerca de 90%) contraiu casamento segundo o rito da Igreja Católica”. Essa viragem no tratamento dado à dissolução matrimonial, portanto, fizera sentir os seus efeitos por várias décadas, possivelmente até os dias atuais.

2.5 - O Código Civil de 1966

Essa tendência em direção à menor flexibilização das regras referente ao divórcio se confirmará com o advento do Código Civil de 1966. Em sua versão original, aquele diploma respeitou os termos da Concordata e manteve a proibição do divórcio no caso dos matrimônios celebrados conforme o rito católico após a assinatura daquela; ademais, a nova norma restringira as hipóteses autorizadas da dissolução conjugal mediante o divórcio:

“O Código Civil de 1966, na sua versão originária, manteve a proibição do divórcio no caso de casamento católico celebrado após a Concordata de 1940; e restringiu fortemente a faculdade de divórcio, no caso de casamento civil, abolindo o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso com base em causas objectivas.”¹²⁶

Com o advento do referido diploma civil, os fundamentos para se requerer a separação ou o divórcio passaram a ser os seguintes:

- “a) Adultério do outro cônjuge;
- b) Práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente;

¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa – **O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010, pp. 13-4.

¹²⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais**. [Em linha]. Palmela, 2009. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. p. 4.

¹²⁶ Idem – *Op. Cit.*

- c) Condenação definitiva do outro cônjuge, por crime doloso, em pena de prisão superior a dois anos, seja qual for a natureza desta;
- d) Condenação definitiva pelo crime de lenocínio praticado contra descendente ou irmã do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral;
- e) Vida e costumes desonrosos do outro cônjuge;
- f) Abandono completo do lar conjugal por parte do outro cônjuge, por tempo superior a três anos;
- g) Qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente.¹²⁷

Percebem-se os influxos da moralidade católica na novel legislação, como a rejeição às práticas contraceptivas ou às “aberrações sexuais”, que passaram a autorizar o divórcio/separação, quando exercidas sem o consentimento da parte inocente. No mais, o teor das demais disposições permite compreender que o objetivo era restringir, e não alargar, as possibilidades de divórcio.

Em linhas gerais, estas foram as principais mudanças trazidas pelo Código Civil de 1966, no tocante ao tema em estudo:

- “— admitiu a simples separação judicial de bens, a pedido da mulher, quando o marido tivesse a sua administração e ela estivesse em risco de os perder por má gestão e vice-versa (1767.º);
- admitiu a separação judicial de pessoas e bens: litigiosa ou por mútuo consentimento (1773.º) e isso ainda que o casamento fosse católico (1777.º);
- fixava os fundamentos para a separação litigiosa (1778.º);
- admitia o divórcio, exceto para os casamentos canónicos posteriores a 1-ago.-1940 (1790.º), por uma de duas vias: ou pela conversão da separação em divórcio (1793.º) ou com algum dos fundamentos que permitam a separação litigiosa (1792.º).”¹²⁸

Antônio Menezes Cordeiro observa que, muito embora tenha sido abolida a figura do divórcio por mútuo consentimento, era, contudo, admitida a separação por mútuo consentimento. Poderia esta ser convertida em divórcio para casados há mais de três anos e com idade igual ou superior a vinte e cinco anos completos. Um prazo de um ano após o requerimento da dita separação deveria ser respeitado, após o qual esta seria homologada;

¹²⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes - *Op. Cit.* p. 80.

¹²⁸ *Idem* - *Op. Cit.* pp. 79-80.

inexistindo reconciliação em prazo superior a três anos, a conversão em divórcio poderia ocorrer.¹²⁹

O autor observa ainda que, ainda que o novo diploma tenha diminuído as hipóteses de cabimento do divórcio, esta trazia em sua redação a expressão "qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente", a qual possibilita larga interpretação, podendo ser aplicada a uma miríade de casos não previstos pela lei¹³⁰.

Este panorama, marcado por um maior conservadorismo face às disposições da legislação da Primeira República referente ao divórcio, se manteria até a queda do regime salazarista, a qual se daria em meados da década de 1970.

2.6 A reforma do Código Civil em 1977

O dia 25 de abril de 1974 ficaria gravado para sempre na história de Portugal, pois neste dia um movimento militar destituiu do poder o ditador António de Oliveira Salazar, após quase cinquenta anos de vigência do Estado Novo. Este movimento, que restabelecera o Estado democrático na República Portuguesa, teve implicações as mais diversas em amplos setores da vida política e jurídica do país.

No que se refere ao direito civil e de família, o fim do regime salazarista representou um retorno gradual ao liberalismo dos primeiros anos da história republicana de Portugal. Tratando-se especificamente do divórcio, as leis editadas a partir de então foram pouco a pouco restituindo a flexibilidade das regras de dissolução matrimonial, mitigada durante o período conservador do Estado Novo.

Já em 1975, um ano após a derrocada do regime de Salazar, fora assinada nova Concordata entre Portugal e o Vaticano. Pelos termos desse novo documento, os casais que contraíram matrimônio segundo a forma católica, entre 1940 e aquela data, poderiam se divorciar. Esta nova atitude refletia a mudança nos costumes e comportamento dos portugueses, que já não se sentiam representados pela visão do casamento indissolúvel, consagrada na década de 1940.

“Em 25 de Abril de 1974 ocorre a chamada “Revolução dos Cravos”, que, à semelhança de outro preponderante momento político do século XX português (que foi a instauração da República), teve profundas repercussões no regime do divórcio.

¹²⁹ *Idem - Ibidem*

¹³⁰ *Idem - Ibidem*

No ano seguinte, em 1975, é assinado o Protocolo Adicional à Concordata de 1940, que permitiu que, daí em diante, pudesse requerido o divórcio tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos.”¹³¹

No período transcorrido entre 1975 (ano da nova Concordata, já mencionada) e 1977, ocorreram sucessivas alterações no regramento português referente à dissolução matrimonial. Algumas das novas normas eram evidentemente mais flexíveis, enquanto que outras, mais restritivas. Cordeiro faz um apanhado geral dessas alterações, abordando, inclusive, os termos da Concordata. São as seguintes:

“— o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de maio (Salgado zenha), depois de alterada a Concordata, em 15-fev.-1975, por acordo com a Santa Sé, veio permitir o divórcio nos termos gerais, mesmo aos casados canonicamente; acrescentou mais dois fundamentos ao divórcio, introduzindo-os no artigo 1778.º/1: o decaimento em ação de divórcio em que tivessem sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge e a separação de facto livremente consentida por cinco anos consecutivos; veio ainda permitir o divórcio direto, por mútuo consentimento;
— o Decreto-Lei n.º 561/76, de 17 de julho, visando solucionar aspetos práticos, veio retomar a lista dos fundamentos de separação/divórcio, elevando, todavia, de cinco para seis anos a separação de facto requerida como fundamento, na alínea h) do artigo 1778.º(117);
— o Decreto-Lei n.º 446/76, de 24 de julho, veio baixar para dois anos a duração necessária do casamento para os cônjuges poderem requerer a separação judicial por mútuo consentimento e para três meses a separação provisória exigível para a decisão definitiva [...]”¹³²

A partir de 1977, outra mudança importante ocorreria no regime do divórcio em Portugal: realizara-se então a reforma do Código Civil, com o fito de adequá-lo às disposições da nova Constituição, promulgada após o fim do salazarismo. Essa reforma veio lançar as bases do regime relativo ao divórcio que vigoraria por diversas décadas em Portugal. Destacase, entre outras medidas, a restauração da possibilidade de divórcio por mútuo consentimento, abolida pelo Estado Novo:

“Em 1977 verifica-se a Reforma do Código Civil, que estabelece os traços essenciais do regime que irá vigorar em Portugal durante mais de 30 anos. Na versão da Reforma, o Código Civil consagra duas modalidades de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. O divórcio litigioso pode ser decretado com fundamento em causas subjectivas (violação grave de deveres conjugais) ou em

¹³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte - *Op. Cit.* p. 4

¹³² CORDEIRO, Antonio Menezes – *Op. Cit.* p. 81.

causas objectivas (v.g., separação de facto). No divórcio litigioso, o juiz deve declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja. A declaração de um dos cônjuges como único ou principal culpado da ruptura da vida em comum tem para ele consequências patrimoniais negativas no domínio da partilha, das doações e dos alimentos.”¹³³

Jorge Duarte Pinheiro¹³⁴ aponta para a parcimônia do legislador, que se limitou a dizer, como fundamento único a autorizar o divórcio litigioso:

“Qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade de vida em comum.”¹³⁵

De acordo com o novo regramento, o divórcio litigioso era possível ainda quando houvesse a separação de fato por seis anos consecutivos; quando o cônjuge restasse ausente, sem que dele se tivesse qualquer notícia, pelo prazo de quatro anos; ou pela alteração das faculdades mentais de um dos cônjuges, por mais de seis anos, quando esta, por sua gravidade, comprometa a vida em comum¹³⁶.

Os autores Pires de Lima e Antunes Varela, em virtude das transformações trazidas pelo Decreto-lei n.º 496/77 afirmam ser “o divórcio o desfecho natural das desavenças dos cônjuges, enquanto a separação não passa de uma solução secundária, normativamente dependurada da migalha das remissões para a disciplina do regime que a lei mais cuida”.¹³⁷

As alterações legais estabelecidas a partir de 1977 fixaram o regime do divórcio em Portugal que perduraria por quase dezoito anos. Após decorrido esse período de quase duas décadas, Portugal conheceria uma onda de maior flexibilização das normas relativas ao divórcio.

2.7 - O divórcio consensual em conservatórias – O Decreto-Lei n.º 163/95

Apenas em 1995 novas alterações seriam introduzidas. Estas vieram a simplificar ainda mais o procedimento para a obtenção da dissolução conjugal, a qual, a partir de então, passara a ser possível junto aos conservadores do registro civil, quando o divórcio fosse por

¹³³ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Op. Cit.* pp. 4-5.

¹³⁴ *Idem - Ibidem*

¹³⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes – *Op. Cit.* p. 81.

¹³⁶ *Idem - Ibidem*

¹³⁷ VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires. *Código Civil anotado. 2.ª ed. v. IV.* P.514-515

mútuo consentimento. Tratando dessas modificações na lei, Jorge Duarte Santos¹³⁸ registra, como sendo significativo

“[...] O Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de Julho, que veio atribuir aos conservadores do Registo Civil competência para, paralelamente aos tribunais, decretarem o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, se, para além dos demais requisitos de direito substantivo, o casal requerente não tivesse filhos menores ou, havendo-os, o exercício do respectivo poder paternal se mostrasse já judicialmente regulado, entendendo-se que a natureza dos interesses em causa aconselhava, nesta última matéria, a intervenção exclusiva dos tribunais.”

Estas modificações introduzidas na legislação portuguesa atinente ao divórcio parecem acompanhar uma tendência verificada em vários países ocidentais, no sentido de uma maior simplificação dos procedimentos, quer para a constituição de uniões civis, quer para a sua dissolução. Com efeito, tem sido cada vez mais fácil e rápido divorciar-se, e em Portugal o estado de coisas não é diferente.

As mudanças ocorridas no ano de 1998 seguiram, portanto, tal tendência. Nos termos da Lei n.º 47/98, o número de hipóteses ensejadoras do pedido de divórcio litigioso por ruptura da vida em comum aumentou, e as exigências para tanto se tornaram cada vez menores. Destarte:

“A Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, veio alterar esse mesmo artigo 1781.º; agora, são também fundamentos do divórcio litigioso, por ruptura da vida em comum: (a) a separação de facto por três anos; (b) a separação por um ano, se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro; (c) a alteração das faculdades mentais por mais de três anos; (d) a ausência sem notícias por dois anos.”¹³⁹

Mas a maior mudança trazida pela lei em tela, bem como a mais representativa da tendência acima aludida, fora o fato de que, pelo novel diploma, “o divórcio por mútuo consentimento passou a poder ser requerido pelos cônjuges, a todo o tempo¹⁴⁰”. Em outras palavras, desaparecem as exigências de prazos mínimos para que os casais possam, por mútuo acordo, desfazer as uniões conjugais. Em tese, poderão fazê-lo no mesmo dia das núpcias. Assim, destaca o já citado jurista Antônio Menezes Cordeiro, no que tange a essa reforma na lei:

¹³⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte - *Op. Cit.*, p. 15.

¹³⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Op. Cit.* p. 82.

¹⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Op. Cit.* p. 15.

“[...] também o artigo 1775.º foi alterado, permitindo aos cônjuges requerer o divórcio por mútuo consentimento independentemente de qualquer prazo mínimo: teoricamente, podem fazê-lo no próprio dia do casamento [...]”¹⁴¹

A tendência assumida pelo legislador português parecia ser, portanto, a simplificação cada vez maior dos procedimentos para requerimento do divórcio, mormente quando ambas as partes estão de acordo quanto à dissolução do vínculo marital e não há litígio a ser decidido entre eles. Também se verifica a progressiva queda de dispositivos que impliquem na exigência de demonstração de qualquer “culpa” por parte de um dos cônjuges para que o divórcio venha a ser deferido. Cada vez mais a dissolução do vínculo conjugal passa a ser uma decisão de foro íntimo por parte do casal, com a redução ao mínimo necessário da intervenção estatal nesses casos.

No ano de 2001, por força do Decreto-Lei nº 272/2001, os processos de separação ou divórcio por mútuo consentimento passaram a ser de competência exclusiva dos conservadores do registo civil, salvo quando se tratasse de conversão de divórcio litigioso. Mais um passo em direção à celeridade em tais procedimentos, portanto.

“[...] o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, procedeu à atribuição aos conservadores do registo civil da competência exclusiva para os processos de separação e divórcio por mútuo consentimento, exceptuando os casos de conversão de divórcio litigioso e aboliu-se a segunda conferência em todos os processos. Os divórcios por mútuo consentimento em que existissem filhos menores passaram também a estar abrangidas por esta reforma, sendo os interesses daqueles últimos objecto de regulação com a participação activa do Ministério Público.”¹⁴²

Por meio de tais mudanças na lei, percebe-se quão distanciado se situa o Direito Português do ideal pretérito de casamento, como sendo uma instituição sagrada, inviolável e indissolúvel. O primeiro golpe desferido nessa concepção se dera nos primeiros anos da República; depois de algumas décadas de maior conservadorismo, representado pelo Estado Novo, a tendência que se instaurara no direito de família luso parece ter sido a de um ultra-liberalismo em matéria de costumes, quando o tema versar sobre divórcio e separação. Desde a queda do regime salazarista, mas sobretudo a partir dos últimos vinte anos, a lei portuguesa se tornara cada vez mais liberal e permissiva no que toca à constituição e dissolução das uniões conjugais.

¹⁴¹ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Op. Cit.* p. 82.

¹⁴² SANTOS, Boaventura Santos - *Op. Cit.* p. 15.

2.8 – As substanciais modificações trazidas pela Lei n.º 61/2008

A Lei n.º 61/2008 iria aprofundar mais ainda a adoção desse paradigma pela legislação lusa. Jorge Duarte Pinheiro¹⁴³, em tom crítico, denomina tal tendência de “ideologia do casamento enquanto restrição aos direitos fundamentais”. Supostamente, quer o autor ilustrar com essa expressão o afrouxamento progressivo dos laços matrimoniais e familiares, cuja dissolução a lei vem facultando, por meio da queda sucessiva de requisitos e exigências para que se proceda ao rompimento das uniões celebradas pelos casais.

De acordo com Santos¹⁴⁴, o que a “nova lei do divórcio” (como denomina o autor em tela a Lei n.º 61/2008) faz, essencialmente, é modificar de forma substancial o regime do divórcio litigioso, sem provocar grandes alterações no regime do divórcio por mútuo consentimento. Pinheiro¹⁴⁵ observa que, doravante, aquela modalidade de divórcio passa a ser requerida com base em fundamentos mais objetivos e amplos, prescindindo da declaração de culpa de um dos cônjuges, ou seja, da demonstração de violação culposa de deveres conjugais.

“Destaca-se, em primeiro lugar, a eliminação da culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. A reforma veio alterar os pressupostos do divórcio, abolindo o divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais, embora mantenha o catálogo desses deveres no art. 1672.º do Código Civil. Encurtou, ainda, os prazos para concessão do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges fundado em causas objectivas, prazo esse que passa a ser, para as diferentes situações, o prazo de um ano. Igual prazo é previsto para a conversão da separação judicial de pessoas e bens em divórcio. E veio consagrar uma causa geral objectiva para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento” (artigo 1781.º, alínea d) do Código Civil.”¹⁴⁶

Aquilo que era conhecido como “divórcio litigioso” passa a ser denominado de “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, passando a ter por fundamentos aqueles que se seguem:

¹⁴³ Idem – *Op. Cit.* p. 5

¹⁴⁴ Idem - *Ibidem*

¹⁴⁵ Idem - *Ibidem*

¹⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Op. Cit.* pp. 15-6.

“São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

- 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.”¹⁴⁷

Além da abolição da declaração de culpa e seus efeitos, a nova lei trouxe como inovações a necessidade de o cônjuge lesado requerer reparação de danos nos mesmos termos da reparação civil, perante a Justiça comum¹⁴⁸.

Outras alterações dignas de menção, que foram trazidas pela lei em estudo, são as seguintes:

“No momento da partilha, aplicam-se agora, a ambos os cônjuges, os "antigos efeitos negativos da culpa", não podendo os cônjuges beneficiar de um qualquer regime com comunicabilidade superior ao da comunhão de adquiridos (artigo 1790.º do Código Civil). E as liberalidades em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, nos termos do artigo 1791.º, n.º 1, do Código Civil, também caducam. Estas são, como se verá, duas das alterações que maior controvérsia suscitara entre os operadores. Consagrou-se, no entanto, pela primeira vez na lei, a possibilidade de se reivindicar um crédito de compensação, caso tenha existido uma situação de desigualdade manifesta de contribuição dos cônjuges durante o casamento.”¹⁴⁹

Cordeiro chega a equiparar as novas disposições legais referentes ao divórcio ao antigo *repúdio* romano, modalidade de rompimento unilateral do vínculo conjugal bastante usual entre povos antigos. Isso porque, graças às inovações introduzidas em 2008, um dos cônjuges, independentemente de qualquer motivação, pode provocar um divórcio sem concordância da outra parte:

“A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, fixou um esquema que se aproxima do antigo repúdio romano. Na verdade, um dos cônjuges pode, faltando qualquer justificação objetiva, provocar um divórcio, sem o consentimento do outro cônjuge. Além disso,

¹⁴⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Op. Cit.* p. 82.

¹⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Op. Cit.*

¹⁴⁹ Idem – *Op. Cit.* p. 16.

a remissão para as regras gerais da responsabilidade civil e para os tribunais comuns retira substância a qualquer compensação indemnizatória.”¹⁵⁰

A reforma de 2008 também trouxe normas que provocaram certo impacto em outras searas do direito de família. Uma delas, por exemplo, fora a alteração do art. 1584º do Código Civil, que determinou a cessação do parentesco por afinidade com a dissolução do casamento por meio do divórcio, “deixando de haver, por exemplo, qualquer impedimento ao casamento de um ex-cônjuge com o pai do outro”¹⁵¹.

Outra importante mudança diz respeito ao regime de filiação. O termo “poder paternal” fora substituído pela expressão “responsabilidades parentais”, as quais passaram a ser exercidas em comum por ambos os pais, independentemente do fato de estes terem vivido em comum, ou o tenham feito sem posterior declaração de compartilhamento do poder parental. Fora igualmente abolida a presunção de que o poder parental caberia ao genitor que detivesse a guarda do filho.

“Também no regime da filiação foram introduzidas alterações significativas, não apenas com a substituição da expressão “poder paternal”, por “responsabilidades parentais”, mas com a introdução, como regra, do *exercício em comum das responsabilidades parentais*, quer os pais nunca tenham vivido juntos, quer vivam em união de facto, mas não tenham declarado que o poder paternal fosse exercido em comum, pondo, igualmente, fim à presunção que o poder paternal cabia ao pai que tivesse a guarda do filho. Faz-se, no entanto, uma distinção entre as questões de particular importância para a vida do filho, que são exercidas em comum por ambos os pais nos termos que vigoravam na constância do matrimónio (art. 1906.º, n.º 1 CC) e as questões relativas aos actos da vida corrente do filho que cabem ao pai/mãe com quem ele resida habitualmente (art. 1906.º, n.º 3 CC).”¹⁵²

Cumprimento de deveres relacionados ao exercício das responsabilidades parentais:

“A reforma veio, ainda, tipificar como crime o não cumprimento, repetido e injustificado, do regime estabelecido na regulação das responsabilidades parentais, quer seja através de recusa, quer de atraso ou entraves significativos na entrega ou acolhimento do menor (art. 249.º, n.º 1, al. c) do Código Penal (CP)), sendo que foi

¹⁵⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Op. Cit.* p. 83.

¹⁵¹ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Op. Cit.* p. 16.

¹⁵² *Idem* – *Op. Cit.* p. 17.

igualmente reformulado o artigo 250.º do Código Penal, no sentido de tornar mais efectivo o âmbito da sua aplicação.”¹⁵³

O jurista Jorge Duarte Pinheiro lista, de modo sumário, os principais pontos trazidos pela reforma de 2008. São os seguintes, portanto:

- “- Alargamento da categoria do divórcio por mútuo consentimento (admissível, havendo ou não acordo quanto a matérias complementares);
- Abolição do divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais;
- Encurtamento dos prazos para concessão do divórcio, sem consentimento de um dos cônjuges, fundado em causas objectivas (artigo 1781º, alíneas a), b) e c), do Código Civil);
- Consagração de causa geral objectiva para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (artigo 1781º, alínea d)).

No capítulo dos efeitos, as principais mudanças foram as seguintes:

- Abolição da declaração de culpa e dos efeitos associados;
- Aplicação de antigos efeitos negativos da culpa a ambos os cônjuges (proibição da partilha segundo regime com comunicabilidade superior ao da comunhão de adquiridos, ao abrigo do artigo 1790º do Código Civil, e caducidade das liberalidades em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, nos termos do artigo 1791º, nº 1, do Código Civil);
- Atribuição de cariz excepcional ao direito de alimentos entre cônjuges, que, além disso, quando reconhecido, é expressamente limitado e tido como secundário (artigos 2016º e 2016º-A do Código Civil).”¹⁵⁴

O autor elogia o fim da declaração de culpa no divórcio, bem como o fim das consequências patrimoniais negativas ligadas a tal declaração¹⁵⁵. Entretanto, critica a falta de equidade das novas disposições, que não levam em conta a atuação culposa de um dos cônjuges, nem os efeitos do divórcio na esfera económica de uma das partes. Em suma, o autor entende que o novo regime trata de forma idêntica os cônjuges, mesmo que um deles tenha violado a boa-fé, e a outra parte tenha depositado mais expectativas na relação, restando prejudicada.

“[...] a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, não centrou a regulamentação jusfamiliar das consequências da dissolução do casamento na equidade⁸, mostrando-se algo insensível à relevância da actuação culposa de um dos cônjuges e à repercussão do divórcio na condição económica das partes. O regime anterior rígido e aleatório de

¹⁵³ *Idem - Ibidem*

¹⁵⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Op. Cit.* pp. 5-6.

¹⁵⁵ *Idem - Ibidem*

efeitos do divórcio, centrado na culpa, foi substituído por outro regime rígido e aleatório, que, em geral, trata de forma idêntica os cônjuges, ainda que um deles tenha violado de modo sistemático e patente o princípio da boa-fé, e despreza as legítimas expectativas da parte que mais tenha investido na relação conjugal. É o que se retira de uma leitura das novas versões dos artigos 1790º, 1791º e 2016º, bem como do novo artigo 2016º-A, do Código Civil.”¹⁵⁶

Para o autor, o modelo adotado pelo direito alemão seria o ideal para Portugal, visto ser o mesmo, no seu entender, um sistema mais baseado na equidade. Lamenta o autor o fato de que o legislador português não tenha estudado com atenção o direito germânico, a fim de absorver sua positiva influência:

“É pena que o legislador português não tenha estudado com atenção o direito alemão, habitualmente apontado como um exemplo de ordenamento que substituiu o princípio da culpa pelo da ruptura na regulamentação das consequências do divórcio. O *BGB* não consagrou um modelo cego, meramente declarativo da destruição de quaisquer efeitos do casamento ou impeditivo da constituição de outros efeitos relacionados com a preexistência do vínculo matrimonial. Prevê-se, por exemplo, que o ex-cônjuge beneficie da chamada "compensação de pensões" ("*Versorgunsausgleich*", §§ 1587 e s.). Tal compensação visa colocar aqueles que foram membros de um mesmo casal numa posição idêntica quanto às expectativas e direitos à pensão de reforma e de incapacidade profissional¹⁵⁷.

Em suma, o autor aponta, como maior deficiência da reforma na lei do divórcio o fato de esta pouco se preocupar em tutelar o investimento da confiança dos cônjuges no projeto matrimonial. Segundo o autor, a seriedade em assumir um compromisso por meio do matrimônio é algo que não compensa, pela nova sistemática. É como se a lei presumisse que é natural haver divórcio, uma vez havendo casamento.”¹⁵⁸

O referido jurista compara a disciplina legal do divórcio conformada pela Lei nº 61/2008 com aquela da invalidade do casamento (precisamente a do casamento putativo). Conclui o autor que o cônjuge de boa-fé que contrai um casamento inválido se encontra em melhor situação que o cônjuge divorciado, vez que, no primeiro caso, a lei respeitará o regime de bens (em caso de comunhão geral, a partilha será feita conforme o mesmo), bem como as

¹⁵⁶ *Idem – Op. Cit.* pp. 6-7.

¹⁵⁷ *Idem – Op. Cit.* p. 7.

¹⁵⁸ *Idem – Ibidem*

liberalidades feitas em vista do casamento e que beneficiem o cônjuge de boa-fé. Tudo isso caduca, contudo, em caso de divórcio.”¹⁵⁹

O autor não critica apenas a filosofia que orientou o legislador no sentido de desvalorização do vínculo conjugal *per se* em favor da liberdade dos cônjuges de se desvencilharem dos referidos vínculos. No que se refere aos direitos de filiação, a crítica do autor é igualmente rígida. Afirma o mesmo que, ao invés de estimular a permanência da união conjugal no interesse da criança, a lei, pelo contrário, promove o divórcio sob o pretexto de que um lar livre de tensões é mais benéfico para a criança que uma família conjugal.

“No primeiro entendimento, o bem-estar da criança é associado ao seu nascimento e crescimento no seio de uma família conjugal; o casamento é um factor de estabilidade e de coesão que favorece o desenvolvimento do menor; por conseguinte, o vínculo matrimonial deve ser conservado no interesse da criança.

Na outra opinião, é irrelevante que os pais estejam casados e juntos; uma ligação conjugal, formal, entre os progenitores pouco diz sobre a qualidade de vida do filho; o que importa é o *ambiente do lar*; havendo tensão entre progenitores casados, é preferível que eles se separem ou divorciem, para que a criança tenha uma existência quotidiana tranquila.”¹⁶⁰

Ademais, observa, embora a lei tenha determinado que a regra seja o exercício em comum das responsabilidades parentais, na prática, havendo a separação do casal, o “progenitor residente” acaba tendo maior possibilidade de tomar decisões relativas a atos da vida do menor. Portanto, o exercício comum das responsabilidades parentais é mitigado, exercido sem igualdade entre os cônjuges¹⁶¹.

O autor brasileiro Rolf Madaleno, em sua obra *Direito de Família*, também tece comentários às mudanças trazidas pelo advento da Lei nº 61/2008:

“O Direito português também experimentou mudanças significativas com a Lei n. 61/2008, de 31 de outubro, que alterou o regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Do mesmo modo no sistema português, foi apagada a pesquisa culposa da separação e do divórcio para dar lugar á eventual compensação alimentar pelo desequilíbrio econômico, tal qual sucedeu na Espanha três anos antes, e como por idêntico se movimentam doutrina e jurisprudência brasileira no escopo de conceder alimentos compensatórios diante da abrupta queda do poder econômico verificado entre cônjuges desavindos, para que ambos continuem gozando de um semelhante

¹⁵⁹ *Idem - Ibidem*

¹⁶⁰ *Idem – Op. Cit.* p. 9.

¹⁶¹ *Idem - Ibidem*

gênero de vida, equilibrando os eventuais desníveis surgidos com o fim do casamento.”¹⁶²

A autora portuguesa Rita Lobo Xavier¹⁶³, ao comentar as alterações provocadas pela referida lei no regime jurídico do divórcio em Portugal, ressalta que o casamento deve ser alicerçado no afeto e no bem-estar dos cônjuges, ressaltando que aceitar o divórcio é valorizar a conjugalidade, obtendo maior liberdade e “menos constrangimentos com a eliminação da carga estigmatizadora e punitiva que uma lógica de identificação de culpa só pode agravar, e que os pedidos resultantes de danos do divórcio devem ser apreciados em ações comuns, nos termos gerais da responsabilidade civil. E, por fim, salienta que “uma união conjugal feliz dispensa qualquer lei(...). Se hoje é certo que a relação conjugal pressupõe o amor, este, como tal, é insusceptível de proteção jurídica. Quando a amora caba, o que a lei pode tutelar é apenas a confiança que foi depositada num projeto de vida em comum, e que foi concretizado numa comunhão de esforços, sobretudo de ordem patrimonial. E só poderá fazer se reforçar o cumprimento do compromisso assumido através da responsabilização de quem não o cumprir.”¹⁶⁴

A referida autora faz alusão aos alimentos compensatórios, nos quais se encerram as questões conjugais, para a hipótese de fixação de alimentos que possibilitem manter um razoável padrão de vida, que se aproxime ao máximo do que se tinha durante o matrimônio, e obter a reparação de danos não patrimoniais sofridos.¹⁶⁵

O jurista brasileiro Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra *Divórcio: teoria e prática*, também faz menção à importância da mudança trazida pela referida lei:

“Em 31 de outubro de 2008 foi publicada em Portugal a Lei nº 61/2008, que alterou o regime jurídico do divórcio. Essa nova lei tem um impacto normativo que ultrapassa a área do divórcio, regulando também a afinidade, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar, a separação judicial de pessoas e de bens, bem como responsabilidades parentais.”¹⁶⁶

O referido autor, mencionando o jurista português Jorge Pinheiro Duarte, afirma que “para se obter o divórcio lusitano, o professor afirma que não depende, e nem tem dependido

¹⁶² MADALENO, Rolf – *Direito de Família*. p. 497

¹⁶³ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. p. 3

¹⁶⁴ *Idem. Op. Cit.* p. 4

¹⁶⁵ *Idem – Op. Cit.* p. 6

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – *Divórcio: teoria e prática*. p. 174

de uma prévia separação judicial de pessoas e bens. Isso porque a maioria das pessoas tem escolhido o caminho do divórcio direito em detrimento da separação judicial de pessoas e bens, tendo em vista que os pressupostos do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens são idênticos em Portugal, cabendo aos cônjuges optarem por uma das modalidades.¹⁶⁷

Ressalta ainda que “uma das importantes inovações da nova lei portuguesa sobre o divórcio foi a possibilidade de eliminação da culpa pelo fim do casamento, conforme dispões os artigos 1.781º e 1.785º, nº1, da referida lei, que antes funcionava da seguinte forma, mencionando novamente o jurista português:

“O divórcio litigioso podia ser requerido por qualquer dos cônjuges com fundamento em separação de fato por três anos consecutivos ou por um ano, consoante houvesse ou não oposição do réu; o divórcio podia ser requerido por um cônjuge com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, quando a alteração durasse mais de três anos e, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum; o divórcio podia ser requerido por um cônjuge com fundamento na ausência do outro, desde que do ausente não houvesse notícias há pelos menos dois anos; e divórcio podia se requerido por um cônjuge se o outro tivesse violado culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, compromettesse a possibilidade de vida em comum.”¹⁶⁸

Em suma, todas estas transformações fizeram do divórcio um direito potestativo. Nessa esteira, cumpre ressaltar a importante opinião dos insignes mestres Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos:

“O direito ao divórcio é um direito potestativo, pois se traduz no poder de produzir determinado efeito jurídico na esfera jurídica de outrem, a dissolução do vínculo conjugal. Embora, para produzir os seus efeitos, tenha de ser integrado por um acto judicial ou administrativo. É um direito potestativo extintivo.”¹⁶⁹

Apesar do extremo liberalismo das novas disposições legais concernentes ao divórcio e à vida familiar em Portugal, Cordeiro se admira do fato de que o número de separações neste país não tenha aumentado desde então. Explica o autor o fato apelando para a hipótese de que Portugal já atingira um “ponto de saturação” no percentual de divórcios; ademais,

¹⁶⁷ DUARTE, Jorge Pinheiro *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha –*Op. Cit.* p. 174

¹⁶⁸ DUARTE, Jorge Pinheiro *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha –*Op. Cit.* p. 175

¹⁶⁹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – *Op. Cit.* p. 331

nesta nova realidade comportamental, já não há quem case contra a sua vontade, de modo que a taxa de divórcios em terras lusas tende a se estabilizar:

“Curiosamente, as estatísticas disponíveis não indiciam um aumento de divórcios, após 2008. A explicação é simples: fora já atingido o chamado ponto de saturação. No País, não havia divórcio por pronúnciar, por razões jurídicas: já ninguém estava casado contra a sua própria vontade. A partir, provavelmente, da reforma de 2001, por mais que se facilite o divórcio, a taxa não aumenta: depende de fatores pessoais, religiosos, culturais e económicos.”¹⁷⁰

Este fora, portanto, o caminho percorrido pela instituição do divórcio durante o período de mais de um século de história republicana: nesse lapso temporal, Portugal fora da completa proibição da dissolução conjugal até o mais extremo liberalismo das leis que permitem o fim do matrimônio. Pouco a pouco foram caindo todos os limites para o rompimento do vínculo matrimonial, sendo possível até mesmo o divórcio sem consentimento de uma das partes, e sem demonstração de culpa por parte de qualquer delas. Nunca fora tão fácil divorciar-se em terras portuguesas como no presente.

Festejado por alguns e criticado por outros, fato é que o maior liberalismo em matéria de costumes, consubstanciado na maior facilidade em dissolver os enlances conjugais, tem tido (e ainda terá) enorme impacto não apenas na vida privada dos portugueses, mas no direito de família como um todo.

¹⁷⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Op. Cit.* p. 83.

CAPÍTULO III - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL

3.1 – A indissolubilidade do vínculo conjugal

3.1.1 – Do período do descobrimento ao Código Civil de 1916

No Brasil, sempre foi enorme a influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal que acabou por consagrar o matrimônio como eterno.¹⁷¹

O casamento permaneceu indissolúvel por séculos a fio, desde o descobrimento do país pelos portugueses pelas mãos do navegador Pedro Álvares Cabral, na longínqua data de 22 de abril de 1500, até a promulgação da Lei do Divórcio, Lei nº 6515 de 26 de dezembro de 1977. Foram necessários quase quinhentos anos para que o vínculo matrimonial pudesse ser legalmente rompido.

Enquanto o Brasil foi colônia portuguesa, vigentes as Ordenações do Reino de Portugal (Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas), o país não tinha legislação própria, ficando, portanto, submetido à legislação portuguesa no tocante à dissolução do matrimônio e, conforme narrado no capítulo anterior, naquele momento histórico também não era possível dissolvê-lo em Portugal, já que a lei que possibilitou o divórcio só seria promulgada no ano de 1910.

Os movimentos separatistas no Brasil culminaram sua independência em relação a Portugal, no dia 07 de setembro de 1822. A partir de então, surge a necessidade de edição de leis próprias para regulamentar as relações sociais nas mais diversas áreas do Direito, inclusive as relações familiares.

Entretanto, mesmo com a proclamação da independência e a instauração da monarquia (1822-1889), o Brasil permaneceu sob a influência da Igreja Católica, no tocante ao instituto do matrimônio. O Decreto de 03/11/1827 chancelou a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, acabando por consolidar a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais.

No ano de 1861, a edição do Decreto nº 1.144, regulamentou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, conforme as prescrições das respectivas religiões. Trouxe como fator de inovação passar para a autoridade civil a possibilidade de dispensar os impedimentos

¹⁷¹ DIAS, Maria Berenice – **Divórcio Já!**. p.17

e de julgar a nulidade do casamento. Porém, admitia-se apenas a separação pessoal. Esta foi a primeira flexibilização por parte da Igreja Católica.

Contudo, foi a proclamação da República, no dia 15 de novembro de 1889, que levou o país a começar uma discussão acerca de uma legislação civil genuinamente brasileira, a ser aplicada aos seus cidadãos.

Uma das primeiras consequências da proclamação da República foi subtrair do Direito Canônico a competência sobre as relações familiares, especialmente no campo matrimonial.¹⁷² Pelo menos no campo da celebração do casamento (mas não de sua dissolução), o país se livrou da influência dos cânones romanos.

Primeiramente, o Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890 instituiu no país o casamento civil, além de trazer consigo a previsão do divórcio *a thoro et mensa* (divórcio canônico), que acarretava tão somente a dissolução da sociedade conjugal, promovendo a separação de corpos e estabelecendo o fim do regime de bens.

Porém, a tradição religiosa no país levava as pessoas a manterem a realização exclusiva do casamento católico, o que levou à edição do Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, que dispunha que o casamento católico deveria preceder às cerimônias religiosas de qualquer crença. Foi ainda disciplinada a separação de corpos, com a indicação das causas que poderiam ensejar a sua aceitação: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, aso fossem casados há mais de dois anos.¹⁷³

É possível se afirmar que o Estado somente se divorciou oficialmente da Igreja Católica com o advento da Constituição de 1891. Com efeito, a Primeira Constituição da República promoveu, de forma oficial, a separação Igreja/Estado, conforme se infere do exame do seu art. 72.

“Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

¹⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p.535

¹⁷³ PEREIRA, Rodrigo Cunha – **Divórcio: teoria e prática**. p.9

A tentativa mais remota de implementação do instituto do divórcio como forma de dissolução do vínculo conjugal ocorreu ainda no ano de 1893, com a apresentação do denominado “Projeto Érico Coelho” no Senado Federal, que acabou por ser rejeitado no plenário da câmara dos deputados. Já em 1900, o projeto de divórcio vincular apresentado pelo deputado Martinho Garcez também teve sua proposição repelida.

No ano de 1901, o jurista Clóvis Beviláqua, após seis meses de trabalho, apresentou seu projeto de Código Civil, que no entanto foi duramente criticado pelo então senador Rui Barbosa, renomado jurista à época, bem como por outros vários juristas, tendo por conta disso sofrido uma série de modificações até que finalmente fosse aprovado, no ano de 1916.

3.1.2 – O Código Civil de 1916 e o advento do instituto do desquite.

Sob a égide de uma sociedade extremamente conservadora e ainda influenciada pela Igreja, o ordenamento jurídico brasileiro vê o nascimento do Código Civil de 1916, que ficou conhecido como Código Beviláqua (em homenagem a seu idealizador, o jurista Clóvis Beviláqua), mantendo a figura do desquite, única possibilidade legal de romper o matrimônio. Tal ruptura, entretanto, era tão somente da sociedade, e não do vínculo conjugal. Este permanecia intacto, o que era fator impeditivo para um novo enlace matrimonial, mas não para novos arranjos familiares, uma vez que com o aludido desquite, alguns deveres conjugais como fidelidade e manutenção da vida em comum acabavam por cessar.¹⁷⁴

A autora Maria Berenice Dias, em sua festejada obra *Manual de Direito das Famílias*, discorre com propriedade sobre as consequências do instituto do desquite e o paradoxo trazido pela possibilidade de dissolver a sociedade e manter o vínculo conjugal:

“Ainda assim, vínculos matrimoniais sempre foram tolerados, mas nunca reconhecidos. As raras referências legais se limitavam a negar a essas uniões qualquer benefício. Tais restrições, porém, não impediam que as pessoas – desquitadas ou somente separadas de fato – constituíssem novos vínculos afetivos, que, pejorativamente, eram chamados de concubinato. A necessidade de solver os conflitos decorrentes dessas uniões levou a justiça a reconhecer sua existência e atribuir-lhes alguns direitos. Em um primeiro momento, simples sociedade de fato, a ensejar tão somente a partilha de bens adquiridos durante o período da vida em comum e mediante a prova do aporte econômico de cada um”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice – *Manual de Direito das Famílias*. p.64

¹⁷⁵ *Idem - Ibidem*

O desquite, conforme já dito, tinha a sua origem ligada à religião, já que a Igreja Católica, no seu Código Canônico previa possibilidade semelhante de dissolução. O sistema canônico sempre manteve a indissolubilidade do matrimônio, tendo consagrado a figura da separação com permanência do vínculo, que serviu como substrato para o desquite.

Entretanto, outros deveres do casamento permaneciam, bem como o vínculo matrimonial, fazendo com que o cônjuge desquitado não pudesse contrair novas núpcias. A única forma de se dissolver o vínculo conjugal era através da morte.

O instituto foi disciplinado pelos arts. 315 a 324 do Código Civil de 1916. O primeiro artigo dispunha sobre o fim da sociedade conjugal, deixando claro que somente a morte de um dos cônjuges dissolveria o vínculo matrimonial:

Desta forma, mantinha-se a indissolubilidade do vínculo conjugal do regime anterior. Alterou-se tão somente a nomenclatura: aquilo que no Decreto 181/1890 era chamado (indevidamente) de divórcio, passou a se chamar desquite, palavra esta de criação nacional, que ficou consagrada pela doutrina e pelo povo brasileiro, e que significava “deixar de estar quites” com a sociedade.

O jurista Inácio de Carvalho Neto, em sua já citada obra *Separação e Divórcio*, elogia a mudança da nomenclatura:

“A alteração da nomenclatura foi salutar, já que a palavra divórcio (que se referia ao divórcio não vincular), no sistema anterior, era fonte de confusões, já que outros países, a mesma era usada, como é até hoje, como forma de dissolução do vínculo conjugal, portanto, como divórcio vincular.”¹⁷⁶

A ação de desquite, segundo previsão do art. 316 do Código de 1916 era de competência dos cônjuges e, excepcionalmente, poderia ser proposta por ascendente ou irmão se o desquitando fosse incapaz.

Quanto aos motivos ensejadores do desquite, O art. 317 do Código Civil discriminava os motivos de desquite: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos. O art. 318, por sua turno, trazia a previsão da figura do desquite consensual, desde que os cônjuges fossem casados há, pelo menos, dois anos.

¹⁷⁶ CARVALHO NETO, Inácio de – *Separação e Divórcio*. p.92

Curiosamente, o adultério, violação ao dever de fidelidade recíproca no casamento, poderia deixar de ser motivo ensejador do desquite em algumas circunstâncias previstas no art. 319:

“Art. 319. O adultério deixará de ser motivo para desquite:

I. Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse.

II. Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado.

Parágrafo único. Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado.”

Os efeitos da sentença que determinava o desquite eram, basicamente, a separação do casal, pondo termo a deveres conjugais como fidelidade recíproca e vida em comum no domicílio conjugal, subentendidos por conta de tal ruptura, além de impor o fim do regime de bens escolhido para o matrimônio, conforme previa o art. 322 do referido diploma legal:

“Art. 322. A sentença do desquite autoriza a separação dos conjugues, e põe termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse anulado.”

Oriundo do Direito Canônico, conforme já dito anteriormente, o desquite previa a figura jurídica da reconciliação, permitindo que os cônjuges reatassem o casamento, a qualquer tempo. Era, sem dúvida alguma, uma das reminiscências da influência do cristianismo dentro do universo jurídico: a figura da reconciliação, do perdão, do arrependimento. Assim dispunha o art.323 do Código:

“Art. 323. Seja qual for a causa do desquite, e o modo como este se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que façam, por ato regular, no juízo competente.”

3.1.3 – Da dissolução sob a perspectiva do Direito Constitucional antes da Constituição de 1988

As primeiras Constituições do Brasil, de 1824 e 1891, já mencionadas, não abordaram o tema “família” e, em decorrência disso, não trataram da dissolução do casamento.

Já as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969, taxativamente, dispunham que o casamento era indissolúvel, mantendo o desquite como a única forma de dissolver a sociedade conjugal.

Inicialmente, a Constituição de 1934 cuidou de elevar a um patamar constitucional a proteção à família, mencionando, ainda, sobre o caráter indissolúvel do casamento. Desta forma, o art. 144 dispunha:

“Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo sempre recurso ex-officio, com efeito suspensivo.”

A propósito, Maria Berenice Dias critica, de forma veemente, a previsão contida na referida Carta Magna:

“A resistência para a concessão de desquite era de tal ordem que, mesmo amigável, dependia de decisão judicial sujeita a recurso de ofício. A sentença precisava ser confirmada pelo Tribunal. Como o recurso tinha efeito suspensivo, era necessário o trânsito em julgado do acórdão para que, finalmente, o desquite fosse deferido. Isto porque as famílias formadas pelos egressos de casamentos desfeitos não eram aceitas. Os relacionamentos não ungidos pelos “sagrados” laços do matrimônio eram chamados de “concubinato”. E, além de rejeitados pela sociedade, não eram conhecidos pelo sistema legal.”¹⁷⁷

Por seu turno, a Constituição de 1937, no seu art. 124, dispôs de forma semelhante, sem, contudo, fazer menção ao recurso de ofício:

“Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.”

¹⁷⁷ DIAS, Maria Berenice – **Divórcio Já!** p.18

Da mesma forma, a Constituição de 1946 manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial, previsão contida no seu art. 163:

“Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”

Segundo Inácio de Carvalho Neto, em sua já citada obra *Separação e Divórcio*, “a manutenção da indissolubilidade na Carta de 1946 foi objeto de duras críticas da doutrina, em face da sua incoerência com os avanços já conquistados pelos povos de outras nações”.¹⁷⁸

Ao longo da vigência desta Constituição, houve algumas tentativas de introduzir o divórcio no Brasil, de uma forma disfarçada, conforme preleciona Yussef Said Cahali, citado na obra *Separação e Divórcio*, do já mencionado Inácio de Carvalho Neto:

“Várias tentativas foram feitas no sentido da introdução ao divórcio no Brasil, fosse de modo indireto, por meio do divórcio disfarçado, representado pelo acréscimo de uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial (CC, art.219), consistente na incompatibilidade invencível entre os cônjuges, com prova de que, após decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabelecer a vida conjugal; fosse por via de emenda constitucional, visando a suprimir do art. 163 daquela Constituição as expressões “de vínculo indissolúvel”, adicionadas ao casamento civil.”¹⁷⁹

Uma das tentativas mencionadas foi feita através do Projeto 1568, de 22/02/1960, que tinha como objetivo estabelecer novas cláusulas de nulidade do matrimônio, que restou frustrado diante de sua não aprovação no Congresso Nacional.

Outra das tentativas mencionadas foi feita pelo então deputado Nelson Carneiro, que viria a ser autor da Lei do Divórcio, quando então já seria senador. No ano de 1951, o referido parlamentar apresentara a Emenda Constitucional nº 4, buscando suprimir do texto do art. 163 a expressão “de vínculo indissolúvel”. O jurista assim justificara sua proposição, também referenciada na obra *Separação e Divórcio*, de Inácio de Carvalho Neto:

¹⁷⁸ CARVALHO NETO, Inácio de – **Separação e Divórcio**. p.88

¹⁷⁹ CAHALI, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de - **Idem - Ibidem**

“A indissolubilidade dos laços conjugais não é matéria que deva figurar no texto de uma constituição. É que tal assunto – muitas e altas vozes o proclamaram na última Constituinte – não deve transbordar a legislação civil, é flor exótica no campo constitucional.”¹⁸⁰

Assim como as tentativas anteriores, esta última também restara frustrada, mantendo-se a indissolubilidade do vínculo conjugal. Aliás, este também foi o tratamento dado ao casamento pela Constituição de 1967, que cuidou da matéria em sua art. 167:

“Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º O casamento é indissolúvel

§ 2º [...] “

Uma crítica que sintetiza o pensamento dos doutrinadores quanto à indissolubilidade matrimonial existente à época é a do insigne José Maria de Oliveira Lopes Leoni, em sua obra *Direito Civil: Família*:

“O primeiro período a ser analisado é o período de aplicação do CC/16 até 1977. Segundo esse sistema, o casamento era indissolúvel. Como se costumava afirmar, o casamento deveria durar até que a morte os separe. Tal premissa pressupõe que depois da escolha do outro para cônjuge, o arrependimento teria o poder de romper esse vínculo. O máximo que se permitia era a dissolução da sociedade conjugal, por meio da estrada estreita do então chamado desquite. Segundo uma visão existencialista, esse sistema era imoral. Nas palavras de Simone de Beauvoir, “uma escolha nunca é final: está sempre sendo feita (...). O horror da escolha definitiva é que envolve não só o eu de hoje, mas também o de amanhã, razão pela qual fundamentalmente o casamento é imoral”. Nesse período, apesar de um cônjuge não querer mais conviver com o outro, se não tivesse fatos graves a imputar ao outro (culpa), estava fadado a ficar casado até a morte. Preferia-se manter o vínculo do casamento em detrimento do direito de liberdade do cônjuge. Este sistema vigorou até o ano de 1977.”¹⁸¹

3.2 – A Emenda n.º 9/77 e a Lei do Divórcio: o advento do sistema dualista de dissolução do casamento

¹⁸⁰ CARNEIRO, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de - *Idem – Op. Cit.* p.90

¹⁸¹ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de – **Direito Civil: Família.** p.207-208

Somente no ano de 1977, foi possível, de forma inédita, não mais apenas dissolver a sociedade conjugal, mas também o vínculo. A primeira mudança se deu com o advento da Emenda 9/77, que provocou grande divisão no Congresso Nacional. A emenda, evidentemente, se referia à Constituição até então em vigor, a do ano de 1969.

Durante a fase deliberativa, foram feitas ferrenhas críticas à possibilidade do advento do divórcio no Brasil, sobretudo através de setores ligados à religião, sobretudo à Igreja Católica. Alguns renomados autores, mesmo muitos anos depois, continuaram firmando o entendimento de que o instituto não deveria ter sido instituído no país, como por exemplo, o doutrinador Washington de Barros Monteiro:

“Nas edições anteriores deste livro, manifestamo-nos visceralmente contrários à introdução do divórcio em nosso país, em que vislumbramos mais um elemento a concorrer para o debilitamento do matrimônio e a desagregação da família. Mas o divórcio aí está e temos de recebe-lo como deliberou o legislador, apesar de todas as restrições que lhe impusemos.”¹⁸²

Segundo Inácio de Carvalho Neto, “a oposição, à época, era tão acirrada que foi necessário a diminuição do quórum constitucionalmente previsto para aprovação de emendas constitucionais, o que foi feito pela Presidência da República por meio da Emenda 8/77, com base no Ato Institucional 5/68.”¹⁸³

Este quórum, que era de dois terços dos membros do congresso, foi diminuído, passando a se exigir tão somente a maioria absoluta dos votos do total de membros de Congresso Nacional.

O autor Youssef Said Cahali, citado na obra de Inácio de Carvalho Neto, dá conta de que houvera tentativa de estabelecer o divórcio, por ocasião da EC 5, de 12/03/1975 e que havia esbarrado, justamente, na exigência até então do quórum de dois terços. Esta emenda estabeleceria nova redação ao art. 175, § 1º da Constituição de 1969. “de modo a permitir a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 08/05/1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o quórum de dois terços;”¹⁸⁴

¹⁸² MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil – Vol. 5.** p.203

¹⁸³ CARVALHO NETO, Inácio de – **Separação e Divórcio.** p.92

¹⁸⁴ CAHALI, Youssef Said *apud* CARVALHO NETO, Inácio de – *Idem - Ibidem*

Após grande embate entre a bancada conservadora e a bancada divorcista, foi aprovada Emenda, que novamente alterou a nomenclatura para a dissolução da sociedade conjugal: o “desquite”, consagrado no Código Civil de 1916 passou a ser denominado “separação judicial”.

Conseguida a alteração sob o prisma constitucional, foi necessário que se editasse uma lei ordinária para regulamentá-la. Após muitos projetos apresentados, foi vitorioso o projeto apresentado pelos Senadores Nelson Carneiro e Pedro Accioly Filho, representantes dos estados do Rio de Janeiro e do Paraná, respectivamente.

Foi promulgada, então, a Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977, que ficou vulgarmente conhecida como Lei do Divórcio. Esta lei foi um verdadeiro divisor de águas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, promovendo uma pequena reforma dentro do Direito de Família, dado o seu alcance e sua importância.

A lei, promoveu, dentre outras mudanças, a que estabeleceu que seria facultativa a adoção do nome do marido pela mulher ao casar-se (art. 50), além de alterar o regime legal de bens da comunhão universal para a comunhão parcial, quando outro regime não fosse estabelecido através de pacto antenupcial.

Contudo, a mais importante de todas as diferenças foi estabelecer um sistema dualista para a dissolução do matrimônio.

O divórcio, até então existente em vários ordenamentos jurídicos, inclusive no ordenamento jurídico português, finalmente passou a fazer parte do direito brasileiro. Mas houve um custo para que o mesmo fosse implantado. A bancada conservadora no Congresso Nacional impunha, para sua viabilidade, que primeiramente os cônjuges tivessem que se submeter à separação judicial, novo nome dado ao então chamado desquite.

3.2.1 –A separação judicial e suas modalidades

A separação judicial era um requisito prévio, uma condição para que, posteriormente, fosse possível pleitear o divórcio. Ou seja, só seria cabível o divórcio por conversão, o chamado divórcio indireto, aquele pleiteado após três anos do trânsito em julgado da ação de separação judicial.

A explicação para tal exigência é um tanto curiosa: a separação judicial comporta um dos sentimentos mais cristãos: o arrependimento. Afinal, caso o cônjuge separado judicialmente ainda não tivesse convertido a sua separação em divórcio, poderia reatar o seu casamento através de mera petição requerendo o restabelecimento da sociedade conjugal. Já o

divorciado, poderia até reatar com a mesma pessoa, mas para isso precisaria contrair novas núpcias.

Sobre este ponto, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim prelecionam:

“A ideia de exigência de um lapso temporal entre a separação judicial – extinguindo o consórcio entre os cônjuges – e o efetivo divórcio – extinguindo, definitivamente, o casamento – tinha a suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação, antes que dessem o passo definitivo do fim do vínculo matrimonial”.¹⁸⁵

Vale ressaltar que, além da possibilidade de divórcio por conversão, surge também, neste momento histórico, o instituto jurídico do divórcio direto. Este não dependeria de prévia separação judicial. Entretanto, seria concedido em caráter excepcional, haja vista a redação dada ao art. 40 da referida Lei do Divórcio:

“Art. 40. No caso da separação de fato, com início anterior a 28/06/1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa.”¹⁸⁶

Significa dizer que, muito embora houvesse a previsão legal, o instituto só seria concedido àqueles que perfizessem os requisitos exigidos àquela época. Somente a promulgação da Constituição de 1988 alargaria as possibilidades e tornaria o divórcio direto um instituto que teve imensa receptividade por parte da sociedade, diante da facilitação.

Tal como o instituto antecessor, a separação judicial também não teria o condão de desfazer o vínculo conjugal estabelecido, mas tão somente a sociedade conjugal. Somente o divórcio, juntamente com a morte, teria a possibilidade de estabelecer o fim do vínculo matrimonial, conforme previsão contida no art. 2º da referida lei.

O instituto da separação judicial também manteve as mesmas consequências que até então o desquite dispensara aos cônjuges que dele se socorriam, estabelecendo o fim de alguns deveres matrimoniais, tais como coabitação e fidelidade recíproca, consequências lógicas da ruptura da vida em comum.

¹⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p.539

¹⁸⁶ – **Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – Lei do Divórcio**

Também decretava o fim do regime de bens escolhido para o casamento, sendo certo que o procedimento judicial caberia tão somente aos cônjuges, exceto nos casos de incapacidade, quando poderiam ser representados por curador, ascendente ou irmão.

Além disso, a lei evidenciou o intuito do Estado de tentar, através da figura do juiz, promover a todo custo tentativa de reconciliação, conforme disposto no Art. 3º do referido diploma legal:

“Art 3º - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

§ 1º - O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.

§ 2º - 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.”

A separação judicial sempre teve como característica marcante, estar invariavelmente condicionada a lapsos temporais ou a determinadas situações, como as hipóteses de imputação de culpa ou enfermidade mental grave de um dos cônjuges.

Quatro foram as espécies de separação judicial previstas na Lei do Divórcio, que seriam posteriormente repetidas no Código Civil de 2002, com redução significativa em relação aos prazos.

3.2.1.1 – A separação judicial por mútuo consentimento

A primeira modalidade foi chamada doutrinariamente de separação por mútuo consentimento, ou separação consensual, previsão contida no art. 4º da Lei do Divórcio:

“Art. 4º - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.”

Conforme se depreende da análise do texto legal, para que a mesma pudesse ser concedida, seria necessário que os cônjuges estivessem casados há mais de dois anos, o que

serviria como um período de reflexão. Este período foi reduzido para um ano no Código Civil de 2002, conforme dispõe o art. 1574 do referido diploma legal:

“Art. 1.574. 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.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.”

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, esta era a vantagem da separação consensual:

“A vantagem dessa modalidade é que os separandos não precisam declinar a causa, o motivo da separação. O único requisito exigido, havendo consenso mútuo, era estarem os nubentes casados há mais de um ano.”¹⁸⁷

O jurista Silvio Venosa, em sua obra *Direito Civil – Direito de Família*, defende a existência de tal lapso temporal:

“Trata-se de um período de prova; o legislador aguarda um prazo inicial do casamento para acomodação e compreensão da vida em comum, não permitindo que um açoitamento possa jogar por terra o matrimônio nos primeiros meses ou anos de convivência.”¹⁸⁸

Em concordância com o autor acima citado, Arnaldo Rizzardo assim também entende:

“O objetivo da lei, ao exigir que permaneçam os cônjuges casados pelo menos um ano, é oportunizar uma experiência mais prolongada do convívio e um amadurecimento maior, pois em inúmeras vezes os casais decidem pela separação em situações de crises momentâneas.”¹⁸⁹

Para Paulo Nader, este requisito também é justificável:

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto – *Direito Civil Brasileiro, v.6 – Direito de Família*. p. 216

¹⁸⁸ VENOSA, Silvio de Salvo – *Direito Civil, v. 6: Direito de Família*. p.164

¹⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo – *Direito de Família*. p. 265

“Ao estipular o período de prova, o legislador levou em consideração que o primeiro ano de vida conjugal é de adaptação, quando alguns problemas ou dificuldades são naturais e sem que impliquem, necessariamente, a condenação do casamento à extinção.”¹⁹⁰

Em sentido contrário, a eminente jurista Maria Berenice Dias tece duras críticas à exigência de um lapso temporal:

“Historicamente sempre existiram duas modalidades para a obtenção da separação: por vontade de ambos os cônjuges ou por iniciativa de somente um deles. Quanto mútua era a intenção de romper o casamento, não havia necessidade de apontar qualquer motivação para o decreto judicial de separação. Mas o casal precisava esperar o decurso de um ano da celebração das núpcias para pleiteá-la de modo consensual. Mesmo que antes desse prazo tivesse acabado o vínculo afetivo, e o par não mais convivesse sob o mesmo teto, a lei, de forma aleatória e arbitrária, impingia a manutenção do status de casado. Não se conseguia identificar outro motivo da negativa de referendar o desejo dos cônjuges, a não ser impor, de forma coacta, um período de reflexão ao casal, na esperança de que se arrependessem do impensado ato.”¹⁹¹

Vale ressaltar, ainda, que o referido diploma legal deu ao julgador a faculdade de se recusar a homologar a separação, nos termos do art. 34, § 2º:

“Art. 34 (...)

§ 2º - 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.”

3.2.1.2 – A separação litigiosa com causa culposa

A separação judicial poderia ser requerida a qualquer tempo, por dos cônjuges, quando houvesse a violação de um dos deveres matrimoniais, de forma a trazer insuportabilidade à vida em comum. Nesse sentido a previsão contida no art. 5º da Lei do Divórcio:

¹⁹⁰ NADER, Paulo- **Curso de Direito Civil, v 5: Direito de Família.** p. 232

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice – **Divórcio Já!** p.47

“Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.”

O referido dispositivo foi repetido com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, no art. 1572, caput:

“Art. 1.572. 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.”

O Código Civil de 1916, que estava em vigor quando do advento da Lei do Divórcio, regulava os deveres matrimoniais no seu art. 231, a saber:

“Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

- I. Fidelidade recíproca.
- II. Vida em comum, no domicílio conjugal
- III. Mútua assistência.
- IV. Sustento, guarda e educação dos filhos”

O Código Civil de 2002, por sua vez, praticamente repetiu os deveres conjugais do diploma civil anterior, acrescentando mais um:

“Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.”

O referido diploma legal inovou, ainda, ao determinar outras causas que poderiam ensejar a separação judicial com fundamento na culpa:

“Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.”

A separação fundada em culpa foi chamada pela doutrina de separação-sanção, justamente porque nesta modalidade, um dos cônjuges atribui ao outro a culpa pelo fim do casamento, com base na infração dos deveres conjugais, aplicando-se, então-, sanções àquele que fosse considerado o culpado.

Estas sanções seriam basicamente três: a perda do direito a alimentos, exceto aqueles que fossem indispensáveis à sobrevivência do culpado (CC, arts. 1694, § 2º, e 1704, parágrafo único), perda do direito de conservar o sobrenome do outro (CC, art. 1578), além da sanção da perda do direito à guarda dos filhos, prevista na Lei do Divórcio (Lei 6515/77, art. 10).

Aliás, é bom que se diga desde já que a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não revogou a Lei do Divórcio, cuidando tão somente a lei geral de praticamente repetir os dispositivos existentes na lei especial.

Fato é que esta modalidade sempre foi o ponto nodal das críticas feitas ao instituto da separação judicial.

Desde a década de 70 do século passado é observada uma tendência das legislações dos povos ocidentais em abolir a discussão acerca da culpa como requisito para as ações de separação judicial ou de divórcio, acompanhada da convicção cada vez maior de que seria inoportuna e inútil a intervenção estatal na discussão das causas das separações dos casais.

Paulo Lôbo, em sua obra Famílias, critica de forma veemente a discussão em torno da culpa:

“Quando o Poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresenta como abandonado e ofendido pelo outro, investiga a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressa na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. Sob esse importante ângulo, não pode a lei ordinária

excepcionar de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza.”¹⁹²

No mesmo diapasão, Maria Berenice Dias tece críticas contundentes ao instituto:

“Às claras que esta intervenção estatal viola o direito à privacidade e à intimidade, o que constitui afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, cânone maior da Constituição Federal. Desse modo, a ingerência determinada pela lei na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que o juiz impusesse a pecha de culpado ao réu era visivelmente inconstitucional. Não tem sentido averiguar a culpa, com motivação de ordem íntima, psíquica, quando a conduta pode ser apenas o sintoma do fim.”¹⁹³

Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra *Divórcio: teoria e prática*, faz eloquente narrativa sobre o tema, apontando que a discussão sobre a culpa pode atingir de forma indelével os próprios filhos do casal:

“O litígio conjugal é a falência do diálogo e uma forma, às vezes inconsciente, de sua manutenção. Cada um acredita estar dizendo a verdade e quer que o Estado-Juiz diga quem é o certo ou errado, isto é, quem é o culpado e quem é inocente. Anula-se na consciência tudo de bom que houve entre eles e emergem predominantemente os rancores e as mágoas. O ódio prevalece sobre o amor e as pessoas ficam cegas por uma razão, em nome de se buscar direitos. O final é sempre trágico. Não há ganhadores ou perdedores em uma disputa em que se busca um culpado e se perdem a referência e a noção do mal e das marcas indeléveis que o litígio deixa, principalmente nos filhos.”

O autor Rolf Madaleno, em sua excelente obra *Direito de Família* também não enxerga razão para a possibilidade de discussão de culpa:

“Nada mais justifica a pesquisa processual da culpa para encontrar o impossível, de existir um cônjuge culpado e outro inteiramente inocente, ou dois cônjuges culpados, quando se sabe que em sede de convivência afetiva entre cônjuges e conviventes não é possível determinar quem teria sido responsável pelo fracasso matrimonial, já que um

¹⁹² LÔBO, Paulo – *Famílias*. p. 140

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice – *Divórcio Já!* p.47

conjunto de fatores contribui para a ruína conjugal e ambos são responsáveis por suas escolhas afetivas.”¹⁹⁴

3.2.1.3 – A separação litigiosa por ruptura da vida em comum

Também conhecida como separação sem imputação de causa culposa, esta modalidade poderia ser requerida por qualquer dos cônjuges. Contudo, estava adstrita a existência de um requisito: o lapso temporal. Seria necessário que os cônjuges estivessem separados de fato há mais de cinco anos, o que poderia ser comprovado pela declaração de testemunhas, com firmas reconhecidas. Este tipo de separação seria denominado pela doutrina como separação-falência. Assim dispunha a Lei do Divórcio:

“Art. 5º (...)

§ 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.”

Este exagerado prazo foi reduzido por força da Lei 8.403, de 13 de fevereiro de 1992, que diminui de cinco anos para apenas um ano, dando nova redação ao dispositivo.

O Código Civil de 2002 manteve tal modalidade de separação e também o lapso temporal previsto na Lei do Divórcio:

“Art. 1572 [...]

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.”

Dentro de um vasto universo de situações matrimoniais, existem muitos casais vivendo separados sob um mesmo teto, ou não mais coabitando dentro de um mesmo lar.

Porém, ao contrário da modalidade anterior, não há distinção entre cônjuges culpados ou inocentes na separação por ruptura de vida em comum.

¹⁹⁴ MADALENO, Rolf – **Curso de Direito de Família**. p. 258

É uma separação que se fundamenta somente em circunstância objetiva, que é a separação de fato pelo lapso temporal estabelecido em lei, sem que seja necessário perquirir os motivos que levaram ao fim do fracasso do casamento.

Desta forma, torna-se despiciendo indagar qual seria a razão da falência da vida conjugal. Na verdade, não importa sequer saber quem tomou a iniciativa de romper a vida conjugal.

Para Carlos Roberto Gonçalves, é necessário que haja um elemento anímico para que haja separação judicial fundada nesta modalidade:

“A presença do elemento intencional é requisito também exigido para a separação judicial, tendo em vista que a ausência prolongada do lar pode decorrer de causa estranha à vontade dos nubentes, ou de um deles, como a enfermidade ou a necessidade profissional, e até mesmo a segregação carcerária. Tais separações de fato temporárias, ditadas pelas circunstâncias e não pelo animus de romper a vida conjugal, não constituem fatores etiológicos da separação judicial.”¹⁹⁵

No mesmo sentido, preleciona o jurista Rolf Madaleno:

“Em contraposição à separação judicial dos cônjuges, havia e certamente continuará havendo larga prática da separação de fato, levada e efeito por decisão pessoal e informal dos cônjuges, sem intervenção judicial, sem ser confundida com a separação judicial de corpos.

A ruptura fática da vida conjugal pode se dar por mútuo consenso, ou na informalidade de os esposos, ao admitirem a ruína matrimonial, optando por se concederem mútuo tempo para a reflexão, para repensarem a vida familiar, ou para se lançarem em uma futura dissensão oficial do casamento, sendo doravante, o instrumento adequado para aqueles casais que relutam em se divorciarem por temerem uma recaída pela possível reconciliação.”¹⁹⁶

O autor brasileiro demonstra, ainda, certa preocupação ao tecer algumas críticas em relação ao tema, alertando para importantes possíveis consequências da separação de fato, requisito objetivo para a separação por ruptura de vida em comum:

¹⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, v.6 – Direito de Família**. p. 253

¹⁹⁶ MADALENO, Rolf – **Curso de Direito de Família**. p. 305

“O Código civil destina efeito jurídico à fática separação no artigo 1.723. § 1º, ao reconhecer configurada uma união estável de uma pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente. A grande e incontestável conclusão da suprema importância jurídica advinda da separação de fato dos cônjuges está na ocorrência de a ruptura informal, quando preexistente, ser o marco de incomunicabilidade dos bens e da cessação dos deveres morais de fidelidade recíproca.”¹⁹⁷

E concluindo, pondera sobre a possibilidade de ocorrência de situações injustas:

“Qualquer avanço temporal de um casamento desfeito no plano real acabará provocando indissimuláveis injustiças, se reconhecer como comunicáveis os bens adquiridos pelo cônjuge separado de fato, e vivendo ou não em união estável com outra pessoa. Induvidosamente haveria enriquecimento injustificado do cônjuge que recebesse como pagamento de sua meação bens que não ajudou a edificar com a sua presença no lar, seu apoio psicológico, espiritual, ou até mesmo com seu dinheiro.”¹⁹⁸

3.2.1.4 – A separação litigiosa em caso de grave doença mental

Esta última modalidade é, sem sombra de dúvida, a que menos se utiliza na prática. Conhecida como separação-remédio esta modalidade permitia a separação em caso de grave doença mental, e que esta, após cinco anos, fosse diagnosticada como de cura improvável, conforme previsão contida no art. 5º, § 2º da Lei 6515/77:

“Art. 5º [...]

§ 2º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.”

Para o doutrinador Washington de Barros Monteiro, “tratava-se de uma separação judicial sem culpa e seu deferimento era considerado um remédio para a sociedade conjugal atingida pela enfermidade mental de um dos cônjuges”.¹⁹⁹

¹⁹⁷ MADALENO, Rolf – **Curso de Direito de Família**. p. 305

¹⁹⁸ *Idem - Ibidem*

¹⁹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros *apud* MADALENO, Rolf – **Direito de Família**. p.307

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a modalidade foi disciplinada pelo Art. 1572, §2º, praticamente com a mesma redação. Entretanto, o lapso temporal exigido para esta modalidade de separação fora reduzido a menos da metade do tempo inicialmente fixado na Lei do Divórcio, passando de cinco anos para dois anos:

“Art. 1572 [...]

§ 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.”

Este tipo de separação acabou tendo sua eficácia bastante limitada, como bem asseverou Silvio de Salvo Venosa, no sentido de que “a norma tem pequeno alcance, porque com a sistemática da Constituição de 1988, se o casal estiver separado há mais de dois anos, poderá ser requerido o divórcio direto, sem necessidade de ser alegada a causa da moléstia mental do outro cônjuge, superando-se a questão”.²⁰⁰

O referido doutrinador ainda nos ensina que seria fundamental a preexistência da doença mental grave, não se admitindo que o seu surgimento fosse superveniente em relação ao matrimônio:

“O legislador exige, nessa hipótese, que concorram os seguintes requisitos: (a) a doença mental grave; (b) sua cura improvável; (c) que tenha sido manifestada após o casamento; (d) que a moléstia perdure por mais de dois anos; (e) que a moléstia torne impossível a vida em comum. Será essencial o laudo médico para atestar a moléstia mental: psicose, esquizofrenia, oligofrenia e várias outras manifestações. O alcoolismo e a dependência em tóxicos podem caracterizar moléstia mental, dependendo de sua gravidade. De qualquer forma, a manifestação da doença deve ter ocorrido após o casamento. Moléstia preexistente não pode fundamentar pedido. Nem sempre será fácil para a perícia fixar com exatidão o momento de sua eclosão ou do sério agravamento após o enlace.”²⁰¹

²⁰⁰ VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil, v.6: Direito de Família**. p. 185

²⁰¹ *Idem - Op. Cit.* p.186

O jurista Carlos Roberto Gonçalves defendia a existência do controverso instituto, entendendo que mesmo que houvesse o dever de mútua assistência decorrente do matrimônio, uma grave doença mental poderia ensejar a sua ruptura:

“Malgrado o dever de assistência e socorro que incumbe a um cônjuge em relação ao outro, fundado na concepção moral de que os consortes são unidos não somente na felicidade, mas também na adversidade, não se pode negar que os fins do casamento desaparecem quando um deles, por uma fatalidade, perde a razão e o pleno gozo das faculdades mentais. A dissolução da sociedade, nesses casos, decorre da impossibilidade material e moral da consecução dos fins do casamento.”²⁰²

Vale ressaltar que esta modalidade de separação contém aquilo que a doutrina chama de “cláusula de dureza”, ou seja, uma penalização para o cônjuge que toma a iniciativa de pedir a separação. Nesse sentido a previsão contida no art. 5º, § 3º, da Lei 6.515/77, cuja redação foi reproduzida pelo art. 1572, § º do Código Civil de 2002:

“Art. 1572 [...]

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.”

Em sua obra *Direito de Família*, Arnaldo Rizzardo preleciona:

“Expõe o dispositivo que os bens remanescentes levados ao casamento, isso é, os bens ainda existentes, serão atribuídos ao cônjuge que os houver levado para o casamento e que não pediu a separação. Não importa o regime quanto aos bens remanescentes. Todo o patrimônio que houver sobrado, tornará para tal cônjuge. De outro lado, pela parte quase final do § 3º apontado, inclusive a meação dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, transfere-se para o cônjuge que não houver ajuizado a separação, se o regime de bens adotado o permitir.”²⁰³

²⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto – *Direito Civil Brasileiro*, v.6 – *Direito de Família*. p. 255

²⁰³ RIZZARDO, Arnaldo – *Direito de Família*. p. 294

Por fim, o autor Carlos Roberto Gonçalves, na sua obra *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, transcreve a seguinte lição de Maria Berenice dias, que destaca que com o advento do divórcio direto, com a Constituição Federal de 1988, o instituto da separação por grave doença mental se tornara anacrônico, uma vez que o cônjuge, ao fito de burlar a cláusula de dureza, poderia requerer o divórcio, já que o prazo para a separação de fato no divórcio direito era de dois anos, enquanto o prazo para a separação por grave doença mental, inicialmente, era de cinco anos:

“Possibilitada sem nenhuma sequela patrimonial a busca do divórcio, com base só no transcurso de dois anos de separação, sendo desnecessário motivar o pedido, dificilmente alguém pediria a separação sob o fundamento de doença com duração superior a cinco anos, ficando sujeito a perder a meação dos bens remanescentes do cônjuge enfermo (se o regime adotado foi comunhão universal) e a metade dos adquiridos na constância da sociedade conjugal (comunhão parcial).”²⁰⁴

3.2.2 – O divórcio e suas modalidades

O divórcio foi a grande inovação trazida pela Lei 6515 de 1977, que não à toa, recebeu o nome de Lei do Divórcio. Como já dito anteriormente, a referida lei inaugurou um sistema binário de dissolução do matrimônio. Enquanto a separação judicial, nova denominação dada para o antigo desquite, representava a dissolução da sociedade conjugal, o divórcio ia além: determinava a quebra do vínculo matrimonial, permitindo, assim, um novo (e único) matrimônio para aqueles que se divorciassem.

Os autores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf definem o instituto como “o rompimento legal e definitivo do vínculo de casamento civil”.²⁰⁵

Já Maria Helena Diniz, define divórcio como “a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial”.²⁰⁶

O insigne mestre Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, ressalta a importância da mudança de filosofia do divórcio em relação à separação judicial e ao antigo desquite>

²⁰⁴ DIAS, Maria Berenice *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, v.6 – Direito de Família**. p.255

²⁰⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 312

²⁰⁶ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil, v.5: Direito de Família**. p.336

“Em suas linhas gerais, a Lei do Divórcio deu um passo na marcha evolutiva do nosso Direito de Família, procurando solucionar problemas a que a vida conjugal dá nascimento, e que o excessivo amor à tradição impedia de resolver. A própria filosofia do divórcio mudou, da apuração de culpa para a contagem do tempo.”²⁰⁷

De fato, o divórcio surgiu como um instituto que, enfim, foi capaz de promover a dissolução vincular do matrimônio. Os seus efeitos, bem como a legitimidade para a propositura da ação foram disciplinados pelo art. 24 da Lei do Divórcio:

“Art 24 - O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.

Parágrafo único - O pedido somente competirá aos cônjuges, podendo, contudo, ser exercido, em caso de incapacidade, por curador, ascendente ou irmão.”

Portanto, quanto à legitimidade para a propositura da competente ação, tal instituto se assemelhava com o da separação, ou seja, a ação, em princípio, seria de caráter personalíssimo, podendo, de forma subsidiária, ser proposta por ascendente ou irmão do divorciando caso este esteja incurso em algum tipo de capacidade.

Diferentemente do instituto da separação judicial, o divórcio lidava, basicamente, com duas modalidades:

3.2.2.1 – Divórcio por conversão ou divórcio indireto.

Para a concessão do divórcio indireto, era necessário que os cônjuges primeiramente se socorressem da separação judicial, para que depois, três anos após o trânsito em julgado da sentença de separação, pudessem requerer sua conversão em divórcio. Este poderia ser consensual, em procedimento de jurisdição voluntária formulado pelo casal separado ou litigioso, quando não houvesse consenso entre as partes.

O divórcio por conversão foi previsto no Art. 25 da Lei 6.515 de 1977, destacando-se que a mesma foi modificada pela Lei 8.404 de 1992, que deu nova redação ao dispositivo, reduzindo o prazo de conversão de três anos para um ano. Na verdade, a referida lei serviu

²⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil. v.5 – Direito de Família.** p. 284

para adaptar a Lei do Divórcio às mudanças promovidas pela Constituição de 1988, que será objeto de abordagem mais adiante.

“Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.”

Importante notar que o próprio texto legal deixou claro que não haveria maiores delongas numa ação de divórcio, já que a sentença não faria nenhum tipo de menção ao motivo que fora determinante para sua concessão. Portanto, seria inócua a discussão de culpa na conversão. Aliás, ainda que não houvesse discussão de culpa no divórcio, uma previsão legal atingiria em cheio a figura da mulher divorcianda: a possibilidade da perda do nome de casada, conforme previsão contida no art. 25, em seu parágrafo único:

“Art. 25 (...)

Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se alteração prevista neste artigo acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido em decisão judicial.”

Contudo, numa análise do dispositivo, vislumbra-se a possibilidade de a mulher continuar utilizando seu nome de casada em hipóteses bastante plausíveis.

3.2.2.2 – Divórcio direto

O divórcio direto nasceu por uma via transversa no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, tratava-se de uma modalidade de exceção e que só poderia ser aplicado diante das circunstâncias previstas no Art. 40 da Lei do Divórcio:

“Art. 40 – No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977 e desde que completados 5 (cinco) aos, poderá ser

promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e da causa.”

Isto significava dizer que, para que um dos cônjuges pudesse promover a ação de divórcio direto, teria que provar ruptura da vida em comum pelo prazo de 5 (cinco) anos. A situação era excepcional porque guardava duas exigências: a primeira, de que a separação de fato existisse antes de 28 de junho de 1977 e a de que houvesse o prazo de cinco anos passados desde a separação de fato.

Tal dispositivo também teve sua redação modificada pela já referida na Lei 7841, de 17 de outubro de 1989, a fim de adaptar o texto da Lei 6.515 de 1977 ao texto da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu de forma definitiva o divórcio direto, no seu Art. 226, § 6º, como será visto adiante.

Ressalte-se, por fim, que a dissolução do vínculo conjugal, inicialmente, era possível uma única vez, conforme art. 38 da Lei do Divórcio:

“Art 38 - O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez.”

O referido artigo foi revogado pelo art. 3º da Lei 7841/1989. A partir de então, pedidos de divórcio podem ser formulados tantas vezes quantos forem os casamentos contraídos pelo requerente.

Sobre esta modificação, vale oportuna observação dos insignes mestres Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“Nas pegadas do princípio da facilitação do divórcio, a Lei nº 7.841/89 aboliu o limite de concessão de divórcio, antes estabelecido no art. 38 da Lei nº 6.515/77, extinguindo a esdrúxula situação pela qual somente poderia ser concedido um único divórcio por pessoa.”²⁰⁸

3.3 – A Constituição de 1988 à Emenda Constitucional nº 66/2010: a simplificação da dissolução do vínculo conjugal

²⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: Famílias**. p.417

A partir da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro caminhou a passos largos rumo à simplificação dos procedimentos para a dissolução do vínculo conjugal. Antes dela, como já visto, o divórcio direto poderia ser concedido somente em caráter de excepcionalidade. Com seu advento, a Carta Magna institucionalizou o divórcio direito, que passou a ser, inclusive, a forma mais comum de se dissolver o matrimônio.

3.3.1 – A Constituição Federal de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 veio a modificar significativamente o panorama da dissolução do casamento. Reduziu o prazo para conversão em divórcio de três para um ano após o trânsito em julgado da separação judicial. Além disso, instituiu, em definitivo, o chamado divórcio direto, o que possibilitou aos casais separados de fato há mais de dois anos a dissolução do vínculo matrimonial sem passar pelo crivo da separação judicial prévia, simplificando sobremaneira o tortuoso processo de ruptura da vida conjugal:

“Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Assim sendo, os cônjuges não mais precisariam passar por um duplo e desgastante processo: se deparar duas vezes com seu desafeto, pagar custas judiciais duas vezes, honorários advocatícios duas vezes, enfim, experimentar todos os dissabores vindos a reboque da frustração do casamento, duplamente.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em sua obra *O Novo Divórcio*, destacam o avanço trazido pela Carta Magna:

“Nesse contexto, pois, o divórcio direito – entendido como instrumento dissolutório do vínculo matrimonial independentemente de prévia separação judicial – representaria um inegável avanço no tratamento jurídico das relações afetivas casamentarias, pois permitiu que os integrantes de núcleos matrimoniais desfeitos pudessem mais rapidamente realizar seus novos projetos pessoais, junto a outros companheiros de vida.”²⁰⁹

²⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – *O Novo Divórcio*. p.82

Os insignes autores destacam, ainda, o caráter principiológico da modificação trazida pela Lei Maior, salientando que esta “é uma inequívoca aplicação do princípio da função social da família; a promoção da dignidade de cada membro do núcleo familiar, bem como a criação da ambiência necessária à realização pessoal e à busca da felicidade de cada indivíduo são também papel da família em qualquer sociedade que alicerce seus fundamentos no Estado de Direito.”²¹⁰

Nesse sentido também a opinião abalizada da doutrinadora Maria Berenice Dias, destacando o papel fundamental da Constituição de 1988 em relação à dissolução do casamento:

“Com a Constituição de 1988 o indivíduo passou a ser mais importante do que seu próprio patrimônio, sendo assim eliminado o caráter obstaculizador da separação, deixando de ser necessária para a obtenção do divórcio e perdendo significativamente sua relevância no ordenamento jurídico, já que passou a não ser elemento obrigatório para se dissolver a sociedade e o vínculo conjugal. Assim, a Lei Maior de 1988 aboliu o caráter patrimonialista da separação, importando-se muito mais com a dignidade da pessoa dos cônjuges, ao possibilitar, inclusive, o divórcio direto, respeitando o princípio da autodeterminação e da deterioração factual.”²¹¹

Como se pode observar pela análise do dispositivo constitucional, o mesmo encerra os dois tipos de divórcio que a partir daí seriam observados: na primeira parte, o divórcio indireto ou por conversão, ou seja, aquele que não pode prescindir de prévia separação judicial, em qualquer das suas modalidades, enquanto a segunda parte prevê a decretação de divórcio caso se comprove a separação de fato por mais de dois anos, comprovação esta que poderia ser feita pela simples declaração de duas testemunhas.

Em sua obra *Direito Civil Brasileiro*, Carlos Roberto Gonçalves destaca tais modificações trazidas pelo Art. 226, §6º da Constituição Brasileira:

“A Constituição de 1988 modificou, no entanto, esse panorama, reduzindo o prazo de separação judicial para um ano, no divórcio-conversão, e criando uma modalidade permanente e ordinária de divórcio direto, desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos. A Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, limitou-se à adaptar a Lei do divórcio à nova Constituição. Deu, porém, nova redação ao art. 40 da referida lei, excluindo qualquer possibilidade de discussão a

²¹⁰ *Idem - Ibidem*

²¹¹ DIAS, Maria Berenice – **Divórcio Já!** p.20

respeito da causa eventualmente culposa da separação. O único requisito para o divórcio direto passou a ser, assim, a comprovação da separação de fato por mais de dois anos.”²¹²

Entretanto, durante algum tempo, mesmo com as alterações trazidas pela Constituição de 1988, as duas formas de dissolução do casamento coexistiram, em que pese o divórcio direto ter se tornado a forma mais comum de se dissolver o casamento, haja vista que se fundava apenas no lapso temporal de mais de dois anos de ruptura de vida em comum, se a discussão de outros aspectos tais como culpa, que (ainda) era discutida na seara da separação judicial.

Na sua obra *Direito Civil: Família*, José Maria Leoni Lopes de Oliveira discorre a respeito:

“Mas merece destaque que nesse sistema, mesmo com as alterações posteriores, continuava a existir um sistema dual de término do casamento: a) a dissolução da sociedade conjugal, por meio da ação de separação judicial, que poderia ser litigiosa ou consensual; b) o rompimento do casamento pelo divórcio, que poderia ser direto ou por conversão. Além disso, a separação poderia ser consensual ou litigiosa, sendo que esta última poderia ser com atribuição de culpa ou sem atribuição de culpa. Esse sistema recebia várias críticas de parte da doutrina pátria, no sentido, no sentido da desnecessidade de se admitir a separação judicial num sistema que tinha o divórcio. Realmente, o sistema era incoerente, pois o divórcio que rompia o vínculo do casamento passou a não admitir mais a discussão de culpa, bastando a prova da separação de fato por mais de dois anos contínuos, enquanto a simples separação judicial, que tão somente dissolvia a sociedade conjugal, continuava a admitir a atribuição de culpa.”²¹³

3.3.2 – O Código Civil de 2002: estagnação ou retrocesso?

A Lei 10.406 de 2002, Código Civil Brasileiro, longe de pretender inovar, manteve o sistema binário de dissolução do casamento. Os artigos 1571 a 1582, num total de 12 dispositivos, cuidaram de praticamente repetir aquilo que estava disposto na Lei do Divórcio, com todas as suas modificações até então sofridas.

O artigo 1571 dispôs sobre as hipóteses de dissolução do casamento, que seriam: morte, nulidade ou anulação, separação judicial e divórcio, deixando claro o seu parágrafo

²¹² GONÇALVES, Carlos Roberto – *Direito Civil Brasileiro, v.6 – Direito de Família*. p. 269

²¹³ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de – *Direito Civil: Família*. p.208

único que somente a morte e o divórcio dissolvem o casamento válido. Isto porque a separação só dissolve a sociedade conjugal, enquanto que a nulidade e a anulabilidade dissolvem um casamento inválido (invalidade absoluta e relativa, respectivamente).

3.3.2.1 – A separação judicial no novo diploma civil

As modalidades de separação judicial foram mantidas, conforme já exposto. O caput do art. 1572 trouxe a previsão da separação litigiosa com causa culposa (separação-sanção). Seus parágrafos trataram da separação-falência (art. 1572, §1º), separação-remédio (Art. 1572 §§ 2º e 3º). Por fim, a separação consensual foi tratada no art. 1574.

Todos os lapsos temporais foram mantidos, bem como as causas culposas, que seriam a infração de um dos deveres do art. 1566 (fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, educação e guarda dos filhos; respeito e consideração mútuos). Também haveria culpa no caso da insuportabilidade da vida em comum provocada pela ocorrência de uma das hipóteses do art. 1573 (adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; conduta desonrosa).

O Código de 2002 também manteve as premissas da separação: pôr termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, além de pôr termo ao regime de bens escolhido para o casamento, conforme disposição contida no art. 1576.

Em relação a legitimidade para propositura da ação, esta foi mantida a cargo do próprio cônjuge separando e em situações excepcionais a cargo do curador, ascendente ou irmão do separando, caso este esteja incurso em incapacidade, previsão esta contida no art. 1576.

Quanto ao elemento cristão ainda mantido pela separação, ou seja, o arrependimento, a reconciliação, este restou disposto no art. 1577, deixando evidente que os cônjuges poderiam, a qualquer tempo, restabelecer a sociedade conjugal através de ato regular em juízo.

Por fim, importante ressaltar que o art. 1578 previa uma das possibilidades de punição para o cônjuge que fosse culpado pela separação do casal. Esta seria a de perder o direito ao uso do sobrenome do outro. Mas é importante salientar que tal hipótese também era mitigada:

“Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.”

O eminente Carlos Roberto Gonçalves, explica que “o culpado só pode continuar a usar o nome que adotou quando do casamento se com isso concordar o outro cônjuge.”²¹⁴

Contudo, como se depreende do texto legal, mesmo havendo oposição por parte do cônjuge inocente, será possível manter o nome de casado, nas hipóteses excepcionadas pelo art. 1578.

O inciso I do referido artigo é aplicável aos casos em que alguém se tornou famoso fazendo uso do sobrenome do outro cônjuge, como por exemplo, no meio musical, cultural, literário, artístico de uma forma geral. Se o sobrenome estiver ligado a atividades comerciais e industriais, será possível pedir ao juiz para mantê-lo.

Já o inciso II se aplica às hipóteses nas quais os filhos foram registrados apenas com o sobrenome do pai, sem que nenhum sobrenome da mãe seja utilizado. Logo, caso a mulher perca o sobrenome do marido, haverá então a manifesta distinção entre o nome que ela passará a utilizar e o sobrenome dos filhos.

Por fim, o inciso III é dirigido, genericamente, às hipóteses em que o cônjuge conseguir provar que sofrerá grave dano caso venha a perder o sobrenome que ao se casar incorporou do outro cônjuge. Um exemplo dessa hipótese seria o nome do marido ter sido atribuído ao estabelecimento comercial da mulher e registrado como firma comercial.

O jurista Sílvio Venosa, em sua obra *Direito Civil: Direito de Família* tece importante crítica a respeito:

“O atual Código, no afã de equilibrar os direitos do homem e da mulher, como vimos, permite que qualquer dos cônjuges acrescente ao seu o sobrenome do outro cônjuge (art. 1565, § 1º), embora dificilmente ocorra que o homem assumo o nome da esposa, por nosso costume. Hoje, há que se falar em questões relativas ao nome dos cônjuges casados ou divorciados e não unicamente em nome da mulher casada ou divorciada. No mais, foram mantidos no vigente Código, em princípio, as mesmas situações do direito anterior com relação ao nome dos separados e divorciados.”²¹⁵

²¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto – *Direito Civil Brasileiro, v.6 – Direito de Família*. p. 264

²¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo – *Direito Civil, v.6: Direito de Família*. p. 161

3.3.2.2 – O divórcio no novo diploma civil

O Código Civil de 2002 dedicou pouquíssimos artigos ao instituto do divórcio. A rigor, apenas quatro dispositivos foram dedicados à dissolução do vínculo matrimonial.

O art. 1579 é o primeiro dos artigos a abordar o instituto e dispõe que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, o que é até bastante óbvio, uma vez que tal previsão já se encontra no capítulo dedicado ao Poder Familiar, que vem a ser nada mais nada menos do que o conjunto de direitos e deveres que os pais possuem em relação aos filhos enquanto estes não alcançam a maioridade civil.

Por sua vez, o art. 1580 manteve a linha definida pela Constituição de 1988. O texto constitucional já fizera com que o a Lei do Divórcio fosse a ela adaptado através da Lei 7841, de 1989, conforme já mencionado anteriormente. Desta forma, dispõe o diploma legal civil que:

“Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Portanto, como é possível observar, o caput do referido artigo trata do divórcio por conversão, acrescentando o parágrafo 1º que não e feito nenhum tipo de referência aos motivos que determinaram a separação, deixando claro que, no divórcio, apenas o fato tempo é determinante para sua concessão e não as causas, como ocorre na separação-sanção.

Por seu turno, o parágrafo 2º traz a previsão de divórcio direto, após dois anos de separação de fato, que deveria ser comprovada. Esta comprovação, via de regra, era feita com a declaração de testemunhas que tinham conhecimento do rompimento e do lapso temporal existente a partir dele.

Já o art. 1581 cuida da questão patrimonial, estabelecendo que “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”, o que trouxe significativa mudança em relação à Lei do Divórcio, que assim dispunha:

“Art 31 - Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens.”

O jurista Paulo Nader assim discorre sobre o tema:

“A Lei do Divórcio, pelo art. 31, condicionava a dissolução do vínculo à partilha de bens. A regra visava à proteção da mulher, pois os negócios e a administração do patrimônio do casal eram regidos pelo varão. A disposição gerou divergência entre os julgados, admitindo alguns acórdãos o decreto de divórcio anterior à partilha, pois esta muitas vezes era complexa e em muito retardava a dissolução do casamento. O Superior Tribunal de Justiça chegou a editar a Súmula nº 197, assim enunciada: “o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.”²¹⁶

Portanto, o advento do Código Civil trouxe consigo a possibilidade de dissolução do casamento sem prévia partilha de bens, o que significa dizer que, muito embora o vínculo matrimonial fosse rompido entre os cônjuges, os bens poderiam permanecer em condomínio, até ulterior deliberação.

Resta claro, mais uma vez que, em consonância a Constituição de 1988 e sua preocupação com fatores mais pessoais e menos patrimoniais, o fracasso da vida a dois poderia ser resolvido de pronto no plano pessoal, sem que necessariamente o plano patrimonial fosse debatido.

Quanto ao tema, a jurista Maria Helena Diniz assim discorre:

“Assim, o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, que poderá dar-se ulteriormente em ação ordinária ajuizada para esse fim, dividindo o patrimônio dos ex-cônjuges conforme o regime de bens.”²¹⁷

Contudo, vale ressaltar que muito embora o dispositivo permita a ruptura do vínculo sem que a questão dos bens seja decidida no mesmo momento, o divórcio estabelece fim ao regime de bens do casamento. Desta forma, uma vez concedido, não há que se falar em eventual comunicação de bens adquiridos em data posterior à sua concessão.

²¹⁶ NADER, Paulo- **Curso de Direito Civil, v 5: Direito de Família.** p. 279

²¹⁷ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil, v.5: Direito de Família.** p.354

Por fim, o art. 1582 destaca o caráter personalíssimo do divórcio, assim como o da separação judicial, conferindo-se legitimidade apenas aos cônjuges para a propositura da ação, exceto em situações de incapacidade:

“Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.”

A propósito deste tema, o já citado jurista Paulo Nader assim pondera:

“A propositura é vedada a qualquer outra pessoa, afora os cônjuges, consoante disposição expressa no caput do art. 1582 do Código Civil, dado que a ação é personalíssima. Em caso, todavia, de incapacidade, de acordo com o parágrafo único do art. 1580, a parte pode ser representada por curador, ascendente ou irmão. Esta relação é taxativa, *numerus clausus*. A Lei Civil presume, de um lado, que tais pessoas queiram defender os interesses do incapaz; de outro, que é impróprio ao filho questionar em nome de um dos pais em face do outro.”²¹⁸

Portanto, esta foi a única alteração significativa trazida pelo Código Civil de 2002, limitando-se o diploma legal, no mais, a repetir dispositivos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.2 – O advento da Lei 11.441/07: a possibilidade de realização de separação judicial e divórcio em cartório extrajudicial

O passo definitivo em relação à simplificação de procedimentos para a dissolução do casamento foi dado pela entrada em vigor da Lei 11441/07, que veio a possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, ou seja, em cartório extrajudicial, o equivalente às conservatórias no direito português.

Os casais que desejassem dissolver o matrimônio de forma amigável, em qualquer uma dessas modalidades, não havendo filhos menores ou incapazes e respeitando-se os prazos previstos na lei civil, poderiam fazê-lo mediante escritura pública a ser realizada no referido cartório e lavrada perante o tabelião de notas, sem necessidade de homologação judicial.

²¹⁸ NADER, Paulo- **Curso de Direito Civil, v 5: Direito de Família.** p. 279

Importante frisar que, nesse momento histórico, ainda havia a exigência de lapso temporal de mais de um ano de casamento para que pudesse ser requerida a separação amigável e de mais de dois anos de separação de fato para que pudesse ser requerido o divórcio.

Nessa esteira, a lei alterou sobremaneira o Direito das Sucessões e o Direito de Família, permitindo um procedimento extremamente simples e célere para a realização dos referidos procedimentos, desde que houvesse consenso entre as partes envolvidas, premissa básica para sua viabilidade, já que a figura do tabelião se limita tão somente a homologar acordos de vontades, não proferindo qualquer juízo de valor a respeito das questões a ele levadas.

O diploma legal, no que se refere ao Direito de Família, acrescentou o art. 1124-A ao então vigente Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973:

“Art. 3º A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

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.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

Depreende-se do texto legal, em primeiro lugar, que a partir de então, observados os prazos naquele momento existentes para formulação dos pedidos de separação judicial consensual (estar casado há mais de um ano) e de divórcio consensual (estar separado de fato há mais de dois anos) e desde que não houvesse filhos menores ou incapazes, por força de

uma necessidade de intervenção do Ministério Público se houvesse incapazes, a separação e o divórcio poderiam ser realizados por escritura pública.

Seguindo as disposições processuais relativas a procedimentos de jurisdição voluntária do Código de Processo Civil no que se refere à dissolução do casamento, conforme previsão do Art. 1121 daquele diploma legal, obrigatoriamente deveriam constar da escritura cláusulas referentes à descrição e partilha de bens comuns, pensionamento ou não entre os próprios cônjuges, bem como disposições sobre a manutenção do nome de casado ou retomada do nome de solteiro.

Além disso, seria necessário que os contratantes estivessem assistidos por advogado comum ou por advogados de cada um deles, não se permitindo que os separandos ou divorciandos pudessem tratar da questão diretamente nos cartórios, o que foi um pleito da Ordem dos Advogados do Brasil durante o processo de elaboração da lei.

A escritura de separação ou de divórcio não necessitariam de homologação judicial: bastariam como título hábil para promover as devidas modificações junto ao cartório do Registro Civil, bem como do Registro de Imóveis.

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald comemoram o advento desta lei, que veio num rastro de facilitação crescente dos procedimentos para dissolução do casamento, iniciado pela Carta Magna de 1988:

“Conectada nesse espírito facilitador, adveio a Lei nº 11.441/07, permitindo o divórcio consensual, em qualquer de suas modalidades, por meio de escritura pública, em sede administrativa, independentemente de homologação judicial, desde que não haja interesse de incapaz.”²¹⁹

O jurista Carlos Roberto Gonçalves também tece comentários ao tema:

“Visando racionalizar as atividades processuais e simplificar a vida jurídica dos cidadãos, bem como evitar uma indevida intromissão do Estado na vida privada, a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, facultou a realização das separações, divórcios e partilhas consensuais por meio de escritura pública lavrada em cartório de notas, quando toso os interessados forem capazes e concordes com os termos do ajuste, afastando a obrigatoriedade do procedimento judicial.”²²⁰

²¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: Famílias**. p.417

²²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, v.6 – Direito de Família**. p. 224

A notável jurista Maria Berenice Dias salienta a importância da mudança trazida pela Lei, destacando a sensibilidade do legislador ao permitir a simplificação da ruptura do casamento:

“Nada justifica que, para pôr um fim ao casamento, seja necessária a intervenção do Poder Judiciário. Principalmente quando o divórcio é consensual, totalmente dispensável que sua dissolução dependa da contratação de advogado ou da chancela do juiz com a audiência das partes. O legislador foi sensível ao movimento de desjudicialização dos conflitos, simplificação dos procedimentos, desburocratização dos serviços públicos, visando a desafogar a justiça. Por isso, ao menos quando não existem filhos menores ou incapazes, o divórcio pode ser levado a efeito na via administrativa.”²²¹

Já o autor Rolf Madaleno chama atenção para o aspecto da livre escolha por parte dos cônjuges, ressaltando apenas a diferença em relação à publicidade do ato, em razão da forma escolhida:

“Separação e divórcio extrajudiciais amigáveis estavam normatizados pela Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, em decorrência das alterações e acréscimos de dispositivos legais verificados no Código de Processo Civil de 1973. Os cônjuges têm a livre escolha entre o caminho judicial ou extrajudicial de seu divórcio, mas contem com o segredo de justiça apenas na versão judicial, pois os atos jurídicos, quando formalizados pelo notário, são atos públicos, ou seja, seu conhecimento é de domínio público, podendo não interessar aos divorciandos o livre acesso autorizado por lei ao divórcio formalizado por escritura pública.”²²²

3.3.3- A Emenda Constitucional nº 66/2010

Sem sombra de dúvidas, o ponto alto da simplificação da dissolução do casamento no Brasil ocorreu com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 14 de julho de 2010, que modificou o Artigo 226, § 6º da Constituição Federal, suprimindo do texto legal original a exigência do lapso temporal de um ano após prévia separação judicial para a concessão do divórcio por conversão, bem como a exigência de comprovada separação de fato por mais de dois anos, como demonstra o comparativo entre os dois textos:

²²¹ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. p. 326

²²² MADALENO, Rolf – **Manual de Direito de Família**. p. 93

Redação original do § 6º do art. 226 da Constituição Federal	Atual redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal
“§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”	“§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

A referida Emenda, ao encurtar o texto original da Constituição Federal de 1988 criou uma verdadeira polêmica: teria a mesma tornado o divórcio, realmente, um mero direito potestativo? Teria, ainda, ao suprimir do texto legal da Lei Maior a referência à separação judicial, promovido uma revogação tácita deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro? Teria, em vez de revogação tácita, relegado a separação judicial a um inexorável desuso? Ou estaria, ainda, plenamente vivo e vigente o instituto da separação judicial?

Parece lógico, entretanto, que a referida Emenda veio fechar um ciclo de evolução que teve início com a Lei do Divórcio, em 1977. Como já dito anteriormente, para que esta lei nascesse, houve um acordo entre as alas divorcista e antidivorcista do Congresso Nacional a fim de que se criasse um sistema dual de dissolução do matrimônio. Entretanto, com o passar do tempo, restou evidente que tal sistema, com base na moral religiosa, não mais poderia se justificar. O mundo ocidental gradativamente se inclinou para a interferência cada vez menor do Estado na intimidade e na vida privada dos cidadãos, bem como na instituição familiar.

Nesse sentido, pontua o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

“A realidade é que a Constituição Federal eliminou de seu bojo a única referência que fazia à separação judicial. Não se limitou a suprimir os prazos, senão também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Ante tal constatação, é de se perguntar: qual seria o objetivo de manter em vigor o instituto da separação judicial, se ela não mais pode ser convertida em divórcio? E mais: para que serve a separação judicial com imputação de culpa ao cônjuge (adulterio, por exemplo) se este pode, em contrapartida, ajuizar, tornando prejudicada aquela demanda, ação de divórcio, que só pode ser negada pelo Judiciário se o requerente não for casado, uma vez que não subsiste mais nenhum requisito objetivo ou subjetivo para sua concessão, a não ser o mencionado estado civil?”²²³

²²³ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. p.204

Mesmo entendimento possuem os juristas Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

“Como primeiro impacto da Emenda do Divórcio a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico. Verifica-se que os fins sociais da norma, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução, são de justamente colocar fim à categoria. Pensar de forma contrária torna totalmente inútil o trabalho parlamentar de reforma da Constituição Federal.”²²⁴

De fato, a maioria dos doutrinadores brasileiros tem opinado no sentido que, de qualquer forma, a separação judicial não mais merece prosperar no sistema jurídico do Brasil. Os lapsos temporais a serem respeitados, as infindáveis discussões acerca da culpa pela violação dos deveres matrimoniais deixaram, há muito, de fazer qualquer sentido.

Não é diferente a opinião dos festejados doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que brilhantemente arrematam:

“Sem dúvidas, não mais faz sentido (prático ou jurídico) manter a (obsoleta) separação, que não consegue terminar o que se propõe a fazer. Até porque a *ratio essendi* da separação sempre foi a posterior conversão em divórcio. Ora, se com a Emenda Constitucional multicitada eliminou a figura do divórcio obtido por conversão, mantendo, tão só, um divórcio direto, independentemente de qualquer prazo ou causa, cessa, por conseguinte, a utilidade prática do instituto da separação. Pensar de modo contrário atenta contra a *mens legis* da Emenda Constitucional nº 66/10, conferindo sobrevida a um instituto jurídico (separação) esvaziado de funcionalidade, na medida em que não mais poderá conduzir à conversão em divórcio. Ou seja, a separação se revela inócua juridicamente e, além disso, os efeitos que são pretendidos por meio dela podem ser, comodamente, obtidos através da separação de fato.”²²⁵

O grande jurista Zeno Veloso também expressa opinião semelhante em artigo publicado no sítio do IBDFAM:

“Numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e

²²⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil, v.5: Direito de Família**. p. 167

²²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: Famílias**. p. 397

extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional - que é de estatura máxima - e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente”.²²⁶

Para que se entenda qual foi o verdadeiro propósito buscado pelo legislador, é necessário que se faça uma digressão a fim de que se compreenda o contexto no qual surgiu a referida Emenda Constitucional.

Como já visto, a dissolução do casamento caminhou a passos lentos, desde uma fase de indissolubilidade até o sistema dualista trazido pela Lei do Divórcio. Dentro deste sistema dualista, chegou-se ao absurdo de ser possível dissolver a sociedade conjugal (através da separação judicial) mantendo-se o vínculo conjugal, que só poderia se concretizar mediante o divórcio do casal.

A separação judicial sempre esteve vinculada a lapsos temporais, como nos casos da separação consensual, separação-falência e separação-remédio ou à existência de culpa por parte de um dos cônjuges, fundada na violação dos deveres matrimoniais. Quando a vontade de romper o matrimônio era mútua, havia a necessidade de esperar o decurso de um ano da celebração do casamento para que pudesse haver motivação para separação judicial, ainda que o amor e o afeto tivessem acabado.

Por outro lado, se somente um dos cônjuges desejasse a separação judicial, tinha que comprovar a ruptura da vida em comum há mais de um ano ou provar que grave doença mental, cuja cura fosse improvável, acometera o outro cônjuge há mais de dois anos. Não fosse pelo lapso temporal, dentro de uma das hipóteses referidas, somente a atribuição de culpa poria fim ao casamento a qualquer tempo.

A culpa, conforme já referido anteriormente, acabava por punir a mulher, na maioria das vezes, dada a sua consequência: perda do direito ao nome de casado, perda do direito alimentos, perda do direito à guarda dos filhos. Isto porque muito embora o Código Civil de 2002 viesse a permitir que qualquer cônjuge, assim desejando, acrescentasse o nome do outro, esta era uma prática difundida entre as mulheres, por conta da sociedade ainda conservadora e carregando consigo ranços de um machismo trazido desde os tempos do Direito Romano, onde havia uma sociedade extremamente patriarcal. Pelo mesmo machismo, muitas mulheres

²²⁶ VELOSO, Zeno – **O novo divórcio e o que restou do passado**. [Em linha]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. [Consult. 11 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/661/O+Novo+Div%C3%B3rcio+e+o+Que+Restou+do+Passado>

deixavam de trabalhar por imposição de seus maridos, vivendo às expensas dos mesmos e, portanto, criavam dependência econômica que justificaria o pleito de pensão alimentícia, quando do rompimento do casamento. E por conta de um maior convívio com os filhos, acabavam obtendo a guarda na maioria dos casos em que houvesse separação do casal.

Nessa esteira, através do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, criado em 1997 com o intuito de desenvolver e divulgar o conhecimento sobre o Direito de Família, congregando entre seus membros advogados, assistentes sociais, defensores públicos, psicólogos, juízes, promotores, desembargadores, procuradores de justiça e estudantes.

Pelas mãos dos juristas do IBDFAM nasceu a iniciativa de proposta de emenda à Constituição, pelas mãos do então deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05), que na justificativa da proposta de emenda, assim a apresentou:

“A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos. Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos

filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.”²²⁷

A PEC foi reapresentada posteriormente pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

A referida PEC gerou críticas por parte de alguns segmentos da sociedade, em especial a CNBB, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, como mostra trecho de reportagem à época:

“A CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) criticou nesta quinta-feira (21) a aprovação em primeiro turno pela Câmara dos Deputados de proposta que elimina a exigência de um prazo mínimo de separação para os casais requererem o divórcio. Na opinião do vice-presidente da entidade, dom Luiz Soares Vieira, ao se facilitar o fim do casamento, acaba-se "banalizando" a questão. "Se facilitar muito, eu acho que se banaliza mais ainda o matrimônio, que já está banalizado. O único problema é esse. Daqui a pouco, a pessoa vai na frente de qualquer juiz e diz que não é mais casada e depois vai na frente de qualquer ministro de igreja e casa de novo. É banalizar demais uma coisa que é muito séria.”²²⁸

Aprovada pela Câmara dos Deputados, a PEC seguiu então para o Senado Federal, onde recebeu uma nova numeração (PEC 28/2009) e ganhou uma nova e curiosa nomenclatura: “PEC do amor”. Isso porque na visão do legislador, ao contrário da visão de “banalização do casamento” por parte da CNBB, via-se no projeto a possibilidade de uma pessoa se libertar das amarras de um relacionamento frustrado sem ter que discutir culpa ou se submeter ao lento passar dos dias para que pudesse se divorciar.

O que se imaginava, na verdade, é que com a facilitação do divórcio, mais casamentos aconteceriam, afinal aqueles que tinham dificuldade para romper o vínculo matrimonial, não mais a enfrentariam e aqueles que tinham medo do casamento pela dificuldade imposta em relação à sua dissolução certamente o perderiam.

²²⁷ **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 413/2005.** [Em linha] [Consult. 11 Mar. 2019] Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>

²²⁸ **“Para CNBB, PEC do Divórcio “banaliza” o casamento; OAB defende mudança na Lei.** ANDRADE, Claudia. [Em linha] [Consult. 12 Mar. 2019] disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/05/21/lutl5772u4070.jhtm>

Detalhe importante é que para que pudesse ser aprovado no Senado Federal, suprimiu-se uma expressão na parte final do dispositivo até então sugerido, conforme pode ser inferir abaixo:

Proposta inicial na Câmara dos Deputados PEC 413/05 e PEC 33/07	Proposta aprovada pelo Senado Federal PEC 28/09
“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, na forma da lei.”	“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Os juristas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho justificam a necessidade de tal mudança:

“Tal supressão, aparentemente desimportante, reveste-se de grande significado jurídico. Caso fosse aprovada em sua redação original, correríamos o sério risco de minimizar a mudança pretendida, ou, o que é pior, torná-la sem efeito, pelo demasiado espaço de liberdade legislativa que a jurisprudência poderia reconhecer estar contida na suprimida expressão. Vale dizer, aprovar uma emenda simplificadora de divórcio com o adendo “na forma da lei”, poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocada e retrógradas, justamente o que a Emenda quer impedir.”²²⁹

3.3.4 – O fim da separação judicial?

Uma pergunta recorrente após as mudanças definitivas trazidas pela Emenda Constitucional nº 66/2010 é a seguinte: teria sido o instituto da separação judicial fadado à extinção? Houve revogação tácita da norma infraconstitucional, por se tornar, de certa forma, incompatível com a Lei Maior? Haveria tal incompatibilidade, realmente?

O tema não é simples e de fácil resposta. Respeitáveis autores como Maria Helena Diniz²³⁰, Washington de Barros Monteiro²³¹ e Regina Beatriz Tavares, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes²³², Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²³³ entendem que o texto constitucional se limitou a não mais exigir

²²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. p. 549-550

²³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.5. 31ª ed. p. 271

²³¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. **Curso de Direito Civil**. v.2, p.355

²³² TEPEDINO, Gustavo, Barbosa, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de – **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. p.129

²³³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código Civil Comentado**. p. 2061

prazo de separação de fato para a concessão do divórcio, contudo não teria eliminado o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico.

Nesse sentido também o Enunciado 514 do CJF: “A EC 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.” O Enunciado 515 do CJF, por sua vez, defende que “art. 1574, caput. Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual”. Também o Enunciado 517 do CJF entende que ainda subsiste o divórcio por conversão, mas agora sem qualquer prazo: “Art. 1580. A Emenda Constitucional 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

Ressalte-se que, ainda que entenda que a separação judicial continua em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, Maria Helena Diniz reconhece que “diante da reforma constitucional, como para o prazo de divórcio não há carência, facilitando a dissolução do vínculo conjugal, o instituto da separação está fadado a desaparecer do nosso cenário jurídico”.²³⁴

Por outro lado, outros não menos renomados doutrinadores sustentam que, com o advento da EC nº66/2010, aboliu-se a figura da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, seja na modalidade litigiosa ou consensual, assim como não há como se falar mais em divórcio por conversão, mas tão somente em divórcio, não se exigindo qualquer prazo de separação para sua concessão. São eles Maria Berenice Dias²³⁵, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal²³⁶, Rodrigo da Cunha Pereira²³⁷, Rolf Madaleno²³⁸, além de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho²³⁹, dentre outros.

A propósito, vale destacar o entendimento destes últimos autores citados:

“Sob o prisma jurídico, como o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o strepitus fori – porquanto pode o casal partir diretamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, pois, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos. E o fato de a separação admitir a reconciliação do casal – o que não seria possível após o divórcio, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam se casar de novo – não

²³⁴ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Op. Cit.**, 2017. p. 274

²³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 305

²³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENTHAL, Nelson. **Famílias**. p. 397

²³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. p. 55

²³⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. p. 217

²³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. p. 553

serve para justificar a resistência do instituto, pois as suas desvantagens são, como vimos acima, muito maiores. Ademais, uma simples observação do dia a dia forense permite constatar que não são tão frequentes os casos em que há um arrependimento posterior à separação judicial, dentro de um enorme universo de separações que se convertiam em divórcios. Muito bem, a partir da promulgação da Emenda o instituto da separação judicial desapareceu de nosso sistema, por conta de uma não recepção. Com isso, consideramos tacitamente revogados os arts. 1572 a 1578, perdendo também a redação do art. 1571 no que tange à referência ao instituto da separação. Não há mais espaço também para o divórcio indireto, pois, com o fim da separação judicial, não há mais o que ser convertido (art. 1580).²⁴⁰

Entretanto, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2017, entendeu que a separação judicial subsiste no ordenamento jurídico, à luz, inclusive, do novel Código de Processo Civil de 2015, não tendo sido então abolida pelo advento da Emenda Constitucional nº 66/2010:

“1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento em divórcio. O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio. São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.247.098/MS. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.3.17, Dje 16.5.17)²⁴¹

Tal decisão, em sentido contrário ao posicionamento dominante entre os doutrinadores da atualidade, revelou-se bastante controversa, suscitando várias críticas por manter, desnecessariamente, um sistema dualista de dissolução do casamento, quando o espírito da lei, externado na própria justificativa do Projeto de Emenda Constitucional que ensejou o advento da EC nº 66/2010, sinalizava que a intenção era extinguir o anacrônico instituto da separação judicial.

Ainda que este possa ser o entendimento atual das instâncias superiores, o cotidiano forense costuma não ser condescendente com a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico. Vários são os processos extintos por falta de interesse de agir, entendendo-se que deve haver uma vedação ao retrocesso, pois já que o indivíduo pode mais,

²⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional.** p. 553

²⁴¹ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** – 4ª Turma – Recurso Especial nº 1.247.098. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 14/03/2017. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 16/05/2017.

por que se dar menos? Se o cônjuge pode ser divorciar e dissolver o vínculo, por que se dissolver apenas a sociedade conjugal.

Por tratar este trabalho do direito comparado luso-brasileiro, nada melhor do que se socorrer dos ensinamentos do grande jurista português J.J. Gomes Canotilho, a partir do qual torna-se possível identificar alguns pontos, à luz da hermenêutica constitucional contemporânea, que levariam à conclusão de que a separação judicial encontrou seu fim.

Em primeiro lugar, o insigne autor dispõe sobre o Princípio da máxima efetividade ou da eficiência:

“A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada á tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.²⁴²

Portanto, baseado nesta premissa, chega-se à conclusão que a manutenção do burocrático modelo dualista de dissolução do casamento não traz a eficácia pretendida.

Além disso, o Princípio da Força Normativa da Constituição, assim explicado pelo autor, também corrobora o mesmo entendimento:

“Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente deve dar-se primazia a soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.”²⁴³

A separação judicial viola tal premissa, pois se choca frontalmente com a otimização pretendida pela emenda e com a idéia de atualização da Carta Magna.

Por fim, vale destacar o Princípio da Interpretação das Leis em Conformidade com a Constituição, segundo o qual “no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição.”²⁴⁴

Logo, segundo este princípio, verifica-se que, de acordo com o Texto Maior, não se justifica a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁴² CANOTILHO, J.J.Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p.1224

²⁴³ *Idem* – **Op. Cit.** p. 1225

²⁴⁴ *Idem* - **Ibidem**

CONCLUSÃO

Depreende-se, de todo o exposto, num estudo comparado entre o ordenamento jurídico português e o brasileiro que, não obstante a enorme influência que sofreram por parte da religião, sobretudo da Igreja Católica, houve uma significativa evolução no processo de dissolução do casamento em ambos os países, criando-se, gradativamente, uma maior facilitação para aqueles que não mais desejam levar uma vida em comum.

A indissolubilidade do casamento, decorrente de sua natureza sacramental dentro da religião católica, foi lentamente sendo minada, e acabou por ruir, atendendo assim às transformações que a sociedade impunha.

Apesar de ambos os países conviverem com um ordenamento jurídico que ainda estabelecem um sistema dualista de dissolução matrimonial, possibilitando tanto a separação de pessoas e bens e o divórcio, em Portugal, como a separação judicial e o divórcio, no Brasil, observa-se o divórcio tem se revelado o instrumento mais utilizado para aqueles que não mais desejam possuir uma vida em comum.

O divórcio passou de um instrumento quase que inimaginável no passado para um instrumento rápido e eficaz para a dissolução do casamento, prescindindo de prévia separação e não mais estando adstrito a lapsos temporais, tornando-se um direito potestativo, que pode ser exercido a qualquer tempo e por qualquer motivo.

Havia um temor que a facilitação no uso desse instituto pudesse acarretar a banalização do casamento, razão pela qual sofreu muita resistência por parte de parlamentares mais conservadores e até mesmo por parte da sociedade, igualmente conservadora.

Entretanto, partindo-se da premissa de que o Estado procura cada vez menos se imiscuir na vida privada dos seus jurisdicionados, o processo evolutivo da dissolução matrimonial, que culminou com o divórcio, longe de significar a banalização deste secular instituto, talvez, sem querer, tenha logrado êxito na perpetuação do mesmo, pois a partir do momento em que permite a dissolução de casamentos fracassados, abrem-se as portas para a recomposição da vida dos divorciados.

Quantas e quantas pessoas só se socorrem do instituto quando passam a planejar novo matrimônio, muitas vezes depois de longo tempo de separação de fato?

A própria Igreja Católica, a despeito de até hoje considerar o casamento indissolúvel e não permitir o divórcio, já que o matrimônio até hoje é um de seus sete sacramentos, pouco a pouco passou a tolerar e até conviver bem com a ideia de que o divórcio é uma realidade no cotidiano do direito civil, e este convívio harmônico é bastante salutar, dada a enorme

importância que a Igreja teve e até hoje tem em ambos os países, tendo sido responsável, em tempos remotos, por trazer para o Direito Romano – cuja influência no sistema jurídico desses países foi notória – valores como respeito, dignidade e proteção para aqueles que instituíssem família através do casamento.

A nova estrutura do divórcio significa o triunfo da ética, do direito, da liberdade sobre a própria vida, em detrimento da intervenção indesejável do Estado na vida privada.

Afinal, faz parte da essência do ser humano a infindável busca pela felicidade.

E a busca desta felicidade faz com que cada vez mais ganhe corpo a família que é chamada pela doutrina de “família eudemonista”, que vem do grego *eudaimonia*, que significa felicidade.

O eudemonismo nada mais é do que a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade”.

E, curiosamente, pelos destinos que a vida reserva ao ser humano, a busca pela felicidade, por muitas vezes, passa pelo processo de dissolução do casamento, doloroso, mas necessário quando há um fracasso na vida a dois.

Somente assim é possível o recomeço. E, desta forma, a saga pela busca da felicidade continua.

BIBLIOGRAFIA

Geral

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito de família e das sucessões**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6205-1

BÍBLIA de Jerusalém. São Paulo, Edições Paulinas, 1986. ISBN 84-599-1831-9

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família** – 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6493-2

CANOTILHO, Joaquim José Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-2107-2

CHAVES, João Queiroga – **Casamento, Divórcio e União Estável**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN 978-972-724-541-3

COELHO, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme de – **Curso de Direito de Família: Introdução. Direito Matrimonial**. v.1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-321-547-2

DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4756-0

DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5: Direito de Família**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08230-4

–, **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direito de Família**. 31ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017. ISBN 978-85-47-2044-19

–, **Manual de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo. 2011. ISBN 978-85-02-09277-8

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. ISBN 978-85-442-2510-3

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18510-4

- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 978-85-472-2316-8
- NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil. v. 5: Direito de Família**. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6358-3
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery – **Código Civil Comentado**. 12.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-6644-8
- LÔBO, Paulo – **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07595-5
- LUZ, Valdemar P. da – **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Manole, 2009. ISBN 978-85-204-2771-2
- MADALENO, Rolf – **Curso de Direito de Família**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8453-3
- , **Manual de Direito de Família** – Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7611-8
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 312. ISBN 978-85-02-18756-6
- MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil** – v.5. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. **Curso de Direito Civil. v.2**, 43.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-026-3407-7
- NADER, Paulo- **Curso de Direito Civil, v 5: Direito de Família**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 978-85-309-3323-4.
- OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de – **Direito Civil: Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7893-8
- PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil. v.5 – Direito de Família**. 18.^a ed. São Paulo: Forense, 2010. ISBN 978-85-309-3086-8
- PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito de Família Contemporâneo**. 5.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6
- RIZZARDO, Arnaldo – **Direito de Família**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 978-85-309-3450-7

- ROSA, Conrado Paulino da – **Curso de Direito de Família contemporâneo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-1299-8
- SANTOS, Boaventura de Sousa - **O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. ISBN 978-972-403-715-8
- TARTUCE, Flávio – **Direito Civil, v. 5 Direito de Família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN: 978-85-309-6762-8
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil, v.5: Direito de Família**.8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. ISBN 978-85-309-4471-1
- TEPEDINO, Gustavo, Barbosa, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de – **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. v.4**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-714-7875-6
- VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires. **Código Civil anotado. 2.ª ed. v. IV** Coimbra: Coimbra Editora, 2010 ISBN 978-972-320-615-9
- VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil, v.6: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-4964-4

Específica

- CARVALHO NETO, Inácio de – **Separação e Divórcio**. Editora Juruá: Curitiba, 2007. ISBN 978-85-362-1467-2
- DIAS, Maria Berenice – **Divórcio Já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3732-5
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona – **O novo divórcio**. Saraiva: São Paulo, 2010. ISBN 978-85-02-09515-1
- PEREIRA, Rodrigo Cunha – **Divórcio: teoria e prática**. GZ: Rio de Janeiro, 2010. ISBN 978-85-62490-43-9
- XAVIER, Rita Lobo. **Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-403-856-8

Documentos eletrônicos

- AMARAL, Jéssica Fortunata do – **O Casamento na Idade Média: a concepção de matrimônio no Livro da Intenção (c. 1283) e nos exempla do Livro das Maravilhas (1288-1289) do filósofo Ramon Llull.** [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em https://www.rotadoromanico.com/SiteCollectionDocuments/Romanico_Mais%20Informacao/Artigos/Sociedade/O_Casamento_na_Idade_Media.pdf
- ANDRADE, Claudia - **Para CNBB, PEC do Divórcio “banaliza” o casamento; OAB defende mudança na Lei.** [Em linha] [Consult. 12 Mar. 2019] disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/05/21/lut15772u4070.jhtm>
- AQUINO, Felipe – **Matrimônio no Código de Direito Canônico.** [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://cleofas.com.br/matrimonio-no-codigo-de-direito-canonical/>.
- CÂNCIO, Fernanda – **Breve História Legal do Casamento e do seu Fim em Portugal.** [Em linha]. [Consult. 08 Abr. 2019] Disponível em http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=997861.
- CORDEIRO, António Menezes – **Divórcio e Casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?** [Em linha]. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>.
- COSTA, Gley P. – **História do Casamento.** [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em https://www.larpsi.com.br/media/mconnect_uploadfiles/c/a/cap_01xxo.pdf. pp. 21-2.
- DIAS, Paula Barata – **A Influência do Cristianismo no Conceito de Casamento e de Vida Privada na Antiguidade Tardia.** [Em linha]. Coimbra: Ágora, 2004. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em: <http://www2.dlc.ua.pt/classicos/casamento.pdf>
- LEANDRO, Maria Engrácia – **Transformações da Família na História do Ocidente.** [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12875/1/leandro.pdf>. pp. 60-1

- PINHEIRO, Jorge Duarte – **Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais**. [Em linha]. Palmela, 2009. [Consult. 08 Abr. 2019] Disponível em http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. p. 4.
- QUEIROZ, Frederico Henrique Pereira – **Direito Português e Brasileiro: história e evolução**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3806/direito-portugues-brasileiro-historia-evolucao->.
- VELASCO, Ignacio M. Poveda – **Ordenações do Reino de Portugal**. [Em linha]. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>. pp. 19-20.
- VELOSO, Zeno – **O novo divórcio e o que restou do passado**. [Em linha]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. [Consult. 11 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/661/O+Novo+Div%C3%B3rcio+e+o+Que+Restou+do+Passado>
- SUPERIOR Tribunal de Justiça – 4ª Turma – Recurso Especial nº 1.247.098. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 14/03/2017. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 16/05/2017.

Fontes documentais

a) Internet

- CÓDIGO Civil Português de 1867**. [Em linha] [Consult. 28 Mar 2019] Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>
- CÓDIGO de Direito Canónico**. [Em linha] [Consult. 20 Mar 2019] Disponível em http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf
- CONCORDATA entre a Santa Sé e a República Portuguesa** {Em linha} [Consult. 28 Mar 2019] Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19400507_santa-sede-portogallo_po.html

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891** [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934** [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967** [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937** [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946** [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição Política do Império do Brasil de 1824** [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890** [Em linha]. [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Lei 3.071, de 1º de Janeiro de 1916 – Código Civil de 1916** [Em linha]. [Consult. 19 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – Lei do Divórcio** [Em linha]. [Consult. 19 Abr. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 413/2005. [Em linha] [Consult. 11 Mar. 2019] Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>

RESOLUÇÃO n.º 175, de 14 de maio de 2013. [Em linha] [Consult. 05 Mai 2019]

Disponível em <http://cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>

b) Leis e Códigos

CÓDIGO Civil e Constituição Federal. 70^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-0435-7

CÓDIGO Civil e Diplomas Complementares: Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966. 11.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2019. ISBN 978-972-724-812-4

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 21.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2018. ISBN 978-972-724-801-8