



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LARISSA MIRANDA CURY ESPER**

**A AUSÊNCIA DE NASCITURO COMO REQUISITO DO  
DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL**

Salvador

2017

**LARISSA MIRANDA CURY ESPER**

**AUSÊNCIA DE NASCITURO COMO REQUISITO DO  
DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Lara Soares

Salvador

2017

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**LARISSA MIRANDA CURY ESPER**

**AUSÊNCIA DE NASCITURO COMO REQUISITO DO  
DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2017

À minha amada família, por ser meu alicerce e por sempre ter acreditado em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelo dom da vida e por sempre estar ao meu lado em todos os momentos.

Aos meus pais, por todos os ensinamentos e por serem meus exemplos de caráter, amor e determinação. Todas as minhas conquistas e vitórias são suas, pois sem vocês não seria nada.

Ao meu irmão, Victor Hugo, por ser meu eterno companheiro e a certeza de que não estarei só.

Ao meu namorado, Paulo, por toda compreensão durante o desenvolvimento desta monografia e por todo amor a mim dedicado. Ter você ao meu lado com certeza fez dessa caminhada mais leve.

À minha orientadora, Professora Lara Soares, por todo cuidado, paciência e atenção ao corrigir esta monografia. Seus ensinamentos foram essenciais para realização deste trabalho, minha eterna gratidão.

Aos meus amigos, colegas e todos aqueles que de certa forma contribuíram para a realização desta pesquisa. Obrigada a cada um de vocês.

“Hoje, apesar de pensarmos saber bastante, não aprendemos ainda algo que seja eficiente e possa substituir o simples “muito obrigado””.

Rui Barbosa

## RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a discutir e analisar a alteração trazida pelo artigo 733 do novo Código de Processo Civil. O citado artigo condicionou o divórcio em cartório à declaração das partes ao tabelião quanto ao conhecimento ou desconhecimento de estado gravídico do cônjuge virago. Com o intuito de se aprofundar sobre o tema exposto, esta pesquisa se debruçará sobre o instituto do divórcio extrajudicial, abordando suas principais características e sua relação com os demais institutos do Direito de Família atual; a abordagem adotada abarcará não só as características inerentes a cada um dos institutos mencionados, como também sobre o conceito de nascituro e as principais correntes que estudam o início da personalidade jurídica. O enfoque principal será o debate em torno das repercussões práticas desse novo requisito imposto, bem como a reflexão sobre os direitos fundamentais envolvidos, fazendo ainda um paralelo com o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares. De início, buscou-se conceituar algumas questões introdutórias sobre o casamento, suas características, efeitos e diferenças em relação à união estável. Ademais, pontuou-se acerca das formas de dissolução do matrimônio, abordando inclusive as questões polêmicas sobre a existência do instituto da separação, desaguando, por fim, nas peculiaridades do divórcio extrajudicial. O último capítulo adentra efetivamente no tema desta monografia, traçando uma linha de raciocínio a partir dos enfrentamentos extraídos da restrição trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Partindo dessa premissa, finaliza-se o presente estudo fazendo um contraponto lógico com o movimento de intervenção mínima do Estado no Direito de Família, bem como a sua relação direta com os Direitos Fundamentais em questão, mais precisamente os direitos inerentes aos nascituros e a privacidade e intimidade do casal.

**Palavras-chave:** Casamento; divórcio extrajudicial; tabelião; nascituro; intervenção mínima.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
MP	Ministério Público
n.	número
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 O INSTITUTO DO CASAMENTO</b> .....	14
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO .....	15
2.2 O CONCEITO DO INSTITUTO CASAMENTO .....	19
2.3 OS EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO .....	22
<b>2.3.1 Efeitos sociais</b> .....	23
<b>2.3.2. Efeitos Pessoais</b> .....	244
<b>2.3.3 Efeitos Econômicos</b> .....	27
2.4 DIFERENÇAS ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL .....	30
<b>3 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	377
3.1 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO POR MORTE .....	39
3.2 A DISSOLUÇÃO DECORRENTE DE INVALIDADES NO CASAMENTO .....	42
3.3 DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO .....	466
<b>3.3.1 A separação no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....	511
<b>3.3.2 Divórcio judicial</b> .....	566
<b>3.3.3 Divórcio Extrajudicial</b> .....	60
<b>4. DA AUSÊNCIA DE NASCITURO COMO REQUISITO DO DIVÓRCIO</b>	
<b>EXTRAJUDICIAL</b> .....	655
4.1 O NASCITURO .....	65
<b>4.1.1 Conceito e personalidade jurídica</b> .....	66
<b>4.1.2 Os direitos inerentes ao nascituro</b> .....	70
<b>4.1.3 Uma análise a respeito do artigo 733 do CPC/2015</b> .....	73
4.2 A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS FILHOS MENORES E DO NASCITURO NO PROCESSO DE DIVÓRCIO .....	76
<b>4.2.1 A aparente distinção de tratamento do artigo 733 do CPC/2015 em relação aos cônjuges em processo avançado de adoção de filhos menores</b> .....	78
<b>4.2.2 A preservação dos direitos do nascituro versus o direito do casal em não tornar pública a gravidez</b> .....	80

4.3 A (IN) VALIDADE DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL QUANDO NÃO DECLARADA A GRAVIDEZ .....	84
4.4 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS .....	87
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>96</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise acerca da alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil, mais especificamente em seu artigo 733, cujo teor proibiu a possibilidade do divórcio em cartório nos casos em que o cônjuge virago estiver grávido.

As relações familiares pautadas no afeto sempre existiram, sendo inegável a importância da sua regulação pelo ordenamento jurídico pátrio. Tamanha é essa importância que a própria Constituição Federal de 1988, além de pulverizar o conceito de família, conferiu especial proteção às entidades familiares. Pode-se dizer que essa proteção conferida pelo Estado é o núcleo basilar do objeto de estudo do Direito de Família.

Desse modo, por ser um ramo do direito privado, o Direito de Família consubstancia seu estudo em torno da proteção dos seus mais variados institutos, dentre os quais o casamento. O instituto do casamento se relaciona intimamente com o conceito de família, de modo que a opção pelo matrimônio continua muito presente nos dias atuais.

Insta salientar que antes do Código Civil de 2002, a família era formada unicamente pelo casamento, contudo após o advento do referido código, o casamento assumiu novas formas, as quais serão analisadas ao longo desta monografia. Logo, pretende-se avaliar não só as nuances que giram em torno do instituto do casamento, bem como seus avanços que contribuiram significativamente para o Direito de Família.

Merece destaque a edição da Emenda Constitucional nº 09, responsável por permitir a cessação legal do matrimônio e o advento da Emenda Constitucional nº 66, cujo intuito fora abolir do sistema jurídico o requisito temporal exigido para consolidação do divórcio.

Neste aspecto, serão discutidos diversos assuntos decorrentes, como as formas de dissolução do matrimônio, as facilidades e controvérsias proporcionadas pelas referidas Emendas Constitucionais, bem como os requisitos exigidos para a extinção do vínculo conjugal.

Ademais, a presente pesquisa tem como um dos seus objetivos explorar acerca dos avanços proporcionados pela edição da Lei 11.441, de 2007, cujo teor foi inovador ao trazer uma nova perspectiva àqueles que visam dissolver o casamento de forma mais célere e menos burocrática, contribuindo assim para o desafogamento do Poder Judiciário.

Desse modo, com intuito de alcançar um entendimento completo acerca do tema exposto, faz-se necessário pontuar algumas considerações sobre as formas de solução de conflitos na área de família, destacando o papel da Resolução n. 35/2007 do CNJ, a qual foi responsável por uniformizar em todo território nacional a aplicação da referida lei.

Há que se observar que essa Resolução não versava sobre a possibilidade do divórcio em cartório quando houvesse gravidez, mas o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 733, juntamente com a Resolução 220/2016 do CNJ, completou a lacuna que existia nesse sentido, proibindo o divórcio extrajudicial para mulheres grávidas.

À luz do que dispõe o citado artigo, percebeu-se a necessidade de se aprofundar a respeito da restrição conferida ao cônjuge virago, vez que essa alteração processual impacta sensivelmente a vida dos casais que pretendem se divorciar pela via cartorária. Desta forma, a escolha do tema em estudo deu-se em razão da relevância prática e jurídica que o divórcio administrativo possui.

As formas de resolução de conflitos por meios alternativos como, por exemplo, em cartório, contribuem significativamente para a convivência em sociedade, na medida em que são amplamente utilizados no dia a dia. Assim, qualquer requisito que, de algum modo, venha a restringir a possibilidade de escolha de um meio *a priori* mais benéfico às partes deve ser analisado e discutido, com intuito de se chegar a uma melhor conclusão lógica.

Infere-se, pois, que o objetivo desta pesquisa é o de debater algumas repercussões práticas desse novo requisito do divórcio extrajudicial trazido pelo CPC/2015, bem como verificar se o citado requisito não seria na verdade uma ingerência demasiada do Estado nas relações familiares. Pretende-se também avaliar as razões que ensejaram o surgimento dessa restrição, fazendo uma breve abordagem sobre a ponderação acerca dos direitos fundamentais inerentes ao nascituro e aos cônjuges.

Com efeito, o primeiro capítulo se propõe a elucidar a respeito do instituto do casamento, fazendo um breve apanhado histórico sobre pontos essenciais para sua conceituação, além de apresentar os principais efeitos do casamento, elencando suas diferenças em relação ao instituto da união estável.

O segundo capítulo, por sua vez, faz uma abordagem mais aprofundada no que tange as formas de dissolução do matrimônio, discutindo desde questões consensuais até as mais controversas, como no caso da discussão a respeito da existência ou não da separação. Neste sentido, é desenvolvida uma linha de raciocínio pautada nas características de cada instituto, considerando seus reflexos no mundo prático.

Por fim, o terceiro capítulo adentra efetivamente no tema da presente monografia e vai além, isto é, relaciona o núcleo do tema com o movimento do Direito de Família Mínimo. O estudo faz uma análise sobre a ausência de nascituro como requisito do divórcio extrajudicial, apresentando o conceito de nascituro, as correntes doutrinárias em torno do início da personalidade civil, bem como as situações jurídicas decorrentes dessa nova regulamentação trazida pelo CPC/2015.

Destaca-se, ainda, que o terceiro capítulo visa debater o papel do Estado nas relações de cunho familiar, principalmente no que se refere à ingerência estatal na vida privada do casal que pretende se divorciar administrativamente. Diante disso, é traçado um contraponto com a preservação dos direitos do nascituro e o direito do casal em não tornar pública a gravidez.

## 2 O INSTITUTO DO CASAMENTO

O conhecimento em torno dos institutos do Direito de Família, mais especificamente sobre o casamento, é essencial para uma maior compreensão acerca das relações familiares e suas posteriores implicações na sociedade como um todo.

É inegável a importância histórica do mencionado instituto. Por isso mesmo, impossível pensar em matrimônio e não relacioná-lo ao conceito de família. A verdade é que, conceituar família consiste em uma tarefa difícil, na medida em que seu conceito não é estático, mas sim construído ao longo do tempo.

Existe, na verdade, uma imortalização do conceito de família, pois, mudam os costumes, os homens, a história, só não muda a necessidade de encontrar o seio familiar. Seio este que se renova sempre ao longo do tempo<sup>1</sup>.

Para compreender o que de fato é família, e como seu conceito interfere diretamente no instituto do casamento, faz-se necessário buscar estudos em outras disciplinas que não apenas o direito em si. Talvez por isso, fala-se tanto na interdisciplinaridade do Direito de Família.

A fim de tentar sintetizar esse conceito tão amplo, doutrinadores como, por exemplo, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald utilizam três acepções acerca do termo família, quais sejam: a família em sentido amplíssimo, amplo ou restrito.

O sentido amplíssimo é aquele responsável por ligar diferentes pessoas que compõem um mesmo núcleo afetivo, inserindo, inclusive, terceiros agregados, como por exemplo, os empregados domésticos. Nesse sentido, o elo entre as pessoas é basicamente o afeto, de modo que a relação consanguínea não é requisito essencial para sua classificação<sup>2</sup>.

Por sua vez, a acepção ampla diz respeito às pessoas que se unem por afeto, bem como aos parentes de cada uma delas. O instituto do parentesco previsto pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.595, utiliza o termo família com este sentido.

---

<sup>1</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Casamento e Regime de Bens. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coords.). **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 252.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.44.

Já o sentido restrito, se refere restritivamente ao conjunto de pessoas que se unem afetivamente pelo casamento, união estável ou outro tipo de união, e sua eventual prole, não levando em conta a presença de terceiros.<sup>3</sup> Dessa forma, conclui-se pela existência de diferentes sentidos da expressão família, não havendo apenas um único conceito capaz de sintetizar o que se entende por relações familiares.

Nesse diapasão, o legislador brasileiro optou por consagrar, no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a proteção do Estado à entidade familiar, abraçando uma concepção ampla e aberta. Muito embora o conceito de família seja diversificado, abrangendo institutos familiares dos mais variados possíveis, o casamento não perdeu sua proteção estatal.

A fluidez das relações interpessoais possibilitou a regulamentação de novos núcleos familiares, dentre os quais um dos mais antigos é o casamento. A previsão constitucional, acerca das amplas formas de instituir uma família, abriu espaço para um novo quadro de intervencionismo estatal nas relações familiares.

O legislador percebeu que os núcleos familiares deveriam ser protegidos, sem especificar quais seriam eles. Assim, o casamento, as famílias homoafetivas, a família parental, e tantas outras também merecem a proteção do Estado.

Ocorre que, mesmo com o crescimento dos institutos familiares, o casamento figura como um dos institutos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, pelos efeitos de natureza social, pessoal e econômico que dele decorrem.<sup>4</sup> Muito por conta disso, o estudo e a maior compreensão acerca deste instituto é de grande relevância para o direito e a sociedade como um todo.

## 2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO

O modelo de casamento visto nos dias atuais passou por grandes transformações ao longo do tempo, de sorte que, o casamento antes da Constituição Federal de 1988 diverge substancialmente daquele após o advento da referida Constituição.

---

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.45.

<sup>4</sup> NOTA, David Adriano. Efeitos do Casamento e União Estável. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** – nº 32, 2014, p.98.

Tendo em vista a ligação direta que o casamento tem com o conceito de família, nas palavras de Giselda Hironaka:

Não se inicia qualquer locução a respeito de família se não se lembrar, *a priori*, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada como os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos<sup>5</sup>.

Assim, para entender a evolução histórica do casamento, será tomada como marco inicial a proclamação da República do Brasil, em 1889. Assim, até o advento da República, as famílias só se constituíam por meio do casamento. Por assim dizer, só existia uma única entidade familiar e esta ocorria através do casamento.

Ocorre que, até 1889, o casamento era exclusivamente religioso, seja em relação à celebração ou como aos seus efeitos, não havendo que se falar em casamento civil. A religiosidade em volta do instituto do casamento era regida pelo direito canônico, de modo que os não católicos não poderiam contrair núpcias<sup>6</sup>.

Com o surgimento da República, mais precisamente com o Decreto n. 181, de 1890, foi regulado o casamento civil. Este decreto foi responsável por elevar o casamento ao grau de instituto jurídico e não mais religioso, de modo que a laicização do Estado permitiu que a celebração do casamento, bem como seus efeitos não sofresse mais influência religiosa<sup>7</sup>.

Em que pese a Proclamação da República tenha transformado o instituto do casamento, este era o único meio possível de constituição da família. Mesmo o Estado tornando-se laico, a sociedade ainda considerava o casamento como algo sagrado, divino. O enraizamento dessa ideia contribuiu para que o Código Civil de 1916 estabelecesse o casamento como única entidade familiar.

Durante o Código Civil de 1916, a família era matrimonializada e patriarcal, visto que o pai era o chefe e cabia a ele decidir os rumos da família. Isso sem falar que o direito à propriedade sucessória cabia apenas aos filhos biológicos, os adotivos não possuíam direito algum.

---

<sup>5</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Casamento e Regime de Bens. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coords.). **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 251.

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.93.

<sup>7</sup> *Ibidem, loc.cit.*

A exclusividade do casamento era tamanha que para o ordenamento jurídico brasileiro não existiam outras modalidades de família. Além disso, a única forma de romper com o casamento era através do desquite. Contudo, o desquite não era capaz de dissolver o vínculo conjugal, de modo que os ex-cônjuges não podiam contrair novas núpcias<sup>8</sup>.

Com a Constituição Federal de 1934, o Estado continuou laico e o casamento se manteve como única forma de constituir família. Todavia, a Constituição, no artigo 146, admitiu a possibilidade de celebração do matrimônio perante ministro de qualquer religião<sup>9</sup>.

O grande avanço sobreveio com o advento da Constituição Federal de 1988 e logo mais no Código Civil de 2002. A Constituição de 1988 foi responsável por abrir novos horizontes quanto ao instituto jurídico da família. O artigo 226 da Carta Magna flexibilizou o entendimento quanto às formas de constituição da entidade familiar, permitindo a caracterização de novos núcleos familiares<sup>10</sup>.

Com as mudanças trazidas pela nova Constituição a ideia de família foi ampliada, abrindo espaço para novos institutos. O casamento perdeu sua exclusividade como entidade familiar, porém sua instituição ainda é de suma importância para sociedade como um todo, visto que o sonho da vida conjugal continua presente nos dias atuais.

Ademais, os artigos 5º, inciso I e 226, §5º da Constituição Federal de 1988, regulamentaram o princípio da igualdade entre homem e mulher, garantindo novos direitos e eliminando assim o patriarcalismo antes presente no ordenamento jurídico brasileiro. Já o artigo 227, §6º da Constituição de 1988 veio garantir a igualdade entre os filhos, não importando se a concepção ocorreu fora ou dentro do casamento.

---

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.160.

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Art.146 “O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante 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 ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento”.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.33.

Por fim, o Código Civil de 2002 veio para consagrar as mudanças sociais no direito de família, disciplinando questões de diversos núcleos familiares, dentre eles o casamento e suas peculiaridades<sup>11</sup>. No que diz respeito ao casamento, a nova norma jurídica se limitou a estabelecer requisitos para sua celebração, regulamentou direitos e deveres dos cônjuges, as questões patrimoniais, bem como disciplinou os possíveis regimes de bens<sup>12</sup>.

Logo, é possível inferir que o viés canônico, patriarcal, indissolúvel e hierarquizado do casamento antes da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, não mais subsiste. Frise-se que a laicização do ordenamento jurídico ocorreu desde a Proclamação da República, a qual extinguiu o casamento religioso. Contudo, cumpre ressaltar que o casamento passou a ser civil, mas sua celebração ainda pode ser religiosa. No dizer de Paulo Lôbo:

O modelo idealizado pelo atual Código Civil é apenas a substituição da autoridade civil pela autoridade religiosa, para fins da celebração. Da mesma forma que o casamento civil, a celebração religiosa será precedida de habilitação civil e submetida a posterior registro público. Em outras palavras, os efeitos do casamento operam desde a celebração, ficando condicionados ao registro público. Inversamente, na hipótese do casamento religioso, se a celebração não for comunicada no prazo de noventa dias (era de trinta dias, pela Lei n. 6.015/73), para fins de registro público, esses efeitos serão desconstituídos desde a data da celebração. Todavia, a desconstituição dos efeitos não é definitiva, pois a norma legal permite que o registro público possa ser feito após o prazo, desde que o casal requeira nova habilitação.<sup>13</sup>

Infere-se, pois, que as mudanças ocorridas ao longo do tempo foram de grande relevância para o direito de família em si, na medida em que democratizaram os núcleos familiares, ampliaram os direitos dos cidadãos brasileiros, bem como permitiram maior autonomia privada no que diz respeito ao exercício das relações familiares. Tudo isso sem inferiorizar ou extirpar um dos núcleos mais importantes do direito de família brasileiro, que é o casamento.

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.35.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.162.

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.94.

## 2.2 O CONCEITO DO INSTITUTO CASAMENTO

Em que pese às mudanças ocorridas ao longo dos anos no Direito de Família brasileiro, o legislador não estabeleceu qualquer definição acerca do conceito de família ou casamento. Nas palavras de Maria Berenice Dias, o legislador: “Limita-se a estabelecer requisitos para sua celebração, elenca direitos e deveres dos cônjuges e disciplina diversos regimes de bens. Também regulamenta o seu fim, ou seja, as questões patrimoniais, que decorrem da dissolução do vínculo conjugal”<sup>14</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que o legislador deixou em aberto qual seria o conceito desses dois institutos. A Constituição de 1988 foi responsável pela pulverização do conceito de família, abrindo espaço para vários tipos de entidades familiares. Contudo, quanto ao conceito de casamento, o legislador não traz qualquer aceção, de modo que vários doutrinadores se propõem a estabelecer o que se entende por matrimônio.

Para escolher a aceção que melhor representa atualmente o casamento, importante mencionar, primeiramente, alguns pontos relevantes que foram transformados ao longo do tempo, alterando o conceito de casamento e permitindo que ele evoluísse com o passar dos anos.

Em que pese às muitas aceções referentes ao conceito de família, na visão do autor Camilo Colani, o conceito primário e comum a todas elas “está ligado à noção de transmissão de características genéticas que fazem com que os familiares possuam semelhanças fenotípicas e genotípicas”<sup>15</sup>.

Cumprido ressaltar que, devido ao histórico religioso do direito brasileiro, visualizava-se o casamento como ferramenta essencial de perpetuação da espécie humana, através de duas existências e da perpetuidade do vínculo conjugal<sup>16</sup>. Em outras palavras, o casamento era visto com a ideia de procriação. Logo, além do viés

---

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.162.

<sup>15</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.22.

<sup>16</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.23.

biológico, só havia casamento entre sexos opostos <sup>17</sup>, conforme se extrai do Compêndio de Catecismos da Igreja Católica:

A união matrimonial do homem e da mulher, fundada e dotada de leis próprias pelo Criador, está por sua natureza ordenada à comunhão e ao bem dos cônjuges e à geração e bem dos filhos. Segundo o desígnio originário de Deus, a união matrimonial é indissolúvel, como afirma Jesus Cristo: O que Deus uniu não o separe o homem (Mc 10,9). 1659-1660.<sup>18</sup>

Partindo dessa premissa que autores como, por exemplo, Camilo Colani ao conceituar o casamento pelo viés puramente reprodutivo, afirma que “dentro da ótica biológica/reprodutiva, casamento é a união de pessoas de sexos diferentes vinculadas entre si pela prática de atos reprodutivos”. <sup>19</sup>

Hodiernamente, é preciso dissociar completamente essa ideia de conceito de casamento, pois a reprodução não está diretamente relacionada ao matrimônio, visto que não é preciso estar casada (o) para ter filhos, sejam eles biológicos ou adotivos. Já quanto ao requisito da diversidade de sexos, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal já reconheceram a união homoafetiva, não havendo mais que se falar no requisito obrigatório da diversidade de sexos<sup>20</sup>.

Outrossim, com o advento da Constituição Federal de 1988, o casamento perdeu seu caráter indissolúvel. O teor do artigo 226, §6º da nova Constituição estabeleceu a possibilidade de dissolução do casamento<sup>21</sup>. Esse novo paradigma contribuiu ainda mais para que houvesse uma alteração na definição de matrimônio.

Além disso, como já exposto, o casamento deixou de ser religioso, tornando-se civil, de modo que, mesmo com toda influência que as religiões possuem sobre a sociedade brasileira, o instituto do casamento ganhou novos traços ao se desvincular da igreja católica.

Essa nova realidade de desvinculação também não pode mais ser atrelada ao conceito de matrimônio, vez que, mesmo tendo sido a fonte da família como

<sup>17</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p.174.

<sup>18</sup> **Catecismo da Igreja Católica: Compêndio**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/archive/compendium\\_ccc/documents/archive\\_2005\\_compendium-ccc\\_po.html#top](http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html#top)> Acesso em: 24 de nov. de 2017.

<sup>19</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.22.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.39-40.

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 226, §6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

entidade jurídica, a igreja “tem perdido a sua eficácia social determinadora de comportamentos”, como aduz Camilo Colani<sup>22</sup>.

Nesse desiderato, é essencial destacar também algumas características acerca desse instituto, quais sejam: a solenidade, natureza das normas, comunhão de vida liberdade de escolha e negócio jurídico simples.

No que se refere à solenidade, cumpre ressaltar que o casamento é um dos atos mais formais do direito de família. Com intuito de dar maior segurança a essa entidade familiar, o ordenamento jurídico brasileiro optou pela formalidade dos atos que constituem o casamento.

Sua formalidade é de suma importância, pois o seu não cumprimento gera a inexistência do ato. Ou seja, o casamento não segue a linha dos negócios jurídicos comuns, cuja violação da formalidade gera a nulidade do ato e não a inexistência deste<sup>23</sup>. Conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

O ato matrimonial é, desse modo, envolvido em uma aura de solenidade, que principia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro no livro próprio. Destaca-se a formalidade da celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declara efetuado o casamento mediante palavras sacramentais<sup>24</sup>.

Outra importante característica do casamento diz respeito à natureza cogente de suas normas. Em outras palavras, devido ao caráter de ordem pública, as normas que constituem o matrimônio são imperativas com intuito de limitar a liberdade de escolha das partes<sup>25</sup>.

Conforme previsão do artigo 1.511 do atual Código Civil, o casamento estabelece comunhão plena de vida, ou seja, “a aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a consequente preservação da dignidade das pessoas casadas”, consoante preceitua Carlos Roberto Gonçalves.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.36.

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.182.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.43.

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, p.182.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2017, p.43.

Frise-se, ainda, que por se tratar de ato personalíssimo, o casamento possui como característica, a liberdade de escolha dos consortes no que tange a construção do vínculo conjugal.<sup>27</sup> Assim, pode-se dizer que cabe aos nubentes declararem pessoalmente ou mediante procurador sua vontade em relação ao casamento.

Por fim, o casamento é classificado como negócio jurídico puro e simples, já que não se sujeita a condição, termo ou encargo. Diante dessas premissas, possível sintetizar o conceito de casamento nas palavras dos doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

[...] 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 diferentes efeitos no âmbito pessoa, social e patrimonial<sup>28</sup>.

Infere-se, pois, que as particularidades do referido instituto e os avanços ocorridos ao longo do tempo fizeram do casamento uma das entidades mais importantes do direito civil, de modo que o estudo acerca dos seus efeitos se torna imprescindível para entendimento das relações jurídicas familiares.

### 2.3 OS EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO

O ato de casar não se esgota nele mesmo. Pode-se dizer, portanto, que o casamento possui diversos efeitos que dele decorrem. O vínculo conjugal constituído com o matrimônio não produz efeitos apenas aos cônjuges em si, mas sim a todas aquelas relações que se extraem do casamento.

Logo, possível inferir que a eficácia do casamento é *erga omnes*, na medida em que seus efeitos atingem a sociedade em geral e não só as próprias partes. No dizer de Maria Berenice Dias “além de passar a desfrutar da especial proteção do Estado (CF 226), a família constituída pelo casamento tem eficácia *erga omnes*, pois vai além dos cônjuges e se impõe perante a sociedade”<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.44.

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.176.

<sup>29</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.182.

Sendo válido o casamento, impossível prever as múltiplas consequências que ele produzirá na sociedade. Nota-se, na verdade, que os efeitos do casamento influenciarão diretamente o meio social, bem como as relações pessoais e patrimoniais aos quais as partes estão inseridas.

### 2.3.1 Efeitos sociais

A eficácia jurídica do casamento reflete diretamente em diversos setores da sociedade. Por conta disso, podemos dizer que o casamento possui pelo menos seis efeitos sociais, os quais valem a pena serem destacados.

O primeiro efeito social do casamento é a constituição de uma entidade familiar. Conforme exposto e debatido anteriormente, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por ampliar, no seu artigo 226, as formas de constituir família<sup>30</sup>. Isso ocorreu em razão de nova interpretação conferida ao citado artigo através do fenômeno da mutação constitucional.

A mutação constitucional é um processo informal responsável por conferir novas interpretações ao texto constitucional, sem, no entanto alterar o seu conteúdo<sup>31</sup>. Em outras palavras, trata-se da alteração na maneira de aplicar e interpretar o sentido do dispositivo constitucional, como é o caso do artigo 226. Embora não tenha havido alterações no conteúdo deste artigo, a forma de interpretá-lo foi modificada ao conferir proteção a todos os tipos de instituição familiar que não apenas o casamento.

Ademais, o casamento possui como efeito social a proteção da comunhão de vida. Assim, conforme preceitua o artigo 1.513 da Lei Civil de 2002: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Pontua-se, ainda, que o matrimônio é responsável por gerar a mudança de estado civil. Ou seja, sendo válido o casamento, os cônjuges automaticamente mudam seu

---

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.266.

<sup>31</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional, 8ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2013, p.79.

estado civil anterior para o de casado. Essa mudança visa identificar os cônjuges perante a sociedade, protegendo assim o instituto do casamento.

Neste contexto, vale dizer que o casamento ainda é responsável por gerar a emancipação do cônjuge incapaz. Nesse caso, a emancipação não depende de nada, ou seja, a pessoa casa e imediatamente emancipa. Todavia, estando emancipado (a) não é possível retornar a incapacidade. Conforme aduz Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, “convém salientar, inclusive, que a eventual dissolução do casamento, por viuvez, separação ou divórcio, antes dos dezoito anos do cônjuge emancipado, não implica em retorno à condição de incapaz”<sup>32</sup>.

À luz do artigo 1.595 do Código Civil de 2002, o casamento produz como efeito jurídico o parentesco por afinidade, por assim dizer, o parentesco ocorrerá entre um cônjuge e os parentes do outro cônjuge<sup>33</sup>. Trata-se, portanto, de uma ficção jurídica que não se esgota com o fim do casamento.

Já o artigo 1.597 do atual Código Civil prevê que os filhos nascidos de pessoas casadas tem presunção de paternidade. Portanto, o filho da mulher casada, por presunção, é do marido dela<sup>34</sup>. Essa presunção é relativa, mas constitui efeito social que recai sobre a pessoa dos filhos.

### 2.3.2. Efeitos Pessoais

Diante de tantos efeitos decorrentes do casamento, impossível não mencionar aqueles de caráter pessoal. Em linhas gerais, um dos principais efeitos pessoais do casamento consiste na comunhão plena de vida.

O artigo 1.511 do CC estabelece a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges durante o casamento, com base no princípio da dignidade humana. Nesta direção, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves descreve “a aludida comunhão está ligada ao

---

<sup>32</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.267.

<sup>33</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art. 1.595. “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.180.

princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a consequente preservação da dignidade das pessoas casadas”<sup>35</sup>.

Ao auferir o *status* de pessoa casada, os nubentes devem se respeitar mutuamente, posto que não mais se sustenta a ideia de hierarquia entre sexos no direito brasileiro. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana foram responsáveis por finalmente equiparar os cônjuges a um mesmo patamar social.

Também em decorrência do princípio da igualdade, o Código Civil de 2002 regulamentou que cabe mutuamente aos cônjuges administrar a sociedade conjugal. Em razão desse dispositivo, o papel do marido se transmutou, uma vez que a administração do casamento passou a ser exercida por colaboração entre os nubentes e não mais por vontade exclusiva do marido<sup>36</sup>.

Diante desse cenário, o Código Civil ainda pontuou como efeito pessoal do casamento a contribuição proporcional dos ganhos dos nubentes como forma de sustento da família. Observa-se: “Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

Outro efeito pessoal que se pode extrair do casamento é a possibilidade de acréscimo do sobrenome do outro cônjuge ao seu nome. Esse efeito, na verdade, é uma faculdade oferecida a ambos os consortes, prevista expressamente no artigo 1.565, §1º, do CC<sup>37</sup>. Conforme Flávio Tartuce, “como primeiro efeito do casamento, qualquer um dos nubentes poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro (art. 1.565, §1º, do CC)”<sup>38</sup>.

De mais a mais, a eficácia jurídica do casamento também traz certas imposições aos cônjuges, conhecidas como direitos e deveres do matrimônio. Essas imposições estão regulamentadas expressamente no art. 1.566 do atual Código Civil, sendo de grande importância para a relação conjugal. No dizer de Caio Mário da Silva Pereira:

Na forma do art. 1.566, o matrimônio traz imediatas imposições aos cônjuges: de um para com o outro, e também de ambos e de cada um deles

---

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.182.

<sup>36</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002** Art. 1.567. “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

<sup>37</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art. 1.565, § 1º. “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”.

<sup>38</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família, v.5**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 106.

para com a prole; fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente por ambos os cônjuges (art. 226, §5º, da Constituição) <sup>39</sup>.

Entende-se por fidelidade recíproca como um dever dos cônjuges em ser fiel. A fidelidade mencionada pelo CC tem uma acepção mais voltada à ideia de respeito, consideração e confiança, de modo que a quebra desses conceitos resultará na violação do dever de fidelidade. Fala-se, atualmente, que a infidelidade decorre não apenas da conjunção carnal, mas também da quebra de confiança por meios virtuais<sup>40</sup>.

Na forma do referido artigo, o atual Código Civil também exige como dever dos consortes a vida em comum no domicílio conjugal. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a expressão vida em comum no domicílio conjugal deve ser entendida como:

[...] a formação de uma unidade de projetos em comum, de sonhos e perspectivas presentes e futuras, como a formação de prole, a aquisição de determinados bens, a realização de viagens ou aquisição de determinados conhecimentos..., tudo, enfim, voltado à realização pessoal e espiritual recíproca. Isto é vida *em comum*: quando há projetos e perspectivas planejadas *em comum conjuntamente*, respeitada a *individualidade* de cada um<sup>41</sup>.

Infere-se, pois, que o termo vida em comum não se refere ao dever de morar sob o mesmo teto, tampouco de manter relações sexuais. O inciso II do artigo 1.566 do CC deve ser interpretado extensivamente e em consonância com os princípios e garantias constitucionais, como por exemplo, a igualdade e dignidade da pessoa humana.

No que tange a assistência recíproca, um cônjuge tem o dever de assistir moral e materialmente o outro. Logo, a mútua assistência tem por objetivo que durante o casamento, ambos os cônjuges assistam o outro naquilo que ele precisa para viver, seja quanto aos elementos materiais e essenciais, como também aos aspectos subjetivos, por exemplo, o cuidado<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.195.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.196.

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.280.

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*, 2015, p.198.

Têm-se ainda os deveres dos cônjuges para com sua prole. Em que pese os deveres dos pais em relação aos seus filhos independam de qualquer relação conjugal entre eles, o código prevê que durante a constância do casamento, cabe aos consortes (pais) sustentar, proteger e educar seus filhos<sup>43</sup>.

Ademais, o Código Civil de 2002, ainda estabelece como dever dos nubentes, o respeito e a consideração mútua. Ora, esse último efeito possui relação direta com o dever de fidelidade recíproca, abarcando inclusive a possibilidade de reconhecimento da infidelidade moral ou virtual.

Nesta direção, Caio Mario entende “incluem-se neste dever, além da consideração social compatível com o ambiente e com a educação dos cônjuges, o dever, negativo, de não expor um ao outro a vexames e descrédito”<sup>44</sup>. Então, o dever de respeito e consideração possui interpretação ampla, garantindo que os cônjuges sejam preservados moralmente e socialmente.

### 2.3.3 Efeitos Econômicos

Seguindo por outra linha, a eficácia do casamento não esgota seus efeitos no âmbito social e pessoal, fala-se também na produção de efeitos de cunho patrimoniais, os quais possuem relação direta no regime de bens dos cônjuges, nas obrigações recíprocas de sustento, no direito sucessório e nas doações<sup>45</sup>.

Embora o dever de mútua assistência esteja inserido nos efeitos pessoais do casamento, ele também produz consequências na esfera patrimonial. O instituto do casamento gera aos consortes o dever de sustentar sua família no que tange aos alimentos, manutenção do lar, educação, fornecimento de moradia, vestuário, medicamentos, dentre outros, bem como de arcar com os encargos decorrentes do regime de bens escolhido pelo casal ou nos casos impostos por lei<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.281.

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.200.

<sup>45</sup> CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 236.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 241.

O dever de assistência, portanto, nada mais é do que a obrigação que cada cônjuge tem de ajudar o outro economicamente no que tange ao sustento e as outras prestações patrimoniais que decorrem do dia a dia em sociedade.

De mais a mais, o regime de bens do casamento é tão importante que as consequências econômicas podem variar de um regime para outro. Isso porque, segundo assevera Camilo Colani: “É evidente que das relações econômicas de direito de família, o regime de bens do casamento constitui a mais relevante”<sup>47</sup>.

Assim, no que tange ao regime de bens, importante esclarecer que da celebração do casamento, os bens pertencentes a cada um dos cônjuges, assim como aqueles adquiridos na constância do matrimônio se submeterão ao regime escolhido pelas próprias partes antes das núpcias, salvo se elas ficarem silentes ou quando a lei impuser<sup>48</sup>.

Ocorre que, em regra, o regime de bens é irrevogável, só podendo ser alterado em situações específicas. Todavia, com o atual Código Civil não se fala mais em imutabilidade absoluta, mas sim em possível alteração mediante autorização judicial e com pedido motivado pelos cônjuges<sup>49</sup>.

Cumprе ressaltar que, antes da celebração do casamento, os consortes tem o direito de modificar o pacto antenupcial, a fim de modificar o regime de bens, sem precisar de justo motivo ou autorização judicial. Todavia, após a celebração, a modificação do regime de bens se torna imutável, só podendo ser alterado se preenchida as condições impostas pelo parágrafo 2º do artigo 1.639 do CC.

A instituição familiar constituída com o matrimônio também possui como efeito a criação de patrimônio comum da entidade familiar, bem como individual de cada consorte, a depender do regime de bens escolhido por estes. Desse modo, o Código Civil de 2002 com intuito de proteger o patrimônio do organismo jurídico familiar

---

<sup>47</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.151.

<sup>48</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Casamento e Regime de Bens. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coords.). **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 253.

<sup>49</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art. 1.639, § 2º: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

“especifica os atos que não podem ser praticados por um dos cônjuges sem a anuência do outro (art.1.647)”, conforme aduz Carlos Roberto Gonçalves<sup>50</sup>.

Assim, após a celebração do matrimônio, os consortes passam a ter direitos e obrigações, as quais precisam cumprir. Como mencionado, o regime de bens é uma das principais consequências do casamento com implicações no âmbito econômico, porém não é o único. Portanto, com o casamento, certos atos de natureza patrimonial precisam de autorização do outro cônjuge para ser praticados.

Percebe-se uma limitação no poder concedido aos cônjuges para administrar o casamento. Ressalte-se que a autorização se refere a ambos os cônjuges, pois de acordo com o atual Código Civil não há que se falar em administração da relação conjugal apenas por parte do marido.

Nesse sentido, conforme o artigo 1.647 do CC, o cônjuge não poderá praticar certos atos sem anuência do outro, nos casos em que o regime de bens não seja o de separação absoluta. Verifica-se, então, que a limitação imposta interfere precipuamente nas relações de cunho patrimonial, sendo de grande importância para o estudo dos efeitos econômicos do casamento<sup>51</sup>.

Além do exposto, o Código Civil de 2002 assegurou ao cônjuge o direito a herança, inclusive concorrendo com os descendentes e ascendentes. Desse modo, verifica-se que o casamento produz consequências jurídicas inclusive no que se refere aos direitos sucessórios. Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira:

Participa, no entanto, da sucessão do *de cuius*, em concorrência com os descendentes, nas hipóteses seguintes: a) se o regime de bens era da separação convencional, constante de pacto antenupcial válido (art.1.687); b) se o regime de bens era da comunhão parcial e o *de cuius* tinha bens particulares; neste caso o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação apenas sobre o patrimônio comum; c) se o regime de bens era de participação final nos aquestos (art. 1.672) caber-lhe-á, também, herança e meação. (art. 1.685).<sup>52</sup>

<sup>50</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.186.

<sup>51</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.207.

Contudo, o regime de bens irá se extinguir com a dissolução da sociedade conjugal, o que interfere substancialmente nos efeitos patrimoniais que decorrem do casamento, no dizer de Dimas Messias Carvalho:

O regime de bens passa a vigorar a partir da celebração e, como ocorre no direito sucessório, se extingue com a dissolução da sociedade conjugal. Também se extinguem os direitos sucessórios se os cônjuges estiverem separados de fato há mais de dois anos. A jurisprudência tem decidido que também não se comunicam os bens adquiridos por um dos cônjuges, se estiver separado de fato<sup>53</sup>.

Portanto, infere-se que os efeitos patrimoniais do casamento produzem consequências em diversos setores do ordenamento jurídico brasileiro, sendo de grande relevância para o presente estudo, bem como para análise do instituto do casamento e suas implicações.

## 2.4 DIFERENÇAS ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Para uma compreensão mais profunda acerca das diferenças existentes entre esses dois institutos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz analisar brevemente o que se entende pelo instituto da União Estável e a sua evolução ao longo do tempo.

Conforme já mencionado, o Código Civil de 1916 só reconhecia como família a união formada pelo casamento, pois naquela época o conceito de família era matrimonializado. Logo, não havia família fora do casamento, de modo que qualquer relacionamento afetivo que não decorresse da relação conjugal era considerado ilegítimo<sup>54</sup>.

Qualquer núcleo existente, ainda que marcado pelo afeto, não tinha o condão de formar juridicamente uma entidade familiar e conseqüentemente não era submetido à proteção do direito de família.

Devido ao caráter indissolúvel do casamento, diversas pessoas que já não mais viviam como casadas ou aqueles que viviam, porém por vontade própria, optavam

---

<sup>53</sup> CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

<sup>54</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.459.

por se relacionar com pessoa diversa do consorte, criaram uma nova entidade que mais na frente foi chamada de concubinato.

A expressão “concubinato” a princípio se direcionava aqueles cônjuges que mantinham ilicitamente relações sexuais fora do casamento. Ampliando esse sentido, dizia-se que toda união entre homem e mulher, sem casamento, se enquadrava como concubinato. Como conclui Sílvio de Salvo Venosa: “trata-se da união sem casamento, impura ou adúlterina”<sup>55</sup>.

Antes da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro não dava qualquer proteção àqueles que mantinham relações afetivas fora do casamento. Por conta disso, o concubinato só produzia seus efeitos no âmbito do direito das obrigações.

Ocorre que, com o passar do tempo, as pessoas que mantinham união sem casamento sentiram a necessidade de pleitear seus direitos junto ao Poder Judiciário, já que perante a lei não possuíam qualquer tipo de proteção. Desse modo, ainda que tardiamente, o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer alguns efeitos jurídicos decorrentes do concubinato<sup>56</sup>.

Com as discussões em torno deste tema ganhando cada vez mais destaque, a doutrina dividiu o concubinato em dois: o puro e o impuro. O concubinato puro era aquele em que as pessoas não estavam proibidas de se casar devido à existência de um casamento prévio ou de qualquer outro motivo impedor. No puro, a união entre duas pessoas poderia ocorrer por meio do casamento, mas eles optavam por assim não proceder.<sup>57</sup>

Por outro lado, o concubinato impuro derivava da ideia de adultério, ou seja, as pessoas se uniam, mas não conseguiam oficializar a relação através do casamento, porque assim não podiam. Um exemplo clássico do concubinato impuro era a relação entre amantes.

Esse quadro instalado dentro do direito das famílias foi alvo de grandes mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988. A nova Carta Magna brasileira foi

---

<sup>55</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015, p.465.

<sup>56</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.463.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p.462.

responsável por modificar a ideia de família, abrindo espaço para formação de novas entidades familiares.

Em razão disso, o concubinato puro foi elevado ao nível de entidade familiar, dotado de proteção do Estado, cujo nome passou a ser união estável. Ressalte-se que a classificação de entidade familiar após a CF/88 atingiu apenas o concubinato puro, vez que o concubinato impuro até hoje não pode ser enquadrado como família.

Em resumo, conforme traduz Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Dessa maneira, com o advento da Constituição Federal de 1988, velhas concepções sobre o Direito das Famílias tiveram de ser abandonadas, inclusive o preconceito em relação ao concubinato, passando a ser priorizado o desenvolvimento da pessoa humana em todos os seus aspectos, em detrimento de vetustas formalidades. Concretamente o nome do instituto foi mudado visando retirar o estigma da dupla conotação trazida pela palavra *concubinato*. *União Estável* foi a nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas pelo casamento.<sup>58</sup>

Nesse desiderato, o Código Civil de 2002, em seu art.1.723, regulamentou a ideia trazida pela CF/88, eis que reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar, elencando, ainda, requisitos essenciais que devem ser observados nos casos concretos<sup>59</sup>.

Infere-se, pois, que após o surgimento da CF/88 e posteriormente do CC/2002, a união entre duas pessoas que vivem como se casados fossem, alcançou status de entidade familiar. Vale trazer a baila, a descrição dada por Paulo Lôbo:

A união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia<sup>60</sup>.

Em que pese à nova e importante classificação da união estável, esta não se confunde com o instituto do casamento. O matrimônio foi e ainda é um dos principais núcleos familiares da sociedade brasileira. Contudo, hodiernamente, as pessoas tem a liberdade de optar pela entidade que mais se identifique.

<sup>58</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.462.

<sup>59</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.319.

<sup>60</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 158.

Justamente por serem institutos diversos é fundamental a análise em torno das peculiaridades desses dois núcleos familiares tão conhecidos pelos brasileiros. Assim tomando como ponto de partida as características do instituto do casamento já mencionadas nesta pesquisa, cumpre-nos agora elucidar acerca das características inerentes à união estável fazendo uma breve comparação entre elas.

O legislador ao regulamentar a união estável como entidade familiar trouxe alguns requisitos os quais devem ser analisados com muito cuidado, na medida em que são responsáveis por caracterizar este instituto, bem como torná-lo apto a produzir os efeitos que dele decorrem.

Em linhas gerais, a principal diferença entre o casamento e a união estável é a formalidade na celebração. O casamento é conhecido por ser um instituto familiar solene, de sorte que a sua solenidade, inclusive, talvez seja sua principal característica. De modo diametralmente oposto está a união estável, já que esta é caracterizada justamente pela ausência de formalidade na sua concepção<sup>61</sup>.

De acordo com o que se extrai do art.1.723 do CC/2002, autores como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald diferenciam os requisitos da união estável em subjetivos e objetivos. Para eles, os requisitos objetivos são a diversidade de sexos, a estabilidade, a publicidade e a inexistência de impedimentos nupciais. Destarte, o requisito subjetivo diz respeito ao *animus familiae*, ou seja, a intenção de constituir família <sup>62</sup>.

Assim, entende-se por *animus familiae* como a “firme intenção das partes de viverem como se casados fossem”, conforme aduz Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>63</sup>. Os companheiros agem como uma família e não apenas como namorados, por exemplo. O vínculo afetivo em volto do casal transborda a esfera privada e produz seus efeitos perante toda sociedade, de modo que este pode ser considerado como o principal requisito capaz de caracterizar a união estável.

Vale ressaltar que o elemento subjetivo em questão deve ser observado em sua totalidade, vez que não basta à mera vontade de viver como uma família. Na

---

<sup>61</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.473.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.474.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.475.

verdade, o mencionado requisito exige que haja uma efetiva constituição da família e não apenas um *animus*<sup>64</sup>.

No que tange aos pressupostos objetivos, cumpre-nos elucidar primeiramente acerca da diversidade de sexos. Conforme dispõe o art. 226, §3º da CF/88, bem como o caput do art. 1.723 do atual Código Civil, um dos requisitos para a constituição da união estável seria a união entre homem e mulher.

Infelizmente, as mudanças trazidas pela CF/88 e pelo CC/2002 não foram tão promissoras quanto deveriam no que tange ao reconhecimento da união de casais homoafetivos. O requisito objetivo da diversidade de sexos foi, inclusive, responsável por manter o pensamento retrógrado de proteção jurídica apenas em relação aos casais heteroafetivos.

Em que pese à demora em reconhecer os direitos dessa população que fora por muito tempo excluída da sociedade brasileira, em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça encampando o julgamento do STF, reconheceu a possibilidade de união estável entre os casais homoafetivos.<sup>65</sup> Nesta direção, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves descreve:

Proclamou-se, com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. A referida Corte reconheceu, assim, por unanimidade, a união homoafetiva como entidade familiar, tonando automáticos os direitos que até então eram obtidos com dificuldade na Justiça<sup>66</sup>.

Ressalte-se, ainda, como requisito objetivo da união estável a estabilidade. Esse pressuposto visa garantir que a relação afetiva seja duradoura, ou seja, que perdure no tempo. Impende salientar que, o referido instituto não exige um prazo temporal, mas sim que as partes convivam como um casal de forma prolongada. Esse requisito só poderá ser analisado a depender do caso concreto, tendo em vista a impossibilidade de estabelecer um critério de aferição quanto à comprovação da estabilidade do casal<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.616.

<sup>65</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>66</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>67</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.480.

Por sua vez, o próximo critério objetivo da união estável é a continuidade. De acordo com esse requisito, a relação afetiva entre os companheiros deve ser contínua, ou seja, não deve ser interrompida constantemente, nem sofrer rupturas que quebrem o *animus familiae*. “Diferentemente do casamento, em que o vínculo conjugal é formalmente documentado, a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento. A sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento”, conforme sustenta Carlos Roberto Gonçalves<sup>68</sup>.

Quanto ao requisito da publicidade, assevera-se que a união estável só existirá se for pública. Importa ainda dizer que a publicidade é no sentido de que a relação afetiva seja do conhecimento de todos, em outras palavras, a convivência em comum não deve ser algo escondido da sociedade em geral.

Por fim, a respeito da ausência de impedimentos matrimoniais, cumpre destacar que para haver união estável não deve existir nenhum dos impedimentos dispostos no artigo 1.521 do CC/2002. Nesse ponto, o requisito da união estável se assemelha ao do casamento, com ressalva para o inciso IV do referido artigo que não se aplica aquela (união estável), mas apenas a esta (casamento). A flexibilização quanto ao inciso IV decorre da possibilidade de constituir união estável, nos casos em que um dos companheiros esteja comprovadamente separado de fato<sup>69</sup>.

Assim, após analisar pontos importantes quanto às características das duas maiores entidades familiares dos dias atuais, concluir-se-á que muito embora possuam pontos em comum, ainda mais com o julgamento do STF pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC/2002, o casamento e a união estável são dois institutos visivelmente diferentes, mas que merecem especial atenção. Destaca-se a análise feita pela autora Fernanda Dias Xaver:

Vistos os requisitos tanto da união estável quanto do casamento, não existem fundamentos suficientes para a equiparação absoluta, pois, ainda que os institutos se assemelhem em alguns pontos, principalmente no que tange ao fato de originarem entidades familiares e de merecerem a proteção estatal, muitos são os pontos de divergência<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, p.622.

<sup>69</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.483.

<sup>70</sup> XAVIER, Fernanda Dias. **União Estável e Casamento: A impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e liberdade**. Brasília: TJDFT, 2015, p. 117.

Portanto, verifica-se que as distinções entre o casamento e a união estável são de grande importância para o ordenamento jurídico, bem como para o presente estudo, pois apesar de possuírem o mesmo objetivo, qual seja a constituição de uma entidade familiar, não há ainda que se falar em equiparação absoluta desses dois institutos.

### 3 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

O conhecimento acerca das formas de dissolução do casamento e da união estável é essencial para que haja adiante uma maior compreensão, no que tange as peculiaridades inerentes a cada um desses institutos presente no ordenamento jurídico brasileiro. Deve-se observar que por serem institutos distintos, suas consequências impactarão diferentemente na vida de cada cidadão.

Por conta disso, o intuito do presente capítulo é demonstrar claramente quais são as formas de dissolução desses dois institutos ora mencionados, suas evoluções ao longo do tempo, bem como as características responsáveis por identificá-los perante a sociedade.

Inicialmente, é de clareza solar que as pessoas se casam com a intenção de permanecerem juntos enquanto vivos estiverem. Contudo, a manutenção do vínculo conjugal não pode sobrepor, jamais, as liberdades individuais de cada um<sup>71</sup>. O direito de permanecer casado gera também, por conseguinte, o direito de não permanecer junto a outrem.

A CF/88 foi responsável por garantir à sociedade brasileira, o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana. O conservadorismo do Estado em manter o casamento, ainda que contrário à vontade das partes, perdeu força perante a sociedade, de modo que o divórcio e a separação, mesmo sendo institutos diferentes, tiveram sempre o mesmo propósito, qual seja, o de dissolver o vínculo conjugal<sup>72</sup>.

O casamento, portanto, configura-se como ato de liberalidade dos cônjuges, os quais possuem como direito permanecer ou não casados. Verifica-se que o que antes era considerado indissolúvel, sofreu grande mudança no ano de 1977, com a edição da Emenda Constitucional nº 09, responsável por permitir a cessação legal do matrimônio, ainda que timidamente, como será aprofundado mais a frente<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.380.

<sup>72</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.222.

<sup>73</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.215.

No processo evolutivo da dissolução do vínculo conjugal muito se discutiu a respeito das possibilidades de não permanecer casado, pois o ato de casar gera conseqüentemente o direito de não permanecer casado<sup>74</sup>. Assim, a separação e o divórcio foram possibilidades de dissolução voluntária que se desenvolveram ao longo do tempo.

O art. 1. 571, *caput*, do Código Civil, em sua redação originária, previa duas possibilidades de extinção do casamento: as causas terminativas e dissolutivas. As causas terminativas (separação e anulação ou nulidade do casamento) eram responsáveis por cessar os deveres recíprocos do matrimônio, bem como o regime de bens.

Contudo, as causas dissolutivas (morte e divórcio), além de por fim aos deveres recíprocos e regime de bens, extinguiu a relação jurídica existente entre os cônjuges<sup>75</sup>.

Nesse caminhar, o instituto do casamento e suas implicações muito se modificou ao longo do tempo, na medida em que as formas de dissolução do matrimônio ganharam novas nuances que serão abordadas futuramente.

Até a entrada em vigor do CPC de 2015, não fazia mais sentido falar em separação, vez que, embora os artigos do Código Civil que versam sobre o assunto permaneçam inalterados (arts. 1.571 a 1.578), a facilitação do divórcio, trazida pela emenda 66/2010, contribuiu para o esvaziamento do instituto da separação<sup>76</sup>. Assim, falava-se apenas em dissolução do casamento por morte de um ou ambos os cônjuges, por nulidade ou por divórcio.

Porém, com a chegada do CPC de 2015 aumentaram as discussões entre os juristas brasileiros a respeito da existência ou não do instituto da separação. O novo Código de Processo Civil aborda sobre o procedimento da separação litigiosa e consensual, trazendo dúvidas se a separação teria mesmo sido eliminada<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.195.

<sup>75</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.388.

<sup>76</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.223.

<sup>77</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Op.cit.* 2017, p.387.

Diante desse cenário, a análise em torno deste tema será feita adiante, já que é de suma importância para o direito de família, vez que a eliminação, ou não, do instituto da separação interfere diretamente nas possibilidades de dissolução do casamento existentes nos dias atuais.

Ademais, é imperioso destacar a fluidez do direito de família e suas implicações para sociedade contemporânea. Apesar de institutos diferentes, a união estável também não se comporta como indissolúvel, vez que, a garantia constitucional à liberdade e à dignidade da pessoa humana abarcam não só o casamento, como também as diversas formas de construção familiar.

Ao contrário do casamento que nasce e se extingue por ato solene, a união estável dispensa qualquer formalidade para se extinguir. A dissolução pode ser amigável ou litigiosa. Na dissolução amigável, as partes consentem acerca dos efeitos gerados pela convivência, de modo que não é exigida a homologação judicial<sup>78</sup>.

Por outro lado, em caso de litígio entre os companheiros a dissolução pela via judicial será necessária. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Quando não há entendimento para que tal extinção se faça amigavelmente, acordando os parceiros sobre assistência alimentar, partilha dos bens e guarda dos filhos, pode qualquer deles recorrer à via judicial, com pedido de declarações de sua existência e subsequente dissolução, com a partilha dos bens comuns e decisão sobre as outras questões mencionadas.<sup>79</sup>

Infere-se, pois, que a dissolução da união estável litigiosa ocorrerá juntamente com a declaração de reconhecimento da convivência. Os companheiros através da ação de reconhecimento e dissolução da união estável partilharão o patrimônio adquirido durante o convívio, bem como resolverão outras questões mencionadas, extinguindo assim o vínculo que antes existia entre ambos.

### 3.1 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO POR MORTE

O Código Civil de 2002 no seu artigo 1.571 elenca os casos em que ocorrera a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. O inciso I inicialmente destaca a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal devido à morte de um dos

---

<sup>78</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.176.

<sup>79</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.646.

cônjuges<sup>80</sup>. Assim, juridicamente, a declaração de morte não levará em conta o modo como se deu, mas sim se realmente houve o falecimento do indivíduo. A morte gera implicações jurídicas relevantes para o direito brasileiro, inclusive para o instituto do casamento.

Primeiramente, o falecimento de um dos cônjuges gera automaticamente a modificação do estado civil daquele que sobreviveu. Desse modo, a morte altera o estado civil do cônjuge sobrevivente de casado para viúvo<sup>81</sup>. Vale ressaltar que, a denominação do termo viúvo é relevante apenas para identificação do patrimônio do cônjuge sobrevivente, vez que possibilita o questionamento acerca dos bens que envolvem essa relação<sup>82</sup>.

Nos casos em que os cônjuges estavam separados (judicialmente ou extrajudicialmente), o estado civil do ex-cônjuge que ainda permanece vivo também será alterado para viúvo, pois a morte tem o condão de dissolver o vínculo matrimonial que ainda existia<sup>83</sup>.

Todavia, no caso do divórcio não há que se falar em alteração do estado civil para viúvo, posto que o vínculo matrimonial já não mais existe. O divórcio pode ser judicial ou extrajudicial e cessa o vínculo matrimonial existente entre os consortes.

Infere-se, portanto, que a morte é acontecimento responsável por extinguir a personalidade jurídica do indivíduo, implicando conseqüentemente na cessação dos direitos da personalidade.

A dissolução do vínculo matrimonial decorrente da morte de um dos cônjuges extinguirá o dever de fidelidade, e, por conseguinte, poderá o cônjuge sobrevivente casar-se novamente. Ocorre que o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, prevê a presunção de paternidade do falecido marido nos casos em que a gestante der a luz em até dez meses da aquisição do estado civil de viúva.

Por conta da presunção imposta, o legislador no art.1.523, II, do CC/2002, ainda estabeleceu que a viúva só deverá casar novamente após dez meses do estado de

---

<sup>80</sup> Art. 1571: “A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.”

<sup>81</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.406.

<sup>82</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.250.

<sup>83</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2017, p.406.

viuvez, salvo se a nubente provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, durante este prazo (parágrafo único do art.1.523). Logo, “o art. 1.523, II, impõe uma causa suspensiva, submetendo esse novo casamento, celebrado dentro dos dez meses subsequentes ao óbito, ao regime de separação obrigatória de bens”, como descreve Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>84</sup>.

Implica-se, portanto, que a viúva sobrevivente poderá casar-se novamente, pois com a morte de seu falecido marido houve automaticamente a cessação do vínculo matrimonial anterior. Assim, em que pese à imposição trazida pelo referido dispositivo do CC/2002, devido aos recursos existentes nos dias atuais como, por exemplo, o exame de DNA, alguns doutrinadores defendem que é possível que o prazo legal seja dispensado. Conforme aduz Maria Berenice Dias:

A espera decorre do fato de a lei presumir que os filhos nascidos nesse período foram concebidos na constância do casamento, sendo filhos do finado (CC 1.597 II). Porém, os sofisticados testes de gravidez ora existentes e o próprio exame de DNA podem comprovar com facilidade a ausência do impedimento, a tornar dispensável a espera de tão longo prazo.<sup>85</sup>

De toda sorte, mesmo com a morte de um dos consortes não há que se falar em extinção de todos os efeitos decorrentes do casamento, como por exemplo: o de parentesco por afinidade, os impedimentos extraídos dele, bem como a possibilidade de continuar usando o sobrenome de casado.

Doutrinadores como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald defendem a possibilidade do cônjuge sobrevivente em retornar ao sobrenome de solteiro:

Aliás, exatamente pela sua natureza personalíssima, poderá o cônjuge supérstite retornar ao sobrenome anterior ao casamento, abrindo mão do uso do patronímico do falecido consorte. Pensar diferente disso implicaria em desconfortável incoerência, pois o divórcio também é causa dissolutória do casamento e permite às partes deliberar sobre a permanência, ou não, do uso do nome de casado.<sup>86</sup>

Os efeitos decorrentes da morte se consubstanciarão inclusive nos casos de comoriência e morte presumida. Na comoriência, a morte dos indivíduos que possuem alguma relação de parentesco ocorrerá ao mesmo tempo para fins sucessórios. Em se tratando de cônjuges, importante frisar que não haverá a

---

<sup>84</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.405.

<sup>85</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.250

<sup>86</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2017, p.405.

mudança do estado civil para viúvo, vez que os consortes faleceram ao mesmo tempo. No caso da comoriência, não haverá a transmissão patrimonial.

Por outro lado, o Código Civil, em seu artigo 1.571, §1º, prevê que a morte presumida também configura hipótese de dissolução de vínculo matrimonial. Assim, a declaração de ausência é capaz de ensejar a morte presumida.

O reconhecimento da ausência impõe ao ordenamento jurídico a busca pelo replanejamento familiar. Esse é o entendimento de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal: “efetivamente, é de se destacar que, reconhecida a ausência, impõe-se ao ordenamento jurídico buscar, a todo modo, a reconstrução familiar no plano material e afetivo, resguardando a dignidade de cada um dos membros daquele núcleo”<sup>87</sup>.

Vale ressaltar que no caso de reaparecimento do ausente, a doutrina diverge sobre como ficaria a situação jurídica familiar. A solução que melhor se encaixa a situação destacada é a de que o casamento permanece dissolvido, alterando o estado civil do ausente para solteiro<sup>88</sup>.

Aduz-se, por fim, que os efeitos decorrentes da morte real serão os mesmos da morte presumida, em relação à dissolução do vínculo matrimonial. Verifica-se, portanto, que o acontecimento morte implica a extinção involuntária da relação conjugal, proporcionando ao viúvo a possibilidade de reconstrução da entidade familiar, ainda que o morto presumido reapareça.

### 3.2 A DISSOLUÇÃO DECORRENTE DE INVALIDADES NO CASAMENTO

As invalidades do casamento decorrem do artigo 1.548 da Lei Civil. Conforme discriminado no referido artigo, o casamento será nulo nos casos em que for violado um dos impedimentos matrimoniais.

A violação de um dos casos de impedimento matrimonial fere preceitos de ordem pública, cuja matéria deve ser prontamente sancionada pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>87</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.407.

<sup>88</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.251.

Assim, mesmo pautado em ato de liberalidade, o casamento não pode gerar prejuízo a terceiros, sob pena de enquadrar-se em uma das possíveis causas de impedimento elencadas pelo Código Civil de 2002.

A declaração de nulidade do casamento implica vício não passível de convalidação, em razão do interesse público. Logo, é possível inferir que a mera declaração judicial de nulidade tem o condão de anular qualquer efeito jurídico decorrente do matrimônio. Portanto, não há que se falar em confirmação da nulidade, tampouco em prazo prescricional, conforme dispõe o art. 169 do CC/2002.

Por versar sobre matéria de ordem pública, a nulidade nupcial pode ser declarada por qualquer interessado, pelo Ministério Público ou ainda de ofício pelo juiz<sup>89</sup>. Porém, o ato de suscitar a nulidade do casamento não basta para que este seja reconhecido. Portanto, o reconhecimento da invalidade nupcial ocorrerá através de decisão judicial meramente declaratória, com efeito retroativo, ou seja, *ex tunc*.<sup>90</sup>

O Código Civil de 2002 inicialmente estabeleceu dois vícios capazes de afetar a validade do casamento, quais seja a incapacidade dos nubentes ou violação aos impedimentos legais. Ocorre que, com a vigência da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 2015), o inciso I do art. 1.548 do Código Civil, o qual previa como vício a incapacidade, foi revogado.

Diante desse quadro, a nulidade do casamento poderá ser suscitada sempre que houver descumprimento das hipóteses de impedimentos legais. Os impedimentos matrimoniais configuram matéria de ordem pública e, por conta disso, trata-se de uma vedação do ordenamento. Assim, o artigo 1.521 da Lei Civil prevê sete casos em que o casamento não pode ocorrer.

A primeira e a segunda hipóteses impedem o casamento de ascendente com descendente, não importando o tipo de parentesco, seja biológico ou por afinidade. Vale ressaltar que a vedação matrimonial recai, inclusive, sobre os ex-cônjuges ou viúvo (a), pois não há que se falar em casamento entre parentes em linha reta.

---

<sup>89</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.232.

<sup>90</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.213.

Desse modo, havendo a consumação do casamento entre parentes em linha reta, seja natural ou por afinidade, ele será nulo<sup>91</sup>. O legislador entendeu que devido ao forte vínculo consanguíneo e socioafetivo que os parentes em linha reta possuem o casamento entre eles deve ser vedado. Há também proibição de matrimônio envolvendo o instituto da adoção, vez que o Código Civil entendeu que o tratamento dado ao parentesco civil deve ser o mesmo do biológico.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona “Parentesco natural é aquele travado entre pessoas que mantêm vínculo consanguíneo ou biológico; ao passo que o parentesco civil baseia-se apenas no vínculo socioafetivo, a exemplo daquele constituído entre adotante e adotado”<sup>92</sup>.

Tal como ocorre no impedimento matrimonial de parentes por afinidade em linha reta, não há que se falar em casamento entre adotante com quem foi cônjuge do adotado, bem como do adotado com quem o foi do adotante.<sup>93</sup> Nesses casos, houve certa preocupação por parte do legislador em proteger moralmente e psicologicamente a ideia de núcleo familiar.

Partindo de outra premissa, existe ainda proibição matrimonial entre parentes colaterais até o 3º grau. Diferentemente dos parentes em linha reta, os colaterais apenas derivam de um mesmo ancestral comum, todavia, por possuírem forte vínculo familiar, o legislador entendeu que os danos morais e psicológicos que um possível casamento traria aos envolvidos seriam incalculáveis<sup>94</sup>.

Ocorre que, após o parentesco de 3º grau, considera-se válido o casamento entre parentes colaterais, vez que a partir do 4º grau a probabilidade de possíveis danos morais, psicológicos e biológicos é mínima. Contudo, em 1941 entrou em vigor o chamado Decreto-lei nº 3.200, cujo teor permitiu a possibilidade de casamento entre tio (a) e sobrinho (a) (parentes colaterais de 3º grau), se houver parecer médico demonstrando inexistência de risco de natureza genética para prole<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FIHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 6: Direito de família: As Famílias em perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p.224

<sup>92</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>93</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.203.

<sup>94</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FIHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2015, p.226

<sup>95</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.202-203.

Nos casos de parecer médico favorável, a justificativa para proibição legal do casamento entre tio e sobrinho não mais existe, visto que não faria sentido à permanência do impedimento contrariando a vontade das partes.

Irmãos adotivos, por analogia, se encaixam na mesma descrição dada aos colaterais de 2º grau. Conseqüentemente, a vedação legal em razão do parentesco entre irmãos biológicos é também aplicada aos adotivos<sup>96</sup>. Bem por isso, o art.1.521 do Código Civil, em seu inciso V, dá interpretação extensiva em relação à adoção, de modo que, juridicamente, não há diferença entre filhos naturais e por afinidade.

De mais a mais, também não podem casar as pessoas já casadas. A bigamia, ou seja, o matrimônio de pessoa que ainda não tenha dissolvido casamento anterior configura crime tipificado pelo Código Penal em seu artigo 235. Assim, a vedação a bigamia também produz efeitos no âmbito civil, qual seja o de nulidade absoluta do novo casamento<sup>97</sup>.

Vale ressaltar que, estando os cônjuges separados de fato, logicamente estará extinto o vínculo afetivo que os unia, havendo uma mitigação da proibição legal em relação à união estável<sup>98</sup>. Infere-se, portanto, que nos casos de separação de fato é possível que as partes estabeleçam união estável com terceiros.

No ordenamento brasileiro fala-se ainda em casamento putativo, ou seja, aquele celebrado de boa-fé por um ou ambos os noivos. Nos casos em que o casamento for putativo, ele será existente, inválido, porém eficaz. Neste diapasão, mesmo reconhecida à nulidade do matrimônio pelo juiz, seus efeitos serão resguardados com intuito de proteger o noivo (a) de boa-fé<sup>99</sup>.

Por fim, é vedado o casamento entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Resta aqui mais uma motivação de cunho moral cujo legislador estabeleceu como proibição para o

---

<sup>96</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FIHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 6: Direito de família: As Famílias em perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva p.229.

<sup>97</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm., 2017, p.205.

<sup>98</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p.205.

matrimônio<sup>100</sup>. Ou seja, havendo prática criminosa contra o consorte, o casamento realizado entre o condenado pelo crime e o cônjuge sobrevivente será nulo.

### 3.3 DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO

O divórcio é a medida jurídica de dissolução do vínculo matrimonial, provocado por iniciativa das próprias partes e responsável por extinguir os efeitos jurídicos que dele decorrem.<sup>101</sup> Por conta disso, o ordenamento jurídico brasileiro não permite o divórcio por atuação *ex officio* do juiz ou do Ministério Público.

Historicamente, a Emenda Constitucional n. 9 de 28 de junho de 1.977 permitiu, ainda que timidamente, a possibilidade de extinção do vínculo conjugal através do divórcio, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de 3 (três) anos.<sup>102</sup>

Mesmo com a exigência de prévia separação e de lapso temporal relativamente extenso, a EC n. 9 foi de grande importância para época, na medida em que regulamentou a extinção de todos os efeitos civis do casamento, bem como permitiu que os ex-cônjuges contraíssem novas núpcias<sup>103</sup>.

Após a edição da Emenda Constitucional n. 9 de 1.977, houve a efetiva regulamentação do divórcio no Brasil com a promulgação da Lei do divórcio, mais precisamente Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1.977. Essa lei foi responsável por regulamentar basicamente a respeito dos casos de dissolução da sociedade conjugal, bem como do casamento e seus efeitos<sup>104</sup>.

Nesse caminho, com o advento da Constituição Federal de 1.988 houve uma significativa mudança em torno do divórcio, tendo em vista que a previsão do divórcio direto se consolidou expressamente no texto constitucional. A facilitação do

<sup>100</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.204.

<sup>101</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm., 2017, p.411.

<sup>102</sup> **Emenda Constitucional nº 9 de 1977**. Art. 1º: “O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

<sup>103</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.215.

<sup>104</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FIHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de família: As Famílias em perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.536.

divórcio direto não eliminou, contudo, a existência do divórcio indireto, de modo que as duas formas passaram a coexistir simultaneamente no ordenamento jurídico brasileiro<sup>105</sup>.

Com efeito, nesse diapasão, duas eram as formas de divórcio: aquele obtido por meio de conversão (divórcio indireto) e o chamado divórcio direto. Conforme §1º do artigo 1.580 do CC de 2002, o divórcio por conversão é aquele em que as partes já realizaram o processo de separação judicial, adquirindo sentença homologatória neste sentido. Assim, a sentença decretando a separação judicial será convertida em divórcio.

Importante frisar que o Código Civil de 2002 não avançou tanto quanto devia, pois de acordo com *caput* do artigo 1.580 do referido código, o prazo para requerer a conversão da separação em divórcio é o de decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que decretar a separação.

Por outro lado, no divórcio direto, não se exige a existência prévia de separação judicial, pois o §2º também do artigo 1.580 do CC de 2002 deixa claro a possibilidade de pleitear o divórcio, desde que comprovada a separação de fato dos cônjuges por mais de dois anos. Neste caso, as partes podem requerer diretamente o divórcio, não precisando passar anteriormente pelo crivo do processo de separação. Logo, esse parágrafo demonstra quão desnecessário é a exigência prevista no parágrafo anterior, pois vai de encontro com a ideia de facilitação trazida pelo divórcio direto.

De mais a mais, com o surgimento da Emenda Constitucional 66/10, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona “a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição, inclusive na modalidade de requisito voluntário para a conversão do divórcio”<sup>106</sup>.

Ou seja, com o advento da EC n. 66, muitos doutrinadores como, por exemplo, os citados acima, entenderam que houve a extinção do instituto da separação e com

---

<sup>105</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FIHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de família: As Famílias em perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.538.

<sup>106</sup> *Ibidem, loc.cit.*

isso, a ação de conversão da separação em divórcio perdeu sentido, inclusive em relação à exigência temporal de um ano para pleiteá-la<sup>107</sup>.

Frise-se que a EC 66/10 foi responsável por abolir do sistema jurídico o requisito temporal exigido para consolidação do divórcio. Desse modo, o divórcio passou a se submeter a um único requisito, qual seja a vontade da pessoa casada<sup>108</sup>. Diante desse novo cenário no âmbito do direito de família, divorciar-se no Brasil tornou-se mais fácil.

Corroborando com a descrição acima, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona sintetizam o conceito de divórcio estabelecido pelo direito brasileiro:

Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugação, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, apta a permitir, por consequência, a constituição de novos vínculos matrimoniais<sup>109</sup>.

Assim, reiterando o pensamento de autores como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, entende-se que desde EC n. 66 de 2010 não faz mais sentido falar em separação. Contudo, o conhecimento acerca da problemática em torno deste instituto é de grande relevância para a presente pesquisa, sendo mais bem analisado adiante.

De logo, importante frisar que separação era um tipo de modalidade de dissolução da sociedade conjugal, que não rompia com o vínculo matrimonial, tendo se esvaziado com a criação da Emenda Constitucional n. 66/10. Desse modo, é possível inferir como o Estado intervia significativamente nas relações conjugais, impedindo que a vontade dos consortes prevalecesse frente ao instituto do casamento<sup>110</sup>.

A separação, segundo Luiz Edson Fachin “é o meio do caminho entre a volta e o desligamento”<sup>111</sup>. Ou seja, como o vínculo não se dissolvia, mas sim a sociedade conjugal, era possível que o casamento se reestabelecesse sem a necessidade de

<sup>107</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 227.

<sup>108</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.411.

<sup>109</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de família: As Famílias em perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva., 2015, p. 524.

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, 2017, p. 222.

<sup>111</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.202.

uma nova celebração. Consequentemente, bastava uma petição simples para que a sociedade conjugal voltasse a existir novamente.

Em que pese às peculiaridades desses dois institutos do direito de família brasileiro, bem como o desuso da separação judicial, ambos possuem aspectos comuns importantes para a sociedade como um todo. Desse modo, o primeiro aspecto comum é a natureza personalíssima, ou seja, somente os cônjuges podem promover a ação de separação ou divórcio.

Ainda que a natureza seja personalíssima, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.582 prevê que se um dos cônjuges for incapaz ele atuará por meio do seu curador, ascendente ou irmão, nesta ordem. Todavia, se o curador for o outro cônjuge, o incapaz irá atuar por meio de seu ascendente ou irmão. No caso de não ter curador, ascendente ou irmão, o juiz nomeará um curador especial.

O segundo aspecto é a intervenção obrigatória do Ministério Público sempre que houver interesse de incapaz. Consequentemente, não havendo interesse de incapaz, não há necessidade de intervenção do Ministério Público, de modo que a separação ou o divórcio poderá ocorrer em cartório<sup>112</sup>.

Ressalte-se, ainda, que o Ministério Público atuará no processo em razão do incapaz, porém sempre com liberdade, ou seja, podendo, inclusive, recorrer mesmo que as partes não recorram consoante teor da súmula 99 do STJ.

O terceiro aspecto, por sua vez, se refere ao foro competente. Ou seja, segundo o artigo 53 do CPC de 2015, a competência para processar e julgar o divórcio e separação é o foro de quem estiver com a guarda de filhos menores do casal.

Porém, acaso não haja filhos menores, o foro competente será o último domicílio do casal. Se nenhum deles morar mais no último domicílio, o foro competente passa a ser o de domicílio do réu.

O quarto aspecto em comum é a não obrigatoriedade da partilha do patrimônio. O artigo 1.581 do Código Civil de 2002 estabelece que, por interesse do casal ou por

---

<sup>112</sup> BRASIL. **Lei nº 11.441 de 2007**. Art.3º: “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 [...]”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm)>. Acesso em: 29 set. 2017.

decisão judicial, o divórcio e a separação, seja consensual ou litigiosa, podem ser decretados sem a partilha de bens.

O penúltimo aspecto em comum diz respeito ao direito de continuar usando o sobrenome do outro cônjuge, mesmo após a separação ou divórcio. O art.1.578 do Código Civil estabelece que o cônjuge que alterou o nome com o casamento, só o perderá se quiser. Todavia, excepcionalmente, poderá perder se ficar comprovado culpa grave por parte dele. Ocorre que, com a emenda n. 66/2010, não mais se discute culpa no divórcio, de modo que a previsão do presente artigo esvaziou-se.

Por fim, o último aspecto em comum entre a separação e o divórcio se refere à guarda dos filhos. A regra geral é a guarda compartilhada em ambos os institutos, seja litigioso ou consensual. Portanto, a guarda só não será compartilhada se os pais (os dois) não quiserem ou em nome do melhor interesse da criança, com base no que dispõe o artigo 22do ECA<sup>113</sup>.

Ressalte-se, ainda, que o art. 1.632 do Código Civil de 2002 prevê que o divórcio, a separação ou dissolução da união estável não afetam o exercício do poder familiar no que tange a relação pais e filhos, estando resguardado o direito daqueles a companhia destes.

Importante salientar que os aspectos em comuns não anulam as diferenças entre esses dois institutos do direito de família. Assim, diferentemente do que ocorre com o instituto da separação, no divórcio, se os consortes divorciados quiserem reestabelecer o matrimônio, isso somente será possível mediante a celebração de novas núpcias, já que o divórcio é responsável por extinguir o vínculo conjugal antes existente.

Pode-se dizer, portanto, que o efeito principal do divórcio é a dissolução e extinção do vínculo conjugal, principalmente no que se refere à separação de corpos e a extinção dos deveres conjugais<sup>114</sup>. Enquanto a separação possui como objetivo

---

<sup>113</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069**, art.22º: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 14 ago. 2017.

<sup>114</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.149.

central, o término da sociedade conjugal, bem como a possibilidade de reestabelecimento dessa sociedade, mantendo intacto o vínculo matrimonial<sup>115</sup>.

Assim, essas duas possibilidades de dissolução da sociedade conjugal (divórcio e separação), ainda que diferentes, possuem aspectos comuns responsáveis por impactar a vida em sociedade, ampliando os horizontes do direito de família.

### 3.3.1 A separação no ordenamento jurídico brasileiro

Antes do advento da Emenda Constitucional n. 66/10, a separação foi uma modalidade de dissolução da sociedade conjugal amplamente utilizada pelos consortes, vez que figurava como requisito prévio do divórcio. Diante desse quadro, existiam duas formas de obter a separação: por vontade de ambas as partes ou por iniciativa de apenas uma delas<sup>116</sup>.

Nos casos em que a separação era requerida por iniciativa de ambas as partes, os cônjuges precisavam estar casados por mais de um ano, a fim de que o juiz concedesse sua homologação. Em outras palavras, o juiz só homologava a separação se o casamento tivesse mais de um ano desde sua celebração.

Já nos casos em que a vontade de dissolver a sociedade conjugal partia de apenas um dos cônjuges, era necessário comprovar a culpa do outro pelo fim do casamento e que não mais existia vida em comum entre eles há pelo menos um ano, conforme disposição do artigo 1.572 do CC.

Em que pese à exigência inicial do Código Civil quanto à comprovação de culpa do outro pelo fim do casamento, as jurisprudências vinham entendendo a desnecessidade de identificar culpados, de modo que este posicionamento foi posteriormente ratificado pela EC 66/10<sup>117</sup>.

Nos casos em que era homologada a separação, havia mudança do estado civil de casado para separado (a), restando extinta a sociedade conjugal. Todavia, diferente

---

<sup>115</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.200.

<sup>116</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.220.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p.221.

do divórcio, a separação não põe fim ao vínculo matrimonial, de modo que os cônjuges separados não podem contrair novas núpcias. Fala-se, portanto, na possibilidade de reconciliação dos ex-cônjuges com o restabelecimento da sociedade conjugal<sup>118</sup>.

Como dito anteriormente, a separação se dava por vontade de ambas as partes ou por provocação de apenas uma delas. Desse modo, é possível inferir que a separação se subdividia em consensual ou litigiosa, produzindo efeitos diversos a depender de como se conduzia o procedimento dissolutório.

Entende-se por separação consensual como a forma de dissolução do casamento proveniente prioritariamente de acordo. Os consortes acordam em por fim a sociedade conjugal de forma direta e expressa, levando esta vontade ao judiciário, a fim de que seja homologada pelo juiz<sup>119</sup>.

Ademais, é possível que haja pedido unilateral e o outro cônjuge aceite<sup>120</sup>. Nesses casos, em que pese o pedido não tenha sido feito por ambas as partes, a aceitação do outro cônjuge confere *status* de separação consensual, já que não existe litígio quanto à extinção da sociedade conjugal.

Vale ressaltar que no curso da separação é possível que a consensualidade antes existente se transfigure em litigiosidade ou vice versa, haja vista a alta carga emotiva que as relações interpessoais possuem, elevando o grau de imprevisibilidade.

Por outro lado, a separação litigiosa resulta de conflito de interesse de caráter subjetivo e/ou objetivo<sup>121</sup>, Antes da EC 66/10, a polêmica referente à separação litigiosa decorria da exigência feita pelo Código Civil quanto ao requisito culpa, em outras palavras, exigia-se como uma das formas de separação litigiosa que um dos cônjuges imputasse ao outro, violação dos deveres do casamento, nos termos do art. 1.572 do CC.

O fato é que era possível a separação litigiosa em três casos: separação remédio, separação falência e separação sanção. A separação remédio é quando um deles tiver doença mental de cura improvável ou impossível a mais de 2 (dois) anos. Já a

---

<sup>118</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.388.

<sup>119</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.202.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p.203.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p.204.

separação falência é quando o casal parou de viver juntos. E, por fim, a separação sanção é aquela cujo cônjuge imputa culpa ao outro pelo fim da relação conjugal.

A exigibilidade da culpa como requisito para a dissolução da sociedade conjugal vai de encontro à liberdade de escolha de cada indivíduo. Ou seja, não havendo culpa de um dos consortes, os cônjuges obrigatoriamente teriam de continuar casados?<sup>122</sup>

Diante do embate travado, nas palavras de Maria Berenice Dias “sempre foi muito alardeada pela doutrina como indevida a intromissão Estado na vontade das partes, estabelecendo prazos ou exigindo a identificação de “culpas” para desfazer o casamento”<sup>123</sup>. A doutrina e jurisprudência, inclusive, foram responsáveis por influenciar na edição da EC 66/10.

Ocorre que, com a edição da referida emenda, o texto constitucional do artigo 226 §6º foi alterado, fazendo menção apenas ao divórcio como forma de dissolução do casamento civil. Segundo parte da doutrina pode-se dizer que a Emenda Constitucional de número 66 tinha como objetivo nuclear extinguir os prazos para o divórcio e acabar com a discussão em torno da culpa de um dos cônjuges pelo fim do casamento<sup>124</sup>.

Porém, ao extinguir os prazos antes previstos, bem como a discussão em torno do requisito culpa, por via transversa, o novo texto constitucional deu origem a uma nova polêmica, agora em torno da existência ou não do instituto da separação.

Autores como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald firmaram entendimento no sentido de que: “pensamos que a Emenda Constitucional 66/10 extirpou do sistema jurídico brasileiro a separação, judicial ou em cartório, unificando as causas dissolutórias do matrimônio (que passaram a ser, tão somente, a morte e o divórcio)”<sup>125</sup>.

Infere-se, pois, que com advento da Emenda Constitucional 66/2010 não faz mais sentido falar em separação, quando esta perdeu sua utilidade no momento em que

<sup>122</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.205.

<sup>123</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.222.

<sup>124</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Separação judicial: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa>> Acesso em: 05 out. 2017.

<sup>125</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.390.

os requisitos para o divórcio se extinguíram, tornando o instituto da separação esvaziado em si mesmo.

Contudo, o CPC de 2015 trouxe novamente à tona a polêmica envolvendo o instituto da separação no momento em que previu procedimentos distintos para a separação litigiosa e consensual, nos moldes do Código Civil. Parte da doutrina como, por exemplo, Paulo Lôbo, diz que o CPC de 2015 não se refere à separação judicial, mas sim a separação de fato ou de corpos:

As alusões a “separação” contidas no CPC de 2015 deve ser entendidas como relativas à separação de fato ou à separação de corpos, as quais permanecem com feitos próprios após o início de vigência da EC n. 66/2010. Não é a separação judicial, porque não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro, nem como requisito prévio nem como alternativa ao divórcio. A separação de fato não necessita de acordo para que produza seus efeitos jurídicos, mas os cônjuges poderão dele se utilizar relativamente aos itens que, em sua falta, dependerão de decisão judicial, se não houver filho de incapaz ou nascituro: a) guarda e proteção dos filhos; b) eventual pensão alimentícia ao outro cônjuge; c) partilha de bens. Trata-se, portanto, de separação de fato convencional, não se confundindo com o instituto jurídico anterior da separação judicial. Esse acordo poderá ser objeto de homologação judicial ou de escritura pública. Porém, essa convenção sobre a separação de fato não é necessária para o divórcio, nem produz os efeitos da antiga separação judicial.<sup>126</sup>

Por outro lado, a quarta turma do STJ em julgamento de recurso especial, realizado em março de 2017, entendeu que a EC 66/10 não aboliu a figura da separação judicial, tendo o novo Código de Processo Civil, inclusive, optado por preservar o instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras da ministra Isabel Gallotti:

O texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial. Ademais, sendo o divórcio permitido sem qualquer restrição, forçoso concluir pela possibilidade da separação ainda subsistente no Código Civil, pois quem pode o mais, pode o menos também [...].<sup>127</sup>

Diante do exposto, embora esvaziado de funcionalidade, entende-se pela possibilidade da propositura de ações de separação, sejam elas litigiosas ou consensuais, pois estas estão previstas no novo Código de Processo Civil. Comungam de tal entendimento Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

<sup>126</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.157.

<sup>127</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9%20op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9%20op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges)> Acesso em: 05 out. 2017).

Lembrando que as normas aprovadas regularmente pelo Congresso Nacional gozam de presunção de constitucionalidade, parece que, até um efetivo controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, seria possível a propositura de uma ação de separação, claramente baseada nos requisitos previstos na legislação material.<sup>128</sup>

Portanto, frise-se que enquanto o destino do instituto da separação após o advento da EC 66/10 e da regulamentação feita pelo CPC/15 não for decidido pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo sem utilidade prática, seria possível propor separação ao invés de divórcio quando for da vontade das partes.

Outrossim, importante ainda ressaltar a existência do conceito de separação de fato. Antes da EC 66/10 esse conceito era imprescindível para que os cônjuges ingressassem com o pedido de separação, haja vista que somente estando separados de fato há mais de um ano é que o pedido de dissolução da sociedade conjugal poderia ser feito<sup>129</sup>.

Mesmo antes da EC 66/10, já existia o instituto do divórcio direto como um dos mecanismos de dissolução do casamento. Todavia, para que os cônjuges pleiteassem judicialmente o divórcio direto, ou seja, sem ter passado anteriormente pelo processo de separação, exigia-se o decurso de prazo de dois anos da separação de fato<sup>130</sup>.

Na separação de fato as pessoas simplesmente não vivem mais juntas, nem agem como se casadas fossem. Por conta disso, ainda que existente o vínculo matrimonial, não há mais que se falar, faticamente, em sociedade conjugal. Assim, de acordo com Luiz Edson Fachin:

As pessoas se separam, de fato, e isto revela, por si só, a falência da sociedade conjugal. A separação judicial implica apenas o reconhecimento dessa ruptura. É nesse sentido que a separação de fato é uma separação que autoriza tanto o pedido de divórcio quanto o de separação. Evidentemente, além disso, a separação de fato pode modificar também a autoridade parental sobre os filhos.<sup>131</sup>

O conceito de separação de fato, ainda que antigo, é amplamente utilizado nos dias atuais, vez que se equipara, segundo jurisprudência do STJ, à separação judicial.

<sup>128</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.392.

<sup>129</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.223.

<sup>130</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art. 1.580 §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”.

<sup>131</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.207.

Assim, a separação de fato cessa os deveres conjugais, bem como o regime de bens do casamento, produzindo os mesmos efeitos que a separação judicial produz.

### 3.3.2 Divórcio judicial

O divórcio no ordenamento jurídico brasileiro enquadra-se hoje como uma das possíveis formas de dissolução do matrimônio. Trata-se de uma medida voluntária, em que as partes optam por extinguir o vínculo conjugal existente entre ambos. Ou seja, é direito protestativo o qual todos fazem jus, eis que basta apenas a manifestação de vontade por parte de um ou ambos os cônjuges para que o casamento se dissolva<sup>132</sup>.

Neste passo, conforme dito anteriormente, a EC 66/10 foi responsável por regulamentar o divórcio direto ao extinguir os requisitos prévios antes exigidos para propor uma ação de divórcio. Isso tudo permitiu, ainda que tardiamente, o reconhecimento do divórcio como direito protestativo (direito sobre o qual não recaem discussões ou contestação)<sup>133</sup>.

Por consequência, verifica-se que a referida emenda, ao alterar o texto constitucional do artigo 226 §6º, trouxe grandes avanços para sociedade brasileira, na medida em que a liberdade de não permanecer casado ganhou espaço diante de uma sociedade machista e conservadora.

Aduz-se, ainda, que essa forma de dissolução do casamento proposta por iniciativa das partes extingue não só a relação jurídica antes existente, como também os deveres recíprocos inerentes do matrimônio, consoante descrevem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

O divórcio é a medida jurídica, obtida pela iniciativa das partes, em conjunto ou isoladamente, que dissolve integralmente o casamento, atacando, a um só tempo a sociedade conjugal (isto é, os deveres recíprocos e o regime de bens) e o vínculo nupcial formado (ou seja, extinguindo a relação jurídica estabelecida).<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FIHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: Direito de família: As Famílias em perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p.524.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p.538.

<sup>134</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p.372.

Vale lembrar que o instituto do divórcio somente surgiu porque relações conjugais nem sempre dão certo. O afeto construído durante a relação com o outro pode se dissolver com o passar do tempo, tanto para um como para ambos os consortes. Diante disso, existem duas modalidades de divórcio: o consensual e o litigioso.

Entende-se por divórcio litigioso como aquele em que os cônjuges controvertem a respeito dos efeitos da dissolução do casamento. Logo, infere-se que o divórcio não é litigioso, mas sim os seus efeitos. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald “No divórcio litigioso, as partes podem controverter sobre matérias subjacentes à dissolução do casamento, como a guarda de filhos, o regime de visitação, a partilha dos bens, dentre outras”<sup>135</sup>.

Por conta disso, a ação de divórcio litigioso traz um rol de pedidos cumulados acerca das matérias mencionadas acima, as quais serão julgadas na própria sentença de divórcio. Mas nada impede que os consortes optem por deixar as demais questões para serem discutidas em ações próprias, ajuizando somente a ação de divórcio.

Do contrário, o divórcio consensual é aquele em que as partes não controvertem a respeito dos efeitos da dissolução do casamento. Ou seja, são capazes de dispor livremente sobre os efeitos tanto em juízo como em cartório, nos casos cabíveis.<sup>136</sup> No divórcio consensual em juízo, as partes poderão pleitear o divórcio pela via comum, ainda que não controvertam a respeito dos efeitos do casamento. Fala-se em divórcio consensual em juízo.

O procedimento de divórcio consensual nesses casos terá início por meio de petição inicial, subscrita pelas partes. Porém, é possível que no desenrolar de uma ação de divórcio litigioso, as partes por iniciativa própria ou provocação do magistrado, transmudem a ação de litigioso para consensual.

Contudo, atualmente também existem formas alternativas de dissolução de conflitos, como por exemplo, o divórcio ocorrido através dos Balcões de Justiça e Cidadania. O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no ano de 2003, criou o projeto Balcão de Justiça e Cidadania através da resolução 01/2003, tendo como fase inicial o período entre 2003 a 2006.

---

<sup>135</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p.379.

<sup>136</sup> *Ibidem*, loc.cit.

Em 2006 as atividades foram paralisadas, somente retornando basicamente no ano de 2007 com o intuito de pacificação e inclusão social, possibilitando maior acesso à justiça às pessoas de baixa renda, conforme expõe Ricardo Augusto Schmitt:

O Balcão de Justiça e Cidadania contribui para a inclusão social porque é destinado a essa parcela da população, que encontra dificuldades de acesso à Justiça, por vários motivos, desde a falta de recursos financeiros ou mesmo a pouca disponibilidade de tempo para a realização dos vários deslocamentos necessários para aos contatos iniciais com advogados ou defensores e presença nas audiências. Muitas vezes, quando superadas as dificuldades de acesso propriamente dito, passa-se a enfrentar outro grave problema, que é o de fazer movimentar todo o aparato estatal em torno de uma lide. O Projeto permite a inclusão social pela oferta de informações sobre direitos dos interessados e busca da paz social pela construção do acordo, com preservação da autonomia da vontade das partes na condução do seu destino.<sup>137</sup>

O Balcão de Justiça e Cidadania é um projeto de composição consensual de conflitos, responsável por solucionar diversos casos na área de família, contribuindo, assim, para o desafogamento do poder judiciário, na medida em que este pode se dedicar aos conflitos de maior grau de litigiosidade.

O mencionado projeto, além de dar orientações jurídicas, oferece a mediação como mecanismo de resolução de conflitos na área cível de menor complexidade e na área de famílias questões referentes à: divórcio, pensão alimentícia, reconhecimento espontâneo de paternidade, bem como reconhecimento e dissolução de união estável<sup>138</sup>.

Entende-se por mediação como uma das formas autocompositivas de resolução de conflitos. A mediação é a modalidade mais adequada a ser aplicada nas situações em que antes de ocorrer o conflito, as partes já possuíam vínculo entre si e, muitas vezes, continuarão a manter esse vínculo mesmo após a resolução do problema.

Na mediação, o terceiro (mediador) tem por objetivo fomentar o diálogo entre as partes, não cabendo a ele trazer ou formular propostas de soluções do conflito em questão. O mediador deve atuar como um terceiro imparcial e capacitado a fim de auxiliar as partes através do emprego de técnicas de comunicação. Na lição de Monica Carvalho Vasconcelos:

<sup>137</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Balcão de Justiça e Cidadania – Tribunal de Justiça da Bahia. Descrição Resumida.** Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/proposta/balcao-de-justica-e-cidadania-tribunal-de-justica-da-bahia/print>> Acesso em: 29 mai.2017.

<sup>138</sup> SILVA, Silvío Maia da. **Influência dos Balcões de Justiça e Cidadania na redução da litigiosidade.** Disponível em: <[http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/BJC\\_Silvio\\_02.pdf](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/BJC_Silvio_02.pdf)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

Desse modo, percebe-se que o mediador nada impõe. Por meio do incentivo ao diálogo amigável estimula as partes para a realização de um acordo satisfatório para ambas, auxiliando na criação de uma nova realidade que proporcione a manutenção da relação entre os mediados.<sup>139</sup>

Assim, realizado o divórcio através do projeto Balcão de Justiça e Cidadania, o processo será encaminhado para Secretária dos Balcões onde será homologado pelo juiz responsável. Frise-se que nos casos em que houver menor, deverá ser intimado o membro do ministério público, a fim de que o promotor dê seu parecer sobre o caso.

Em linhas gerais, as medidas alternativas, especialmente a mediação, surgiram com intuito de facilitar a resolução de conflitos de forma rápida, barata e eficaz. Vale dizer que foi visualizando os possíveis benefícios que essas medidas alternativas trariam para sociedade como um todo, que o CNJ editou a resolução 125/10 com intuito de modificar a mentalidade dos operadores do direito, no que tange as diversas formas de solução de conflitos que não apenas pela via judicial.

Foi encampando essa ideia que em junho de 2015 foi sancionada a lei 13.140 que dispõe justamente sobre a mediação como forma de solução das controvérsias. Vale ressaltar que o Código de Processo Civil, também de 2015, contribuiu significativamente para essa tendência, na medida em que citou amplamente ao longo do seu texto, as formas de resolução de conflitos pelas vias não judiciais<sup>140</sup>.

Com isso, faz-se necessário destacar a importância dos métodos de dissolução de conflitos na área de família, sejam eles convencionais ou alternativos. Os avanços gerados em torno desse tema com o advento do novo CPC, bem como da Lei de mediação contribuíram para o aperfeiçoamento do sistema tanto no que tange aos métodos tradicionais como naqueles em destaque nos dias atuais.

<sup>139</sup> VASCONCELOS, Monica Carvalho. **Mediação como instrumento de solução de conflitos familiares: a experiência da casa de mediação do pirambu**. 2005. Dissertação. Orientador: Profa. Lília Maia de Moraes Sales. (Mestrado em Direito) – Unifor, Fortaleza, p.65.

<sup>140</sup> SILVA, Silvio Maia da. **O novo Código de Processo Civil e a mediação como meio de solução de controvérsias**. Disponível em: <[http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/O\\_Novo\\_CPC\\_e\\_a\\_Medicao.pdf](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/O_Novo_CPC_e_a_Medicao.pdf)>. Acesso em 28. mai.2017.

### 3.3.3 Divórcio Extrajudicial

Com intuito de contribuir positivamente para o desafogamento do poder judiciário, bem como simplificar a vida dos cidadãos brasileiros, em 2007, foi editada a Lei 11.441 cujo teor permitiu o inventário, a partilha, bem como o divórcio pela via extrajudicial.

Vale dizer que após o advento da mencionada lei, o CNJ editou a Resolução de número 35 cujo intuito fora disciplinar e uniformizar aplicação da Lei 11.441/2007 em todo território nacional, regulamentando pontos importantes que serão aprofundados no capítulo seguinte.

Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald é possível sintetizar a finalidade da mencionada lei: “Buscando a racionalização das atividades processuais e a simplificação da vida jurídica dos cidadãos brasileiros, a Lei 11.441/07 possibilitou o divórcio consensual em cartório, independentemente de procedimento judicial”<sup>141</sup>.

Diante desse cenário, possível inferir que a Lei 11.441/07 abriu as portas para um novo quadro no direito de família brasileiro. Assim, nos casos em que não houver litígio entre os consortes, o divórcio em cartório figura como mais uma alternativa para extinção do vínculo conjugal<sup>142</sup>.

O abarrotamento de processos no Poder Judiciário contribui para uma justiça morosa e desgastante.<sup>143</sup> Frise-se que antes da referida lei, a demora na extinção de processos muitas vezes simples, como por exemplo, os divórcios consensuais, intimidavam os casais a pleitear a dissolução do matrimônio<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.424.

<sup>142</sup> MADALENO, Rolf. Separação Extrajudicial: praticidade, trâmite e fraude. *In*: DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. (Coords.). **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007, 244.

<sup>143</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>> Acesso em: 09 out. 2017

<sup>144</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. Salvador. Saraiva, 2016, p. 73.

Segundo a autora Tereza Cristina Monteiro Mafra: “A Lei nº 11.441/2007 é reflexo dos fenômenos de “contratualização” do casamento e de *simplificação* das formas, de celeridade e eficiência na solução dos conflitos, visando alcançar a paz social”<sup>145</sup>.

Nas matérias veiculadas pela mídia em 2007, percebe-se que a Lei 11.441 aproximou o direito de família à sociedade como um todo, pois desde o momento em que os cartórios passaram a realizar separações e divórcios em suas dependências, houve um grande aumento nas solicitações desses serviços por todo o Brasil.<sup>146-147</sup>.

Conforme disposto na Lei 11.441/07, o divórcio administrativo poderá ocorrer mediante escritura pública desde que o casal não tenha filhos incapazes e que os cônjuges estejam acompanhados de advogado ou defensor público. Cumpre salientar que o divórcio em cartório não depende de homologação judicial, de modo que a escritura pública constitui título hábil para o registro civil e de imóveis, segundo §1º da supracitada Lei.

Portanto, o divórcio cartorário produz seus efeitos imediatamente na data da lavratura da escritura pública. Conforme redação de Paulo Lôbo “o traslado extraído da escritura pública é o instrumento hábil para averbação do divórcio junto ao registro público do casamento e para o registro de imóveis, se houver”.<sup>148</sup>

Em que pese a Lei 11.441/07 estabeleça que a separação e o divórcio consensual possam ocorrer por meio de escritura pública quando o casal não tiver filhos menores e incapazes, havendo interesse de menor já regulado judicialmente, o uso da via administrativa será possível para compor os interesses particulares e disponíveis do casal.<sup>149</sup>

Nesse desiderato, percebe-se que havendo anteriormente a proteção aos direitos indisponíveis da prole do casal por meio de decisão judicial, o divórcio e separação extrajudicial poderão ocorrer. Isso porque, os direitos indisponíveis não sofreriam

---

<sup>145</sup> MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Revista brasileira de direito de família: Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a Estado Civil e Reconciliação. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2007, p.77.

<sup>146</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.425.

<sup>147</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. Salvador. Saraiva., 2016, p. 93.

<sup>148</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.148.

<sup>149</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Op. cit.*, 2017, p.424.

nenhum prejuízo na medida em que já teriam sido objeto de demanda judicial, com a presença do juiz e do promotor<sup>150</sup>.

Assim como ocorre nos atos de mesma natureza, “as partes podem declarar a sua vontade pessoalmente ou por procurador, munido de poderes para o ato”, consoante afirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>151</sup>. Logo, deduz-se que se for da vontade das partes, elas podem ser representadas por uma terceira pessoa.

Portanto, em razão do seu caráter negocial, a escritura pública de dissolução do matrimônio também produzirá seus efeitos por procurador, desde que a procuração seja outorgada por escritura pública, com poderes específicos para este ato.<sup>152</sup>

Registre-se, ainda, que o procedimento administrativo de divórcio consensual também pode ser realizado perante autoridade consular. Os cônsules exercem função notarial, o que logicamente lhes permite lavrar escrituras públicas de dissolução nupcial. Obviamente que as exigências descritas pela Lei 11.441/07 devem ser respeitadas, ainda que o divórcio ocorra no exterior<sup>153</sup>.

Encampando a ideia trazida pela referida lei, bem como pela resolução 35 do CNJ, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 733, disciplina o divórcio consensual em cartório:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Desse modo, os requisitos exigidos pela lei 11.441/07 para que seja lavrada a escritura pública também passaram a ser disciplinados pelo Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil em vigor foi responsável por exigir expressamente em seu artigo 731, os mesmos elementos necessários que são exigidos para ocorrência

<sup>150</sup> MADALENO, Rolf. Separação Extrajudicial: praticidade, trâmite e fraude. *In*: DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. (Coords.). **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007, 245.

<sup>151</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.426.

<sup>152</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>153</sup> *Ibidem*, p.45.

do divórcio amigável em juízo, quais sejam: disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas, bem como o valor da contribuição para criar e educar os filhos<sup>154</sup>.

Ressalte-se que em relação ao artigo 731 do Código de Processo Civil de 2015, a *prioris* únicos requisitos obrigatórios para o divórcio extrajudicial são: a indicação relativa à partilha de bens e o acordo de pensão alimentícia entre os divorciados, pois conforme já mencionado, para que haja o acordo de dissolução cartorária não pode haver interesse de incapaz<sup>155</sup>.

Ocorre que, dispositivos como, por exemplo, a súmula 197 do STJ, o artigo 1.581 do CC/2002, bem como o próprio parágrafo único do art. 731 do CPC/2015 estabelece a possibilidade de dissolução do casamento sem a prévia partilha de bens. Nesta direção, os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald descrevem:

Exige a lei processual (CPC, arts. 731 e 733) que a escritura pública de dissolução consensual contenha o acordo relativo à partilha dos bens comuns do casal, não se lhes aplicando as regras relativas aos filhos menores, uma vez que a existência deles impede o uso da via no cartório. Todavia, não se pode concluir que o eventual descumprimento dessas exigências conduziria à invalidade do negócio jurídico. Não é bem assim. Com efeito, as considerações expendidas anteriormente sobre a possibilidade de dissolução do casamento sem a prévia partilha do patrimônio comum são perfeitamente aplicáveis, consoante entendimento assentado na súmula 197 do Superior Tribunal Justiça e no art. 1.581 da Lei Civil.<sup>156</sup>

Neste mesmo sentido, defende a doutrinadora Maria Berenice Dias:

Apesar de a lei referir e a Resolução do CNJ referendar que na escritura deva constar a descrição e a partilha dos bens comuns, não há como impor tal exigência. O Código de Processo Civil libera a partilha para momento posterior (CPC 731 parágrafo único). E o Código Civil admite o divórcio sem a prévia partilha (CC 1.581). Assim, ainda que existam bens, não precisam ser partilhados para o uso da via extrajudicial. Descabido impor o divórcio judicial pelo só fato de os cônjuges pretenderem manter indiviso o patrimônio comum.<sup>157</sup>

Desse modo, entende-se que é possível a dissolução do casamento por via não judicial, ainda que as partes optem por não efetuar a descrição e partilha de bens no momento que for lavrada a escritura pública. Logo, poderá a partilha ocorrer em

<sup>154</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.425.

<sup>155</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p.426-427.

<sup>157</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.248.

momento posterior, inclusive por via extrajudicial, nos moldes do que dispõe a Resolução 35 do CNJ, desde que haja consenso entre as partes.

Ademais, importante trazer a baila que o Código de Processo Civil de 2015 acrescentou mais um requisito essencial para os divórcios em cartório, qual seja, a ausência de nascituro. Nesse sentido, em 2016, o CNJ editou a resolução n.220 responsável por aderir o mesmo posicionamento adotado pelo CPC vigente. Assim, além da previsão de inexistência de filhos incapazes, a divorcianda também não poderá estar grávida no momento da lavratura da escritura pública.

O acréscimo desse requisito imposto pelo novo Código de Processo Civil e reiterado pela resolução n.220/2016 trouxe divergência entre os doutrinadores, levantando pontos relevantes sobre o tema, os quais serão aprofundados no capítulo seguinte.

Assim, conclui-se, que a nova realidade trazida pela Lei 11.441/07 e encampada pelo CPC de 2015 foi um passo importante para a descentralização do Poder Judiciário como órgão responsável pela resolução de controvérsias do direito de família. É possível notar uma nova tendência dos legisladores em permitir que determinados assuntos sejam resolvidos por vias administrativas, contribuindo para uma justiça mais célere e um poder judiciário menos sobrecarregado.

Nos dizeres de Paulo Lôbo, “cresce a compreensão de que o acesso à justiça não se dá apenas perante o Poder Judiciário formal. Se assim é para os conflitos litigiosos, com maior razão se impõe quando as próprias partes estão de acordo em resolvê-los”.<sup>158</sup>

Portanto, o estudo em torno das diversas formas de resolução de conflitos de âmbito familiar, com especial atenção para o divórcio em cartório, é de grande importância para a sociedade brasileira. A utilização da via administrativa para a resolução de controvérsias impacta significativamente na vida das partes que se submetem a ela, bem como ao poder judiciário em geral, na medida em que este pode passar a se dedicar aos conflitos de alto grau de litigiosidade.

---

<sup>158</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.147.

#### **4. DA AUSÊNCIA DE NASCITURO COMO REQUISITO DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL**

Diante do que fora apresentado ao longo desta pesquisa, principalmente no que tange ao divórcio extrajudicial e suas implicações, este capítulo se dirige à apresentação de uma análise mais aprofundada quanto ao novo requisito exigido para realização do divórcio em cartório, qual seja, a ausência de nascituro.

O presente capítulo tem por objetivo abordar aspectos relevantes em torno do citado requisito, na medida em que seu acréscimo foi questionado por parte da doutrina, a qual levantou pontos importantes que serão discutidos adiante.

Ademais, será ainda abordado o papel do estado no direito de família atual, bem como suas intervenções neste ramo do direito caracterizado por relações dotadas de autonomia de vontade. Ressalte-se que o acréscimo deste novo requisito para o divórcio em cartório, implementado pelo CPC/2015 e reiterado pela resolução 220/2016, foi responsável por preencher a lacuna normativa que havia nesse sentido, bem como por incitar questionamentos em torno da autonomia da vontade das partes.

Assim, diante deste cenário instalado no ordenamento jurídico brasileiro, o presente capítulo se propõe a analisar as motivações, justificativas e consequências desse novo requisito do divórcio extrajudicial, abordando, inclusive, até que ponto a intervenção do Estado nas relações de direito das famílias é razoável para a sociedade como um todo.

##### **4.1 O NASCITURO**

Conforme disposto no art. 2º do Código Civil de 2002, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Logo, possível inferir que, legalmente, aquele que nasce com vida será dotado de personalidade civil. Contudo, o referido artigo deixa em aberto se o nascituro também faz jus à personalidade civil conferida àqueles que nascem com vida.

A lacuna prevista no artigo, ora mencionado, contribuiu para o surgimento de três correntes a respeito do início da personalidade civil. Mas, o que de fato é personalidade? Os nascituros são dotados de personalidade? Esses questionamentos, os quais serão abordados no tópico posterior, são essenciais para compreender o conceito de nascituro e a sua importância para o ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, com a previsão do termo nascituro no artigo 733 do novo CPC, para se entender melhor acerca da possibilidade do divórcio em cartório, faz-se necessário destrinchar as implicações que se extraem do termo nascituro, bem como as correntes que se propõem a discutir acerca do início da personalidade civil.

Isso sem falar nas garantias aos direitos dos nascituros, prevista no art. 2º do Código Civil, pois, em que pese às diversas discussões sobre o início da personalidade civil, uma coisa é certa: os nascituros possuem direitos inerentes a sua condição, os quais devem ser protegidos e respeitados.

#### **4.1.1 Conceito e personalidade jurídica**

De acordo com o artigo 2º do Código Civil, é possível extrair que nascituro é aquilo que já foi concebido, mas que ainda não nasceu. Ora, distanciando-se um pouco da problemática em torno da personalidade jurídica do nascituro, infere-se que o citado artigo deixa claro que independente do nascimento com vida, os direitos do nascituro devem ser resguardados.

Assim, quanto ao conceito de nascituro, importa dizer que, segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida, “nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno”.<sup>159</sup> Por esta forma, entende-se que mesmo não tendo nascido com vida, a concepção no ventre materno é suficiente para caracterizar o termo nascituro.

Vale observar que compreender o conceito de nascituro é fundamental para que haja uma maior interpretação do disposto no artigo 733 do novo CPC, bem como da resolução 220/2016 do CNJ. Desse modo, em que pese o próprio Código Civil faça

---

<sup>159</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11105-42738-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.p.4.

menção ao conceito de nascituro, este não se posiciona quanto ao início da personalidade, deixando este assunto a ser discutido pela doutrina.

Neste passo, o autor Flávio Tartuce descreve:

Quanto à personalidade, essa pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social.<sup>160</sup>

À luz do que se entende por personalidade, vale ressaltar o que dispõem as principais correntes sobre este assunto, quais sejam: a teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista.

Segundo a teoria natalista, o nascituro não pode ser considerado pessoa, vez que de acordo com o Código Civil de 2002, a personalidade civil só é adquirida após o nascimento com vida. Logo, não há que se falar em direitos do nascituro, mas sim na mera expectativa desses direitos.

Nota-se que essa teoria nada mais é do que uma interpretação literal do que prevê a primeira parte do artigo 2º do Código Civil de 2002.<sup>161</sup> Esse entendimento pode ser observado nas palavras do autor Flávio Tartuce: “Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, e ponto final.”<sup>162</sup>

O problema da teoria natalista é que ela rejeita a ideia de direito dos nascituros, defendendo apenas a mera expectativa de direitos. Além disso, essa teoria nega ao nascituro o *status* de pessoa, dando a entender que este seria, na verdade, uma coisa. Logo, pode-se dizer que essa teoria vai de encontro com vários dispositivos do Código Civil responsáveis por garantir direitos àqueles que foram concebidos, porém, que ainda não nasceram. Isso sem falar nas diversas técnicas de reprodução assistida existentes nos dias atuais que não se coadunam com a referida teoria.<sup>163</sup>

Por outro lado, existe ainda a teoria da personalidade condicional. Segundo essa teoria, a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, contudo, os

<sup>160</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral, 13ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 122.

<sup>161</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.) **Novo Código Civil Questões Controvertidas.** São Paulo: Método, 2007, 53.

<sup>162</sup> TARTUCE, Flávio. *Op.cit.*, 2017, p.123.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p.124.

direitos dos nascituros estariam resguardados por uma condição suspensiva. Nas palavras de Flávio Tartuce:

*A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil.*<sup>164</sup>

Todavia, o problema da teoria da personalidade condicional é que ela sujeita os direitos do nascituro a condição, termo ou encargo. Ou seja, essa teoria não defende a existência de direitos inerentes ao nascituro, mas sim direitos eventuais decorrentes de condição suspensiva, neste caso, o nascimento com vida.<sup>165</sup>

Em outras palavras, para essa teoria, o nascituro não seria dotado de personalidade jurídica, já que esta se inicia com o nascimento com vida e o nascituro estaria no meio do caminho entre a concepção e o nascimento. Logo, os direitos aos quais essa teoria se refere são meramente eventuais, já que precisam de uma condição suspensiva para ocorrer.

Portanto, se o nascituro nascesse sem vida, não haveria como se falar em aquisição de direitos, já que esta aquisição estaria subordinada apenas ao nascimento com vida. Porém, conforme interpreta a autora Silmaria Chinelato, “seria contraditório, por exemplo, admitir condicionalmente o direito à vida, subordinado à condição de nascer com vida”.<sup>166</sup>

Por fim, a terceira corrente é chamada de teoria concepcionista. Em suma, essa teoria defende que o nascituro é na verdade pessoa humana, dotado de direitos garantidos por lei desde sua concepção.<sup>167</sup> Comunga de tal entendimento o autor Flávio Tartuce “na verdade, parece mesmo inconcebível negar direitos da personalidade ao nascituro”.<sup>168</sup>

Neste mesmo sentido entende Silmara Chinelato:

<sup>164</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral, 13ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 122.

<sup>165</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>166</sup> CHINELATO, Silmaria Juny. Estatuto do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.) **Novo Código Civil Questões Controvertidas.** São Paulo: Método, 2007, p. 54.

<sup>167</sup> TARTUCE, Flávio. *Op.cit.*, 2017, p.125.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p.127.

A terceira corrente doutrinária é por nós denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da Personalidade condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.<sup>169</sup>

Pois bem, de acordo com essa teoria, as pessoas já concebidas, ou seja, os nascituros têm direitos resguardados pelo ordenamento jurídico.<sup>170</sup> Então, conclui-se que para corrente concepcionista, o nascituro é dotado de personalidade jurídica, desde o momento da sua concepção<sup>171</sup>.

Ora, pode-se dizer que essa corrente vai contra basicamente o que defende a teoria natalista e da personalidade condicional, na medida em que estas últimas priorizam o nascimento com vida para que a pessoa tenha direitos garantidos, enquanto para a teoria concepcionista basta ser concebido para ter direitos protegidos por lei.

A outro tanto, a doutrinadora Silmara J. A. Chinelato e Almeida traz uma interessante lição a respeito da personalidade e do nascimento com vida:

Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentamos em nossa tese de Doutorado e em trabalhos posteriores, que a personalidade - que não se confunde com capacidade não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não, expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.<sup>172</sup>

Muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercidos após o nascimento com vida, existem ainda aqueles que são resguardados desde a concepção, como é o caso do direito aos alimentos gravídicos conferidos pela Lei 11.804 de 2008. Assim, entende-se que a teoria concepcionista é aquela que melhor resguarda os direitos do nascituro, na medida em que confere a este personalidade jurídica desde a sua concepção.

<sup>169</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11105-42738-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017. p.6.

<sup>170</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.) **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2007, p.57.

<sup>171</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 58.

<sup>172</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Op.cit.*, p.7.

Portanto, mesmo o Código Civil não se posicionando de forma clara e expressa a respeito do início da personalidade civil, o art. 733 do novo Código de Processo Civil parece ter se filiado à teoria concepcionista ao conferir proteção ao nascituro nos divórcios extrajudiciais. A dúvida, agora, passa a ser se a proteção conferida ao nascituro pelo novo CPC não excedeu demasiadamente a equidistância que o Estado deve ter no que tange as relações privadas.

#### 4.1.2 Os direitos inerentes ao nascituro

Com base no exposto em tópico anterior, três correntes que se dedicam a estudar o início da personalidade civil e a situação jurídica do nascituro. De um lado, autores como Christiano Cassettari descrevem que “há muito tempo se discute se o nascituro é pessoa ou não, mas atualmente, de forma majoritária, entende-se que sim, visto que ele possui os direitos da personalidade, como o direito à vida, aos alimentos, à imagem, entre outros”.<sup>173</sup>

Neste mesmo sentido, também aduz Flávio Tartuce “não há dúvidas em afirmar que, na doutrina civilista atual brasileira, prevalece o entendimento de que o nascituro é pessoa humana, ou seja, que ele tem direitos reconhecidos em lei, principalmente os direitos existenciais de personalidade”.<sup>174</sup>

Conforme já explanado nesta pesquisa, o próprio art. 2º do Código Civil põe a salvo os direitos do nascituro. Logo, quais seriam esses direitos? Partindo da premissa que o nascituro é pessoa humana, imperioso destacar que o direito basilar dos seres humanos é o direito à vida, pois é dele que se extraem os demais direitos resguardados pelo ordenamento jurídico.<sup>175</sup>

A própria Constituição Federal, no *caput*, do seu artigo 5º, prevê como um dos direitos e garantias fundamentais o direito à vida. Mesmo não regulamentando em que momento se inicia a proteção ao direito à vida, a referida Constituição traz

<sup>173</sup> CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: Teoria e Prática, 8ª ed.** São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

<sup>174</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral, 13ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.129.

<sup>175</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro.** Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11105-42738-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017. p.10.

vários artigos responsáveis por assegurar a vida da gestante e do nascituro. Nesta direção descreve Silmara J. A. Chinelato e Almeida:

A Constituição Federal assegura no "caput" do artigo - que define, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais- a inviolabilidade do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria esta proteção. O inciso XXXVIII do mesmo artigo, reconhece a instituição do júri com competência julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto. Assegura, ainda, a licença à gestante, com a duração de cento e vinte dias, no artigo 6º, inciso XVII, a; proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro.<sup>176</sup>

Infere-se, pois, ser indiscutível a proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 às pessoas humanas, logo, também aos nascituros. Neste passo, vale ainda destacar o direito à integridade física, que, em outras palavras, nada mais é do que o direito a saúde do nascituro e da própria gestante.

As diversas técnicas médicas existentes nos dias atuais são um exemplo das formas de proteção ao direito à saúde do nascituro. Desta sorte, é possível perceber que a proteção ao nascituro não decorre de mera extensão da proteção à saúde materna, mas sim de um direito inerente ao próprio nascituro, pessoa humana dotada de direitos a serem resguardados. Salieta-se, mais uma vez, nas palavras de Silmara J. A. Chinelato e Almeida:

Se o nascituro é pessoa, biológica e juridicamente, se sua integridade física e sua saúde não se confundem com as da mãe, ainda que com ela o concebido mantenha relação de dependência, não há como negar-lhe direito à integridade física e a saúde e deixar de inclui-lo no conceito de "ofendido" do artigo 1538 do Código Civil. Porque o direito à integridade física "lato sensu" - onde se incluem a integridade física "stricto sensu" e a saúde é do nascituro e não da mãe, não é lícito a ela opor-se de tal direito. Assim sendo, não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do "conceptus" nem a submeter-se à intervenção médica que vise a dissolver medicamento no líquido amniótico que o feto engole instintivamente. Ainda que, na prática, tal recusa possa ensejar situações de fato de difícil solução, no ponto de vista jurídico ela se nos apresenta clara e inequívoca: não cabe à mãe dispor de direito à saúde que não é seu, mas, sim, do filho nascituro.<sup>177</sup>

Logo, impossível pensar em direitos inerentes ao nascituro sem associá-los ao direito à vida e a integridade física. Fala-se também em outros direitos da personalidade, dentre os quais o direito à imagem, à honra e à dignidade. Os direitos à imagem e à honra dizem respeito, respectivamente, à proteção que se deve conferir ao nascituro para que não haja a reprodução de sua imagem por meios de

<sup>176</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11105-42738-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017. p.10.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p.14.

captação sem autorização do seu representante legal e que, em hipótese alguma, sua honra seja violada, antes do seu nascimento.<sup>178</sup>

Cumprido ressaltar, ainda, o direito aos alimentos do nascituro assegurado pela Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. A citada lei foi responsável por disciplinar o direito de alimentos da mulher gestante, garantindo conseqüentemente a proteção aos alimentos do nascituro.

O próprio artigo 2º da referida legislação prevê que os alimentos que tratam essa lei serão os valores suficientes para cobrir as despesas do período da gravidez e que dela sejam decorrentes, como da assistência médica e psicológica, alimentação especial, ao parto, internações, medicamentos, dentre outros. Ou seja, são contribuições que devem ser realizadas tanto pelo pai como pela própria gestante, a fim de garantir o melhor desenvolvimento do nascituro.

Por esta forma, resta evidente que dentre os direitos inerentes ao nascituro estão aqueles de caráter alimentar, que não se confundem com os alimentos destinados unicamente à subsistência da gestante. Isso ocorre porque essa lei visa salvaguardar a subsistência do nascituro em si, e isso será realizado através da mãe, pois aquele depende desta para nascer.

Tanto é assim que o parágrafo único, do art. 6º, da Lei 11.804, determina que “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”. Logo, os alimentos gravídicos são destinados à subsistência do nascituro e não propriamente da gestante.

Nesta oportunidade, vale ainda ressaltar que, no que concerne aos direitos patrimoniais, autores como, por exemplo, Flávio Tartuce mudou seu entendimento para defender a tese de que o nascituro também possui direitos patrimoniais desde a concepção.<sup>179</sup>

Essa visão por ora diverge daquela proferida por Maria Helena Diniz na medida em que ela classifica a personalidade jurídica em material e formal. A formal como

---

<sup>178</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11105-42738-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017. p.16.

<sup>179</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral, 13ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.129.

sendo aquela que o nascituro possui desde sua concepção, como o direito à vida, à imagem etc.; enquanto a personalidade jurídica material diz respeito aos direitos patrimoniais que serão adquiridos pelo nascituro apenas após o seu nascimento com vida.<sup>180</sup>

Mesmo havendo divergência doutrinária também neste sentido, o importante é perceber que: sendo o nascituro de fato uma pessoa humana ou não, este possui direitos que devem ser protegidos por lei. Então, muito embora haja quase unanimidade quanto à proteção de certos direitos inerentes ao nascituro, essencial discutir de que forma esses direitos se entrelaçam com a (im) possibilidade do casal em divorciar-se extrajudicialmente, nos casos em que haja uma gravidez.

#### **4.1.3 Uma análise a respeito do artigo 733 do CPC/2015**

Conforme exposto no capítulo anterior, a promulgação da Lei 11.441/2007 foi responsável por ampliar os horizontes das formas de resoluções das controvérsias no âmbito do direito de família. Logo após a sua promulgação, o CNJ disciplinou a aplicação dessa lei com intuito de uniformizá-la perante todo território nacional.

A uniformização ocorreu com o advento da Resolução 35/2007, a qual regulamentou questões como as de adoção do procedimento cartorário quando não houver filhos menores não emancipados ou incapazes do casal (art.47). A referência ao termo emancipado foi responsável por sanar quaisquer dúvidas a respeito da possibilidade de lavratura da escritura pública, nos casos em que o filho menor tiver sido emancipado pelos pais.<sup>181</sup>

Já o artigo 34 da referida Resolução, deixa claro que, para ocorrer o divórcio administrativo, não deve existir filhos incapazes comuns do casal. Note-se que o impedimento previsto se refere aos filhos comuns do casal e não aqueles frutos de outro relacionamento afetivo.<sup>182</sup> Assim, no caso da existência de filho menor fruto de

---

<sup>180</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral, 13ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.129.p. 125.

<sup>181</sup> CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: Teoria e Prática, 8ª ed.** São Paulo: Atlas, 2017, p. 35.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 36.

relacionamento diverso, os cônjuges não estariam impedidos de realizar o divórcio em cartório.

Ocorre que nem a Lei 11.441/2007, nem a Resolução n. 35 do CNJ, faziam qualquer tipo de menção à possibilidade de dissolução do matrimônio pela via administrativa quando a mulher estivesse grávida. Essa lacuna normativa, além de não regulamentar a situação de mulheres grávidas, contribuiu para o surgimento de diversas opiniões neste sentido.

Contudo, com a vigência do novo Código de Processo Civil algumas alterações foram feitas no que tange ao divórcio extrajudicial, dentre elas: não se fala mais em inexistência de filhos menores ou incapazes do casal, posto que o art. 733 do CPC/2015 não faz referência ao termo filhos comum, mencionando apenas a ausência de nascituro ou de filhos incapazes, sem especificar a paternidade.

Nota-se, assim, que a nova Lei processual foi responsável por referenciar o termo nascituro, bem como prever expressamente que o divórcio só poderá ocorrer em cartório, caso não haja filhos incapazes. Neste ponto, importante salientar que desde o advento da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que modificou o Código Civil de 2002, o sentido de incapaz foi alterado.

De acordo com os art. 3º do referido estatuto, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos. Por sua vez, conforme o art. 4º deste mesmo estatuto, os relativamente incapazes serão apenas os maiores de 16 e menores de 18 anos; ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

Ora, percebe-se que o novo CPC, bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foram leis responsáveis por interferir significativamente nos requisitos para o divórcio extrajudicial. Dentre as interferências mais importantes, pode-se destacar a exigência da ausência de nascituro, nos moldes do *caput* do art. 733 do CPC/2015.

À luz do que dispõe o citado artigo, o divórcio em cartório só ocorrerá quando não houver nascituro ou filhos incapazes. Seguindo por essa linha, em abril de 2016, o CNJ editou a resolução de n. 220 responsável por alterar a Resolução 35/2007 para acrescentar expressamente a hipótese de o cônjuge virago se encontrar em estado gravídico. Assim, o parágrafo único do artigo 34 e o artigo 47 da Resolução 35/2007 tiveram sua redação alterada para:

Art. 34. [...] Parágrafo único. As partes devem, ainda, declarar ao tabelião, na mesma ocasião, que o cônjuge virago não se encontra em estado gravídico, ou ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta condição.

Art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação de vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; d) inexistência de gravidez do cônjuge virago ou desconhecimento acerca desta circunstância; e e) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.<sup>183</sup>

Infere-se, pois, que a alteração desses dispositivos foi responsável por regulamentar o divórcio e a separação pela via administrativa, somente quando não houver filhos incapazes ou existência de nascituro, preenchendo assim a lacuna normativa que existia sobre a questão.

Logo, nos dizeres de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona “inseriu-se referência à possibilidade de haver nascituro como causa impeditiva da realização do procedimento administrativo”.<sup>184</sup>

Portanto, nos casos em que a mulher se encontre em estado gravídico, o procedimento extrajudicial não é permitido, devendo as partes recorrerem ao poder judiciário.<sup>185</sup> Vale destacar que no caso de escolha pela via administrativa, as partes devem declarar que não possuem filhos incapazes, tampouco nascituro.

Porém, nos casos em que não souberem a respeito de gravidez da nubente, poderão, ainda, alegar que desconhecem o estado gravídico desta. Isto é, acaso o estado gravídico seja do conhecimento das partes, estas devem declará-lo ao tabelião. Esse novo requisito foi acrescido com intuito de conferir ao nascituro os mesmos direitos garantido aos filhos incapazes.<sup>186</sup>

Percebe-se que o novo CPC, disciplinado pela resolução n. 220/2016, foi responsável por restringir a possibilidade do divórcio administrativo, demonstrando claramente a intervenção estatal nas relações familiares. Ocorre que, essa nova previsão pode ser interpretada como uma interferência exacerbada do Estado no direito de família, além de representar um empasse para o desafogamento do poder judiciário, como será demonstrado adiante.

<sup>183</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3111>> Acesso em: 22 de out. de 2017.

<sup>184</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. Salvador. Saraiva, 2016, p. 79.

<sup>185</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p.280.

## 4.2 A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS FILHOS MENORES E DO NASCITURO NO PROCESSO DE DIVÓRCIO

Como explanado alhures, o divórcio nada mais é do que o meio pelo qual os cônjuges se utilizam para romper o vínculo conjugal que havia entre eles. Contudo, a extinção do matrimônio, embora seja um direito das partes, muitas vezes interfere diretamente na vida dos filhos.

Imperioso destacar que o divórcio é responsável por extinguir o vínculo matrimonial existente entre o casal, não havendo que se falar em extinção da relação afetiva destes para com os filhos. Em outras palavras, a extinção do casamento não deve impactar na relação de pais e filhos, estando resguardados os direitos inerentes aos filhos menores do casal.<sup>187</sup>

Ocorre que os direitos inerentes aos filhos menores nada mais são do que direitos que envolvem interesses indisponíveis da pessoa humana como, por exemplo, a guarda, visita, alimentos, educação, dentre outros.<sup>188</sup>

Pode-se dizer que tais interesses são chamados de personalíssimos e, por conta disso, possuem especial proteção do estado. É inegável que direitos indisponíveis merecem ser resguardados pelo ordenamento jurídico, não sendo passíveis de negócio jurídico. Porém, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald “a ação de divórcio é, tão somente, a dissolução do casamento”<sup>189</sup>.

Conforme exposto anteriormente, atualmente, existem dois tipos de divórcio: o consensual e o litigioso. Por se tratar de direito potestativo da parte interessada, para obter o divórcio basta solicitá-lo. Logo, na existência de litígio, este será sobre os efeitos do divórcio e não sobre o divórcio em si.<sup>190</sup>

Em suma, nos casos em que houver controvérsia sobre os efeitos do divórcio, as partes deverão necessariamente recorrer à via judicial. Todavia, não havendo qualquer controvérsia neste sentido, o divórcio poderá ocorrer em juízo ou cartório, dependendo da vontade das próprias partes.

---

<sup>187</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. Salvador. Saraiva, 2016, p. 280.

<sup>188</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.428.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 417.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p.416.

Destarte, havendo controvérsia ou não, a existência de pedidos pautados em interesses de incapaz, ou seja, direitos indisponíveis que estejam cumulados na ação de divórcio, estes só poderão ser resolvidos pela via judicial, com participação do Ministério Público, consoante preceitua o art. 178 do CPC/2015.

Além da proibição de dissolução do casamento extrajudicialmente nos casos em que houver filhos incapazes, o CPC 2015, juntamente com a Resolução n. 220/2016 do CNJ, vedaram o divórcio em cartório quando a mulher estiver grávida. Em que pese o artigo 733 do novo Código de Processo Civil já tenha sido debatido ao longo deste capítulo, importante destacar a sua relação com a proteção dos direitos do nascituro.

Ora, não há quaisquer dúvidas de que havendo discussão acerca de direitos indisponíveis, esta deverá ser resolvida judicialmente. Contudo, como aduzem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald “a existência de um filho concebido não parece ser suficiente para impedir o divórcio pela via cartorária. Até porque os alimentos gravídicos, que podem beneficiá-lo podem ser fixados em via própria”.<sup>191</sup>

Assim, não faz muito sentido proibir o divórcio em cartório, obrigando as partes a recorrerem necessariamente a um procedimento mais oneroso e demorado, apenas pelo fato de existir nascituro ou filhos incapazes, já que seus interesses podem ser discutidos a priori ou posteriormente pela via judicial. Logo, o casal poderia deliberar sobre o divórcio em si, não versando sobre os direitos relativos ao nascituro e aos filhos incapazes, pois estes são indisponíveis.

Desta sorte, entende-se que a mera proibição do divórcio em cartório não seria a melhor solução para esta questão. A utilização do divórcio administrativo apenas com intuito de extinguir o vínculo matrimonial, ou seja, sem discutir guarda, alimentos, dentre outros, não causaria prejuízo aos interesses indisponíveis dos filhos incapazes ou do nascituro, na medida em que seus direitos estariam protegidos, sendo discutidos em outro momento pelo poder judiciário.

---

<sup>191</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.428.

#### 4.2.1 A aparente distinção de tratamento do artigo 733 do CPC/2015 em relação aos cônjuges em processo avançado de adoção de filhos menores

Pode-se dizer que o intuito do artigo 733 do CPC/2015, assim como do CNJ ao editar a Resolução de nº 220, foi o de uniformizar, perante todo território nacional, as questões relativas ao divórcio por escritura pública, preenchendo, inclusive, a lacuna que existia quanto ao estado gravídico do cônjuge virago.

Ao reiterar a previsão do novo Código de Processo Civil quanto à impossibilidade de lavratura da escritura pública de divórcio, nos casos em que a mulher estiver grávida, a referida resolução e, principalmente, a própria lei processual deixaram em aberto questões como as dos cônjuges que se encontram em processo avançado de adoção.

Considerando que a doutrina diverge quanto à necessidade de vedação do divórcio cartorário, nos casos em que o casal possua filhos incapazes ou nascituro, importante destacar que aqueles que defendem essa vedação, se pautam na ideia de proteção dos interesses dos filhos menores, como é o caso do autor Christiano Cassettari:

O objetivo da Lei 11.441/2007, que criou a possibilidade de se fazer o divórcio por escritura pública, ao proibir que ele ocorresse quando existissem filhos menores ou incapazes do casal, devia-se ao fato de que há interesses destes filhos que devem ser protegidos [...].<sup>192</sup>

Ocorre que o CPC de 2015 acrescenta expressamente a impossibilidade de lavratura do divórcio administrativo quando houver nascituro, não fazendo qualquer menção ao processo de adoção. Ou seja, pode-se dizer que a mencionada resolução preenche uma lacuna, deixando outra em aberto.

Ora, o acréscimo de novo requisito para o divórcio em cartório possui como fundamento basilar, para aqueles que a defendem, a proteção de interesses indisponíveis, inclusive em relação ao patrimônio. Logo, não faz nenhum sentido defender a proteção daqueles que ainda nem nasceram e nada mencionar a respeito daqueles que estão prestes a serem adotados.

---

<sup>192</sup> CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: Teoria e Prática**, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39

Na adoção, o filho adotado é inserido no novo núcleo familiar, adquirindo os mesmos direitos inerentes ao filho biológico. Conforme dispõe Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.<sup>193</sup>

Por conta disso, possível inferir que além desse novo requisito contrariar um dos principais objetivos da Lei 11.441/2007 que é o descongestionamento do Poder Judiciário, o novo CPC, ao incluir a impossibilidade de estado gravídico do cônjuge virago, criou uma aparente distinção para situações equivalentes ao do nascituro.

Nesta direção, defende o juiz Rafael Rangel, membro do IBDFAM, “a Resolução ainda deixou uma lacuna, pois não se refere aos cônjuges que se encontram em processo já avançado de adoção de filhos menores, criando aparente distinção de tratamento a situações assemelhadas”.<sup>194</sup>

Portanto, o ideal é que haja uma flexibilização desse requisito - assim como já ocorre em alguns atos baixados de Corregedorias de Estados em relação aos filhos incapazes - com intuito de permitir a possibilidade de divórcio em cartório ainda que haja nascituro, desde que seus direitos sejam discutidos oportunamente em ação apartada.<sup>195</sup> Desse modo, ponderar-se-á dizer que a finalidade precípua da Lei do divórcio, qual seja, a de promover o desafogamento do Poder Judiciário, não terá sido em vão.

Isso porque, acaso não haja qualquer flexibilização neste sentido, haverá, de fato, uma distinção de tratamento para situações similares. E, por outro lado, se em algum momento o legislador optar por equiparar estas situações semelhantes impedindo o divórcio por escritura pública, a finalidade da Lei 11.441/2007 terá se perdido, pois vários casais serão obrigados a recorrer unicamente ao Poder Judiciário.

---

<sup>193</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.966.

<sup>194</sup> IBDFAM. **Mulheres grávidas não podem mais optar pelo divórcio consensual e em cartório**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5963/Mulheres+gr%C3%A1vidas+n%C3%A3o+podem+mais+optar+pelo+div%C3%B3rcio+consensual+em+cart%C3%B3rio>> Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>195</sup> *Ibidem*

#### 4.2.2 A preservação dos direitos do nascituro *versus* o direito do casal em não tornar pública a gravidez

É indiscutível que os direitos inerentes ao nascituro são de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que resguardam os direitos daqueles que necessitam de proteção. Foi pensando nisso que o novo CPC optou por conferir ao nascituro a mesma proteção dada aos filhos incapazes do casal. Ocorre que, conforme já discutido ao longo desta pesquisa, impedir o divórcio em cartório como justificativa para preservar os direitos de incapazes ou até mesmo de nascituro, talvez não seja a solução mais adequada.

Isso porque, a Constituição Federal que assegura direitos fundamentais ao nascituro, como debatido em tópico anterior, é a mesma que também garante o direito à privacidade e à intimidade das pessoas. Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, prevê expressamente que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A Carta Magna, ao conferir proteção à intimidade e à privacidade da pessoa humana, não disciplina quais seriam as formas de violação desses direitos, permitindo que a análise de qualquer violação neste sentido seja feita casuisticamente. Logo, ao falar em direito as privacidade e intimidade, pode-se inferir que estarão consagradas as diversas formas de preservação desses direitos.

Verifica-se, pois que para o pleno exercício de alguns direitos fundamentais - como aqueles mencionados linhas atrás – é necessária a conformação desses direitos pelo legislador. Entretanto, a conformação de direitos fundamentais visa tão somente garantir o completo exercício desses direitos e não restringir sua atuação.<sup>196</sup>

Vale ressaltar que tamanha é a proteção aos direitos individuais, sejam eles explícitos ou implícitos no texto constitucional, que em alguns artigos da Constituição Federal são abarcados não só direitos, mas também garantias. No dizer de Rodrigo César Rebello Pinho:

---

<sup>196</sup> GUEDES, Néviton. **Constituição e Poder: O legislador e a tarefa de concretizar a Constituição**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-07/constituicao-poder-legislador-tarefa-concretizar-constituicao>> Acesso em: 22 nov. 2017.

Alguns dispositivos constitucionais contêm direitos e garantias no mesmo enunciado. O art. 5º, X, estabelece a inviolabilidade do direito a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando, em seguida, o direito a indenização em caso de dano material ou moral provocado pela sua violação.<sup>197</sup>

Assim, infere-se que a Constituição trata o direito à privacidade como uma denominação genérica, isto é, do direito à privacidade se extrai a tutela do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. No que tange a intimidade, a preocupação do texto constitucional é garantir que o ser humano não seja interferido na sua esfera particular, portanto, a sua vida privada deve ser preservada da intromissão de terceiros e até mesmo do próprio Estado. Esse também é o entendimento de Rodrigo César Rebello Pinho:

A intimidade e a vida privada são considerados círculos concêntricos da esfera de reserva da vida pessoal, sendo a intimidade ainda mais restrita, por se referir ao próprio indivíduo, bem como ao que possui de mais próximo, como seus segredos, seu diário, seus desejos, seus relacionamentos sexuais. Já a esfera da vida privada abrange o relacionamento do indivíduo com outras pessoas, como familiares, amigos e sócios.<sup>198</sup>

Diante desse contexto, poderia então se falar em direitos absolutos? Isto é, a proteção absoluta de direitos previstos como fundamentais pela CF/88? Trazendo meramente como exemplo, no julgamento do Habeas Corpus 93250, MS, feito pela Rel. Min. Ellen Gracie, em 10/06/2008, a decisão foi bastante clara ao entender pela impossibilidade de reconhecimento de direitos absolutos:

[...] Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.<sup>199</sup>

Então, no caso ora em estudo, de um lado estaria a garantia aos direitos fundamentais dos nascituros, enquanto do outro, o direito fundamental do casal em manter sua privacidade e intimidade em relação a uma possível gravidez. Diante desse cenário, deve haver uma ponderação de interesses, a fim de equilibrar os

<sup>197</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello Pinho. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**, v.17. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 74.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p.106.

<sup>199</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC: 93250 MS, Relator: Min. Ellen Grace, Data de Julgamento:10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720278/habeas-corpus-hc-93250-ms>> Acesso em: 02 nov. 2017.

direitos do nascituro com o direito à intimidade e à privacidade do casal, de modo que nenhum desses direitos prevaleça absolutamente sobre o outro.<sup>200</sup>

Ocorre que, segundo descreve Flávio Tartuce, “os conselheiros do CNJ firmaram o entendimento de que o estado de gravidez, caso não seja evidente, deve ser declarado pelos cônjuges”.<sup>201</sup> Ou seja, ao regulamentar a previsão trazida pelo novo CPC, o CNJ entendeu que para divorciar-se extrajudicialmente cabe aos cônjuges no momento da lavratura da escritura pública declarar que não possuem filhos incapazes, tampouco nascituros.

O que alguns autores questionam como, por exemplo, o juiz Rafael Rangel, membro do IBDFAM, é que o casal talvez não queira tornar pública a gravidez naquele momento de dissolução do matrimônio. Seja puramente por querer manter a privacidade de um momento tão particular na vida de um casal, como também a esdrúxula possibilidade de o nascituro aguardado, não ser filho comum dos cônjuges.<sup>202</sup>

Já para Christiano Cassettari isso não seria um problema, pois não cabe ao tabelião investigar quem seria de fato o pai do nascituro:

E não cumpre ao tabelião auferir quem seria o pai do nascituro, já que, não havendo filhos incapazes do casal, a escritura de divórcio pode ser lavrada. Mesmo que na absurda hipótese de o casamento estar se desfazendo pela traição da mulher, que ficou grávida de outra pessoa, não cabe no cartório esse tipo de discussão, pois qualquer prova nesse sentido deve ser produzida judicialmente.<sup>203</sup>

Logo, ainda conforme o mencionado autor:

Não deve o tabelião pedir exame negativo de gravidez para a mulher divorcianda, como requisito para lavratura da escritura de divórcio, pois isso pode acarretar responsabilização civil pela atitude de constrangimento. Basta que se coloque na escritura uma frase, no sentido de indicar que as partes declaram, sob as penas da lei, que desconhecem a existência de gravidez da mulher que está se divorciando, e que saem cientes de que, se a mulher estiver grávida naquele momento, a escritura será nula por desrespeitar um requisito de validade descrito na norma.<sup>204</sup>

<sup>200</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional, 8ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2013, p.738.

<sup>201</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v.5: Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.248.

<sup>202</sup> IBDFAM. **Mulheres grávidas não podem mais optar pelo divórcio consensual e em cartório.** Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/noticias/5963/Mulheres+gr%C3%A1vidas+n%C3%A3o+podem+mais+optar+pelo+div%C3%B3rcio+consensual+em+cart%C3%B3rio>> Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>203</sup> CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: Teoria e Prática, 8ª ed.** São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 39-40.

Contudo, a solução proposta pelo citado autor de indicar na escritura pública que as partes desconhecem a existência de gravidez da mulher que está se divorciando, não finda com as discussões em torno do direito do casal em não tornar pública a gravidez. Isso porque, acaso as partes tenham ciência da gravidez no momento da dissolução do matrimônio, mas não a declare, segundo ele, o ato praticado será nulo, pois haverá um desrespeito a um requisito de validade da norma.

Em suma, na hipótese de realmente o filho esperado ser de outra pessoa, para se divorciar extrajudicialmente, a mulher grávida teria que declarar tal situação, o que seria igualmente constrangedor. Ou ainda, o próprio casal perderia o direito de levar em sigilo a gravidez esperada, já que a via administrativa não seria uma opção para eles.

Forçoso é concluir, nas palavras do autor Rafael Rangel que:

Isso porque, ao impedir a pessoa de se valer desse meio adequado para solução de seu conflito simplesmente pelo fato de estar em estado de gestação, a Resolução acabará, por via transversa, obrigando essa mesma pessoa a adotar uma dentre duas alternativas: continuar convivendo com quem não mais deseja ou ter que submeter a apreciação do pedido ao Poder Judiciário.<sup>205</sup>

Ocorre que submeter à apreciação do poder judiciário significa conferir às partes a opção de se divorciar por uma via mais lenta e burocrática quando, na verdade, mesmo a mulher estando grávida, o divórcio em cartório não geraria prejuízos ao esperado filho, se seus direitos fossem discutidos em momento diverso.

Assim, até que ponto seria imprescindível exigir uma declaração das partes quanto a uma possível existência de gravidez, já que as discussões em torno dos direitos indisponíveis do nascituro podem ser feitas em outro momento, pela via judicial?

Conclui-se, portanto, que a saída mais inteligente é justamente aquela já aplicada nos casos de casais que possuem filhos incapazes. Ou seja, permitir que o divórcio ocorra extrajudicialmente, de modo que as partes discutam todas as questões referentes aos filhos incapazes ou nascituros judicialmente em momento oportuno.

Nesta direção, defende o autor Rolf Madaleno:

Pelo artigo 733 do CPC, o acesso ao divórcio extrajudicial é restrito aos casais sem filhos menores ou incapazes, cuja esposa também não se

---

<sup>205</sup> IBDFAM. **Mulheres grávidas não podem mais optar pelo divórcio consensual e em cartório.** Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5963/Mulheres+gr%C3%A1vidas+n%C3%A3o+podem+mais+optar+pelo+div%C3%B3rcio+consensual+em+cart%C3%B3rio>> Acesso em: 03 nov. 2017.

encontre em estado gravídico (Resolução CNJ 35/2007, parágrafo único do art. 34). Embora assim ordene a lei, não há comover o divórcio administrativo se, por intermédio de outras demandas, ou por distintos acordos judiciais, o casal já encaminhou a solução dos interesses indisponíveis dos seus filhos menores ou incapazes e nesta direção se posicionou o Enunciado n. 571 da VI Jornada de Direito Civil do STJ.<sup>206</sup>

Portanto, tomando como base os pontos acima levantados, a melhor solução é aquela que além de garantir os direitos inerentes aos nascituros, como alimentos, direito a guarda, imagem, etc., também protege o direito à privacidade do casal em não tornar pública uma gravidez. Não faz muito sentido ponderar entre qual direito deve prevalecer se existe a possibilidade de satisfazer todos os anseios daqueles que, de certa forma, estão envolvidos em um processo de divórcio.

#### 4.3 A (IN) VALIDADE DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL QUANDO NÃO DECLARADA A GRAVIDEZ

Dadas as considerações acima narradas, verifica-se que a alteração trazida pelo novo CPC e uniformizada pelas Resoluções 35/2007 e 220/2016 do CNJ mudou significativamente o procedimento do divórcio extrajudicial. Com a nova exigência imposta, as partes que pretendem dissolver o matrimônio pela via administrativa devem declarar ao tabelião que o cônjuge virago não está grávido ou que não tem conhecimento sobre tal condição, nos termos do artigo 733 do CPC de 2015.

Até sua publicação, para divorciar-se extrajudicialmente no Brasil, bastava preencher os requisitos inicialmente previstos pela Resolução 35/2007 do CNJ, declarando ao tabelião, no ato da lavratura da escritura pública, que as partes não tinham filhos incapazes. Contudo, atualmente, não basta declarar a inexistência de filhos incapazes, como também a ausência de nascituro.

Cumprido salientar que, a declaração de inexistência de nascituro deve ser feita pelas próprias partes no momento da lavratura da escritura pública. Logo, não cabe ao tabelião investigar o fato, vez que isso ocasionaria a burocratização do processo de divórcio, na medida em que as partes precisariam comprovar o alegado.<sup>207</sup>

<sup>206</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 403.

<sup>207</sup> Revista consultor jurídico. **CNJ proíbe divórcio consensual e cartório para mulheres grávidas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-06/cnj-proibe-divorcio-consensual-cartorio-mulheres-gravidas>>. Acesso em: 26 out. 2017.

Verifica-se, assim, que não há necessidade de provas para comprovar a inexistência de nascituro, não podendo o tabelião ser punido em caso de descumprimento dessa exigência pelas partes, até porque, como pontua Christiano Cassettari “não poderá o tabelião ser responsabilizado por isso, já que não é possível exigir exame negativo de gravidez para a lavratura da escritura pública”.<sup>208</sup>

Importante trazer à tona que, nos casos em que a gravidez for aparente, obviamente, não faz nenhum sentido alegar desconhecimento desta. Porém, nos casos em que a condição biológica da gestante não for perceptível, caberá às partes informarem o conhecimento ou desconhecimento de tal condição.

Portanto, acaso o estado gravídico da esposa não esteja aparente, o cumprimento dessa exigência decorrerá apenas da consciência das próprias partes, de modo que o tabelião somente poderá recusar-se a lavrar a escritura de divórcio se a gravidez for visível.

Diante desse cenário, vale destacar a problemática em torno da possível omissão das partes no que tange à existência ou não de nascituro. Autores como, por exemplo, Christiano Cassettari defendem o posicionamento de que a escritura de divórcio será nula, nos casos em que as partes omitirem gravidez conhecida por eles.<sup>209</sup>

Para o mencionado autor, a restrição do divórcio em cartório para casais que tenham filhos incapazes ou nascituros é um requisito de validade previsto em lei. Por conta disso, se o estado gravídico do cônjuge virago for do conhecimento das partes e estas não o declararam ao tabelião, a escritura de divórcio será nula.<sup>210</sup>

Neste sentido, também é o posicionamento de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “Desta forma, parece-nos que, se omitida a gravidez (ou mesmo a existência de filhos incapazes), a escritura pública padecerá de nulidade absoluta por vício de forma (eis que o divórcio não poderia ser matrimonializado administrativamente).”<sup>211</sup>

No âmbito da nulidade, vale destacar que a nulidade absoluta é aquela que diante da gravidade do seu vício qualquer pessoa poderá alegá-lo. Isto é, tanto os

---

<sup>208</sup> CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: Teoria e Prática**, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38.

<sup>209</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>211</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 79-80.

interessados, como também o Ministério Público e o juiz poderão arguir a nulidade do ato praticado.<sup>212</sup>

Conforme aduz Flávio Tartuce: “a nulidade é a consequência prevista em lei, nas hipóteses em que não estão preenchidos os requisitos básicos para a existência válida do ato negocial”. Assim, por violar norma de ordem pública, o negócio jurídico dotado de nulidade absoluta não produzirá seus efeitos.<sup>213</sup>

Esse conceito difere totalmente do que se entende por nulidade relativa, na medida em que esta envolve questões de ordem privada, ou seja, versa sobre assuntos que só dizem respeito às próprias partes. Por conta disso, diferentemente da nulidade absoluta, na relativa, somente os legítimos interessados poderão arguir sua nulidade.<sup>214</sup>

Assim, pode-se dizer que se o casal souber a respeito da gravidez do cônjuge virago, porém optar por omiti-la ao tabelião, estes estarão simulando uma realidade diversa da sabida por ambos. Nesses casos, a opção por omitir realidade já conhecida, obviamente gerará a nulidade do ato praticado.

Existe ainda a situação de reserva mental. Ora, apesar de pouca aplicação prática, nas palavras de Flávio Tartuce “a reserva mental ou reticência essencial, prevista no art.110 do CC, quando ilícita e conhecida do destinatário, é vício social similar à simulação absoluta gerando a nulidade do negócio jurídico”.<sup>215</sup>

Em resumo, se a outra parte não tiver conhecimento da mentira proferida, o negócio jurídico será válido. Do contrário, acaso a outra parte conheça da reserva mental, o negócio jurídico será nulo, pois o instituto será similar ao da simulação.<sup>216</sup> Trazendo essa situação para o caso exposto, se o cônjuge varão não souber a respeito da gravidez do cônjuge virago, ele não poderá ser prejudicado. Isso, claro, se não houver prejuízos ao nascituro.

Portanto, entende-se que em caso de omissão das partes do estado gravídico da esposa, para parte da doutrina, o ato praticado será nulo. Porém, havendo reserva

---

<sup>212</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 82.

<sup>213</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.453.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p.461.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p.245.

<sup>216</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

mental não conhecida pelo destinatário, este poderá alegar a validade do ato, desde que não viole os direitos inerentes ao nascituro.

Contudo, para Maria Berenice Dias não há que se falar em nulidade ou anulabilidade da escritura de divórcio, ainda que as partes venham a violar a disposição legal, pois para a autora o que cabe é o reconhecimento da ineficácia dos temas referentes aos filhos incapazes ou nascituros, como se pode perceber:

De qual quer forma, levado a efeito o divórcio, mesmo afrontando o que diz a lei, não há como reconhecer a nulidade ou anulabilidade da escritura, com o retorno das partes à condição de casadas. O que cabe é reconhecer a ineficácia das disposições referentes a temas que refogem à dissolução do casamento, como as questões referentes à prole.<sup>217</sup>

Verifica-se, portanto, que a melhor interpretação é a defendida por Maria Berenice Dias, já que não faz sentido anular a escritura de divórcio já emitida, quando não houver qualquer violação aos direitos do nascituro ou filhos incapazes (direitos indisponíveis). Assim, nos casos em que a escritura pública versar sobre questões referentes à prole do casal, ou seja, quando for além das matérias atinentes à dissolução do casamento falar-se-á em ineficácia das referidas disposições, de modo que estas não produzirão efeitos.

Conclui-se que a solução mais adequada sem dúvidas é a flexibilização do requisito previsto pelo artigo 733 do CPC/2015, permitindo que no caso de gravidez as questões referentes ao nascituro sejam discutidas em outro momento, que não no divórcio extrajudicial, assim como já dispõe o Enunciado 571 do CJF em relação aos filhos incapazes.

#### 4.4 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O ponto central da presente pesquisa é o de fazer uma abordagem em torno do mais novo requisito trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, no que se refere ao divórcio extrajudicial. A proibição do divórcio cartorário na existência de gravidez tangencia um ponto, o qual impossível deixar de mencionar, qual seja, o do papel do Estado nas relações privadas.

---

<sup>217</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.246-247.

A intervenção mínima do Estado nas relações privadas ou também chamado Direito das famílias mínimo é um movimento bastante atual que se propõe a valorizar a autonomia das partes, frente a uma possível interferência do Estado nas relações privadas.<sup>218</sup>

Esse movimento ganhou destaque devido à discussão em torno do limite que deve existir entre o público e o privado, no que diz respeito às questões de cunho familiar.<sup>219</sup> Embora as normas do Direito de Família tenham por objetivo proteger predominantemente os interesses individuais, por vezes o Estado se propõe a interferir demasiadamente nas relações privadas.

Cumprido salientar que, para esse movimento, a interferência do Estado nas relações privadas só se justifica quando houver um motivo plausível de proteção daqueles tidos como vulneráveis. É nesse sentido que defendem Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal:

Nesse quadrante, toda e qualquer ingerência estatal somente será legítima e justificável quando tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, notadamente daqueles vulneráveis, como a criança e o adolescente, bem como a pessoa idosa (a quem se dedica proteção integral).<sup>220</sup>

Logo, percebe-se uma mudança de paradigma, visto que o intervencionismo estatal de tempos atrás deu lugar a um novo quadro de busca por autonomia privada nas questões de direito de família. Ainda conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal “o Estado somente deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular”.<sup>221</sup>

Contudo, desde muito tempo atrás, é perceptível a interferência do Estado em questões puramente familiares, ou seja, que dizem respeito apenas àquele núcleo familiar. Isso ocorre porque antigamente a interferência do Estado nas relações privadas era tamanha que a quantidade de normas restringindo a vontade do próprio titular era muito comum.<sup>222</sup>

Muito embora seja crescente o movimento de afirmação da intervenção mínima do Estado nas relações de âmbito familiar, ainda hoje é perceptível a existência de

---

<sup>218</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.47.

<sup>219</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.182.

<sup>220</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Op.cit.*, 2017, p.47.

<sup>221</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>222</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

normas com intuito de afastar a vontade das partes, sob o fundamento de proteção à família e à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Fernanda Tartuce:

No direito privado, certas normas têm reconhecido caráter impositivo a ponto de afastar a vontade das partes e poder ver reclamada sua observância por terceiros (como o Ministério Público); tal situação é albergada pela justificativa de preservação da ordem pública e “seu conteúdo está vinculado a direitos de personalidade (como o direito ao nome e à filiação), à proteção à família (regulação do casamento e de sua dissolução) e à dignidade da pessoa humana (limitações à disposição da herança e direito irrenunciável a alimentos), todos eles chamados de direitos indisponíveis”.<sup>223</sup>

Obviamente que o Estado deve atuar nas relações familiares, a fim de resguardar o direito à dignidade da pessoa humana, assim como todos os direitos que dela se extraem. Porém, aplicar o Direito da Família mínimo é reconhecer a autonomia privada de cada indivíduo, protegendo-o, mas sem restringi-lo de atuar conforme sua vontade, principalmente no que tange a sua privacidade.

Por conseguinte, a problemática gira em torno do limite que deve ser imposto ao Estado na hora de intervir nas relações privadas. De um lado, há o interesse à preservação da ordem pública propriamente dita, e do outro, à proteção de direitos indisponíveis, já que estes também retratam o interesse público.<sup>224</sup>

Diante disso, a fim de que haja uma proteção mais efetiva aos direitos constitucionais, que a intervenção do Estado nas relações privadas deve ser pontual e específica. Em linhas gerais, asseveram Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando. É o exemplo da atuação do Estado para impor a um relutante genitor o reconhecimento da paternidade de seu rebento, através de uma decisão judicial em ação de reconhecimento de filho (investigação de paternidade). Também é o exemplo da imposição de obrigação alimentícia a um pai que abandona materialmente o seu filho. Em tais hipóteses, impõe-se a atuação estatal para evitar a violação frontal a direitos e garantias reconhecidas aos titulares. Em síntese apertada, porém completa: o Estado somente deve interferir nas entidades familiares para efetivar a promoção dos direitos e garantias (especialmente, os fundamentais) dos seus componentes, assegurando a dignidade.<sup>225</sup>

De toda sorte, conforme aduz Fernanda Tartuce “ainda que se reconheça a indisponibilidade de certos direitos, não há como excluir a possibilidade de atuação

<sup>223</sup> TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 19.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>225</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.31.

das partes como protagonista dos rumos do processo”.<sup>226</sup> Isso nada mais é do que um contraponto lógico de como o Estado deve atuar. Ou seja, não intervir excessivamente nas relações privadas, a não ser quando houver uma real necessidade de proteção da pessoa humana ou da sua própria liberdade.

Isso deve ocorrer porque existem diferentes níveis de disponibilidade de direitos, podendo acontecer de direitos indisponíveis serem por vezes relativizados e negociados.<sup>227</sup> O importante é perceber que a ideia do movimento de Direito de Família Mínimo é promover uma interferência do estado em relações privadas apenas em casos excepcionais.

Ora, e o que seria mais privado dentro do ordenamento jurídico brasileiro do que a própria família? A proteção à vida privada, conforme disposto em tópico anterior, diz respeito à preservação da esfera íntima, a qual a própria Constituição Federal se propõe a resguardar, em seu artigo 5º, inciso X.

Destarte, em que pese seja difícil mensurar até que ponto o Estado estaria intervindo na vida privada, não é tão difícil assim perceber que “a *vida privada* é o refúgio impenetrável da pessoa, protegido em face da coletividade e merecendo especial proteção”<sup>228</sup>, como descrevem Cristiano Chaves e Nelson Rosendal.

Talvez por isso que o seio familiar seja um dos mais clementes de proteção à privacidade, vez que evitar a publicidade de relações puramente íntimas figura como uma tentativa de preservar o núcleo central das relações familiares que é o afeto.

Partindo dessa premissa que a própria Constituição Federal conferiu proteção especial à entidade familiar, sendo visível o processo de expansão do princípio da interferência mínima do Estado nas relações privadas, como pontua Rodrigo da Cunha Pereira: “sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros”.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 25.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p.26.

<sup>228</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.50.

<sup>229</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.187.

Logo, ainda nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “a intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.<sup>230</sup> Ou seja, isso nada mais é do que o Estado interferindo minimamente nas relações de cunho particular.

O que se propõe não é uma desregulamentação total por parte do estado nas relações de cunho familiar, mas sim que o estado atue protegendo os particulares apenas naquilo que realmente for essencial e carente de proteção.

Assim, importa dizer que encampando esse movimento de intervenção mínima do Estado nas relações de família, a possibilidade do divórcio consensual em cartório constitui, por si só, notável avanço nas legislações brasileiras, eis que permite maior efetividade nas soluções de controvérsias e que o Poder Judiciário se dedique às questões de maior grau de litigiosidade.<sup>231</sup> Neste mesmo sentido, reafirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

A Lei nº 11.441/07 (que permite a dissolução do casamento, consensualmente, em cartório, quando não há interesses de incapazes) é simbólica nesse quadrante, servindo para representar o fim do excesso de interferência estatal na vida privada, ocupando seus importantes organismos com funções desvirtuadas e inócuas.<sup>232</sup>

Forçoso é concluir que embora a Lei nº 11.441/07 tenha sido de grande avanço para o Direito Civil, na medida em que pôs fim à interferência exacerbada do Estado em monopolizar a via judicial como única forma de dissolução do casamento, importante ainda destacar que proibir o divórcio em cartório havendo estado gravídico do cônjuge virago é uma ingerência demasiada do Estado na vida privada dos cônjuges.

Portanto, a melhor forma de compatibilizar todos os anseios decorrentes de um divórcio consensual, sem esquecer do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, seria permitir o divórcio administrativo, deixando que os direitos indisponíveis dos vulneráveis (nascituro e incapazes) seja discutido judicialmente em ações próprias.

---

<sup>230</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.188.

<sup>231</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.425.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p.51.

É ilógico proibir o divórcio em cartório apenas em razão da existência de gravidez ou de filhos incapazes, quando na verdade as questões atinentes à prole do casal podem ser discutidas em outro momento, assim como já vem sendo feita em relação aos filhos menores. Conforme visto linhas atrás, essa sem dúvidas seria a solução mais adequada, pois além proteger os direitos do nascituro, resguardam o direito do casal em recorrer a uma via mais célere e menos burocrática para dissolver o casamento.

Desse modo, reiterando a ideia trazida pelo movimento da intervenção mínima do Estado nas relações privadas, conclui-se que as questões que versam exclusivamente sobre a dissolução do matrimônio são de cunho essencialmente particular, não cabendo intervenção estatal, ainda mais no que tange a possibilidade da via cartorária quando houver consensualidade das partes.

## 5 CONCLUSÃO

Após a imersão no estudo dos principais institutos do Direito de Família, com especial atenção para o casamento e suas peculiaridades, o presente trabalho se propôs a analisar acerca do instituto do divórcio extrajudicial, mais precisamente no que tange a alteração trazida pelo artigo 733 do novo Código de Processo Civil.

Ao longo desta monografia foi possível a compreensão de importantes conceitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais foram essenciais para o deslinde do objeto ora debatido nesta pesquisa. Assim, pode-se concluir primeiramente que embora a Constituição Federal de 1988 tenha ampliado as formas de constituição da entidade familiar, pluralizando o conceito de família, a escolha pelo casamento ainda é muito comum na sociedade atual.

Em virtude dos avanços que ocorreram ao longo dos tempos, observa-se uma maior aproximação entre o casamento e a união estável, entretanto, as suas diferenças impedem a equiparação absoluta desses dois institutos.

Um das características exclusivas do casamento são as suas formas de dissolução. Nesse ponto, esta pesquisa não só abordou as diversas formas de extinção do vínculo conjugal, como também concluiu que embora esvaziado de funcionalidade após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, enquanto seu destino não for regulamentado pelo Supremo Tribunal Federal, a separação pode ser proposta pelas partes.

Além disso, diante de um Poder Judiciário moroso e abarrotado, o movimento em direção as formas alternativas de solução de conflitos ganharam destaque dentro do Direito brasileiro. Diante desse cenário houve a edição da Lei 11.441/2007 cujo objetivo fora permitir a realização de inventário, partilha, separação e divórcio em cartório.

Sem dúvidas, a referida lei foi um avanço para as questões de âmbito familiar, contudo as resoluções do CNJ posteriormente editadas, assim como o novo Código de Processo Civil, os quais foram responsáveis por disciplinar e uniformizar a lei em questão se mostraram controversos ao burocratizar um meio cujo objetivo fora o de facilitar a vida daqueles que pretendem se divorciar.

A partir do artigo 733 do CPC/2015 excepcionou-se expressamente a via cartorária apenas aos casais que não possuem filhos incapazes, tampouco nascituros. No terceiro capítulo da presente pesquisa, pode-se perceber a proteção conferida pela própria Constituição àqueles que sequer nasceram ainda, bem como a todo ser humano.

Nesse contexto, levantou-se o questionamento acerca da aparente distinção de tratamento do novo CPC e da Resolução 220/2016 do CNJ para com os cônjuges em processo avançado de adoção de filhos menores. Conclui-se que acaso não haja qualquer flexibilização quanto à proibição do divórcio administrativo em casos de gravidez, realmente haverá uma distinção de tratamento para situações similares.

E, por outro lado, se em algum momento o legislador optar por equiparar estas situações impedindo o divórcio por escritura pública, haverá um desvirtuamento da finalidade precípua da Lei 11.441/2007, já que vários casais serão obrigados a recorrer unicamente ao Poder Judiciário, não tendo direito de optar por uma via mais célere e barata.

Na sequência tratou-se a respeito dos direitos do nascituro *versus* os direitos do relacionados ao casal. Aqui, chegou-se a conclusão lógica de que embora seja indiscutível a proteção aos direitos inerentes aos nascituros, por considerar que nenhum direito é absoluto, deve-se buscar o equilíbrio entre direitos fundamentais de sujeitos diferentes, a fim de que não haja nenhum direito prevalecendo absolutamente sobre o outro.

Apesar de o artigo 733 do CPC/2015 ter suprimido a lacuna que existia quanto ao divórcio extrajudicial em caso de gravidez, obrigar as partes a declararem a existência ou não de nascituro, não é a solução mais adequada. Isso porque, primeiramente, em caso de omissão das partes, será difícil comprovar o conhecimento da condição biológica da gestante no momento da lavratura da escritura pública quando a gravidez não for aparente.

Além disso, pontuou-se acerca da (in) validade do divórcio extrajudicial quando não declarada a gravidez pelas partes. Ao abordar várias nuances sobre o tema percebeu-se que mesmo em caso de omissão, não faz sentido anular a escritura pública já lavrada quando esta não aborda questões referentes à prole do casal.

Isto é, mesmo havendo nascituro ou filhos incapazes, se a escritura pública versar exclusivamente sobre a dissolução do casamento, não há que se falar em nulidade ou anulabilidade do ato praticado, ainda que contrário à previsão legal. Desse modo, havendo na escritura pública temas que versem sobre a prole, basta que seja reconhecida sua ineficácia neste ponto.

Por fim, esta pesquisa debruçou-se na compreensão do conceito do princípio da intenção mínima do Estado nas relações familiares. Ao abordar pontos importantes desse princípio, foi traçado um paralelo com a restrição imposta pelo novo Código de Processo Civil.

Ante toda exposição feita nesta monografia, pode-se dizer que a conclusão final deste trabalho é no sentido de afirmar que a restrição imposta às mulheres grávidas figura uma ingerência demasiada do Estado nas relações de cunho puramente particular. Isso porque a melhor solução sem dúvidas é aquela que já se aplica aos casais que possuem filhos incapazes, qual seja a de permitir que questões referentes à prole sejam discutidas judicialmente em momento oportuno.

Essa medida além de equilibrar os direitos fundamentais dos envolvidos em um processo de divórcio – que seriam os filhos e o próprio casal – contribui significativamente para o objetivo da Lei 11.441/2007, que é a de permitir o desafogamento do Poder Judiciário através da desburocratização dos processos. Isso sem falar na aplicação efetiva do Direito de Família mínimo, pois o papel do Estado é proteger os indivíduos e suas famílias, sem, no entanto, intervir excessivamente em suas relações.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11105-42738-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 09**, de 28 de junho de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 66**, de 13 de julho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.441**, de 04 de janeiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.146**, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069**, art.22º: Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.146 de 2015**: Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência BRASIL. Lei nº 13.146 de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2017

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 01**, de 20 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=199&tmp.secao=4>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 220 do CNJ**, de 26 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=311>> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 35 do CNJ**, de 24 de abril de 2007. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_35.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib\\_Sup/STJ/SUM\\_STJ.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/SUM_STJ.html)> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça** (Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9%20op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9%20op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges)> Acesso em: 29 mai. 2017).

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. HC: 93250 MS, Relator: Min. Ellen Grace, Data de Julgamento:10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720278/habeas-corpus-hc-93250-ms>> Acesso em: 02 nov. 2017.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública**: Teoria e Prática, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

**Catecismo da Igreja Católica: Compêndio**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/archive/compendium\\_ccc/documents/archive\\_2005\\_compendium-ccc\\_po.html#top](http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html#top)> Acesso em: 24 nov. 2017.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto do nascituro: o direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.) **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2007.

CNJ. **Divórcio consensual em cartório não é possível caso a mulher esteja grávida**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81959-divorcio-consensual-em-cartorio-nao-e-possivel-caso-a-mulher-esteja-gravida>> Acesso em: 05 mai. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. Salvador. Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família - As Famílias em perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUEDES, Néviton. **Constituição e Poder: O legislador e a tarefa de concretizar a Constituição**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-07/constituicao-poder-legislador-tarefa-concretizar-constituicao>> Acesso em: 22 nov. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Casamento e Regime de Bens. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coords.). **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

IBDFAM. **Mulheres grávidas não podem mais optar pelo divórcio consensual e em cartório**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5963/Mulheres+gr%C3%A1vidas+n%C3%A3o+podem+mais+optar+pelo+div%C3%B3rcio+consensual+e+em+cart%C3%B3rio>> Acesso em: 25 out. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. Separação Extrajudicial: praticidade, trâmite e fraude. *In*: DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. (Coords.). **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Revista brasileira de direito de família: **Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a Estado Civil e Reconciliação**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOTA, David Adriano. **Efeitos do Casamento e União Estável**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 32, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHO, Rodrigo César Rabello Pinho. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais, v.17**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Revista consultor jurídico. **CNJ proíbe divórcio consensual e em cartório para mulheres grávidas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-06/cnj-proibe-divorcio-consensual-cartorio-mulheres-gravidas>>. Acesso em: 26 de out. de 2017.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Balcão de Justiça e Cidadania – Tribunal de Justiça da Bahia. Descrição Resumida**. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/proposta/balcao-de-justica-e-cidadania-tribunal-de-justica-da-bahia/print>> Acesso em: 29 mai. 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Silvio Maia da. **O novo Código de Processo Civil e a mediação como meio de solução de controvérsias**. Disponível em: <[http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/O\\_Novo\\_CPC\\_e\\_a\\_Medicao.pdf](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/O_Novo_CPC_e_a_Medicao.pdf)> Acesso em: 29 mai. 2017.

SILVA, Silvio Maia da. **Influência dos Balcões de Justiça e Cidadania na redução da litigiosidade**. Disponível em: <[http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/BJC\\_Silvio\\_02.pdf](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/BJC_Silvio_02.pdf)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio: **Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 122.

**Terra**. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/numero-de-divorcios-em-sp-mais-do-que-dobra-em-2010,ed480970847ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 07 out. 2017.

VASCONCELOS, Monica Carvalho. **Mediação como instrumento de solução de conflitos familiares: a experiência da casa de mediação do pirambu**. 2005. Dissertação. Orientador: Profa. Lilia Maia de Moraes Sales. (Mestrado em Direito) – Unifor, Fortaleza.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015.

XAVIER, Fernanda Dias. **União Estável e Casamento: A impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e liberdade**. Brasília: TJDF, 2015.