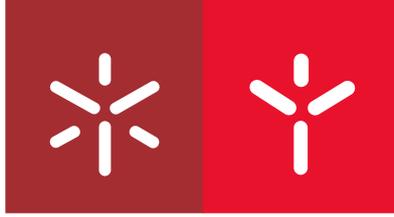




Universidade do Minho
Escola de Direito

Ully de Abreu Lima Thomé da Silva

**A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO:
avanço ou retrocesso jurídico?**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ully de Abreu Lima Thomé da Silva

A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO: avanço ou retrocesso jurídico?

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito da Criança, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Rossana Martingo Cruz

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial
CC BY-NC

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Na realização deste trabalho, houve momentos de dúvida, frustração e angústia. Mas agora concluído, restou o sentimento gratificante de realização e satisfação. Ao longo desta jornada, estive rodeada de pessoas que me fizeram quem sou hoje. Assim, não posso finalizar esta etapa sem deixar de agradecer a todos aqueles que me acompanharam até agora, porque apesar de tudo, também devo a eles mais esta vitória.

Dessa forma, gostaria de agradecer:

Aos meus pais, pelo amor incondicional, pelo carinho e afeto, pelos ensinamentos, pelo apoio e compreensão em todas as alturas que necessitei e sobretudo pelo esforço incansável no investimento da minha formação, sem sequer haver hesitação da vossa parte de que seria capaz chegar a este patamar.

Aos meus irmãos, por acreditarem mais em mim do que eu própria, pelos abraços e palavras de conforto.

Ao Thiago, pelo amor e companheirismo nesta e nas próximas jornadas da nossa vida em conjunto. Obrigada pela paciência, pela torcida, por tornar a vida mais fácil, pelas palavras sábias nos momentos centos e por ser abrigo nas horas que preciso.

As minhas amigas e amigos, por todo o carinho, pelo apoio e pela compreensão por todos os momentos em que não pude estar presente.

As minhas companheiras de mestrado e amigas para a vida Andrea e Fernanda, pela amizade e pelo ano que construímos juntas um lar em Braga, obrigada pelo colo oferecido, pelo apoio incondicional e pelas boas risadas, mesmo em momentos difíceis.

Por último, mas não menos importante, à Professora Doutora Rossana por sempre disponibilizar seu apoio, compreensão e tempo, não só ao longo do mestrado, mas essencialmente nesta última fase do curso, auxiliando-me sempre. Agradeço-lhe a honra da sua orientação.

A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO: avanço ou retrocesso jurídico?

RESUMO

A presente dissertação procurou analisar a desjudicialização do divórcio, suas causas e seus efeitos, possibilidade e limites, considerando a melhor forma de gerenciarmos conflitos familiares, dando acesso à justiça e preservando a autonomia dos cônjuges.

Tal objetivo foi conseguido através de uma análise do conceito de família e de sua evolução, o histórico do casamento e do divórcio de família na legislação e na sociedade portuguesa, estudamos o novo regime jurídico do divórcio e sua tramitação no tribunal. Além disso, verificamos a possível causa do crescente movimento de desjudicialização do divórcio em Portugal e em outros países, observando a sensibilidade dos conflitos de família e a autonomia da vontade das partes envolvidas no divórcio. Também verificamos os efeitos da desjudicialização do divórcio, fazendo uma análise crítica, expondo a importância do casamento, o direito de acesso à justiça, a consequência da desjudicialização para os filhos, e seus limites e possibilidade.

Ao longo deste trabalho aproveitamos para tecer algumas críticas sobre o divórcio por mútuo consentimento, a decisão do legislador de não levar as mudanças legislativas sobre o divórcio até as suas últimas consequências tendo em vista o projeto de lei n° 509/X e acerca do afastamento da culpa, que não é o bastante para afastar a desdramatização dos conflitos de família.

Retiramos deste trabalho uma conclusão de fundamental importância, a desjudicialização é meio adequado de resolução de conflito com relação ao divórcio, visto que assegura a autonomia das partes e estimula o acesso à justiça, desta forma, deve o sistema jurídico português incentivar meios de retirar o divórcio do judiciário através de legislações e fomentar o crescimento de meios de resolução alternativa do litígio.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Autonomia da Vontade, Desjudicialização, Divórcio, Meios de Resolução Alternativa do Litígio.

THE DIVORCE DEJUDICIALIZATION: legal advance or setback?

ABSTRACT

The present dissertation sought to analyze the divorce dejudicialization, its causes and effects, possibility and limits, considering the best way to manage family conflicts, giving access to justice and preserving the spouses' autonomy.

This purpose has been achieved through an analysis of the concept of family and its evolution, the history of marriage and family divorce in Portuguese legislation and society, we studied the new legal regime of divorce and its handling in court. In addition, we look at the possible cause of the growing movement to dejudicialize divorce in Portugal and other countries, observing the sensitivity of family conflicts and the autonomy of the will of the parties involved in the divorce. We also verified the effects of divorce dejudicialization, making a critical analysis, exposing the importance of marriage, the right of access to justice, the consequence of dejudicialization for children, and its limits and possibilities.

Throughout this work, we took the opportunity to make some criticisms about the divorce by mutual consent, the decision of the legislator not to take the legislative changes on the divorce until its last consequences in view of the bill no. 509 / X and about the removal guilt, which is not enough to ward off the de-dramatization of family conflicts.

We have drawn from this work a conclusion of fundamental importance, the dejudicialization is an adequate method of conflict resolution in relation to divorce, since it ensures the autonomy of the parties and encourages access to justice, in this way, the portuguese legal system should encourage means of removing the divorce from the judiciary through legislation and foster the growth of alternative way of dispute resolution.

Keywords: Access to Justice, Autonomy of Will, Divorce, Dejudicialization, Alternative Dispute Resolution.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	iv
ABSTRACT	v
SIGLAS E ABREVIATURAS	viii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I: O DIVÓRCIO	3
1.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO	3
1.2 OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA	8
1.3 O HISTÓRICO DO CASAMENTO E DO DIVÓRCIO NO DIREITO PORTUGUÊS.....	12
1.4 O NOVO REGIME JURÍDICO DO DIVÓRCIO	19
1.5 O DIVÓRCIO NOS TRIBUNAIS	22
CAPÍTULO II: A DESJUDICIALIZAÇÃO	26
2.1 UM NOVO OLHAR PARA OS CONFLITOS DE FAMÍLIA.....	26
2.2 AUTONOMIA E NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	27
2.3 OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS CABÍVEIS AO DIVÓRCIO	31
2.4 A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS.....	36
2.4.1 O DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO NAS CONSERVATÓRIAS E OS ACORDOS COMPLEMENTARES	37
2.4.2 A MEDIAÇÃO FAMILIAR	40
2.5 OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO	44
2.5.1 ESPANHA	45
2.5.2 ITÁLIA	49
2.5.3 BRASIL	51
2.6 O PAPEL FUNDAMENTAL DO ADVOGADO NA DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO.....	55
CAPÍTULO III: ANÁLISE CRÍTICA	58
3.1 A IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DO CASAMENTO	58
3.2 O ACESSO À JUSTIÇA E A DESJUDICIALIZAÇÃO	59
3.3 OS FILHOS DO DIVÓRCIO.....	62
3.3.1 A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO E AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS – O INCENTIVO DA PARENTALIDADE POSITIVA COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL PARA ENFRENTAR O DIVÓRCIO	62

3.3.2 OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS E O DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS JOVENS.	67
3.4 A LIBERDADE DAS PARTES NAS RELAÇÕES CONJUGAIS	71
3.5 LIMITES E POSSIBILIDADES: PROBLEMATIZANDO A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO	73
3.6 O PAPEL DA DESJUDICIALIZAÇÃO NA PANDEMIA: O MOMENTO EM QUE O MUNDO PAROU E O JUDICIÁRIO TAMBÉM	75
CONCLUSÃO	77
BIBLIOGRAFIAS	80
ANEXO 1	87
ANEXO 2	88
ANEXO 3	89
ANEXO 4	90

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADR - Alternative Dispute Resolution

ART. - Artigo

ARTS. - Artigos

CC – Código Civil

Cfr. – Conforme

CDC - Convenção de Direitos da Criança

CPC – Código de Processo Civil

CRegCiv – Código de Registo Civil

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-lei

nº - número

p. – página

pp. - páginas

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

SMF – Sistema de Mediação Familiar

ss. - seguintes

UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

Vol. – Volume

*Dedico este trabalho a todas as pessoas que pude ajudar durante
minha caminhada jurídica e que, com suas histórias, me fizeram
ter certeza de que estou no caminho certo.
A vocês, que sempre acreditaram em mim.*

INTRODUÇÃO

“Todos se casam com a ideia e a intenção de que seja para sempre, mesmo sabendo que o ‘para sempre’, sempre acaba”¹.

Este trabalho tem como pretensão examinar a desjudicialização do divórcio no ordenamento jurídico português, suas causas e efeitos em termos jurídico-social.

A análise desta temática mostrou-se relevante devido à onda de crescimento de possibilidades alternativas ao divórcio convencional, havendo o surgimento de novos métodos de resolução alternativo de conflitos e cada vez mais afastando o divórcio da necessidade de ser levado para o judiciário. Observamos ser um fenômeno crescente, contudo ainda recente, assim se manifesta necessário estudarmos sobre o assunto, para ponderar se a desjudicialização do divórcio é algo positivo ou negativo para a sociedade.

Ainda, o estudo mostra-se pertinente devido à importância de tratarmos os conflitos familiares, no caso a ser debatido - o divórcio -, da maneira correta para que não haja efeitos catastróficos. Devemos destacar que é necessária uma avaliação dos efeitos que uma desjudicialização desse instituto pode ter na família, visto que esta é a unidade primária da sociedade, sendo importante assegurar a proteção e o bem-estar físico e mental dos indivíduos que formam esta família.

Em primeiro momento, será abordado o conceito de família e sua evolução, os princípios que norteiam o Direito de Família, o histórico do casamento e do divórcio, trazendo a construção desse instituto durante a história e a legislação portuguesa, ainda, trataremos do novo regime jurídico do divórcio, surgido com o advento da Lei n° 61/2008, de 31 de outubro, e a sua tramitação nos tribunais.

Em segundo momento, ficará demonstrado a desjudicialização do divórcio e suas causas, falaremos de como devemos analisar com um novo olhar os conflitos familiares, citaremos a autonomia da vontade como causa da desjudicialização e em como o Estado vem se posicionando em relação a sua intervenção nos assuntos de Direito de Família, abordaremos como a desjudicialização vem ocorrendo em Portugal e em outros países como: Espanha, Itália e Brasil, e quais são os crescentes métodos que vêm ajudando a retirada do divórcio do judiciário, além disso, trataremos de como os advogados tem papel fundamental na desjudicialização do divórcio.

Por fim, faremos uma análise crítica dos efeitos da desjudicialização, traçando os prós e contras dessa prática no que concerne o divórcio, abordaremos a importância do instituto do

¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.109

casamento e como o divórcio facilitado pode banalizá-lo, falaremos da desjudicialização como método de acesso à justiça, trataremos dos efeitos da desjudicialização em relação aos filhos do casal que passa pelo divórcio, ainda, discorreremos sobre a liberdade dos cônjuges de escolherem seus caminhos, sobre os limites e possibilidades da desjudicialização do divórcio e para além disso, tocaremos no recente assunto da pandemia e como a desjudicialização pode ser ferramenta indispensável para esses novos tempos.

Isto posto, além da exposição de conceitos, correntes e interpretações doutrinárias acerca da desjudicialização do divórcio, será avaliado suas causas e efeitos, ficando demonstrado seus benefícios, ou não, para os conflitos de família. Desta forma, tendo em vista a desjudicialização do divórcio ser recente e algo que ainda vem sendo implementado gradativamente em Portugal, espera-se que esta dissertação seja de grande contributo para a área, ampliando horizontes jurídicos e legislativos sobre as alternativas de resolução de conflitos que não passa pelos tribunais.

Para que se consiga qualitativamente averiguar e concluir sobre os objetivos deste trabalho, será necessária uma revisão bibliográfica sobre os temas básicos da pesquisa, a saber: o Direito de Família, o divórcio e o casamento, a desjudicialização através do divórcio por mútuo consentimento e os meios de resolução alternativa do litígio, as responsabilidades parentais e o direito de acesso à justiça. Com o intuito de compreender a desjudicialização do divórcio é necessário observar as mudanças sociais que vem ocorrendo ao longo dos anos e analisar como podemos gerenciar os conflitos oriundos do meio familiar ².

Para a produção desta pesquisa científica, a metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica para que seja viável enquadrar o divórcio e a desjudicialização, entendendo suas causas e efeitos, e, para que se construa uma análise sobre o tema apontado, dando profundidade ao tema e sendo consultada diversas fontes. Dentre elas, livros de doutrina, manuais, legislação, dissertações, revistas jurídicas e coletânea de artigos.

Cabe afirmar que o trabalho não pretende esgotar o tema abordado, mas corroborar com os avanços necessários nessa área do Direito de Família em relação a sua privatização, assim, pretende-se colaborar com o desenvolvimento da pesquisa científica referente a temática da desjudicialização do divórcio, suas causas e efeitos no mundo jurídico-social português.

² Para Rossana Martingo Cruz *A perspectiva que enfrentamos o conflito, muitas vezes, influencia a tônica do seu desfecho*. CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 16.

CAPÍTULO I: O DIVÓRCIO

*“nossa época tem isso de novidade: é que, ao longo do percurso, não dispomos mais de um modelo geral que tenha credibilidade”*³

1.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”⁴

A família, por demais sabido, é célula básica da sociedade e ao mesmo tempo em que a forma, a partir dela se reorganizar⁵. Estando o Estado sempre na tentativa de demarcar o seu limite principalmente para fins de direito.

Para além disso, o Judiciário e o Legislativo permeiam as controvérsias a respeito da família, visto que, como traz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cabe ao Estado o papel de assegurar e pacificar as expectativas legítimas dos indivíduos, garantindo desta forma segurança jurídica e paz social, que nada mais é do que a finalidade do direito⁶.

“À família é inerente a marca de instituição, pois perdura no meio social. não é possível dissociar a evolução do homem da evolução desta.”⁷

Importante ainda falarmos que a família é uma estrutura psíquica e cultural, onde cada membro desempenha um papel, uma função, na qual há a manutenção dos ritos e costumes, da língua, onde desponta a primeira educação. Segundo Rodrigo Pereira da Cunha:

“É essa estrutura familiar, que existe antes e acima do Direito, que nos interessa investigar e trazer para o Direito. E é mesmo sobre ela que o Direito vem regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la, para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais que remetem a um ordenamento

³ LIPOVETSKY, Gilles *Apud* CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 27.

⁴ Redação do art. XVI, § 3º da Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica*. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 28

⁶ *Ibidem*.

⁷ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controle pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 51.

jurídico.”⁸

Conforme Semy Glanz, citando Jean Hauser, trata-se a família de “um grupo de indivíduos que reconhecem entre si laços morais e materiais, ligando mutuamente suas pessoas e patrimônios, sem limite de duração.”⁹

Para tanto, entendemos que o Estado e a sociedade são responsáveis por guardar e preservar a família como organismo central, assim, necessário se faz delimitar o que é a família. Contudo, torna-se difícil determinar o conceito de família uma vez que essa é constituída por indivíduos que estão sempre em constante transformação ¹⁰.

Ricardo Calderón, citando Morsello, disse que: “O direito certamente *no puedes ofrecer respuestas muertas a problemas vivos*” ¹¹. Trazemos esta frase para justamente contextualizar sobre os tempos em que vivemos. A sociedade é mutante, os conceitos se renovam, as transformações são sempre constantes. Por tal motivo, podemos ser categóricos ao falar que as presentes gerações não são mais formadas pelas famílias que formavam as gerações passadas.

“As pessoas influenciam e são influenciadas pelo meio em que estão inseridas, de modo que os paradigmas sociais vigentes se refletem também na forma de convivência” ¹², assim, o modo com que a sociedade passa a enxergar os novos costumes trazem consigo uma nova maneira de vislumbrar o instituto da família, portanto ainda afirma Ricardo Calderón que “As relações pessoais acompanham o contínuo caminhar das sociedades nas quais estão inseridas, sendo inevitavelmente influenciadas pelo espectro cultural que as envolve” ¹³.

Semy Glanz, traz uma visão de Mary Ann Glendon que destaca alguns motivos que geraram mudanças no instituto da família:

“Mobilidade geográfica, mudanças na importância relativa de várias formas de riqueza, a influencia aparentemente em declínio da religião formal, transformações dos papéis econômicos e sociais das mulheres, maior longevidade e maior controle do processo da reprodução são alguns dos fatores que influíram na instituição da família, que parece eterna, mas de lenta mudança[...]” ¹⁴

Assim, como a sociedade em geral sofre mudanças, as instituições estabelecidas por ela também acompanham essas transformações, lembrando-se sempre que a família é fato social com

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: Uma abordagem psicanalítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 11.

⁹ GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 25.

¹⁰ Nesse sentido, segundo o filósofo pré-socrático Heráclito de Éfeso nada é permanente, exceto a mudança.

¹¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 4-5

¹² *Ibidem*, p. 35.

¹³ *Ibidem*, p. 25.

¹⁴ GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3.

surgimento anterior as leis e regimentos, pautando-se principalmente nos costumes.

Portanto, os avanços da sociedade modificam a forma de pensar a família e com isso o direito deve sempre vir acompanhando as mudanças e se adequando ao pensamento contemporâneo para reger esse instituto, entender suas nuances, fazer avanços legislativos e dar proteção às entidades familiares, em razão de se o direito não se adequar às mutações da sociedade na qual está inserido pode acabar por perder sua correção histórico-social.

O direito tem a tendência de só funcionar quando provocado, então a sociedade que sofre transformações tira o meio jurídico-legislativo da inércia visto que alteram os costumes ao qual se apoiavam o mesmo, desta forma, conforme as instituições familiares vão sofrendo mutações o direito também sofre.

Em consoante, Ricardo Lucas Calderón expõe:

“Separações, desunião, novos compromissos, combinações e recombinações das mais diversas ordens a se disseminar com naturalidade ímpar, apresentando desafios para os quais o direito nem sempre possui previsão legislada. Os litígios acompanham o meio social no qual estão inseridos e se sofisticam proporcionalmente à complexificação da própria sociedade, de modo que os debates passam a envolver novas questões.”¹⁵

Necessário faz trazeremos a citação de Eduardo de Oliveira Leite feita por Flávio Tartuce, ao qual este traça uma análise sobre as alterações que o direito de família passou, apontando seis rumos dessas mudanças, destacando-se dois: a desencarnação e a dessacralização: a desencarnação, é a “substituição do elemento carnal e religioso pelo elemento psicológico e afetivo”¹⁶ e a dessacralização: o “desaparecimento do elemento sagrado, da forte influência religiosa da Igreja Católica, o que dá larga margem a autonomia privada. Ampliando-se a liberdade e o direito de manifestação de ideias”¹⁷.

Complementando essa ideia, para Ricardo Calderón:

“O que se repara é que a família do novo milênio possui outras características e outras funções, mas segue persistindo como relevante agrupamento de pessoas unidas por laços afetivos, biológicos, culturais, registrares e matrimoniais.”¹⁸

Sabemos que apesar da evolução social que temos vivido, o referencial básico da ideia de

¹⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 11.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5 : direito de família*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2015. p. 3

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Op. Cit. p. 41

família, para o direito português, continua sendo a família romana¹⁹ e o direito canónico²⁰, modelo padrão de organização institucional, constituída através do matrimónio e regulamentado pelo Estado. Podendo ser observado que o estudo do direito de família sempre esteve ligado ao casamento, por ser este um vínculo de oficialidade dado pelo Estado, ou mesmo pela religião²¹. Sendo certo que as famílias monoparentais e recombinadas não são a primeira ideia de família que nos vem à mente quanto imaginamos uma família, a figura de família mais comum a nós é a família nuclear²².

Contudo, podemos observar que o conceito de família vem se ampliando tendo em vista o art. 1576º do CC²³ determinar hipóteses fontes da relação jurídico familiares para além do tradicional pais e filhos. Nesta perspetiva, para Rossana Martingo Cruz “na verdade família é, de facto, composta por um grupo de pessoas interligadas entre si que influenciam a conduta de uns e de outros e que sofrem ainda pressões e influências de um ente exterior, a sociedade.”²⁴.

Neste sentido, Eva Sónia Moreira da Silva expõe sobre novas formas de famílias que não se originam do casamento tradicional:

“Na verdade, estas relações podem ser qualificadas como relações familiares pelo facto de os laços afectivos (e não só) que ligam as pessoas merecerem este reconhecimento em termos jurídicos, tendo-lhes sido atribuídos vários efeitos jurídicos.”²⁵

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem estendido a noção de vida familiar trazida no art. 8º²⁶ da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Como aduzido por Susana Almeida:

“Face ao exposto, a jurisprudência do TEDH reconhece existir vida familiar nas relações familiares *de jure* e nas relações familiares *de facto*, comprovadas pelos critérios da efectividade das relações interpessoais ou da aparência de uma família. Note-se, pois, que a ausência de laço biológico não impede a existência de vida familiar e, ao invés, a existência de laço biológico

¹⁹ A família romana é aquela cuja estrutura era patriarcal, sendo família tudo aquilo que estava sob o poder delegado ao pai, o *paterfamilias*. Sendo a família romana a base da organização social. Conforme expõe MÍRIAM BRIGAS: *A casa como espaço físico agregador de elementos, reunidos em torno de um chefe, que funciona como topo da estrutura familiar*. BRIGAS, MÍRIAM AFONSO. *O Direito da Família na História do Direito Português (dos Antecedentes ao Século XVIII)*. Primeiras Reflexões – Volume I. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 33

²⁰ *A construção dogmática dos conceitos relativos às matérias jurídico-familiares foi realizada na Idade Média pela doutrina da Igreja, o que justifica que os conceitos de casamento, filiação, poder paternal e separação acabassem por refletir essa mesma formação*. BRIGAS, MÍRIAM AFONSO. *O Direito da Família na História do Direito Português (dos Antecedentes ao Século XVIII)*. Primeiras Reflexões – Volume I. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 45.

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: Uma abordagem psicanalítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 2.

²² *Derivada a Revolução Industrial, constituída por pai, mãe e filhos e respeitadora dos ‘códigos sociais’ de então*. CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 51.

²³ Artigo 1576.º (Fontes das relações jurídicas familiares) São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção.

²⁴ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 48.

²⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 170/171.

²⁶ Artigo 8º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

pode não ser suficiente para identificar vida familiar.”²⁷

A evolução do conceito de família se dá devido a inúmeras questões. A sociedade vem se transmutando, a cada ano temos uma baixa no número de casamentos, enquanto os divórcios tendem a aumentar. Mudamos a percepção de casamento, de género, de parentalidade e procriação. Segundo Rossana Martingo Cruz:

“A quebra destas ‘amarras’ no contexto familiar, com os modelos perfeitos de família ocorre a partir da década de sessenta nos países ocidentais, embora em Portugal se tenha tornado mais evidente somente a partir de Abril de 1974. Há uma *desinstitucionalização* da vida familiar, a partir da II Grande Guerra. Os ideais de democracia e igualdade ganham terreno, a mulher começa a ganhar um estatuto de igualdade e os indivíduos assumem a sua autonomia afectiva, sexual e familiar.”²⁸

Analisemos o desenvolvimento do conceito de família agora sob a ótica do divórcio, tema principal do nosso trabalho. O divórcio é instituto que notoriamente sofreu alterações ao passar dos anos.

Antigamente, o divórcio apenas era admitido em casos de alteração das faculdades mentais, adultério ou extrema crueldade²⁹. Atualmente, a exigência de necessária demonstração de culpa vem sendo cada vez menos usual e o divórcio por mútuo consentimento foi adotado. De acordo com Rossana Martingo Cruz: “O divórcio por culpa de um dos cônjuges perde cada vez mais adeptos nos países ocidentais, dada a inutilidade e o contributo negativo de atribuir a falha do casamento a um dos cônjuges.”³⁰

Ocorre que, com o tempo, o divórcio passou a ser cada vez mais aceito, sendo as famílias recombinadas cada vez mais comuns. A independência financeira da mulher contribuiu muito para este cenário, havendo maior igualdade nos relacionamentos. Para além disso, podemos também observar que cada vez menos os casais vem priorizando o casamento, talvez por sua formalidade, por impedimentos ou até pelos custos que um casamento pode vir a gerar.

Ante ao exposto, não restam dúvidas de que o instituto jurídico-familiar vem sofrendo mudanças, visto que as famílias estão se transfigurando, sendo a afetividade mais importante nos tempos atuais, devendo o direito de família se alterar para proteger o interesse da sociedade em

²⁷ ALMEIDA, Susana. *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 80

²⁸ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 52

²⁹ *O divórcio só seria admitido em situações de grave ofensa a um dos cônjuges*. DIAS, Cristina M. A. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 10

³⁰ CRUZ, Rossana Martingo. Op. Cit. p. 53.

constante mutação. O que nos resta compreender é que “sem dúvida que a família é uma célula social essencial”³¹, por isso deve ser estar sempre em debate.

1.2 OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA

Como pudemos observar, com o decorrer dos anos existiram transformações no Direito de família e com isso emergiram no sistema jurídico português alguns princípios constitucionais que nos ajudam a adequar a letra fria da lei a valores defendidos pela sociedade.

Ainda, como já verificamos, a família possui posição muito importante para a sociedade e desta forma, o Estado atribui a ela especial tutela. Portanto, várias normas da Constituição da República Portuguesa protegem e garantem direitos e deveres a instituição familiar. Citando Lúcia Fátima Barreira Dias Vargas, Rossana Martingo Cruz discorre: “O Estado reconhece que a família constitui célula fundamental e um valor inalienável da sociedade, reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e com dignidade constitucional.”³²

Importante ressaltarmos que “os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.”³³. Além disso, alguns dos princípios constitucionais são “diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”³⁴, já outros não tem a mesma eficácia jurídica “constituindo normas de carácter ‘programático’, o que não quer dizer que os tribunais não devam tê-los em conta na aplicação das leis”³⁵.

A Constituição da República Portuguesa traz em seu texto princípios jurídicos fundamentais para as relações de família, consolidando assim valores sociais, sendo estes norteadores quando necessário apreciar questões ligadas a família. Destacamos aqui alguns dos mais importantes para este trabalho, sem pretensão de esgotar o tema, eles são: a dignidade da pessoa humana, a laicidade do Estado, a igualdade, o direito de constituir família, a proteção da criança, a admissibilidade do divórcio, a proteção da família.

Primeiramente, vamos falar do princípio da laicidade ou princípio da liberdade religiosa, visto que sem ele as relações familiares seriam totalmente limitadas. A Igreja católica e o Estado português, durante anos, coexistiram na ordem jurídico-política portuguesa, sendo assim, a influência da religião na vida privada dos portugueses foi notável, visto que era conferido a Igreja regular os atos da vida

³¹ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 53

³² *Idem*. p. 54

³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 62

³⁴ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p.130

³⁵ *Ibidem*.

privada das pessoas, como o nascimento, o casamento e a morte. Na Constituição da República Portuguesa de 1976 o artigo 41º trouxe em sua redação a laicidade do Estado, assim como a Lei da Liberdade Religiosa (Lei nº 16/2001, de 22 de junho)³⁶.

A laicidade do Estado é uma conquista das famílias, trazendo tolerância, igualdade e liberdade. Podemos observar que com ela houve avanços na questão da igualdade entre os filhos, o casamento homoafetivo, a possibilidade do divórcio, entre outros.

Outro importante princípio que norteia não só as relações de família como também é base fundamental do Estado é o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da CRP³⁷, tal princípio impõe um dever de respeito e proteção, constitui não só um limite para a ação estatal como também um norte em sua atuação. Segundo Maria Berenice Dias “O Direito das Famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, versão axiológica da natureza humana.”³⁸

Paulo Lôbo destaca a dignidade da pessoa humana como um dever de respeito no que se refere aos seres humanos inseridos em comunidade, neste sentido expressa: “Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas.”³⁹, neste sentido observamos o que versa o nº 2 do art. 26º da CRP⁴⁰, trazendo a garantia da dignidade humana das famílias.

Devemos destacar que a dignidade da pessoa humana é fundamento para o equilíbrio entre o espaço privado familiar e a intervenção pública no que diz respeito as relações familiares, como podemos observar do art. 67º da CRP⁴¹, onde o estado deve proteger a família permitindo a realização pessoal de seus membros, ou seja, preservando sua autonomia. Nesse sentido defende Paulo Lôbo que “a entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros”⁴².

Assim como a dignidade da pessoa humana é princípio basilar do ordenamento jurídico

³⁶ PORTUGAL. Leis, decretos, etc. *Lei nº 16/2001, de 22 de junho*. Diário da República n.º 143/2001, Série I-A de 2001-06-22. Lisboa: Assembleia da República.

³⁷ Princípios fundamentais. Artigo 1.º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.65

³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito de família e os princípios constitucionais*. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 113

⁴⁰ Artigo 26.º (Outros direitos pessoais) 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

⁴¹ Artigo 67.º (Família) 1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; [...] d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; [...].

⁴² LÔBO, Paulo. *Direito de família e os princípios constitucionais*. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 114

podemos observar o princípio da igualdade, também princípio fundamental do Estado, exposto no art. 13º da CRP⁴³, princípio este que promoveu uma profunda mudança no Direito de Família, trazendo principalmente a igualdade entre os cônjuges e a igualdade entre os filhos.

Para nosso estudo importante destacar a aplicação do princípio geral do art. 13º da CRP no Direito de Família que se materializa o princípio da igualdade dos cônjuges trazido no art. 36º, nº 3 da Constituição⁴⁴. Os homens e as mulheres têm diferenças naturais e culturais, contudo tais diferenças não podem validar tratamento jurídico desigual no que diz respeito a base comum dos direitos e deveres e a dignidade de cada membro da família, a justiça deve ter alcance universal.

O princípio da igualdade dos cônjuges se relaciona com a emancipação jurídica, social e económica da mulher, deixando de lado a sociedade patriarcal que era dominada pela visão tradicional de família nuclear com predomínio de fatores culturais e religiosos.

Em termos práticos, segundo Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira:

“No que se refere ao direito matrimonial, o princípio da igualdade dos cônjuges feriu de inconstitucionalidade as normas do Código Civil que colocavam a mulher casada em situação de desfavor relativamente ao marido, normas que a reforma de 1977 suprimiu ou adaptou aos novos imperativos constitucionais.”⁴⁵

O princípio da igualdade influenciou no princípio da admissibilidade do divórcio para quaisquer casamentos, como podemos observar no art. 36º, nº 2 da CRP, *in verbis*: “A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.”⁴⁶.

Desta forma, o divórcio passou a ser regulamentado no Código Civil, não tendo a Constituição imposto seus requisitos e efeitos. O divórcio é direito derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que ninguém deve ser obrigado a permanecer casado sendo direito de todos à busca da felicidade para uma vida digna.

Entretanto, já é de nosso conhecimento que o princípio da admissibilidade do divórcio não conflitua com o princípio da proteção da família, tendo em vista que a família contemporânea não se resume ao casamento havendo formas alternativas de organização da vida familiar, esse princípio está

⁴³ Artigo 13.º (Princípio da igualdade) 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

⁴⁴ Artigo 36.º (Família, casamento e filiação) 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

⁴⁵ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p.148

⁴⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 10 de abril. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Lisboa: Assembleia Constituinte. Art. 36º, nº 2.

enunciado no art. 67º da CRP⁴⁷, garantindo o direito à proteção da família perante a sociedade e o Estado, sendo esta um elemento fundamental da sociedade, objeto de garantia fundamental.

Neste sentido, o direito de constituir família não pode se limitar ao casamento, como podemos observar no art. 36º, n.º 1⁴⁸ da Constituição da República, de acordo com Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira:

“Com efeito, parece manifesto que o art. 36.º, n.º 1, ao distinguir a ‘família’ do ‘casamento’, quis deixar bem claro que se trata de realidades diversas, como na realidade acontece, pois ao lado da família *conjugal*, fundada sobre o casamento, há ainda lugar para a família *natural*, resultante do facto biológico da geração, para a família *adotiva* e, dir-se-á hoje, para a família baseada na *união de facto*. [...] o legislador terá terá receado que, se o art. 36.º, n.º 1, atribuisse o ‘direito de celebrar casamento e de constituir família’, nos termos daquelas disposições, viesse a entender-se que o direito conferido era o de celebrar casamento e, *através dessa celebração*, constituir família, o que não correspondia à sua verdadeira intenção.”⁴⁹

Por fim, também é atribuído as crianças o direito à proteção da sociedade e do Estado com vista ao seu desenvolvimento integral à luz do artigo 69º da CRP⁵⁰. Neste contexto, deve o Estado afastar qualquer evento que possa vir a infligir dano a criança, portanto, devemos pensar em como o conflito do divórcio, gerado por uma judicialização muitas das vezes desnecessária, pode interferir no desenvolvimento saudável de uma criança.

Em conclusão, os princípios acima apresentados nos ajudam a compreender os hábitos, costumes e valores que solidificam a estrutura social condensando-se na Constituição da República, fazendo com que entendamos os anseios sociais e que, assim, possamos buscar a real efetividade de um direito, reconhecendo se este será um avanço ou um retrocesso para a sociedade.

⁴⁷ Artigo 67.º (Família) 1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

⁴⁸ Artigo 36.º (Família, casamento e filiação) 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

⁴⁹ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 134-135

⁵⁰ Artigo 69.º (Infância) 1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

1.3 O HISTÓRICO DO CASAMENTO E DO DIVÓRCIO NO DIREITO PORTUGUÊS

O direito ao casamento, em Portugal, está protegido no artigo 36º, nº 1 da CRP, seguindo as diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵¹, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵² e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵³. A proteção do casamento ocorre devido a sua carga histórica, isto porque historicamente o casamento é uma instituição religiosa, pautada pela Igreja, pela moral e pela tradição sendo o seio da família portuguesa, elemento fundamental da sociedade.

Cristina M. de Araújo Dias aponta sobre o histórico do casamento e do divórcio no direito português:

“A forma como o legislador regula o divórcio depende obviamente da concepção que tem do casamento. Se o casamento, além de simples contrato, é tido como verdadeira instituição familiar estável as causas do divórcio serão restritas e este mais difícil de obter; se pelo contrário, o casamento se assume como mero contrato entre duas pessoas, o divórcio tenderá a ser facilitado. E isto é comprovado pela própria evolução legislativa do divórcio no direito português.”⁵⁴

Importante lembrarmos que somente no século XIX o casamento perdeu o carácter sacramental e passou a ser um contrato laico, conhecido como o casamento civil obrigatório. Só ao se tornar um contrato civil, o casamento, passou a ser regulamentado, sendo constituído regras para sua constituição e dissolução. Muito embora o casamento tenha começado a se modernizar no século XIX, os papéis conjugais continuaram a serem os mesmos, sendo o marido o provedor e a mulher a que cuida do lar e apenas com a mudança dessa visão, surgida após a I e II Guerras Mundiais, que o casamento começou a se modificar. As mulheres entraram no mercado de trabalho e a exigência de igualdade entre homens e mulheres começou a aflorar.

Ressaltamos que até então o casamento era um “contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente família”⁵⁵, não sendo, portanto, permitido o divórcio.

⁵¹ Art. 16º, nº 1 Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

⁵² Art. 12º A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

⁵³ Art. 9º O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

⁵⁴ DIAS, Cristina M. A. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.a edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 9.

⁵⁵ Art. 1056º do Código de Seabra, Código Civil de 1867.

Com a evolução estrutural e cultural da sociedade o instituto do casamento veio a ser impactado, “passou a considerar ambos os cônjuges em pé de igualdade, ambos em busca da sua felicidade pessoal.”⁵⁶. Neste sentido, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira defendem que a transformação cultural passou a enxergar o casamento como vida a dois, vejamos:

“Desde então tem-se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos ‘deveres conjugais’ predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes.”⁵⁷

Neste sentido, Eva Sónia Moreira da Silva com base nos autores conclui: “hoje a vida a dois é entendida como uma vida de gratificação mútua do casal, pela procura da felicidade de cada um, enquanto durar o afecto dos cônjuges, ou seja, aquilo que os autores têm chamado de uma ‘relação pura’.”⁵⁸

Assim, nos dias de hoje, o casamento só irá perdurar pela vontade comum do casal, para tanto, tendo em vista a mudança de mentalidade social, os ordenamentos jurídicos têm alterado os regimes jurídicos do casamento, principalmente no que tange sua dissolução.

Em Portugal, esta evolução social começou a ser sentida principalmente na Constituição da República de 1974 a qual reconheceu o princípio da igualdade como fundamento da república, porém, antes disso, em 1910, Portugal, com a Lei do Divórcio, laicizou o casamento, sancionando o sistema do casamento civil obrigatório e passando a autorizar o divórcio. O casamento católico voltou a ser admitido em 1940 e atualmente, ambos os casamentos, civil e o católico, são regidos, em certa medida, por normas jurídicas diversas⁵⁹.

Com esta mudança de pensamento da sociedade, o casamento deixou de ser perpétuo como preceituado no Código Civil português de 1867, passando a ser “presuntivamente perpétuo”⁶⁰, trazendo a excecionalidade do divórcio, sendo, em 1910, permitido o divórcio por mútuo consentimento⁶¹ e o divórcio litigioso, podendo ser pleiteado com fundamentos objetivos⁶² e subjetivos⁶³. Nesse contexto, a

⁵⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 21

⁵⁷ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 124

⁵⁸ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 22

⁵⁹ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 192

⁶⁰ Cfr. Art. 1º do Decreto nº 1, de 25 de dezembro de 1910.

⁶¹ Este por muitas vezes era escolhido pelos cônjuges para que fosse mantido o “bom nome” e a “reputação” do casal, camuflando as causas do divórcio. Cfr. SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 25

⁶² Causas objetivas são aquelas que não advêm de culpa como a separação de fato dos cônjuges, a ausência sem notícias, a loucura incurável e outras doenças. *Ibidem*.

⁶³ Fundamentos subjetivos são aqueles que dá causa, ao divórcio, um dos cônjuges como o adultério, o abandono do domicílio conjugal, sevícias e injúrias graves. *Ibidem*.

lei portuguesa admitia o divórcio por “rutura da vida conjugal”⁶⁴, porém estabelecia o prazo de dez anos contínuos para a separação de fato livremente consentida.

Assim, passou a ser adotado no direito português da época o divórcio-remédio, “onde importava mais resolver as situações de vida conjugal insuportável do que punir o cônjuge culpado pela deterioração da relação conjugal, embora o efeito de sanção estivesse igualmente presente.”⁶⁵.

Apesar destas mudanças legislativas marcadas por uma evolução social, não podemos esquecer que em 1940, Portugal, assinou a Concordata com a Santa Sé, que atribuindo efeitos civis ao casamento católico, porém proibia o divórcio daqueles que se casavam catolicamente, sendo o este vínculo matrimonial indissolúvel, somente sendo autorizado o divórcio para os casamentos civis.

O Código Civil de 1966, sob uma perspectiva visivelmente conservadora da família, preservou tal proibição e, para além disso, veio a modificar o regime do divórcio em relação ao casamento civil suprimindo os fundamentos objetivos do divórcio que foram estabelecidos pela Lei do Divórcio em 1910, trazendo para a legislação um modelo de divórcio-sanção⁶⁶, ainda não havia mais a possibilidade de se divorciar de imediato através do mútuo consentimento, tendo que haver primeiramente uma separação judicial de pessoas e bens por um prazo de três anos para após converter em divórcio. Reforçando a visão paternalista, o CC de 1966 outorgava aos juízes o poder de não dissolver o casamento civil se decidissem ser possível uma reconciliação ou se decidissem contra o pedido decretando somente a separação em vez do divórcio ⁶⁷.

Este cenário só veio a ser alterado com o fim da ditadura em Portugal, visto que a sociedade começou a clamar por liberdades inclusive no âmbito do matrimônio sendo contestada a indissolubilidade do casamento católico ⁶⁸. Diante deste cenário, houve após negociações a celebração do Protocolo Adicional à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa em 1975 passando a ser autorizada a dissolução dos casamentos católicos através do divórcio, essa modificação veio a trazer enormes mudanças sociais em Portugal posto que o país era composto por uma população numerosamente católica sendo a maioria dos casamentos celebrados à época católicos⁶⁹.

Com isso, começou-se a observar a secularização do Estado e das relações sociais, mas também começou-se a retirar do Estado o poder de conceder ou não o término do casamento, não sendo permitido por exemplo ao juiz decretar separação judicial de pessoas e bens no lugar do divórcio requerido pelos cônjuges, podendo os cônjuges decidirem pelo divórcio por mútuo consentimento sem

⁶⁴ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 25

⁶⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 25

⁶⁶ O divórcio-sanção é um modelo de divórcio no qual se prioriza a determinação de culpa dos cônjuges.

⁶⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 26

⁶⁸ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 686

⁶⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 27

ter que passar pela separação e aguardar o prazo de três anos, além disso, voltou a ser permitido o divórcio pelos fundamentos objetivos⁷⁰, diminuindo o número de divórcios e separações judiciais de pessoas e bens no qual houvesse imputação ofensiva à honra e à dignidade, como também houve a diminuição do prazo exigido da separação de fato livremente consentida como causa de divórcio, abreviando de dez para cinco anos contínuos este prazo.

Diante das mudanças trazidas pela Revolução de Abril e pela entrada em vigor da nova Constituição da República de 1976, as modificações seguiram com o DL n° 561/77, de 17 de julho, este prazo de cinco anos acabou sendo alargado para seis anos, entretanto, não havia mais a exigência de a separação de fato ser livremente consentida⁷¹. Posteriormente, o DL n° 605/76, de 24 de julho abreviou de três para dois anos o prazo mínimo de duração do casamento para que os cônjuges pudessem solicitar o divórcio por mútuo consentimento, assim como efetuou consideráveis mudanças no regime processual do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens⁷².

A Reforma de 1977 (Decreto-lei n° 497/77 de 24 de novembro) trouxe significativa alteração no regime legal do divórcio, trazendo novidades de ordem sistemática, demonstrando mudança no pensamento do legislador. Certo é que na realidade social os números de divórcios começaram a ser maiores que os de separação judicial de pessoas e bens, e sendo as separações posteriormente convertidas em divórcio, diante disso, o divórcio passou a ser a ter na lei uma regulamentação completa, assim como o Código 1966 trazia para a separação judicial de pessoas e bens, nesse momento, os dois institutos passaram a ser admitidos e regulamentados lado a lado.

Outra inovação de ordem sistemática foi o divórcio por mútuo consentimento preceder, no Código Civil, o divórcio litigioso, demonstrando uma preferência do legislador àquela modalidade de divórcio, “em razão das vantagens da desdramatização do processo do divórcio, já por si difícil e doloroso.”⁷³. Inclusive, a lei estabeleceu ao juiz o dever, caso a conciliação dos cônjuges não fosse possível, de aconselhar os cônjuges a seguir a via do divórcio por mútuo consentimento. Ainda, outra alteração foi o retorno da exigência de três anos para ser possível requerer o divórcio por mútuo consentimento que somente seria judicialmente decretado caso também fossem homologados os acordos de prestação de alimentos ao cônjuge carecido, de exercício do poder parental relativamente aos filhos menores e sobre o destino da casa de morada da família.

Em contrapartida, o Código Civil deixou de prever uma lista de violações dos deveres

⁷⁰ Apesar da aceitação de causas por impossibilidade da vida em comum, o tribunal era obrigado a declarar a culpa dos cônjuges para que pudessem ser aplicadas sanções patrimoniais ao cônjuge que tivesse sido o único culpado ou o mais culpado pelo fim do matrimônio.

⁷¹ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 687

⁷² SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 28-29

⁷³ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 29

conjugais que poderiam dar ensejo ao divórcio litigioso, passando a estabelecer no art. 1779º, nº 1, uma cláusula geral.

Portanto, a evolução no regime jurídico do divórcio após a reforma de 1977 veio na perspectiva de sua facilitação⁷⁴.

Desta forma, o DL nº 131/95, de 6 de junho, outorgou o novo Código de Registro Civil, estabelecendo assim, um novo processo, mais simples, para obtenção do divórcio ou separação por mero consentimento dos cônjuges: desde que não houvesse filhos menores ou a regulamentação do poder paternal já tivesse sido resolvido judicialmente, podendo assim o pedido de divórcio se realizado na conservatória de registo civil, deixando apenas casos específicos para serem decididos no tribunal.

Posteriormente, a Lei nº 47/98, de 10 de agosto, suprimiu o prazo de duração mínima do casamento como requisito para o pedido de divórcio por mútuo consentimento, podendo os cônjuges fazê-lo a todo tempo. Tal lei também veio a reduzir o prazo referente ao pedido de divórcio litigioso com base na ruptura familiar, o prazo de seis anos consecutivos de separação passou para três anos consecutivos, já nos casos de sem notícias do ausente o prazo de quatro anos passou para dois anos e nos prazos de alteração das faculdades mentais que compromettesse a possibilidade de vida em comum de seis anos passou-se a prever um prazo de três anos.

Além disso, excluiu-se a previsão que permitia ao juiz recusar o pedido de divórcio com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro cônjuge em casos que se acreditava que o divórcio agravaria consideravelmente o seu estado mental. Ainda, a Lei nº 47/98, de 10 de agosto, veio a reconhecer uma nova causa de ruptura da vida familiar: a separação de facto por um ano, caso não houvesse oposição do cônjuge ao pedido de divórcio litigioso intentado pelo outro.

Nesse sentido, sobre as evoluções que vinham ocorrendo após a reforma de 1977 acerca do instituto do divórcio, Eva Sónia Moreira da Silva expõe:

“Ou seja, passou a dar-se primazia ao interesse (e à felicidade) daquele que quer libertar-se de um casamento que se tornou demasiado oneroso (em detrimento daquilo que tradicionalmente se consideraria o interesse familiar), no seguimento da linha de evolução que vimos ser típica das sociedades actuais.”⁷⁵

Tais propensões a facilitação da obtenção do divórcio se mantem até os dias de hoje. Seguindo a tendência iniciada no século XX que vem perdurando no século XXI, o DL nº 272/2001, de 13 de outubro, veio a transferir várias competências atribuídas normalmente aos tribunais, passando a

⁷⁴ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 31

⁷⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 31-32

ser da competência exclusiva das conservatórias do registo civil a decisão sobre o divórcio por mútuo consentimento, ainda, a conversão da separação em divórcio e a reconciliação dos cônjuges separados passou a poder ocorrer nestas conservatórias.

Por fim, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio cessar o sistema anterior, ainda vigente à data no Código Civil, que apesar das modificações sofridas ainda era o sistema do divórcio-sanção⁷⁶, onde o divórcio podia ser decretado a favor do cônjuge inocente contra o cônjuge culpado. Neste sentido, Eva Sónia Moreira da Silva manifesta:

“Ou seja, anteriormente, a lei estava desenhada no sentido de permitir ao cônjuge inocente pedir o divórcio caso pudesse provar a violação dos deveres conjugais por parte do outro cônjuge. Havia já alguma transigência, ao prever-se causas de divórcio litigioso com fundamento em ruptura da vida comum, mas só em 2008 é que o CC assume expressamente a doutrina do divórcio como constatação da real ruptura do casamento. Ou seja, o CC deixou de prever a existência de um divórcio litigioso com base na violação dos deveres conjugais, eliminando por completo a referência à ‘culpa de um dos cônjuges’ ou ao ‘principal culpado’. Passou, simplesmente, a prever a existência de divórcio por mútuo consentimento de um dos cônjuges, numa formulação menos dramática e pejorativa que a anterior. A ideia foi a de evitar revisitar as situações dolorosas que provocaram a ruptura da vida em comum e assumir que o que é relevante é o facto de a vida em comum já não ser possível. Por outras palavras, não importa de quem é a culpa, mas apenas constatar se a vida comum terminou.”⁷⁷

Atualmente, o sistema jurídico português autoriza duas formas para a dissolução do casamento, o divórcio por mútuo consentimento que é estipulado na vontade comum dos cônjuges em por fim ao matrimónio e, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges no qual se baseia na ruptura objetiva do matrimónio, sendo o sistema português, portanto, um sistema baseado no divórcio-ruptura⁷⁸.

Neste sentido, no cenário atual português, podemos observar um decréscimo no número de casamentos no país, tendo em vista elementos estatísticos divulgados (como se pode constatar pelo

⁷⁶ *Embora mitigado, pois era coexistente com o divórcio-remédio por constatação da ruptura do casamento.* SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português.* Coimbra: Gestlegal, 2019. p.32

⁷⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português.* Coimbra: Gestlegal, 2019. p.32-33

⁷⁸ *Com relevância de qualquer causa que mostre a ruptura definitiva, e sem qualquer relevância da culpa de qualquer dos cônjuges, para qualquer efeito.* COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 690

Anexo 1 junto a presente dissertação⁷⁹), restando assim comprovado a mudança social que está ocorrendo tendo como fatores a igualdade de género, a cada vez maior procura pela felicidade individual e a ruptura do estereótipo de família. Assim como podemos verificar um aumento dos casos de divórcio, à vista de elementos estatísticos lançados (como se pode constatar pelo Anexo 2 junto a presente dissertação⁸⁰), pelos mesmos motivos acima citados.

Segundo Eva Sónia Moreira da Silva “A relação conjugal torna-se, realmente, num assunto privado dos cônjuges, denotando-se uma concepção de casamento claramente distinta da anterior, esbatendo-se a sua institucionalização”⁸¹.

Para Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira expressam sua opinião sobre o futuro do divórcio, expondo o seguinte:

“só pode conduzir os sistemas jurídicos para uma regulamentação mínima do divórcio, entregue a qualquer departamento administrativo. Fala-se de uma ‘era do divórcio sem culpa’ apenas baseado na constatação da rutura do matrimónio iniciada por causas objetivas, ou então baseada no acordo dos cônjuges. A tendência vai para formas céleres que permitam sair do casamento quase tão facilmente como se entra; desformaliza-se o processo e chega-se a remetê-lo para o âmbito de departamentos da Administração. Na maior parte dos países europeus e em vários estados norte americanos, o divórcio assenta na mera rutura do casamento ou, sobretudo, no mútuo consentimento ativo ou ainda no consentimento passivo do cônjuge que, embora não peça o divórcio, não se opõe ao pedido do outro.”⁸²

Diante do que parece ser uma facilitação do divórcio, podemos observar críticas de doutrinadores ao novo regime jurídico do divórcio que acreditam que essa ausência de obstáculos acaba por minar o instituto do casamento, extinguindo a base de confiança e solidariedade mútuas em que o casamento se fundamenta, o aproximando à união de facto.

Em alguns países como o Brasil, o instituto da união de facto praticamente se igualou ao instituto do casamento, principalmente no que se diz respeito a direitos e deveres dos companheiros, porém ao contrário do que expõe os doutrinadores críticos ao novo regime jurídico do divórcio, isto não

⁷⁹ Anexo 1 referente a tabela retirada do PORDATA – Fundação Francisco Manuel dos Santos conteúdo dados estatísticos relativos ao total de casamentos celebrados em Portugal entre 1960 e 2019, passível de consulta em <https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela/5818944>. Acesso em 19 dez 2020.

⁸⁰ Anexo 2 referente a tabela retirada do PORDATA – Fundação Francisco Manuel dos Santos conteúdo dados estatísticos relativos ao total de divórcios realizados em Portugal entre 1960 e 2019, passível de consulta em <https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela/5818945>. Acesso em 19 dez 2020.

⁸¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p.35

⁸² COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 128

ocorreu devido a facilitação do divórcio e sim pela sua desburocratização, maior acessibilidade e menor custo em relação ao casamento. Sendo certo que sua constituição e dissolução tem ainda menos empecilhos.

Em contrapartida, em Portugal, as uniões de facto não possuem os efeitos jurídicos do casamento, não tendo o reconhecimento pelo legislador da equiparação dos estatutos familiares⁸³, neste sentido, Rossana Martingo Cruz traz que:

“[...] e não se deve estender à união de facto os efeitos do casamento, pois tal representaria uma ingerência injustificada na escolha das partes que não optaram pela via do casamento. Todavia, tal não significará que não se possa enrobustecer o sistema legal com soluções que contemplem diferenças para aqueles que, embora não pretendam seguir a via do casamento, almejam uma proteção sólida consentânea com o compromisso da sua união; e, ao mesmo tempo, respeitando aqueloutros que querem somente coabitar sem que tal lhes impute tamanhas consequências jurídicas”⁸⁴

Acredita-se que em Portugal, a união de facto tem ganhado maior expressão pelos seguintes motivos: os conviventes ainda não têm condições de aferir um compromisso duradouro de vida comum, existe motivos económicos ou legais que fazem com que estes escolham viver em união de facto, ou ainda, por preferirem evitar e/ou adiar as formalidades e encargos que envolvem a celebração do casamento⁸⁵.

Sendo assim, o que iremos debater neste trabalho é se o novo regime jurídico do divórcio realmente se trata de uma facilitação para obtenção do divórcio, desvalorizando o instituto do casamento ou se seria um direito adquirido pelos cônjuges para que possam arquitetar seus próprios destinos, sendo, portanto, um avanço jurídico-social daqueles que desejam ter liberdade de escolha para procurar sua realização pessoal e felicidade.

Certo é que o fim de um casamento não significa o fim da família.

1.4 O NOVO REGIME JURÍDICO DO DIVÓRCIO

O que ficou conhecido como novo regime jurídico do divórcio surgiu com o advento da Lei nº

⁸³ JORGE, Nuno Lemos. *A Caminho Da Equiparação De Regimes? A Igualdade Na Jurisprudência Constitucional Sobre Casamento E União De Facto*. IN: *Casamento & união de facto – questões da jurisdição civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_casamento_uf.pdf>. Acesso em 20 dez 2020. p. 34

⁸⁴ CRUZ, Rossana Martingo. *União De Facto: A Pertinência Do Registo, A Problemática Da Separação De Pessoas E Bens E A Contagem Do Prazo De Convivência*. IN: *Casamento & união de facto – questões da jurisdição civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_casamento_uf.pdf>. Acesso em 20 dez 2020. p. 70

⁸⁵ CRUZ, Rossana Martingo. *União De Facto: A Pertinência Do Registo, A Problemática Da Separação De Pessoas E Bens E A Contagem Do Prazo De Convivência*. IN: *Casamento & união de facto – questões da jurisdição civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_casamento_uf.pdf>. Acesso em 20 dez 2020. p. 68

61/2008, de 31 de outubro, estipulando a dissolução do vínculo conjugal quando os laços afetivos cessam definitivamente, deixando o casamento de ser fonte de realização e satisfação dos cônjuges.

O Projeto de Lei n.º 509/X traz como motivos da alteração do regime jurídico do divórcio a liberdade de escolha e a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, a afetividade nos centros das relações. Com efeito, e decorrendo do princípio da liberdade, ninguém deve permanecer casado contra vontade ou se considerar que houve quebra de laço afetivo. O objetivo referido no projeto é o de adequar a lei do divórcio ao século XXI, às realidades das sociedades modernas.

A principal alteração trazida pela lei foi a abolição da relevância da culpa na dissolução do casamento. Duas grandes vias para a dissolução do casamento ficaram consagradas no sistema jurídico português após o novo regime jurídico do divórcio: a via do divórcio por mútuo consentimento e a via do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges com base na ruptura objetiva do matrimónio.

O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória de registo civil, se os mesmos apresentarem os acordos complementares relativos ao exercício das responsabilidades parentais, quando existem filhos menores da relação e não tenha regulamentação prévia judicial, à prestação de alimentos ao cônjuge que deles necessitam e ao destino da casa de morada de família, caso não apresentem tais acordos o divórcio deverá ser apresentado no Tribunal, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

Assim, divórcio por mútuo consentimento foi modificado em relação ao seu formato original e o sistema de divórcio-ruptura é hoje um sistema puro – com pertinência de qualquer causa que mostre a ruptura definitiva, isto é, a falência daquele concreto projeto conjugal, sem qualquer relevância da culpa de qualquer dos cônjuges, para qualquer efeito⁸⁶.

A extinção da relevância da culpa não é só em relação as causas do divórcio, sendo também relativa aos efeitos do divórcio, portanto, o juiz nunca buscará determinar e graduar a culpa para aplicar sanções patrimoniais, assim a discussão sobre culpa é afastada do processo de divórcio. Contudo, importante enfatizarmos que isto não afasta como consequência do divórcio a reparação de danos bem como a existência de créditos de compensação quando houver evidente desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.

Além disso, o novo regime jurídico do divórcio dispensou a tentativa de conciliação prevista na anterior redação do artigo 1774.º que agora só existe no caso de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, promovendo em contrapartida o sistema de mediação familiar, a norma institui às

⁸⁶ Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*. IN: «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 6, *a revogação da culpa na dissolução do casamento se insere na tendência para desdramatizar o divórcio*.

conservatórias do registo civil e aos tribunais o dever de informar os cônjuges da existência e dos propósitos do sistema de mediação familiar. Sobre a incorporação do art. 1774º no CC, Guilherme de Oliveira expõe: “tímida, para uns, oportuna, para outros, ela resultou do compromisso entre o desejo de chamar a atenção para o instituto, sem criar obrigações para o sistema que ele ainda não tivesse condições de cumprir.”⁸⁷.

Em relação ao divórcio sem consentimento do outro cônjuge, a causa deste é hoje a ruptura do casamento, previsto no artigo 1781º do Código Civil, sendo estabelecido como fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges a separação de fato por um ano consecutivo; a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure mais há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; a ausência, sem que do ausente haja notícias por tempo não inferior a um ano e quaisquer outros fatos⁸⁸ que, independentemente de culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento. Nesta última hipótese o requerente deve provar a existência de ruptura definitiva do casamento, provando que o casamento em concreto, como projeto de vida, falhou definitivamente, se rompendo objetivamente os laços afetivos entre os cônjuges.

Neste sentido, Sandra Passinhas expressa que a ruptura definitiva do casamento significa “Em suma, que aquele casamento, objectivamente, não é mais fonte de felicidade conjugal.”⁸⁹

Importa ressaltarmos que o mero pedido de divórcio por razões ou sentimentos subjetivos não são hipóteses de ruptura definitiva do casamento, não podendo ser acolhido pelo Tribunal, visto que não se pode desvirtuar o sistema divórcio-ruptura, tal como o legislador o desenhou em 2008, para transformar num divórcio a pedido.

O novo regime jurídico do divórcio também altera pontos importantes em relação a responsabilidade parental, trazendo o foco para salvaguardar o direito das crianças, tirando o sentido de posse que os pais tinham sobre seus filhos, reconhecendo cada vez mais a criança como sujeito de direitos. A alteração tenta trazer a evidente separação entre a relação conjugal e a relação parental, não sendo o término da primeira justificativa para uma interrupção da segunda.

Em suma, o novo regime jurídico do divórcio trouxe substanciais alterações ao regime anterior, principalmente em relação a divulgação dos serviços de mediação familiar, alterações na regulamentação do divórcio por mútuo consentimento – que transfere a competência ao tribunal se os cônjuges não acordam quanto aos acordos complementares -, a eliminação da culpa no divórcio

⁸⁷ OLIVEIRA, Guilherme de. *A nova lei do divórcio*. IN: «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p.7

⁸⁸ *Não podem estes serem fatos banais e esporádicos*. GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*. IN: «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 14

⁸⁹ PASSINHAS, Sandra. *O novo figurino do divórcio em Portugal após a lei n.º 61/2008*. IN: GUERRA, Paulo. I Congresso de Direito da Família e das Crianças - A criança e a família no colo da lei - as causas não se medem aos planos. Lisboa: Almedina, 2016.

litigioso – e o aparecimento do divórcio sem consentimento –, as consequências ao nível de efeitos patrimoniais do divórcio tendo em vista a eliminação de culpa, a obrigação do exercício conjunto das responsabilidades parentais – substituindo a designação de poder paternal para responsabilidades parentais, traduzindo uma mudança de conceito –, a averiguação de um crédito compensatório ao cônjuge que contribuiu de forma notadamente superior para encargos normais da vida familiar e alterações no direito a alimentos entre ex-cônjuges.

O novo regime jurídico do divórcio nos permitiu enxergar o casamento para além de seu aspeto contratual, económico e patrimonial, sendo o afeto o núcleo fundador e central da vida conjugal. Desta forma, a valorização do bem-estar individual e familiar se consolida, inevitavelmente, em uma privatização do conteúdo do casamento e do divórcio.

1.5 O DIVÓRCIO NOS TRIBUNAIS

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira: “São os restos do amor que batem às portas do judiciário”⁹⁰.

Desde 1977 observamos no ordenamento jurídico português uma ideia de desdramatização do divórcio. Essa tendência foi notada pela primeira vez quando a lei impôs ao juiz que no caso de a tentativa de conciliação não resultar, este procurasse obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento. “Esta foi a primeira vez que se notou uma preocupação de evitar que a dissolução do casamento seguisse um caminho traumático, acrescentando desnecessariamente os sofrimentos anteriores.”⁹¹

Nesse sentido, com o novo regime jurídico do divórcio a irrelevância de culpa foi consagrada para evitar que “os cônjuges procurem inventariar e provar o pior que aconteceu no seu casamento, causando ainda maiores danos a si próprios e aos filhos.”⁹². O legislador português então optou por buscar formas de impedir que os divórcios se tornem arrastamentos judiciais penosos e desgastantes, como podemos observar com a alteração do art. 1774º do Código Civil que versa sobre a mediação familiar e o nº 4 do art. 202 da Constituição da República Portuguesa que traz validade a meios de desjudicialização de conflitos, *in verbis*:

“Artigo 202.º Função jurisdicional

4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; *Apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 732 p. p. 66.

⁹¹ OLIVEIRA, Guilherme de. *A nova lei do divórcio*. IN: «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 6.

⁹² OLIVEIRA, Guilherme de. *A nova lei do divórcio*. IN: «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 6.

jurisdicional de conflitos.”⁹³

Devemos considerar que, mesmo quando consensual, o divórcio não é simples ou fácil. Sempre é um percurso que envolve sofrimento e dor, ainda que ao final tenha um significado de libertação. Sobre o divórcio Rodrigo da Cunha Pereira evidencia:

“O fim da conjugalidade é um momento em que se depara, novamente, com o desamparo estrutural do ser humano. Depara-se consigo mesmo. E constata-se que aquele (a) que se pensava ser o complemento da vida já não sustenta mais esse lugar de tamponamento. O encantamento acabou. O amor perfeito, ou quase perfeito, era pura ilusão, ou simplesmente acabou. O amor perfeito é perfeitamente impossível.”⁹⁴

Um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem em nossa vida é o da separação conjugal e segundo Rodrigo da Cunha Pereira os ritos se traduzem, juridicamente, como um processo. O processo judicial é um ritual sob o comando do Juiz que ocupa a função de representar a lei e simbolicamente representa também um pai que vem pôr fim, através de uma sentença à aquela relação, estabelecendo uma nova fase a vida das pessoas.

Desta forma, psicanaliticamente analisando o divórcio como rito de passagem observamos que alguns não conseguem transpor essa fase de luto e por isso preferem travar verdadeiros embates intermináveis no judiciário ao invés de tentar solucionar o conflito de maneira mais breve e menos dramática. E para além disso, nós humanos, temos dificuldade de nos apropriarmos com autonomia, independência e responsabilidade dos nossos conflitos, e para isso, precisamos de um terceiro imparcial para decidir por nós.

Nesse sentido, os processos judiciais litigiosos acabam por se tornar verdadeiros campos de batalha, como melhor expõe Rodrigo da Cunha Pereira:

“O processo judicial litigioso é uma maneira e uma tentativa de não se separar. O casal fica unido pelo litígio em verdadeiras histórias de degradação um do outro. O ódio une mais que o amor. E, assim, permanecem anos e anos utilizando-se do aparelho judiciário para sustentar um ‘gozo’ com o sofrimento. O mais impressionante em um litígio conjugal é que cada parte tem certeza de que está do lado da verdade. Da sua verdade. O litígio, além de ser o sintoma de uma relação mal resolvida, significa também a tentativa, muitas vezes inconsciente, de não perder, embora já

⁹³ C.f. n° 4 do art. 202° da Constituição da República Portuguesa

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.233

tenha perdido: o amor, o respeito e a dignidade. A reivindicação objetiva que surge nos processos litigiosos vem sempre em nome de um direito. Na maioria das vezes isso é uma falácia. É comum o processo judicial ser usado para travestir uma outra cena, que é da ordem da subjetividade. É apenas uma tentativa inconsciente de não se separar. Desta forma, mantém-se o vínculo, até que o Estado-Juiz coloque um ponto-final por meio da sentença que, em última instância, significa: 'pare de gozar'.⁹⁵

O divórcio litigioso acaba virando uma interminável guerra, que muitas vezes, não tem um motivo claro e consistente, como por exemplo se pode constatar pelo Anexo 3 junto a presente dissertação⁹⁶, que trata-se de famosa fotografia de um casal que em meio a um processo de divórcio, ocorrido em 1999, em Las Vegas, Estados Unidos da América, simplesmente não conseguiu dividir uma coleção de ursos de peluche por conta própria, tendo que o Juiz do caso determinar como iriam dividir tal coleção fruto do casamento, sendo feita a partilha no chão do Tribunal.

Pegar uma família fragilizada e emocionalmente abalada pelo divórcio, armar as partes com advogados litigantes e obstinados a ganhar uma causa sem pensar nas consequências, para essa família, é uma fórmula nociva. Ainda, Maria Saldanha Pinto Ribeiro expõem que “o sistema judicial não é neutro, provoca sentimentos de revolta e humilhação e deteriora progressivamente o relacionamento entre os dois cônjuges.”⁹⁷.

Em Portugal, vemos uma pequena tentativa de tirar dos tribunais questões como o divórcio, por um lado por se tratar de um conflito entre pessoas ligadas por uma relação duradoura, com dimensões emocionais, afetivas, psicológicas e sociais, e por outro em resposta à sobrecarga e morosidade do sistema judicial. Como se pode constatar pelo Anexo 4 junto a presente dissertação⁹⁸ que os divórcios juntos aos Tribunais Judiciais de 1ª instância tem duração média de 6 (seis) a 12 (doze) meses.

Contudo, mesmo na tentativa de se evitar um agravamento nos conflitos gerado por processos judiciais de divórcio, não houve um verdadeiro sucesso tendo em vista que o novo regime

⁹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 233-234

⁹⁶ Anexo 3 refere-se a fotografia na qual o advogado Frank Totti examina os papéis enquanto sua cliente Frances Mountain divide ursinhos da marca Beanie Babies com seu ex-marido Harold Mountain no Tribunal de Família do juiz Gerald Hardcastle em Las Vegas, 5 de novembro. O casal, que se divorciou há quatro meses, recebeu ordem de dividir a coleção avaliada em U\$ 2.500 a U\$ 5.000, mas foram incapazes de fazê-lo por conta própria. Foi determinado que a coleção fosse espalhada no chão do tribunal e dividida uma a uma sob a supervisão do juiz do Tribunal de Família Hardcastle. Ocorrido em 5 de novembro de 1999, Las Vegas, Nevada, USA. Disponível em: <<https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1999-nov-06-mn-30725-story.html#:~:text=A%20divorced%20couple%20who%20couldn,by%20one%20in%20a%20courtroom.&text=According%20to%20the%20divorce%20decree,with%20between%20%24%2C500%20and%20%24%2C000.>>>. Acesso em 04 out. 2020

⁹⁷ RIBEIRO, M.R. *apud* PEREIRA, M. Graça/PINTO, Henrique. O conflito no contexto da separação e divórcio: a perspectiva feminina. IN: Revista Psicologia: Teoria, Investigação e Prática – Centro de Investigação em Psicologia, Universidade do Minho, 2003, p. 191

⁹⁸ Anexo 4 referente a tabela retirada do PORDATA – Fundação Francisco Manuel dos Santos contendo dados estatísticos relativos a duração média (por mês) de processos de divórcio e separação findos nos Tribunais Judiciais de 1ª instância entre 1993 e 2018, passível de consulta em <https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela/5818946>. Acesso em 19 dez 2020.

jurídico do divórcio ao alterar a legislação, em relação ao divórcio por mútuo consentimento, vinculam os divórcios realizados nas conservatórias de registo civil a apresentação de acordos complementares, assim, caso haja discordância sobre algum dos temas o divórcio deverá ser levado para o tribunal como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

Portanto, em Portugal, vemos que a flexibilização de tirar o divórcio do judiciário vai até certa circunstância já que observamos ainda um engessamento do ordenamento visto que apesar do desaparecimento da culpa, da implementação da mediação familiar e da possibilidade do divórcio por mútuo consentimento poder ser em conservatórias de registo civil, não há um legitimo estímulo ou apoio, a mediação familiar, por exemplo, não houve um enquadramento legal específico sobre a matéria⁹⁹. Além disso, os Tribunais de Família e Menores ainda têm números muito reduzidos no país, mas são extremamente necessários visto que trazem uma visão especializada e interdisciplinar dos litígios de família.

Ainda, segundo doutrinadores como Rita Lobo Xavier ¹⁰⁰, Cristina M. de Araújo Dias ¹⁰¹ e Guilherme de Oliveira ¹⁰² a intenção de desjudicialização esbarra em um paradoxo, posto que não obstante as importantes alterações do regime jurídico do divórcio, este não fará diminuir a litigiosidade conjugal e pós-conjugal, portanto, questões como exercício das responsabilidades parentais, pedido de indenização por danos e cumprimento de obrigações familiares de modo coercitivo continuam a se acumular nos tribunais.

Em realidade, manter os divórcios e outros conflitos de família em tribunais acaba por ser mais fácil, mesmo não sendo mais vantajoso para as partes envolvidas, isto porque há o controlo judicial, cumprindo o princípio da administração pública da Justiça, função jurisdicional reservada aos órgãos estaduais judiciais, criar métodos que tirem dos tribunais tais conflitos seria demasiado trabalhoso não só pela mudança estrutural, mas também pela mudança de paradigma.

Certo é que, como vamos mais a frente aprofundar, não só o acesso aos tribunais que garante o acesso a justiça, não é só o juiz que pode garantir direitos fundamentais e nem sempre é necessário a figura paternal do Estado, disfarçada de proteção social, para resolver conflitos familiares.

⁹⁹ Foi criada a Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, não sendo abordada a mediação familiar de maneira específica.

¹⁰⁰ C.f. XAVIER, Rita Lobo. *Ensinar Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

¹⁰¹ C.f. DIAS, Cristina M. A. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁰² C.f. GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*. IN: «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010.

CAPÍTULO II: A DESJUDICIALIZAÇÃO

*“Mudanças são a lei da vida.
E aqueles que olham somente para o passado
ou o presente, com certeza perderão o futuro.”*¹⁰³

2.1 UM NOVO OLHAR PARA OS CONFLITOS DE FAMÍLIA

Como já tratamos em capítulo anterior houve ao longo dos anos uma profunda alteração histórica legislativa no Direito de Família português. A sociedade se encontra em eterna evolução e com ela as leis vão sendo modificadas e ajustadas. Seu desenvolvimento vem ocorrendo de maneira contínua, inclusive, na forma da sociedade lidar com seus conflitos.

Neste sentido, segundo Rossana Martingo Cruz:

“É certo que o conflito é inerente ao ser humano e ao longo da história têm-se sucedido diversas formas de o encarar. O Homem é um ser social, necessita do seu semelhante, relaciona-se com este, cria a sua rede de afetos e dependências. No entanto, desta capacidade de interagir surgem, por vezes desentendimentos. Estes também decorrem da condição humana.”¹⁰⁴.

Os conflitos que permeiam o Direito de Família em sua maioria são carregados de mágoas e frustrações, envolvendo emoções e um alto grau de complexidade das relações daqueles que são parte do litígio. Ainda, as pessoas envolvidas nos litígios de família, na maioria das vezes, vão continuar a conviver e por este motivo a solução deve ser efetiva para todos¹⁰⁵.

Certo é que conflitos sempre fizeram parte das relações familiares, nesse sentido, Fernanda Tartuce expressa “importa-nos, portanto, a noção de conflito como possível objeto de transformação, mudança e, quiçá, evolução do ser humano, razão pela qual sua abordagem deve se dar da forma mais adequada possível”¹⁰⁶.

Ademais, por óbvio, a lei não é capaz de prever a solução ideal para cada caso, assim, se torna importante levar à sociedade instrumentos e pessoas qualificadas de forma multidisciplinar para

¹⁰³ KENNEDY, John Fitzgerald.

¹⁰⁴ CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 16-17

¹⁰⁵ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 17

¹⁰⁶ TARUCE, Fernanda; *Apud* TELLES, Marília Campos Oliveira. *Um olhar multidisciplinar sobre cuidado na resolução de conflitos: mediação e práticas colaborativas*. Disponível em: < https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Olhar-multidisciplinar_Mari%CC%81lia-Telles.pdf >. Acesso em 10 dez 2020.

identificar e tratar o conflito, que é específico de cada caso, considerando o perfil das pessoas envolvidas e seus ânimos, encontrando assim o meio mais adequado de resolver seus conflitos.

Em litígios de família como o divórcio é importante se atentar para a necessidade de os laços familiares não sejam rompidos, esses conflitos são geradores de uma reestruturação familiar, no caso de pais que estão se divorciando, estes continuarão sendo pais e continuarão tendo que ter responsabilidades pelos filhos, tomando decisões sobre suas vidas em conjunto, para isso, o diálogo e o respeito mútuo devem se manter.

Dito isto, vemos a relevância de tratar os conflitos de família com cautela e de ter um olhar subjetivo, enxergando o litígio de forma interdisciplinar e encontrando práticas não adversárias para a solução destes. Para Felícia Zuardi Spinola Garcia:

“A assistência adequada pode representar menos estresse, menos desgaste físico e emocional e um custo financeiro reduzido. Fora o esvaziamento do judiciário e a diminuição de casos de violência doméstica contra a mulher e filhos. Mais do que isso, pode ser fundamental para garantir estabilidade e segurança aos filhos e demais membros familiares envolvidos. Lembrando sempre que, a informação prévia ao litígio pode significar o impedimento para a escalada do conflito.”¹⁰⁷

Em suma, o conflito sempre existiu na vida do homem social¹⁰⁸ sendo primordial olhar para estes conflitos e cuidá-los para que seus efeitos sejam o menos negativo para os envolvidos, principalmente quando estamos tratando de relações familiares.

2.2 AUTONOMIA E NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é um ramo do Direito Privado, porém contém elementos do Direito Público ¹⁰⁹ visto que envolvem partes em situação de vulnerabilidade, como crianças e jovens, idosos e incapazes.

¹⁰⁷ GARCIA, Felícia Zuardi Spinola. *A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1273/A+evolu%C3%A7%C3%A3o+do+direito+das+fam%C3%ADlias+e+da+condu%C3%A7%C3%A3o+de+seus+conflitos:+novos+desafios+para+a+sociedade>>. Acesso em 15 ago 2020.

¹⁰⁸ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controle pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.19

¹⁰⁹ Tal discussão permeou por muito tempo o cenário doutrinário. Conforme expõem Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira: *Essa característica do direito de família foi exagerada ou deformada por alguns autores, para quem o direito de família nem pertenceria ao direito privado mas ao direito público, ou constituiria um ramo autônomo do direito, distinto tanto do direito privado como do direito público. [...] a distinção entre direito público e privado se torna cada vez mais fluida nos sistemas jurídicos contemporâneos. Decerto que há um direito constitucional da família, um direito penal da família, um direito fiscal da família, um direito processual da família, um direito da segurança social da família, e estes são direito público. Mas as relações familiares (a relação matrimonial e as relações de parentesco, afinidade e adoção), assim como as relações parafamiliares de que falámos, essas são direito privado, pois segundo critério mais divulgado de distinção entre direito privado e direito público – o critério dos sujeitos – não intervêm nelas, como sujeito, nem o Estado nem qualquer entidade de direito público. E a larga intervenção de órgãos do Estado na constituição, na vida e na extinção das relações familiares, quer do juiz, quer do Ministério Público, quer de órgãos da Administração como o conservador do registo civil e organismos de segurança social, também não prova que aquelas relações não sejam de direito privado*. COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 169-170

Apesar do necessário envolvimento do Estado em algumas situações acerca do Direito de Família, a tendência desse Direito é que o Estado se afaste cada vez mais das questões privadas e de foro íntimo, tendendo a intervir somente em casos que envolvem proteção de vulneráveis, à luz do princípio da responsabilidade, que é um autorizador e condutor da autonomia privada. “Afinal, não há nada mais íntimo e privado do que a família.”¹¹⁰.

Em termos de conjugalidade, a família só existe se e enquanto há vontade dos cônjuges, não deve o Estado delimitar sua constituição nem obstaculizar sua dissolução. Assim, nas relações conjugais, os indivíduos precisam ter tutelado o direito de autorregulamentar a sua própria vida, realizando escolhas segundo melhor lhe convém, a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana são princípios que devem ser observados pelo poder público, preservando um espaço de não interferência estatal, devendo ser traçado um limite para as intervenções legislativas e judiciais sobre certas escolhas que concernem a intimidade da pessoa humana no âmbito da família¹¹¹.

A autonomia privada existencial deve ser compreendida com uma condição da dignidade da pessoa humana que proporciona o livre desenvolvimento da personalidade. Assim, cabe o ordenamento garantir este desenvolvimento, sendo certo de que a liberdade se desdobra, direta e proporcionalmente, de uma responsabilidade¹¹².

A heteronomia estatal só se justifica para salvaguardar direitos indisponíveis, devendo haver limites quanto às formas pelas quais o Estado regulamenta os direitos tutelados na esfera das relações familiares.

Certo é que o pluralismo contemporâneo engessa os legisladores em sua capacidade de escolher e impor um modelo de boas condutas universal, no âmbito das relações conjugais, Sandra Passinhas expõe:

“A consequência só pode ser a de as leis se retraírem, evitando pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adoção de cláusulas gerais que os cônjuges – que querem ser os seus próprios legisladores – não de concretizar segundo o seu projecto individualizado.

Aparentemente, a tendência será a de restringir a imposição de deveres conjugais ao mero dever de decidir em conjunto os actos da vida conjugal comum; será, afinal, uma imposição procedimental, que deixa em aberto

¹¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1

¹¹¹ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processos, 2017. p. 40

¹¹² MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processos, 2017. p. 45

todas as escolhas substanciais, levando o pluralismo e a privatização da família conjugal até um extremo que nunca se atingiu.”¹¹³

A ideia de maior liberdade na vida privada se expande com a igualdade entre homens e mulheres, tendo em vista que a ligação entre pessoas livres e iguais pressupõe uma margem maior para escolhas conjuntas quanto a condução da vida conjugal e familiar, estando os envolvidos no mesmo patamar jurídico. “Conviver e escolher permanecer juntos, em expressão da liberdade, origina a solidariedade, pois faz do outro algo especial a ser cuidado.”¹¹⁴.

Desta forma, defendemos que nas relações familiares, principalmente quando tratamos de relações conjugais devem existir regras-padrões, sendo uma alternativa de direcionamento de conduta e ética, entretanto julgamos que esses *standards* possam não ser aderidos ou facilmente contornados pelos cônjuges que desejam, em conjunto, seguir outro padrão, usando suas liberdades de escolha para realizarem as suas dignidades, sendo, afinal, esse o objetivo da proteção à família.

É indiscutível que não faz sentido uma definição rígida de direitos e obrigações impostos externamente como se o casamento se trata-se de um contrato de adesão. A este propósito Francesco D’agostino retrata que:

“a família é uma comunidade que não encontra o seu fundamento último nem na lei que lhe dá a regulamentação, nem na utilidade que os seus membros possam retirar dela, não podendo ser reduzida à tutela de interesses (privados ou públicos). A Família pode ser compreendida a partir da sua base antropológica e sócio-cultural, ou seja, é indispensável aceitar o seu ‘institucionalismo intrínseco’ (ou a sua ‘juridicidade constitutiva’)”¹¹⁵

Para Paulo Lôbo as relações familiares devem passar a ter tutela jurídica mínima, respeitando a convivência e a dissolução, a liberdade de constituição, a autorresponsabilidade e a igualdade irrestrita de direitos, sendo analisada sob a ótica das diferenças naturais e culturais entre os géneros¹¹⁶.

A verdade é que tantas são as variáveis que modelam a família que seria impossível ter um modelo cerrado que atenda a todos, tendo em vista existirem fatores culturais, religiosos, políticos, económicos e éticos que envolvem a constituição de uma família. A família é um sítio de autoconstituição coexistencial, não cabendo ao Estado, nem a comunidade definir como sua

¹¹³ PASSINHAS, Sandra. *O novo figurino do divórcio em Portugal após a lei n.º 61/2008*. IN: GUERRA, Paulo. I Congresso de Direito da Família e das Crianças - A criança e a família no colo da lei - as causas não se medem aos planos. Lisboa: Almedina, 2016. p. 29

¹¹⁴ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processos, 2017. p. 198

¹¹⁵ D’AGOSTINO, Francesco *apud* XAVIER, Rita Lobo. *Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio*. IN: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (organizadores). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1131

¹¹⁶ LÔBO, Paulo *apud* MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processos, 2017. p. 198

constituição será definida.

Segundo Renata Vilela Multedo o Estado deveria cumprir seu papel de tutela que não necessariamente implica em uma intervenção o que poderia se denominar “clausula geral de reserva de intimidade”, que se baseia nas normas constitucionais, com o objetivo de implementar condições para o desenvolvimento das personalidades e da dignidade de cada um dos envolvidos na relação conjugal ¹¹⁷.

Contudo, frisamos que não pode ser permitido liberdade ilimitada, uma vez que só deve ser tutelado o que está em harmonia com os valores constitucionais que regem as relações jurídicas, a liberdade não deve prevalecer frente as leis protetivas em favor de vulneráveis e contra situações de agressão, como os atos de violência no âmbito da família, não podendo tais proteções serem afastadas tendo como justificativa liberdade de escolha. “Para essas hipóteses, tão importante quanto o papel do legislador é o papel do Judiciário, ator essencial na manutenção da compatibilidade do direito de família com a realidade social.”¹¹⁸.

Neste sentido, Rossana Martingo Cruz aponta:

“O carácter imperativo das matérias de Direito de Família obriga a um cuidado acrescido na sua protecção. Os particulares têm a possibilidade de conformarem determinadas questões, mas sempre sob o escrutínio do poder público que deverá intervir sempre que houver necessidade de se salvaguardar valores superiores.”¹¹⁹

Em se tratando de divórcio, tema deste trabalho, não deveria o Estado intervir nas escolhas pessoais dos envolvidos na dissolução conjugal, acreditamos que as partes devem decidir como querem prosseguir com o divórcio, para Diogo Leite de Campos o divórcio é um ponto do Direito de Família deixado aos interesses de cada um dos envolvidos¹²⁰.

Sendo assim, a explicação da autonomia privada no delicado setor da desintegração do casamento concerne ao fim da união não mais como um caminho obrigatório em que os cônjuges se limitam a escolher se querem seguir juntos ou com uma atitude de guerrear, mas como um vasto panorama de alternativas.

Ainda, segundo Rute Teixeira Pedro:

¹¹⁷ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processos, 2017. p. 208

¹¹⁸ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processos, 2017. p. 69

¹¹⁹ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 20. ISBN 978-972-32-1888-6. p. 193

¹²⁰ CAMPOS, Diogo Leite de *apud* PASSINHAS, Sandra. *O novo figurino do divórcio em Portugal após a lei n.º 61/2008*. IN: GUERRA, Paulo. I Congresso de Direito da Família e das Crianças - A criança e a família no colo da lei - as causas não se medem aos planos. Lisboa: Almedina, 2016. p. 30

“É, aliás, por referência à eventualidade de extinção da relação matrimonial que as manifestações de autonomia privada mais têm crescido em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Com a derrocada dos obstáculos tradicionais, nomeadamente ancorados numa ideia férrea indisponibilidade do vínculo matrimonial que o regime do divórcio deixou de refletir, deteta-se uma aceitação transversal da possibilidade de regulamentação negocial, muitas vezes antecipada, das consequências da dissolução do casamento, especialmente por divórcio, em consonância com a ideia de *clean-break* que se procura promover.”¹²¹

Sobre a autonomia privada nas relações de família Maria Berenice Dias manifestou:

“Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. É necessário redesenhar o seu papel, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, participação minimizante de sua faceta interventora no seio familiar.”¹²²

O sistema jurídico, com um procedimento não interventor mais atento e vigilante, conseguirá garantir a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana na dimensão familiar, uma vez que reconhece aos sujeitos liberdade e autonomia, não intervindo em questões pessoais que provoquem restrições injustificadas, sem respaldo constitucional, nesse sentido, não deve haver nenhum tipo de exceção em relação ao divórcio e nem mesmo intervenção em relação decisões acerca do divórcio, considerando que o divórcio é direito reconhecido na Constituição da República Portuguesa.

2.3 OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS CABÍVEIS AO DIVÓRCIO

O termo meios de resolução alternativa de litígios (RAL) foi importado do inglês Alternative Dispute Resolution (ADR), podendo ser definido como formas alternativas ao meio judicial para a resolução de conflitos. Assim, tratam-se, portanto, de meios que se baseiam na autocomposição do litígio. Não há um único meio de resolução alternativa de litígio, sendo uma composição difusa de procedimentos fundamentados na alternativa ao julgamento em tribunal. Tais métodos não têm uma

¹²¹ PEDRO, Rute Teixeira. *A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família* IN: Pessoa, Direito e Direitos. Colóquios 2014/2015, coordenação Nuno Pinto de Oliveira e Benedita MacCrorie, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, Campus de Gualtar, 2016, p. 356

¹²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 35.

construção teórica definitiva em Portugal, contudo, sua crescente expansão e promoção faz com que exista cada vez mais estudos sobre o assunto.

Os meios de resolução alternativa de litígios começaram a surgir como uma ferramenta não só alternativa, como também complementar ao sistema judicial institucional. Esta funciona de forma complementar aos Tribunais, ou seja, aos meios tradicionais de acesso à justiça¹²³ e não como um mecanismo excludente, a fim de suprimir outros meios capazes de resolver os conflitos.

Além disso, importante ressaltarmos que os meios de RAL são complementares a justiça, não podendo substituí-la e que nenhum método de resolução alternativo do conflito pode ir contra direito indisponível, normas imperativas, ordem pública e bons costumes, limites de um Estado de Direito. Contudo, os meios alternativos de resolução de conflitos surgiram para mudar paradigmas e para se adequar a uma sociedade que vive em constante mutação. Não se trata apenas de desafogar o judiciário em crise por sobrecarga em países como Portugal, Brasil e Estados Unidos; mas sim ter um tratamento mais humanizado dos conflitos familiares.

Em Portugal, podemos dividir o desenvolvimento dos meios de RAL em quatro estágios: primeiramente houve a criação de centros de arbitragem; secundamente, a criação e desenvolvimento dos Julgados de Paz e posteriormente a aposta em sistemas de mediação, por fim, a aprovação das leis de arbitragem¹²⁴ e de mediação¹²⁵ em 2011 e 2013.¹²⁶ Desta forma vemos que os meios de RAL se desenvolveram e foram incentivados pelo poder público.

A este propósito Rita Lobo Xavier expõe:

“A divulgação e promoção de meios alternativos de resolução de conflitos em Portugal têm sido suscitadas pelas transformações ocorridas no contexto do sistema jurídico e da realização da Justiça, nomeadamente pela explosão da consciência dos direitos e pela reivindicação dos mesmos por parte dos cidadãos, com a conseqüente pressão sobre os Tribunais, e pela crescente complexidade e interdisciplinaridade dos conflitos de pretensões. Foram observados fenómenos simultâneos de juridificação e desjuridificação, e de judicialização e de desjudicialização. A sobrecarga dos Tribunais por excesso de litigância originou críticas à ineficiência, à morosidade, aos custos do sistema de monopólio da administração judicial, abrindo caminho a meios verdadeiramente alternativos de composição de conflitos como a Arbitragem

¹²³CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018.p. 13. ISBN 978-972-40-7552-5.

¹²⁴ Lei n° 63/2011, de 14 de dezembro.

¹²⁵ Lei n° 29/2013, de 19 de abril.

¹²⁶ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 34

Voluntária. A moda dos meios ADR (Alternative Dispute Resolution) foi-se instalando entre nós, apesar de tal fenómeno, nos Estados Unidos, principal origem da expansão, já poder considerar-se um tanto envelhecido.”¹²⁷

Devemos lembrar que quando tratamos de meios de resolução alternativa de litígios (RAL), existe um sistema multiportas¹²⁸ e que os cidadãos devem ter consciência do seu direito de poder escolher a forma para solucionar seus litígios.

Sabe-se que inúmeros países vêm enfrentando uma morosidade e, conseqüentemente, ineficiência do judiciário, isso vem gerando uma crise em relação a Justiça e para além disso, a lei já nem sempre reflete o pensamento da população contemporânea, como já vimos aqui antes, isso acaba por originar uma crise do Direito.

Em vista disso, o pluralismo jurídico tem ganhado força nos últimos anos e vem alterando o panorama de conscientização social na interpretação e aplicação do Direito. Em Portugal, o surgimento dos meios de RAL está relacionado com a crise do Direito (com a crise de identificação do Direito com a lei) e da Justiça. Nesse contexto, Mariana França Gouveia explica:

“Como a ideia de que o Direito se identificava com a lei levou à criação de um sistema estatal e monopolizador de Justiça, também a ideia de que o Direito surge de várias fontes (pluralismo) implica que haja instâncias diversificadas de aplicação das soluções jurídicas.”¹²⁹

Certo é que há uma insuficiência dos mecanismos oficiais de aplicação do Direito, dito isto, deve-se promover a conhecimento e a integração de mecanismos mais acessíveis e abrangentes de justiça. A autocomposição e os meios para a alcançar devem ser valorizados e colocados em plano de igualdade junto à justiça tradicional. Nesse sentido de crítica e de crise do Direito que os meios de RAL se sobressaem, sendo um reflexo do pluralismo jurídico.

Entretanto, segundo Mariana França Gouveia, existe outra razão para além da evolução do pensamento jurídico e da crise da justiça para o aparecimento e desenvolvimento dos meios de resolução alternativa de litígios, se justificando também no “crescente desejo do cidadão em participar na resolução dos seus conflitos”¹³⁰.

Não concordamos inteiramente com este conceito, ainda observamos que as pessoas tendem a buscar um terceiro imparcial para resolução de seus conflitos, como uma ideia de

¹²⁷ XAVIER, Rita Lobo. *Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio*. IN: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (organizadores). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1132-1133

¹²⁸ Ideia surgida através de Frank Sander, professor da Universidade de Harvard, em 1976, em conferência posteriormente publicada em 1979. Frank Sander. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, pp. 65/87.

¹²⁹ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 28

¹³⁰ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 30-31

paternalismo do Estado na figura do juiz.

Porém, o que importa ressaltarmos é que a sociedade é complexa e diversificada, derivando dela conflitos diversos que necessitam de respostas adequadas para cada caso, sendo assim, o serviço público de Justiça, pilar do Estado Democrático de Direito, deve buscar dar estas respostas distintas para os diversos conflitos que surgem, aproximando-se do cidadão a quem serve.

Além disso, os meios de resolução alternativa de litígio dependem da vontade das partes em aderir ao mecanismo alternativo e tem o intuito de eliminar as causas que originaram o conflito, preservando os interesses das partes e evitando o surgimento de novos litígios futuramente¹³¹.

Desta forma, situações de conflitos entre pessoas ligadas por relações duradouras, com aspetos emocionais, psicológicas, afetivas e sociais, cuja solução adequada não se encontrará em um juízo jurídico de primazia de uma pretensão sobre outra e sim em um consenso obtido a partir do diálogo e da compreensão de pontos de vista diversos, são as situações mais adequadas quando tratamos de meios de RAL.

Certo é que o contexto adversarial típico de procedimentos contenciosos findam com o anúncio de um vencedor e um perdedor, não sendo adequado quando tratamos de conflitos familiares, vez que é importante que as partes continuem a se relacionar no futuro, principalmente quando tratamos de casos em que existem crianças envolvidas no conflito.

Para Mariana França Gouveia os meios de RAL devem ser flexíveis, vivos e dinâmicos¹³², postulando uma abordagem diferente do conflito, buscando uma solução mais adequada. Sendo importante percebermos que a ideia dos meios de RAL é primar pela qualidade na resolução do conflito, eliminando as causas originárias do litígio, modificando o relacionamento das partes e tutelando seus interesses, tornando possível prevenir novos conflitos reiterados.

Portanto, convém para este trabalho falar sobre os meios de resolução alternativa de litígios quando tratamos do divórcio. Ocorre que no divórcio, como já observamos anteriormente, a relação entre os cônjuges acaba por se fragilizar, tendo em vista a fase de luto em que vivem, estando sobrecarregados emocionalmente para pensar claramente, e com isso pode acabar acontecendo uma ruptura do diálogo, gerando um desequilíbrio da vida familiar, neste momento de transição as famílias precisam de um amparo. Tal amparo pode ser encontrado nas técnicas de resolução alternativas de litígio, como é a mediação familiar, sendo trabalhado o diálogo - que se encontra escasso nesse momento -, de forma a trazer soluções bem pensadas, adequadas ao caso concreto e duradouras para

¹³¹ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 20. ISBN 978-972-32-1888-6.

¹³² GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 24

os conflitos surgidos com o divórcio.

A mediação é um dos meios de RAL mais usados quando tratamos de conflitos familiares, porém, além desta técnica, que será mais adiante aprofundada, aqui em Portugal, temos a negociação, a conciliação e a Arbitragem, procedimentos estes que não trataremos com profundidade tendo em vista que focamos neste trabalho a melhor forma de desjudicializar o divórcio.

Inicialmente, a negociação tratada por grandes nomes da Universidade de Harvard, Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, consiste em um diálogo direto entre as partes envolvidas no conflito, no qual ambas expressam o seu ponto de vista e procuram um acordo que vá de encontro às pretensões mútuas, as partes podem ser representadas por seus advogados, este método nem sempre é eficaz quando o conflito é subjetivo¹³³, como são os casos dos conflitos familiares, que envolvem emoções e relacionamentos.

Na conciliação contamos com a figura do conciliador, um terceiro auxiliador, que busca o acordo entre as partes e ainda tem a prerrogativa de propor soluções para o litígio, ainda a conciliação trata mais superficialmente do conflito, visando acabar o dissídio, mas sem tratar de suas causas, assim, também não se mostra o mais adequado para dirimir conflitos familiares visto que são relações duradouras e contínuas e suas desavenças tendem a ser carregadas de insatisfações e frustrações de cunho emocional.

Já na arbitragem as partes escolhem submeter o seu litígio a um terceiro, o árbitro, que decidirá o conflito, tem caráter autocompositivo visto que as partes consensualmente decidem por submeter o litígio ao critério de um árbitro, o que confirma a voluntariedade do procedimento, é uma técnica muito utilizada em conflitos comerciais e de consumo, sendo certo que as partes estão vinculadas pela decisão arbitral. O árbitro normalmente é um especialista no assunto disputado e para sua decisão este leva em conta as partes e seus desejos, sendo um processo bastante flexível comparado a alternativa jurisdicional. Ainda tem como características a confidencialidade e a privacidade, sendo decisão das partes se submeter ao método, com liberdade para escolherem o árbitro e quais critérios serão usados para dirimir o litígio. Este também não é o meio de RAL mais adequado para conflitos de família como é o caso do divórcio visto que ainda é um procedimento em que um terceiro decide pelas partes, não abrindo muito espaço para a reconstrução do diálogo, como é fundamental para os casos de família.

Dito isto, podemos ver, em Portugal, um progresso em relação a implementação dos meios

¹³³ VEZZULLA, Juan Carlos *apud* CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 27. ISBN 978-972-32-1888-6.

de resolução alternativa de litígios, como por exemplo através da Constituição da República que, no n.º 4 do artigo 202.º, determina que a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos. Além disso, o Código de Processo Civil em seu art. 533º, n.º 4 estabelece que o autor que podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios tenha ao invés optado pela via judicial deve suportar às custas de parte independentemente do resultado da ação.

Contudo precisamos de mais esforços para incluir os meios de resolução alternativa de litígios na cultura social portuguesa, sendo necessária maior implementação e divulgação para que esta prática saia do papel e se torne mais usual.

Ainda é fundamental o apoio de operadores do Direito para que estes procedimentos se tornem mais aplicados, por exemplo é fundamental a ampla introdução de meios de resolução alternativa de litígios nas grades curriculares das faculdades de Direito, ademais operadores do direito de família como juizes, conservadores, magistrados do Ministério Público e advogados devem ter mais conhecimento sobre o assunto e sobre a importância da interdisciplinaridade, ajudando a difundir a prática, além disso, legisladores devem se empenhar mais para ampliar a institucionalização de instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.

Sendo importante para que os meios de RAL saiam da teoria e sejam implementados nas comunidades como meio de resolver conflitos é necessário ter mais incentivo por meio do Estado.

2.4 A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS

Como temos observado ao longo deste trabalho, Portugal, como outros países da União Europeia, tem desenvolvido nos últimos anos através do poder público meios de desdramatizar conflitos familiares como o divórcio, essa alternativa passa por tirar o divórcio do judiciário, evitando assim longos e traumatizantes processos litigiosos.

O primeiro despontar da desjudicialização ocorreu através do D.L. n.º 163/95, de 13 de julho, quando se atribuiu ao Conservador do Registo Civil competência para decretar o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento.

Posteriormente, através da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro o novo regime jurídico do divórcio trouxe alterações no sentido de tornar tangível a desjudicialização do divórcio. As duas principais mudanças que podemos observar neste sentido foram: a implementação da obrigatoriedade de informar aos cônjuges sobre os serviços de mediação familiar como forma de dirimir conflitos e

buscar meios alternativos ao judiciário, como também a possibilidade do divórcio por mútuo consentimento poder ser instaurado na conservatória do registo civil com os devidos acordos complementares, retirando assim o divórcio do judiciário e permitindo que este prossiga em âmbito administrativo.

Estas foram as duas formas que Portugal elaborou para alcançar a desjudicialização do divórcio e ambas serão mais bem examinadas a seguir.

2.4.1 O DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO NAS CONSERVATÓRIAS E OS ACORDOS COMPLEMENTARES

Em 2008, com o novo regime jurídico do divórcio, a dissolução da conjugalidade pela via administrativa foi reafirmada, preservando os divórcios nas Conservatórias, como previsto em 1995¹³⁴, seguindo assim a ideia de desburocratização do divórcio traga com o novo regime jurídico, de acordo com o art. 1775º, nº 1 do Código Civil.

Conforme já explanamos neste trabalho, o divórcio por mútuo consentimento deve ser requerido por ambos os cônjuges de comum acordo, sem necessidade de revelar a causa do mesmo, devendo os cônjuges acordar sobre o exercício das responsabilidades parentais, o destino da casa de morada da família, a prestação de alimentos ao cônjuge que deles precise para sobrevivência e sobre o destino dos animais de companhia, caso existam¹³⁵. A falta de algum desses acordos complementares ao divórcio faz com que o pedido de divórcio seja declinado ao tribunal para que, além de determinar a dissolução do casamento, o juiz decida sobre as questões que os cônjuges não conseguiram chegar a um consenso.

Desta forma, além do próprio acordo de divórcio, os cônjuges devem obrigatoriamente apresentar para que o divórcio por mútuo consentimento possa ser realizado na conservatória de registo civil¹³⁶: a relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores, ou, caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272º-A a 272º-C do Decreto-Lei nº 324/2007, de 28 de setembro, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo; a certidão de sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial; acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça; acordo sobre o destino da casa de morada de família; acordo sobre o destino dos

¹³⁴ C.f. D.L, nº 131/95, de 6 de junho. Código de Registo Civil.

¹³⁵ C.f. Art. 1775º do Código Civil.

¹³⁶ C.f. Art. 271º CRegCiv. e Art. 12º e 14º do Decreto-lei nº 272/2001.

animais de companhia, caso existam e, certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada¹³⁷. Ressaltamos que tais acordos devem ser celebrados e levados a conservatória de registo civil, por força do art. 1775º do CC. Ainda, entende-se que os acordos devem versar tanto em relação ao período de pendência do processo como ao período posterior.

O procedimento para requerimento do divórcio por mútuo consentimento nas conservatórias se dá da seguinte maneira, os cônjuges devem se dirigir a conservatória de registo civil da residência de qualquer um deles ou outra por ambos escolhida e expressamente designada, o pedido do divórcio deve ser feito por meio de entrega de requerimento na conservatória, fundamentado de facto e de direito, indicando as provas e juntando a prova documental, como observa o art. 12º da Lei nº 272/2001, de 13 de outubro.

Recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos complementares, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, podendo determinar para esse efeito a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária, e decreta, em seguida, o divórcio, procedendo-se ao correspondente registo, conforme art. 1776º do Código Civil.

Importante ressaltarmos que as decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

Em relação aos acordos complementares que devem ser firmados explanaremos brevemente seus teores, em relação a casa de morada temos que é aquela que constitui, em princípio, a residência habitual e permanente da família, é a residência principal dos cônjuges, neste acordo deve-se ter em conta o interesse dos filhos, a situação financeira dos cônjuges e os seus encargos, a distância face ao local de trabalho, entre outras circunstâncias, a decisão acerca do destino da casa de morada da família permite critérios de conveniência e oportunidade, mais que uma legalidade estrita. Em relação a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça deve-se avaliar as possibilidades do devedor e as necessidades que o credor apresenta, quando os cônjuges vivem juntos a prestação de alimentos se delimita enquanto encargo da vida familiar, quando há o divórcio esta prestação adquire autonomia e decorre do dever de assistência e solidariedade.

Além disso, devemos salientar o acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, que deve definir as necessidades e gastos materiais das crianças, também gastos inesperados e de

¹³⁷ COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 702-703

lazer, ainda os pais devem acordar sobre questões importantes da vida dos filhos, como a escola que irão frequentar e se farão ou não atividades extracurriculares, para além disso, deve o acordo se atentar para as necessidades afetivas dos filhos e sua guarda, sendo indispensável estabelecer regime de convivência¹³⁸ com o progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais do filho, ou seja, o acordo de exercício das responsabilidades parentais deve conter os gastos com os filhos e a participação de cada genitor nestes e definir a guarda e o regime de visitas¹³⁹.

Ademais, o acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais tem sua especificidade de procedimento, de acordo com o art. 1776º-A do Código Civil e art. 14º, nº 2º do Decreto-lei nº 272/2001. Quando o acordo sobre exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores for apresentado, o processo é enviado ao Ministério Público junto ao tribunal judicial de 1ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 (trinta) dias, caso o Ministério Público entenda que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público. Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses das crianças ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público segue-se a decretação do divórcio com seu correspondente registo.

Como cediço, caso os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar ou caso os acordos complementares não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges, a homologação é recusada e o processo de divórcio é integralmente remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória, segundo arts. 1776º-A, nº 4 e 1778º do Código Civil.

Ainda, devemos destacar o estatuto jurídico dos animais sancionado recentemente através do art. 1793º-A da Lei nº 8/2017, o qual prevê que os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal.

Isto posto, como aprofundaremos posteriormente neste trabalho, as obrigatoriedades dos acordos complementares acabam por dificultar a desjudicialização do divórcio, visto que não basta os cônjuges terem consenso sobre o divórcio devendo também pactuar outras questões.

¹³⁸ C.f. Art. 1906º, nº 7 do CC.

¹³⁹ Cf. Art. 1906º do CC.

2.4.2 A MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação familiar é mais um dos meios de resolução alternativa de litígios (RAL) criados, tendo origem histórica nos anos de 1970. Consideramos que ao definirmos a mediação familiar estaríamos sendo talvez repetitivos e rasos. Melhor apresentarmos então algumas definições trazidas por renomados autores que nos ajudaram a realização desse trabalho e que muito podem acrescentar sobre o que é a mediação. Vejamos:

“A especificidade da realidade familiar torna o Direito da Família um ramo do Direito em constante mutação (para acompanhar a evolução social) e obriga a que os palcos onde as contendas familiares se apresentam também sejam capazes de lidar com o contínuo desenvolvimento. É neste contexto, da procura incessante de melhores soluções para as crises familiares, que surge a mediação familiar.”¹⁴⁰.

“O que a mediação familiar se propõe atingir é uma solução consensual, trabalhada e alcançada por um esforço conjunto das partes em conflito. O desiderato é que a comunicação seja restaurada e que aquelas possam dialogar numa perspectiva de entendimento presente e futuro, deveras importante para evitar incumprimentos vindouros. Quando as partes chegam, por si e pelo seu empenho, a uma solução é natural que se sintam mais vinculadas à mesma.”¹⁴¹.

“A **mediação** busca transformar uma situação adversarial em um processo colaborativo, estimulando o diálogo e a construção criativa da solução pelas próprias partes. É uma forma de solução de conflito no qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo para que os mediados construam, com autonomia e solidariedade, uma melhor solução.”¹⁴².

Ante ao exposto, observamos que a mediação familiar é uma prática que preconiza a autonomia das partes e a autocomposição dos conflitos, sendo os mediados donos do processo e detentores do poder de resolução de seus conflitos. Ainda, vemos que o objetivo principal da mediação é alcançar o consenso restaurando o diálogo; tudo isso é feito com o auxílio imparcial e neutro do

¹⁴⁰ CRUZ, Rossana Martingo. “*Alguns desafios na prática da mediação familiar*” in Revista de Direito da Família e das Sucessões - RDFAS, Ano 3, Julho-Setembro 2016, pp. 166-190. Disponível em: <<http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/03102016%20rdfas.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2018. p. 168.

¹⁴¹ Cf. CRUZ, Rossana Martingo. “*O papel do advogado na mediação familiar – observação crítica à realidade portuguesa*” in RED – Revista Electrónica de Direito, Outubro 2015, N.º 3. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>. Acesso em 15 dez. 2018. p. 14

¹⁴² Grifo da Autora. Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016. 732 p. p. 69.

mediador que está ali para ajudar as partes durante o processo usando ferramentas específicas para solucionar conflitos e recompor diálogos.

Rossana Cruz expõe que:

“A mediação conduz à paz social, na medida em que se melhoram relacionamentos que de outra forma *engordariam* os tribunais judiciais erradamente, dado que ali não seria a sede mais apropriada para satisfazer o intento das partes. Do mesmo modo, trabalha as motivações genuínas dos mediados e não fomenta a animosidade entre as partes – é um mecanismo voluntário, confidencial, económico e célere.”¹⁴³.

A cooperação é à base da mediação, em que todos sairão satisfeitos, uma vez que ambas as partes participam juntas na construção da solução, sendo donos do processo e detentores do poder de resolução de seus conflitos, chegando elas próprias à resposta para o seu litígio, buscando o benefício mútuo. Por esse motivo, a mediação é uma prática que preconiza a autonomia das partes, ou seja, os mediados são os protagonistas, pois ambos vencem, saindo com maior satisfação. Portanto, a cooperação leva às pessoas a construírem algo que seja palpável para elas conseguirem realizar, o que torna o cenário em uma *win/win situation*¹⁴⁴.

O mediador é um facilitador de diálogo possuindo, portanto, uma postura mais passiva, o que nos faz constatar que ele consegue, mediante técnicas de comunicação, conduzir as partes para que elas sozinhas descubram os aspetos extrajurídicos que importam para a solução da questão e possam construir uma proposta que atenda da melhor forma às necessidades de ambos.

Além disso, a mediação é um procedimento voluntário, em que as partes podem decidir entrar e desistir a qualquer momento. Os mediados possuem liberdade para identificarem e avaliarem se essa ferramenta de resolução de conflito é apropriada para questão deles. Por essas razões expostas, “a mediação é considerada um mecanismo personalizado de resolução de litígios.”¹⁴⁵.

Nessa perspectiva, Rossana Martingo sustenta:

“Cabe à mediação (com amparo do mediador) uma função **pacificadora**, **pedagógica**, **educadora** (ao demonstrar novas regras para desenlaçar o conflito), **tradutora** (ao contribuir com uma comunicação construtiva, através de uma linguagem livre de conotações emocionais facilitando a compreensão da contraparte) e **formadora** (ao separar os desejos das

¹⁴³ Cf. CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 35

¹⁴⁴ Tradução livre: situação ganha/ganha.

¹⁴⁵ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 34.

possibilidades, os interesses das posições e as fantasias das expectativas realistas). Por todo o exposto será um meio apropriado a dirimir conflitos de grande carga sentimental.”¹⁴⁶.

Por esse motivo, não é mais importante na mediação acabar com o litígio chegando a um acordo, mas sim sanar o conflito e buscar o consenso entre os mediados¹⁴⁷, de forma que eles retomem a comunicação e superem o dissídio, alcançando uma solução, visto que a mediação é um trabalho em cooperação, de empenhar-se na busca do benefício mútuo, o que se torna “necessário focar nos interesses e não nas posições”¹⁴⁸.

Dessa maneira, nos conflitos familiares, existe o elemento emocional que torna a mediação uma técnica de resolução de conflitos favorável, sendo o que diferencia a mediação familiar das demais técnicas a tornando um mecanismo mais oportuno do que a via judicial para conflitos na família. Assim, reforçando esta ideia, Rossana Martingo Cruz elucida:

“A especificidade da realidade familiar torna o Direito da Família um ramo do Direito em constante mutação (para acompanhar a evolução social) e obriga a que os palcos onde as contendas familiares se apresentam também sejam capazes de lidar com o contínuo desenvolvimento. É neste contexto, da procura incessante de melhores soluções para as crises familiares, que surge a mediação familiar.”¹⁴⁹.

A mediação familiar em Portugal teve início em 1993 quando foi criado o Instituto Português de Mediação Familiar, sendo resultado de esforço conjunto multidisciplinar de psicólogos terapeutas, juristas e magistrados. Em 1997 estabeleceu-se a Associação Nacional para a Mediação Familiar que propôs promover e dinamizar a mediação familiar, ainda surge o Gabinete de Mediação Familiar, a título experimental, este sendo criado pelo Despacho n° 12 368/97 do Ministro da Justiça visando assegurar a prestação de um serviço público de mediação, para as situações de divórcio e separação, em setembro de 1999 este Gabinete já funcionava em Lisboa.

Em 2002, o Despacho n° 1091/2002, de 16 de janeiro, reconhece um crescimento significativo na procura dos serviços de mediação familiar prestados pelo Gabinete, sobre este Gabinete Rossana Martingo Cruz evidencia:

“O Estado português ao implementar o Gabinete de Mediação Familiar visou

¹⁴⁶ Grifos nossos. CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018.p. 24 e 25.

¹⁴⁷ CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018.p. 25.

¹⁴⁸ Idem. p. 26.

¹⁴⁹ CRUZ, Rossana Martingo. “*Alguns desafios na prática da mediação familiar*” in Revista de Direito da Família e das Sucessões - RDFAS, Ano 3, Julho-Setembro 2016, pp. 166-190. Disponível em: <<http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/03102016%20rdfas.pdf>>. Acesso em 09 mai. 2019. p. 168.

reforçar a protecção da instituição que é a família, o interesse da criança, bem como promover as condições necessárias para que um casal em separação possa comunicar e negociar questões importantes.”¹⁵⁰

Em 2007, através do Despacho n.º 18778/2007, procurou-se desenvolver e alargar a mediação familiar, segundo o despacho do Ministério da Justiça, “a mediação enquanto meio de resolução alternativa de litígios, tem como objectivo descongestionar os tribunais e proporcionar às partes meios mais próximos, rápidos e económicos de dirimir conflitos.”¹⁵¹ Tal Despacho foi revogado em 09 de novembro de 2018 pelo Despacho Normativo n.º 13/2018 que veio regulamentar a atividade do Sistema de Mediação Familiar (SMF), essa atualização foi necessária tendo em vista a entrada em vigor da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que veio por estabelecer princípios gerais aplicáveis a mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

Ainda, a atualização se fez importante ante a adaptação e evolução do próprio sistema de mediação como forma de dar resposta a uma procura crescente, também fruto da sua divulgação e credibilização junto dos respetivos destinatários e, bem assim, das magistraturas. Por fim, o despacho normativo n.º 13/2018 teve como objetivo regulamentar a mediação promovida pelo sistema público, de forma a manter a essência do paradigma implementado em 2007, mas desenvolvendo alguns aspetos que a experiência demonstrou carecerem de aprofundamento a bem do funcionamento do referido sistema e da tutela dos interesses dos seus utilizadores.

Nesse sentido, em termos legislativos, a Constituição da República que, no n.º 4 do artigo 202.º, determina que a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos e ainda, o Código Civil Português em seu artigo 1774º veio consagrar a mediação familiar na procura de uma decisão acerca do divórcio e das suas consequências para os cônjuges e para seus filhos ¹⁵², o que se promove é a desjudicialização das questões familiares. Para além disso, a Organização Tutelar de Menores já havia referido em seu art. 147º-D que em qualquer fase da causa e sempre que se afigurar conveniente pode o juiz, em processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, determinar a intervenção de serviços de mediação, seja oficiosamente, com o consentimento dos interessados ou a requerimento destes. Posteriormente trazido pela Lei n.º 141/2015, referente ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível, no artigo 24º restou determinado que “Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente,

¹⁵⁰ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 68-69

¹⁵¹ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 69

¹⁵² DIAS, Cristina M. Araújo. “*Uma análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*”. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19.

designadamente em processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, oficiosamente com o consentimento dos interessados ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação.”¹⁵³

Assim, conseguimos ver que Portugal vem tentando desjudicializar os conflitos de família se utilizando de meios como a mediação familiar, meio este que tem apresentado êxito, visto que a natureza consensual dos acordos, os tornam vinculativos.

Certo é que a “privatização”¹⁵⁴ do direito de família e do casamento, bem como a “desformalização”¹⁵⁵ do divórcio acabaram por disseminar e incentivar os serviços de mediação familiar.¹⁵⁶ Inclusive, o legislador trouxe por meio da disposição do artigo a obrigação dos cônjuges serem informados acerca da existência e finalidades dos serviços de mediação familiar¹⁵⁷.

Dessa forma, o divórcio entra como uma das matérias de competência da mediação familiar, portanto, os acordos, principalmente em relação ao exercício das responsabilidades parentais, o destino da casa de morada da família e a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, provenientes desse método de RAL nos conflitos de divórcio podem vir a ser homologados ou aceites pelo tribunal ou valer apenas entre as partes.

Isto posto, a mediação é um meio de resolução alternativo de litígio muito eficaz para conflitos familiares, tendo em vista o cuidado de o acordo estar em conformidade com as necessidades, pretensões e satisfação dos mediados, sendo cada caso personalizado. Os conflitos de família não são iguais uns aos outros, exigindo assim soluções específicas que se enquadrem na realidade de cada família para que elas possam seguir adiante.

Diante disso, mostra-se que a mediação familiar é um meio ideal para solucionar casos de divórcio, visto que se trata de um conflito que acaba por afetar o meio familiar na sua integralidade, retomando a comunicação e o respeito mútuo, sendo uma forma rápida, económica, simples e eficaz de dirimir discórdias familiares, auxiliando os cônjuges na realização de acordos que satisfaçam as suas pretensões e que funcionem para o futuro da sua nova realidade familiar.

2.5 OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO

A facilitação do divórcio retirando-o do cenário do judiciário é uma realidade não somente Portuguesa como também de diversos países da União Europeia e do mundo.

¹⁵³ Cf. Art. 24º, n. 1º, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

¹⁵⁴ COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 662.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ DIAS, Cristina M. Araújo. “*Uma análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*”. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19.

¹⁵⁷ Cf. Art. 1774º do Código Civil, Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de Novembro.

Certo é que na maioria dos países em que se busca uma alternativa ao tribunal a justificativa é a sobrecarga judicial, a morosidade e o descrédito no sistema. Assim, a União Europeia, por exemplo, com a Recomendação N° R (86) 12, do Comité de Ministros dos Estados-Membros referente a medidas destinadas a prevenir e a reduzir a sobrecarga de trabalho dos tribunais, acabou por impulsionar a desjudicialização.

Ainda, devemos ressaltar a Recomendação R (98) 1, do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar. Esta Recomendação é um dos diplomas de direito comunitário que mais influenciou as legislações dos Estados-Membros.

Ademais, a Diretiva 2002/8/CE de 27 de janeiro de 2003, que visa a melhoria do acesso à Justiça nos litígios transfronteiriços, por meio do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito dos litígios, em sua consideração 21, dispõe que procedimentos extrajudiciais, como a mediação, devem ter o apoio do judiciário nas mesmas condições dos processos judiciais tradicionais. Sendo um meio de incentivo a utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, estimulando, portanto, os Estados-Membros a adotarem tais mecanismos extrajudiciais em seus ordenamentos jurídicos.

Também a Diretiva 2008/52 / CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio, relativa a determinados aspetos da mediação em matéria civil e comercial, procurou facilitar o acesso a modos alternativos de resolução de litígios, bem como promover a sua resolução amigável, promovendo o recurso à mediação e garantindo uma relação razoável entre a mediação e o processo judicial.

Para além das críticas sobre o sistema judicial devemos levar em conta o aumento da conscientização dos direitos e a reivindicação por parte dos cidadãos sobre acesso à uma justiça mais individualizada, económica, eficaz e assertiva.

Desta forma, a desjudicialização, principalmente quando falamos de Direito de Família, ganhou âmbito internacional devida a uma crença de inaptidão dos tribunais de lidarem com lides que envolvem a família. Veremos a seguir exemplos de países que implementaram procedimentos alternativos ao judiciário com relação ao divórcio.

2.5.1 ESPANHA

Como observado anteriormente, a União Europeia buscou estimular a desjudicialização em seus Estados-Membros. Desta forma, assim como Portugal, a Espanha também fez reformas para efetivar as soluções extrajudiciais para a resolução de litígios, com procedimentos alternativos ao processo judicial, dando maior autonomia aos cônjuges.

O ordenamento jurídico espanhol reestruturou seu procedimento de jurisdição voluntária, incorporando em seu quadro mais hipóteses com relação a crise familiar e ao delicado momento da dissolução da união conjugal.

A mudança ocorrida começa a partir da introdução da lei nº 15 de 10 de julho de 2005, na qual houve um repensar do divórcio, passando a não ser uma exigência a culpa de um dos cônjuges e sim a mera perda do sentido da vida de casado. Ainda, a partir de 2005, o instituto da separação judicial deixou de ser um pré-requisito para o divórcio.

Desta forma, a reforma da jurisdição voluntária firma-se no panorama ora delineado, pretendendo facilitar, principalmente em termos de redução de tempo e custo para os envolvidos, a escolha de separar ou divorciar, vez que possibilita a obtenção do mesmo resultado de uma sentença por meio de acordo perante o notário ou escrivão.

Certo é que a necessidade de submeter o divórcio ao exame público, como ocorre para a celebração do casamento, tem por base razões de legalidade e segurança jurídica, visto que as questões em causa são tocantes ao estado da pessoa e direitos involuntários indisponíveis.

Sendo assim, três meses após a celebração do casamento, os cônjuges poderão formalizar um acordo na presença de um notário ou escrivão, que deverá conter não apenas a manifestação da vontade das partes pela separação ou divórcio¹⁵⁸, como também regulamentar aspectos pessoais e patrimoniais nos termos do art. 90 do Código Civil, *in verbis*:

“Artículo 90. 1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su

¹⁵⁸ De acordo com os artigos 82 e 87 do Código Civil Espanhol.

caso, a uno de los cónyuges.”¹⁵⁹

Segundo o disposto no reformado artigo 82, parágrafo segundo do Código Civil, assim como no artigo 54, paragrafo segundo da lei notarial, os cônjuges devem se apresentar pessoalmente perante o notário ou escrivão, porém deverão ser assistidos por advogado. Além disso, de acordo com o artigo 90, paragrafo segundo do Código Civil, se o notário ou escrivão, a seu juízo, entenderem que os termos do acordo possam vir a ser danoso ou gravemente prejudiciais a um dos cônjuges ou aos filhos adultos ou menores emancipados, não independentes economicamente e coabitantes, deverão advertir os requerentes e darão por encerrado o expediente. Caso ocorra, os cônjuges não terão outra forma senão recorrer ao juiz para que aprove a proposta relativa ao acordo que visa regular a crise conjugal. Portanto, o notário ou escrivão não tem suas funções limitada a mera certificação, podendo avaliar a adequação do conteúdo da escritura e eventualmente recusar recebê-la.

Em relação ao âmbito dos procedimentos alternativos, importa ressaltarmos que esta opção está reservada aos casais sem filhos menores ou incapazes, cuja presença torna indispensável o recurso aos instrumentos jurisdicionais. Isso se dá para privilegiar a proteção dos interesses indisponíveis de crianças em condições de particular fragilidade, exigindo assim as garantias adequadas do julgamento, em comparação com a necessidade de agilizar a carga de trabalho da justiça. Importante salientarmos a peculiaridade do mecanismo espanhol em relação a necessidade de participação no acordo de filhos adultos e menores emancipados, coabitante e não independente economicamente, devendo estes se manifestarem com relação a sua vontade quanto aos acordos que lhe dizem respeito.

Para além do divórcio pela jurisdição voluntária, a Espanha institucionalizou a mediação familiar como alternativa à jurisdição contenciosa, assim, algumas comunidades autónomas regularam a atividade da mediação familiar e criaram seus serviços de mediação familiar.¹⁶⁰

A mediação familiar foi consagrada como alternativa ou complementa a jurisdição contenciosa, sendo considerada um serviço de interesse público de apoio à família e que, por isso, é promovida pelas autoridades das diferentes comunidades¹⁶¹. Em relação a Lei da Catalunha¹⁶² é prevista a oportunidade de mediação para situações de conflito entre pessoas unidas pelo vínculo do

¹⁵⁹ ESPANHA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. Gaceta de Madrid. núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>> . Acesso em 13 dez 2020.

¹⁶⁰ XAVIER, Rita Lobo. Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio IN: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (organizadores). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1137

¹⁶¹ XAVIER, Rita Lobo. Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio IN: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (organizadores). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1137

¹⁶² C.f. Lei 15/2009, de 22 de julho, relativa à mediação no domínio do direito privado. Comunidade Autónoma da Catalunha. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-9741>>. Acesso em 18 jan 2021.

matrimónio, que viviam em união de facto ou que tenham filhos comuns – ou seja, crises de convivência, efeitos da nulidade ou do divórcio, acordos de divórcio, compensação em caso de rutura, regulação das responsabilidades parentais – e ainda, utiliza-se a mediação para as disputas relacionadas com alimentos entre parentes. Ressaltamos que a lei 9/2020 alterou o Código Civil da Catalunha em relação a mediação familiar no que diz respeito ao procedimento, sendo submetido aos princípios de voluntariedade e confidencialidade.

Já a lei valenciana¹⁶³ determina que a mediação pode ser usada nos conflitos entre pessoas ligadas por vínculo de afetividade, matrimonial ou familiar até ao quarto grau de consanguinidade ou afinidade, prevendo a mediação para crises matrimoniais, efeitos da nulidade do casamento ou divórcio, execução, cumprimento ou modificação dos acordos de divórcio, conflitos surgidos no seio de empresa familiar, entre outros. Cabe ressaltar que a mediação na comunidade valenciana foi regulamentada por meio da Lei 24/2018, de 5 de dezembro.

Neste sentido, a lei da comunidade de Madrid¹⁶⁴ direciona-se prioritariamente aos conflitos conjugais, paraconjugais e parentais, mas também a todos os conflitos familiares em geral. As leis da Galiza¹⁶⁵ e de Castela e Leão¹⁶⁶ possuem âmbito mais restrito, centralizando-se nos conflitos entre pessoas unidas pelo casamento ou união de facto, no sentido de procurar soluções para os conflitos de convivência ou soluções pactuadas para os processos de separação, divórcio ou nulidades, ou para ruturas de união de facto.

Importante frisarmos que na Espanha a mediação não pode ser utilizada quando há indícios de violência doméstica e seu objeto só pode incluir matérias que estejam na livre disponibilidade das partes¹⁶⁷. Em todas as legislações acima mencionadas, a mediação pode ser solicitada antes do início de um processo judicial, de modo a evitar a abertura de procedimentos judiciais em caráter contencioso, tratando-se assim de verdadeira forma de resolução alternativa de conflito¹⁶⁸.

No entanto, apenas a lei valenciana prevê como finalidade da mediação a recomposição e preservação da unidade familiar, a procura do diálogo, da aproximação das partes e a busca de soluções acordadas e da minimização dos efeitos negativos da rutura. Ainda, devemos mencionar que

¹⁶³ C.f. Lei 21/2017, de 28 de dezembro, sobre medidas fiscais, gestão administrativa e financeira e organização da Generalidade. Comunidade valenciana. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-1871>>. Acesso em 18 jan 2021.

¹⁶⁴ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. Comunidad de Madrid. Disponível em < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12563>>. Acesso em 18 jan 2021.

¹⁶⁵ Lei 4/2001, de 31 de maio, que regulamenta a Mediação Familiar. Comunidade Autónoma da Galiza. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-12716>>. Acesso em 18 jan 2021.

¹⁶⁶ Lei 1/2006, de 6 de abril, sobre a mediação familiar em Castela e Leão. Comunidade de Castilla y León. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-7837>>. Acesso em 18 jan 2021.

¹⁶⁷ XAVIER, Rita Lobo. Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio IN: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (organizadores). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1138

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 1138

embora um dos princípios formadores da mediação seja a imparcialidade, há o dever de dar prioridade ao interesse superior dos filhos e das pessoas incapacitadas¹⁶⁹.

Ante ao exposto, pudemos observar algumas reformas que a Espanha estabeleceu para desjudicializar conflitos familiares, principalmente quando se trata de rutura da vida conjugal. Necessário evidenciar que Portugal e Espanha buscaram soluções muito parecidas em relação a procedimentos alternativos ao judiciário.

2.5.2 ITÁLIA

Na Itália existem duas formas alternativas de gestão da crise conjugal introduzida com o recente decreto-lei n° 132/2014, convertido em lei n° 162/2014¹⁷⁰ que visa ditar medidas urgentes de discricionariedade e outras intervenções para definição do atraso em processos cíveis, o primeiro processo se refere ao regulamentado pelo artigo 6, dos quais é imputável aos mecanismos de direito colaborativo, enquanto o segundo está previsto no artigo 12, integra hipótese imputável às formas de divórcio administrativo.

Certo é que tais soluções extrajudiciais para resolução de litígios decorrentes da desintegração conjugal são mecanismos opcionais, já que os cônjuges são deixados livres para escolher a via judicial ou os mecanismos alternativos. Em contrapartida, estes processos acima apresentados apresentam profundas diferenças entre si, não só no que se refere ao procedimento e às formalidades exigidas, como também pela diferente abordagem face a temas de primordial importância.

Desta forma, a previsão de mecanismos extrajudiciais que permitem a separação pessoal, a dissolução do vínculo matrimonial, a cessação dos efeitos civis do casamento ou a modificação das condições de separação ou divórcio, faz parte de um complexo quadro de reformas relativas à crise familiar.

Como já mencionados e que posteriormente serão individualmente tratados, o primeiro instrumento oferecido aos cônjuges é o regulado pelo artigo 6, que rege o acordo de negociação assistido por um ou mais advogados, enquanto o segundo é regulado pelo artigo 12, regendo a separação consensual, pedido conjunto de dissolução ou extinção dos efeitos civis do casamento e modificação das condições de separação ou divórcio que são realizados perante o escrivão. Em ambos os casos, o acordo alcançado, que substitui as disposições que definem os procedimentos judiciais

¹⁶⁹ *Ibidem*. p. 1138

¹⁷⁰ ITÁLIA. Legge 10 novembre 2014, n. 162. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n.132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile. Roma, 10 novembre 2014. Disponível em: < <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/11/10/14G00175/sg> >. Acesso em 14 dez 2020.

correspondentes nos termos dos artigos 6, terceiro parágrafo, e 12, terceiro paragrafo, integra um título executivo, bem como um título de registo da hipoteca. Entretanto, merecem atenção os traços distintivos que subsistem entre estes instrumentos alternativos de gestão do conflito conjugal, que não se limitam aos formatos exigidos, atingindo aspetos mais significativos do âmbito de aplicação e o possível conteúdo do acordo.

Primeiramente, vamos tratar da negociação auxiliada por advogados, trazida no art. 6 da lei n.º 162/2014, tal instrumento permite às partes chegar a uma solução consensual de separação pessoal, extinção dos efeitos civis do casamento, dissolução do casamento nos casos referidos no artigo 3.º, n.º 1, n.º 2), letra b), da Lei n.º 898, de 10 de dezembro de 1970, e alterações posteriores, modificando as condições de separação ou divórcio.

Tal procedimento de negociação, emprestado da experiência francesa da chamada convenção de *procédure participative por avocat* referida nos artigos 2062 e seguintes do código civil, instituído pela lei n.2010-1609, de 22 de dezembro de 2010, inquestionavelmente se inspira na prática que surgiu nos países da América do Norte, conhecida como o chamado direito colaborativo. O referido procedimento baseia-se na assinatura pelos cônjuges de um acordo, chamado de acordo de negociação, elaborado, sob pena de nulidade, por escrito, com o qual se comprometem as partes a cooperar de boa fé e com lealdade para resolver o litígio de forma amigável, com o auxílio de advogados. Em caso de desfecho positivo da atividade negocial, as partes chegarão a finalizar um acordo que será encaminhado ao Ministério Público do tribunal competente.¹⁷¹

O advogado desempenha, neste procedimento, papel de importância primordial no processo, estando sujeito a informações específicas e obrigações processuais, nomeadamente: informar os cônjuges do direito de fazer uso deste mecanismo, certificar as assinaturas, redigir o termo de negação e qualquer acordo alcançado, transmitir este acordo nos termos prescritos e, sobretudo, verificar o carácter não contrário das regras obrigatórias e ordem pública, devendo tais obrigações serem cumpridas para não incorrer em responsabilidade.¹⁷²

Este mecanismo também pode ser utilizado por cônjuges com filhos menores e adultos incapazes, não autossuficientes economicamente ou pessoas com deficiência grave, estando o contrato sujeito a controles. Quando estão ausentes os vulneráveis, o controle o Ministério Público será meramente formal, devendo respeitar exclusivamente a existência das condições exigidas pela lei para

¹⁷¹ PARINI, Giorgia Anna. *I metodi alternativi al giudizio nella disgregazione dell'unione coniugale all'interno dell'ordinamento italiano e di quello spagnolo*. IN: Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões. MOTA, Helena/ GUIMARÃES, Maria Raquel (coord.). Coimbra: Almedina, 2016. p. 597.

¹⁷² PARINI, Giorgia Anna. *I metodi alternativi al giudizio nella disgregazione dell'unione coniugale all'interno dell'ordinamento italiano e di quello spagnolo*. IN: Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões. MOTA, Helena/ GUIMARÃES, Maria Raquel (coord.). Coimbra: Almedina, 2016. p. 597-598

a separação pessoal, a dissolução do casamento, a extinção dos efeitos civis ou para a modificação das condições relativas, o cumprimento dos requisitos formais e a presença das advertências a que se refere o artigo 6, terceiro parágrafo. Feita esta verificação sem identificação de irregularidades, o Ministério Público comunicará a autorização de forma a permitir aos advogados o cumprimento das obrigações a que se refere o art. 3.

No entanto, quando envolvem crianças e pessoas em estado de vulnerabilidade o procedimento torna-se mais complexo vez que o Ministério Público é obrigado a realizar um controle mais rigoroso do conteúdo. Em caso de o Ministério Público verificar incompatibilidade do acordo deverá remetê-lo ao presidente do tribunal. Assim que o referido procedimento tenha sido concluído de forma positiva e, portanto, a autorização tenha sido obtida. O advogado da parte obriga-se a transmitir, no prazo de dez dias, ao oficial do estado civil do município em que foi registado ou transcrito o casamento, cópia por este autenticada do contrato, munida das certidões referidas no Artigo 5º, sob pena de incorrer em sanção pecuniária administrativa.

Além disso, no que diz respeito ao conteúdo do acordo alcançado no acorde de negociação assistida é importante salientar que o mesmo não difere dos respetivos mecanismos judiciais, regulando toda a estrutura de interesses pessoais e patrimoniais ligados à crise familiar.

Em relação ao outro procedimento, delineado no art. 12 da lei nº 162/2014, este só pode ocorrer em casos que não existam filhos menores ou adultos com deficiência grave ou incapazes ou economicamente não independentes, tal procedimento diz respeito a possibilidade de separação, divórcio, extinção dos efeitos civis do casamento ou modificação das condições relativas com a simples manifestação de vontade, expressa perante o prefeito, na qualidade de oficial do estado civil. O órgão competente para o recebimento dessas declarações é o cartório do estado civil do município onde a certidão de casamento é registada ou transcrita, bem como o município de residência de um dos cônjuges.

Ainda, o acordo alcançado de maneira administrativa não pode conter pactos de transmissão de bens, limitando a autonomia dos cônjuges quanto as cláusulas que podem ser inseridas no acordo.

Sendo assim, a Itália, similarmente a Portugal e Espanha também implementou o modo administrativo as ruturas dos vínculos matrimoniais, porém, podemos observar uma inovação com relação ao procedimento da negociação auxiliada por advogados.

2.5.3 BRASIL

O Brasil vem implementando uma desjudicialização do divórcio de maneira gradativa e

experimental, tal efetivação vem partindo principalmente de um ativismo judicial¹⁷³ na qual operadores do Direito tentam buscar formas mais eficazes e assertivas de lidar com os conflitos de família.

Isso significa dizermos que o legislativo pouco tem se mobilizado para a concretização da desjudicialização do Direito de Família, não há, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispositivo sobre composição não jurisdicional de conflitos, somente podemos encontrar dispositivo que trata do direito de acesso à Justiça, também não sendo mencionados mecanismos não judiciários de solução de conflitos no Código Civil.

Somente em 2015 com o novo Código de Processo Civil que começamos a observar a tentativa de implementação de meios alternativos de resolução de conflitos, como por exemplo vemos no artigo 3º § 3º, *in verbis*: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”¹⁷⁴, no art. 165, nestes termos: “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”¹⁷⁵ e no art. 649, *in verbis*: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”¹⁷⁶.

Também, no mesmo instrumento, o Código de Processo Civil de 2015, se passou a regulamentar o divórcio administrativo, vejamos:

“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

¹⁷³ Termo usado para definir a atuação proativa do Poder Judiciário e de seus operadores.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 dez 2020.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 dez 2020.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 dez 2020.

assinatura constarão do ato notarial.”¹⁷⁷

Neste sentido, a Lei n. 13.140, de 26 de junho que dispõe sobre a mediação também só foi promulgada em 2015.

Desta forma, podemos constatar que o surgimento de incentivos com relação a métodos que retirem os conflitos de família do judiciário é recente e muito está atrelado ao próprio judiciário, visto que, exemplificando, começou a ser implementado nos tribunais centros judiciários de solução consensual de conflitos, com a criação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos- NUPEMEC e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC em vários estados do país, que fornecem à população serviços de conciliação e mediação com atendimento por meio de profissionais capacitados, conciliadores e mediadores, podendo ser usado na fase processual ou até mesmo quando não há processo instaurado na justiça.

No Brasil, cabe ao judiciário o estabelecimento de políticas públicas de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos, isso significa dizermos que a consolidação de políticas públicas de incentivo, apoio, difusão e aperfeiçoamento de mecanismos consensuais de solução de litígios está ligado ao poder judiciário.

A maioria inovações no âmbito da desjudicialização do Direito de Família partiram de operadores do direito, tal como o Direito sistêmico, introduzido no Brasil pelo magistrado Sami Storch¹⁷⁸, tendo fundamento e origem na constelação familiar sistêmica de Bert Hellinger¹⁷⁹, trata-se de um método que procura entender os fatores que influenciam o comportamento humano e os fatos que dão origem as desavenças, sendo uma técnica psicoterapêutica com o intuito de desenvolver o conflito e trazer paz ao sistema familiar, este método é utilizado em conjunto a outros meios de RAL já conhecidos por nós como a conciliação e a mediação se propondo a encontrar a verdadeira solução do litígio.

Segundo Sami Storch:

“O Direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio.”¹⁸⁰

¹⁷⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 dez 2020.

¹⁷⁸ Sami Storch é juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

¹⁷⁹ Bert Hellinger foi um terapeuta alemão criador da Constelação Familiar.

¹⁸⁰ STORCH, Sami *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.99-100

Além disso, necessário tratarmos de outro meio de RAL trazido para o Brasil por advogados, importando um método norte americano de resolução alternativa do litígio, as práticas colaborativas, que consiste na construção de um acordo entre as partes através do diálogo, estruturado por interesses pessoais e patrimoniais, estritamente ligada à crise familiar, mas sem abrir mão da capacidade do advogado de analisar as problemáticas, de solucionar questões que possam surgir e gerar alternativas criativas para cada situação específica. Assim, forma-se uma equipe colaborativa e multidisciplinar, onde além de advogados podem compor a equipe profissionais da área da saúde e especialistas financeiros para que possa haver um amplo cuidado do conflito.

Como exposto por Marília Campos Oliveira e Telles:

“As Práticas Colaborativas são um método não adversarial de resolução de conflitos onde cada cliente será representado por um advogado devidamente capacitado e, juntos, todos assinarão um Termo de Participação comprometendo-se a negociar com transparência e com o compromisso de não litigar durante todo o procedimento, sob pena de interrupção do processo com a retirada dos profissionais. Os advogados comprometem-se a recorrer ao Poder Judiciário apenas para homologar acordos ou tomar medidas legais previamente acordadas entre os clientes no que diz respeito à matéria que está sendo negociada. Desta forma os clientes encontram campo para conversarem com a necessária confiança, tendo ambos advogados como aliados na construção de um acordo que beneficie toda a família.”¹⁸¹.

Outra inovação em relação a desjudicialização, agora, especificamente do divórcio é o projeto de lei PLS 3457/19 que trata do chamado Divórcio Impositivo, sendo uma tentativa de simplificar ainda mais o requerimento do divórcio. O projeto tenta trazer um acréscimo ao Código de Processo Civil, incluindo artigo que autoriza o requerimento do divórcio pode ser feito em cartório de registro civil por apenas um dos cônjuges, independente da presença ou anuência do outro.

O novo dispositivo do Código de Processo Civil, nomeadamente, o art. 733-A terá em seu texto que na falta de anuência do outro para a lavratura da escritura, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais, qualquer dos cônjuges poderá requerer, diretamente no Cartório de Registro Civil em que lançado o assento do seu casamento, a averbação do divórcio, à margem do respetivo assento.

¹⁸¹TELLES, Marília Campos Oliveira. *Um olhar multidisciplinar sobre cuidado na resolução de conflitos: mediação e práticas colaborativas*. Disponível em: <https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Olhar-multidisciplinar_Mari%CC%81lia-Telles.pdf>. Acesso em 10 dez 2020.

Este projeto está em tramitação no Senado Federal e tem como justificativa a facilitação da vida das pessoas e a redução da burocracia.

Para o jurista Mário Luiz Delgado, que elaborou o texto do projeto de lei, tal acréscimo ao CPC é um avanço, vejamos:

“Trata-se de um dos passos mais importantes que já foram dados em direção da desjudicialização e desburocratização do divórcio. Se não se exige prévia intervenção judicial para o casamento, por que razão haver-se-ia de exigir tal intervenção para dissolução do vínculo conjugal? Tanto a constituição do vínculo como o seu desfazimento são atos de autonomia privada e como tal devem ser respeitados, reservando-se a tutela estatal apenas para hipóteses excepcionais”¹⁸²

Isto posto, podemos observar que o Brasil vem tentando encontrar maneiras alternativas à judicialização do Direito de Família, principalmente quando se trata do divórcio, sendo certo que este ramo do direito que trata as pessoas mais de perto, seus sentimentos, suas perdas e frustrações, precisa buscar métodos mais sensíveis para solucionar conflitos familiares, visto que a sentença proferida pelo tribunal dificilmente produz o efeito pacificador desejado.

2.6 O PAPEL FUNDAMENTAL DO ADVOGADO NA DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO

Os advogados como operadores do direito são fundamentais para a boa administração da Justiça, sendo um pilar fundamental do Direito, desta forma, têm um papel importante a desempenhar.

Estes devem ser garantidores de um acesso à justiça, devendo sempre buscar a solução mais adequada para o conflito de seus clientes. Certo é que a sociedade mudou e o direito evoluiu, passando a representar espaço de cidadania, de participação e de garantias legais para a população, e com isso os operadores do direito também precisam progredir e se transformar.

O advogado deve ser aquele que escuta, negocia e leva em consideração os interesses das pessoas, ele é o profissional que está na linha de frente do direito, que lida diretamente com as pessoas e suas demandas, e atualmente, o advogado precisa ir muito além da erudição, do formalismo, da retórica e do ornamento.

¹⁸² *Divórcio Impositivo é apresentado como projeto de lei no Senado; texto foi elaborado por membros do IBDFAM.* Assessoria de Comunicação do IBDFAM, Belo Horizonte, 12 de jun de 2019. Disponível em: <[https://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM#:~:text=O%20senador%20Rodrigo%20Pacheco%20\(DEM,presen%C3%A7a%20ou%20anu%C3%Aancia%20do%20outro.>](https://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM#:~:text=O%20senador%20Rodrigo%20Pacheco%20(DEM,presen%C3%A7a%20ou%20anu%C3%Aancia%20do%20outro.>) . Acesso em 11 dez 2020.

Isso porque, o trabalho do advogado envolve reflexos e consequências na vida das pessoas, portanto, este operador do direito deve aprofundar suas técnicas de comunicação, escuta e diálogo, entender seu interlocutor e fazer perguntas que auxiliem para esclarecer o conflito.

Sobretudo em conflitos ligados a família, área em que se trabalha com sentimentos, perdas e frustrações, sendo necessário para o advogado mais sensibilidade e empatia, precisando, por muitas vezes, dar atenção aos conteúdos que não estão manifestos, sendo necessário entender que algumas demandas não se resolvem na justiça e que não dizem respeito ao Direito.

Além disso, segundo Marília Telles, o advogado ainda precisa ter outra aptidão:

“A criatividade é uma das qualidades profissionais mais importantes em qualquer área e não é diferente para o operador do direito, que precisa propor soluções, criar oportunidades e ousar buscar outros caminhos, identificando soluções alternativas que possam acomodar da melhor forma os interesses envolvidos para resolver litígios de forma célere, eficiente e realista.”¹⁸³

Nesta sociedade em constante mudança, o advogado passa a desempenhar papel importante ao apresentar para seus clientes as formas de que dispõe para resolução dos conflitos, verificando qual o método mais adequado para cada caso de acordo com as necessidades e disponibilidades das pessoas.

Mostra-se fundamental que o advogado deixe um pouco de lado a tradição legalista, para que possa usar a lei como sua ferramenta de trabalho e não como moldura. Tendo assim instrumentos para recontextualizar o conflito, buscando soluções com criatividade e visando a viabilidade de continuidade das relações, que como vimos aqui é de fundamental importância para conflitos familiares.

O advogado deve ter consciência de que é agente de pacificação social, devendo evitar desgastes inúteis. Para Mariana França Gouveia, os operadores da Justiça devem ter consciência social:

“O pluralismo jurídico está aí com plena força, obrigando os juristas a uma consciencialização social na interpretação e aplicação do Direito e, em consequência, a um conhecimento de diversas realidades sociológicas, económicas, antropológicas ou históricas, que até há bem pouco tempo se

¹⁸³ TELLES, Marília Campos Oliveira. *Sobre tubarões e golfinhos*. IN: Cuidado & Afetividade – Projeto Brasil/Portugal, coord. Tânia da Silva Pereira, Antonio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira. SP: Atlas, 2017. p. 386.

considerava alheias às suas necessidades”¹⁸⁴

Ainda, o Código de Deontologia dos Advogados Europeus traz em seu texto que um advogado não deve ser apenas um pleiteador de causas, mas também um conselheiro do cliente. Assim, Marília Telles expõe:

“É essencial resgatarmos a ética do atendimento, que envolve acolher o cliente como ele chega, receber sua queixa e suas demandas, em um exercício de escuta singular, buscando suas preocupações. Este exercício garante a criação de um vínculo de confiança mútua, onde há espaço até mesmo para dúvidas, silêncios e incertezas, mas também de estudo, de pesquisa para oferecer a forma mais adequada de resolver o conflito que lhe foi confiado.”¹⁸⁵

Assim, o advogado, como coadjuvante na prossecução da Justiça, deve estudá-la, buscando novas possibilidades de resolver conflitos, desta forma, não pode se recusar a propagar formas de desjudicialização dos conflitos, visto que são fundamentais para sua implementação.

Segundo Rossana Martingo Cruz¹⁸⁶ existe uma oposição de parte dos operadores do Direito, principalmente de advogados, em relação aos meios de RAL, existindo uma intolerância a mudança de paradigma de justiça, e a mesma acredita que é devido a um receio dos advogados de se tornarem dispensáveis.

No entanto, é papel do advogado apresentar aos seus clientes alternativas que resolvam o litígio de maneira adequada e satisfatória, sendo este o propulsor de técnicas de desjudicialização do conflito, sendo certo de que esses métodos precisam de um alicerce jurídico que os sustente.

O advogado se faz necessário visto que o mesmo deve zelar pelos interesses de seu cliente, sendo garantidor de seus direitos e das posições jurídico-inalienáveis, impedindo acordos que possam afetar a posição jurídica das partes e seus direitos indisponíveis. Isso também faz com que os acordos sejam mais efetivos, fazendo com que as partes não se esforcem em acordos legalmente impossíveis.

Desta forma, sempre existirá uma complementaridade entre a advocacia e as práticas extrajudiciais, sendo um sistema integrado de Justiça.

¹⁸⁴ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 28.

¹⁸⁵ TELLES, Marília Campos Oliveira. *Sobre tubarões e golfinhos*. IN: *Cuidado & Afetividade – Projeto Brasil/Portugal*, coord. Tânia da Silva Pereira, Antonio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira. SP: Atlas, 2017. p. 391.

¹⁸⁶ CRUZ, Rossana Martingo. O papel do advogado na mediação familiar –observação crítica à realidade portuguesa IN: *RED – Revista Electrónica de Direito*, Outubro 2015, N.º 3. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>. Acesso em 10 dez 2020.

CAPÍTULO III: ANÁLISE CRÍTICA

*“Ao longo de nossa jornada moldamos nossas vidas e a nós mesmos.
O processo não termina até morrermos.
E as escolhas que fazemos são todas
de nossa exclusiva responsabilidade.”¹⁸⁷*

3.1 A IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DO CASAMENTO

Conforme já expomos no primeiro capítulo deste trabalho, o casamento é uma instituição muito antiga e ganhou ainda mais importância nos países historicamente católicos, tendo em vista que o casamento é instituto sagrado, considerado a origem da família. Inclusive, o cristianismo exaltou o casamento à dignidade de sacramento.

Ainda, importante lembrarmos que havia uma época em que só se constituía uma família através do casamento, sendo a única forma legítima de família. Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira expressa:

“Essa moral religiosa, veiculada nos textos jurídicos, era determinante no Direito de Família e a sua infração significava a exclusão da cidadania, ou condenação à invisibilidade social, como foi por muitos anos com os filhos e famílias havidos fora do casamento”¹⁸⁸

Sabe-se que o casamento é uma das instituições que mais foram regulamentadas através do tempo, isso é devido a sua importância. Além disso, o casamento era tido como indissolúvel devido ao seu peso enorme para a sociedade.

Atualmente, muito do conceito de casamento já se foi modificado, hoje, por exemplo, o casamento não é apenas entre homem e mulher, mas entre duas pessoas que podem ser do mesmo sexo ou não.

Apesar disso, o casamento continua a ser um ato solene, formal, público, complexo, reconhecido e protegido pelo estado. O instituto continua sendo uma forma paradigmática de se constituir famílias, sendo uma realidade da vida social, implicando em um estatuto com repercussões sociais, econômicas e jurídicas. De acordo com Eva Sônia Moreira da Silva: “Hoje, o casamento é visto como um meio de realização dos cônjuges e não como o meio de formação da família, enquanto célula

¹⁸⁷ ROOSEVELT, Eleanor.

¹⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.107

base da sociedade – imutável e intocável, obrigada a cumprir a sua função aglutinadora, de geração e educação de novos membros.”¹⁸⁹

Ressaltamos que a visão do legislador sobre o casamento está ligada à regulamentação do divórcio, portanto, se é assumido que o casamento é um mero contrato o divórcio será facilitado, e caso o casamento seja uma importante instituição, o divórcio tende a ser restrito e apresentar mais dificuldades ¹⁹⁰. Assim, torna-se discutível na doutrina se a desjudicialização como meio de dissolução da união conjugal seria uma ameaça ao instituto do casamento, visto que vem a facilitar o divórcio.

Nesta perspetiva, Eva Sónia Moreira mostra-se preocupada com a facilidade com que os casais vêm se divorciando: “Por outro lado, a cessação dos afectos pode hoje dar azo ao fim da vida conjugal com bastante mais facilidade, o que é sintomático da quebra da importância do casamento como instituição social.”¹⁹¹.

Certo é que o casamento não é a única hipótese para configuração familiar, as pessoas atualmente têm mais liberdade e autonomia para escolherem a forma em que vão se relacionar e a forma de constituição de seu núcleo familiar. Contudo, essa possibilidade de escolha e a apurada diminuição no número de casamentos não significa dizer que o instituto está em decadência, e sim que as pessoas que optam por se casar, o fazem por vontade.

A importância do casamento não se extinguiu, apenas sofreu uma adequação de acordo com a época, vindo a ser o que sempre foi originalmente, a união entre duas pessoas que escolheram firmar uma relação sob a égide do estatuto do casamento. Desta forma, não acreditamos que a facilitação do divórcio é diretamente proporcional a uma desvalorização do casamento, ainda sendo um instituto de valor para o Estado, garantido e protegido por instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A verdade é que o casamento-instituição, imutável e intocável não existe mais. Porém, sendo tradicional ou contemporâneo, com ritos religiosos ou não, o casamento está envolto em valores sociais, biológicos, culturais, morais, simbólicos e históricos.

3.2 O ACESSO À JUSTIÇA E A DESJUDICIALIZAÇÃO

Necessário se faz falarmos sobre acesso à justiça, visto que se definiu um mito popular de que a justiça formal através dos tribunais é o único modelo de justiça capaz de promover acesso à

¹⁸⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 9-10

¹⁹⁰ DIAS, Cristina M. A. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 9.

¹⁹¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 10.

justiça. Portanto, é indispensável que criemos meios para alcançar uma cultura consciente e informada no acesso à justiça. “Nem todos os litígios precisam de ser endereçados ao tribunal, existindo outras estruturas que podem auxiliar numa situação de crise.”¹⁹².

De acordo com Boaventura de Sousa Santos¹⁹³, estudos voltados para o tema do acesso à justiça mostram que, em diferentes países, a introdução de reformas, processuais ou na estrutura do sistema de justiça, foram realizadas com a finalidade de universalizar o acesso.

Contudo, o problema atual pode não ser relativo a medir o acesso dos cidadãos à justiça, mas sim dar novas perspectivas da definição da própria justiça.

Segundo Cappelletti e Garth¹⁹⁴ existem três ondas no movimento de acesso à justiça, a primeira é a de defesa e promoção de mecanismos de apoio judiciário a cidadãos carenciados, a segunda diz respeito a estimular a defesa dos interesses coletivos e difusos em juízo, e a terceira onda no movimento de acesso à justiça é a busca por expansão da concepção clássica de resolução judicial de litígios, desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos, o que inclui os meios de resolução alternativa de litígios (RAL).

Desta forma, os meios de RAL são mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos que despontam como resposta de complementariedade aos meios tradicionais de Justiça. Assim, Cardona Ferreira afirma que “Os meios de resolução alternativa de litígios não pretendem substituir os meios judiciais. Os sistemas são complementares e não concorrenciais.”¹⁹⁵

Em Portugal, assim como em outros países do mundo, o aparecimento dos meios de RAL estão intimamente ligados com a crise na Justiça. Nesse sentido, Boaventura de Sousa dos Santos expõe:

“Uma das faces das deficiências de desempenho dos tribunais emerge na proposta de meios alternativos de resolução de conflitos como investimento na universalização do acesso à justiça, na redução de custos e na busca de celeridade e proximidade. Assim, seja com o objetivo de garantir a resolução rápida e mais económica dos litígios através da pluralização das estruturas de justiça, seja com o objetivo de inaugurar um outro marco de resolução de conflitos sustentado na proximidade, simplificação e pacificação social,

¹⁹² CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018.p. 5

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 42.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.

¹⁹⁵ FERREIRA, Cardona. *Justiça de Paz – Julgados de Paz*. Coimbra Editora, 2005. p. 52.

muitos países têm apostado no incremento de alternativas de informalização, desjudicialização e de desprofissionalização da justiça.”¹⁹⁶

Segundo Boaventura de Sousa Santos¹⁹⁷ a litigância não só tem a ver com culturas jurídicas e políticas, como também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação.

Certo é que o formalismo da justiça por muitas das vezes impede sua efetividade, causando os problemas que já muito descrevemos aqui neste trabalho: a morosidade, insuficiência e ineficiência do sistema tradicional de justiça. A morosidade, por exemplo, faz com que o intervalo de tempo entre o fato gerador do litígio e a aplicação do direito pelos tribunais seja muito grande, isso gera menor confiança na justiça da decisão. Ainda, a demora prorroga a ansiedade e a incerteza nas partes, afetando a confiança que as pessoas têm nos tribunais como meio de resolução de seus conflitos.

Ou seja, um dos problemas do tradicional acesso à justiça pelos tribunais é o congelamento do sistema de justiça, visto que a duração dos processos, muitas vezes desarrazoada, determina uma violação substancial dos direitos reconhecidos ao indivíduo, causando uma vulnerabilidade permanente às necessidades de proteção, inevitavelmente frustrada pela longa espera.

O acesso à justiça implica em um acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas, sendo necessário buscar outro tipo de resposta mais adequada para determinados litígios.

Certo é que para haver uma efetiva tutela jurisdicional não necessariamente devemos passar pelos tribunais¹⁹⁸. Ultimamente, o próprio acesso à justiça por muitas vezes acaba por ser realizado por meios que evitam a própria jurisdição¹⁹⁹. Isso se dá devido ao fenômeno de transformação de concepção de justiça.

Para Rossana Martingo Cruz, a desjudicialização dos conflitos familiares não é um fenômeno novo, vejamos:

“Nos conflitos familiares a tentativa de desjudicialização não é nova. O princípio não ingerência do Estado na Família não surge agora com a mediação familiar. A reserva da vida privada e familiar tem consagração constitucional. Por outro lado, além da possibilidade de divórcio por mútuo consentimento, preferida pelo legislador, também estes divórcios podem desenrolar-se nas conservatórias do registo civil, fora da chancela do tribunal.

¹⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 85-86

¹⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

¹⁹⁸ CRUZ, Rossana Martingo. *A crise econômica e a resolução alternativa de litígios familiares – advento da solução ou do problema?* IN: Revista Scientia Iuridica, Tomo LXII, N.º 331, Janeiro/Abril de 2013. pp. 127-144. p.129.

¹⁹⁹ *Idem*.

Já existiram várias tentativas de retirar alguns conflitos familiares dos tribunais e arranjar-lhes outra sede mais própria. A chave está na diversificação dos sistemas, diversificação esta que tem, paulatinamente, surgido e deve ser cautelosamente promovida.”²⁰⁰.

Assim, se o Estado apoiar ativamente os serviços jurídicos preventivos, investindo diretamente nos serviços extrajudiciais, o resultado será, inevitavelmente, a melhoria do acesso dos cidadãos à justiça.

3.3 OS FILHOS DO DIVÓRCIO

Inicialmente, importante falarmos que mesmo com o fim da relação conjugal a família não se extingue, isso porque, mesmo com o divórcio, as relações paterno-filiais continuam a existir. Inclusive, é fundamental para as crianças e jovens que essas relações se fortaleçam ainda mais após o término do casamento, para que não sofram com o afastamento dos pais e a mudança de rotina. Desta forma, devemos buscar meios que ajudem a família a enfrentar o divórcio, estimulem a parentalidade e contemplem o superior interesse das crianças e jovens.

Para nós, o melhor meio para salvaguardar a família que está passando pelo divórcio é a desjudicialização, visto que trabalhar o conflito de forma a preservar os integrantes da família e manter o diálogo e respeito entre eles acarretará em um divórcio menos dramático e traumático.

Ainda, a desjudicialização através de meios de resolução alternativa do litígio estimulará a parentalidade positiva e tutelar os direitos das crianças e jovens. Como veremos a seguir.

3.3.1 A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO E AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS – O INCENTIVO DA PARENTALIDADE POSITIVA COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL PARA ENFRENTAR O DIVÓRCIO

Primeiramente, trazemos aqui a definição de parentalidade positiva que acreditamos ser instrumento fundamental para enfrentar o divórcio:

“A parentalidade positiva se refere ao comportamento dos pais fundamentado no superior interesse da criança que cuida, desenvolve suas capacidades, não é violento e oferece reconhecimento e orientação que inclui o estabelecimento de limites que permitam o pleno desenvolvimento da

²⁰⁰ CRUZ, Rossana Martingo. *A crise económica e a resolução alternativa de litígios familiares – advento da solução ou do problema?* IN: Revista Scientia Iuridica, Tomo LXII, N.º 331, Janeiro/Abril de 2013. pp. 127-144. p. 132.

criança.”²⁰¹

Através da recomendação Rec(2006)19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa dos Estados Membros criou-se uma política europeia mais concreta e recente de apoio a parentalidade positiva, assumindo que a parentalidade é um desafio cada vez mais árduo e complexo, e que para sua promoção se faz necessária juntar esforços para garantir o respeito e a efetivação dos direitos das crianças.

A parentalidade positiva concerne no papel dos pais na vida da criança e do jovem e no ofício de ser pai. É sobre a obrigação dos pais em incentivar uma relação positiva entre eles e seus filhos como meio do exercício da responsabilidade parental, assim garantindo os direitos das crianças e dos jovens no ambiente familiar, potencializando seu desenvolvimento e bem-estar. Sempre se baseando no acompanhamento, afeto, comunicação, estruturação de rotinas, apoio, estimulação e estabelecimento de limites, normas e consequências.

Devemos dizer que a parentalidade tem sido uma questão de extrema importância na sociedade atual, visto que a família é a unidade primária da sociedade, vindo a ser questão analisada e estimulada em vários ordenamentos pelo mundo com o objetivo de assegurar a proteção e o bem-estar físico e mental dos filhos, dado que a paternidade tem uma função fundamental na sociedade e para o seu futuro.

Como exposto por María José Rodrigo e outros:

“a proposta de parentalidade positiva não diminui a atenção para a proteção da criança, mas agrega ainda mais requisitos para que isso ocorra com maior amplitude e garantia. Isso impede que o sistema de proteção permaneça unicamente para salvaguardar a criança dos riscos e vai além do fornecimento de oportunidades completas para o seu desenvolvimento, presente e futuro.”²⁰².

Desta forma, é dever dos Estados zelarem pela família e promoverem a parentalidade positiva. Visto isso, a recomendação deixa clara a necessidade de envolvimento das autoridades:

“autoridades públicas em conjunto com os sectores econômicos e sociais e da sociedade civil podem, na tomada de medidas de apoio à parentalidade,

²⁰¹ Tradução livre do texto original “Positive parenting: refers to parental behaviour based on the best interests of the child that is nurturing, empowering, non-violent and provides recognition and guidance which involves setting of boundaries to enable the full development of the child.”. Conselho da Europa. Recomendação Rec (2006) 19 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre a política de Apoiar a Paternidade Positiva; Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2006.

²⁰² Tradução livre do texto original “De modo que la propuesta de la parentalidad positiva no resta atención a la protección Del menor sino que suma todavia más requerimientos para que esta se produzca com mayor amplitud y garantia. De este modo se evita que el sistema de protección se quede únicamente em salvaguardar al niño de los riesgos y vaya más allá proporcionándole plenas oportunidades para su desarrollo tanto presente como futuro.”. LÓPEZ, María José Rodrigo (coord) e col. *Manual práctico de parentalidad positiva*. Madrid: editorial Sintesis, 2015.p. 39

ajudar a lutar por um futuro mais saudável e mais próspero para a sociedade, bem como uma melhoria na qualidade de vida familiar;”²⁰³.

A diversidade das configurações familiares é uma questão contemporânea, a exemplo do divórcio, e deve ser um assunto tratado pelos Estados para que as famílias que passam por esse momento de transição e de desequilíbrio da vida familiar sejam amparadas como meio de prevenção de riscos, antes que se desenvolvam no seio familiar problemas mais graves que atrapalhem principalmente o desenvolvimento infantil.

Promover a parentalidade positiva é também tratar das responsabilidades parentais, que acabam por se modificar devido ao divórcio. Ocorre que no divórcio, a relação entre os cônjuges acaba por se fragilizar, tendo em vista a fase de luto em que vivem, estando sobrecarregados emocionalmente para pensar claramente, e com isso pode acabar acontecendo uma ruptura do diálogo. Ademais, a quebra do diálogo prejudica intrinsecamente o exercício da parentalidade trazendo consequências desastrosas para os filhos do casal que crescem em meio a batalhas.

Conforme apontado por Pauline H. Tesler e Peggy Thompsom “[...], quando os pais querem o melhor para seus filhos, durante e após o divórcio, eles precisam – necessariamente – aprender a se comunicar claramente pelos muitos anos que virão, melhor do que fizeram no final do casamento.”²⁰⁴.

Logo, para que este cenário de brigas e falta de diálogo não ocorra é de suma importância que existam meios de resolução de litígios com profissionais especialistas para orientar a utilização de uma comunicação eficaz, promovendo a co-parentalidade e a parentalidade positiva.

Importante ressaltarmos que a co-parentalidade, é uma das bases para a parentalidade positiva como foi destacado na recomendação Rec(2006)19, observamos:

“No melhor interesse da criança, os direitos dos pais, tais como o direito ao apoio adequado das autoridades públicas no cumprimento das suas funções parentais, também deve ser dado destaque. O exercício por pais de igual e responsabilidade compartilhada para seus filhos faz uma contribuição importante para o desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança. Particular atenção deve ser dada para o importante papel dos pais no cuidado e educação dos seus filhos, tendo em conta, em especial, o princípio da igualdade entre os sexos, o impacto sobre as famílias da conciliação do

²⁰³ Tradução livre do texto original: “Considering that public authorities in conjunction with the economic and social sectors and civil society can, in taking action in support of parenting, help strive for a healthier and more prosperous future for society, as well as an improvement in the quality of family life;”. Conselho da Europa. Recomendação Rec (2006) 19 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre a política de Apoiar a Paternidade Positiva; Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2006.

²⁰⁴ Tesler, Pauline H./Thompson, Peggy. *Divórcio colaborativo: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas legais e seguir adiante [Collaborative Divorce]*; tradução de Claudia Abraham Chueke. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2017. 288 p. ISBN 97-885-94458-00-1, p. 124.

trabalho com a vida familiar e desagregação familiar, que muitas vezes pode resultar em pais que vivem separados de seus filhos.”²⁰⁵.

Dito isto, ter uma comunicação saudável entre cônjuges, exercendo a co-parentalidade, dividir as responsabilidades parentais e manter um ambiente harmonioso é a forma mais adequada de se ultrapassar o divórcio preservando os filhos do casal. Trabalhar nesse novo molde de família e de relacionamento funciona, para os consortes, como oportunidade de aprendizado e de promoção de competências para se tornarem melhores pais, mesmo diante de uma situação difícil como o divórcio, viabilizando a parentalidade positiva.

Assentado no que traz a recomendação Rec(2006)19 é de fundamental importância que o Estado promova técnicas que se dediquem a construir a parentalidade positiva durante um processo árduo como o divórcio:

“No caso de pais separados, políticas de apoio deve ser destinada, em especial a conservar a ligação entre as crianças e os seus pais, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. Acesso a aconselhamento profissional deve ser fornecido e deve ser dada atenção aos casos em que os pais têm diferentes origens culturais ou são de nacionalidades diferentes.”²⁰⁶.

Isto porque nesta fase de montanha russa emocional os pais acabam por acreditar que seus filhos não estão envolvidos no divórcio e acabam que deixar de lado questões referentes à parentalidade por estarem extremamente afetados emocionalmente. Assim, ter meios que os guie neste processo faz com que, além de enfrentar o divórcio de uma maneira menos conturbada, os pais consigam entender melhor seu papel parental e aprendam a ser melhores pais no futuro.

Os meios de resolução alternativa do litígio são procedimentos que dão autonomia as partes envolvidas nele, o casal se torna protagonista do seu próprio divórcio ao buscar um acordo que seja ideal para a sua família, assim como, devem ser protagonistas das suas responsabilidades parentais, portanto, os meios de RAL se provam muito úteis para amparar a família nesse movimento.

Nesse sentido, por María José Rodrigo e outros abordam:

²⁰⁵ Tradução livre do texto original. “In the best interests of the child, the rights of parents, such as entitlement to appropriate support from public authorities in fulfilling their parental functions, must also be given prominence. The exercise by parents of equal and shared responsibility for their children makes a major contribution to the harmonious development of the child’s personality. Particular attention should be paid to the important role of fathers in the care and rearing of their children, taking into account in particular the principle of gender equality, the impact on families of the reconciliation of work and family life and family breakdown, which can often result in fathers living apart from their children.”. Conselho da Europa. Recomendação Rec (2006) 19 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre a política de Apoiar a Paternidade Positiva; Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2006.

²⁰⁶ Tradução livre do texto original. “In the case of separated parents, support policies should be aimed in particular at maintaining links between children and both their parents, unless this is contrary to the child’s best interests. Access to professional counselling should be provided and attention should be paid to cases where the parents have different cultural backgrounds or are of different nationalities.”. Conselho da Europa. Recomendação Rec (2006) 19 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre a política de Apoiar a Paternidade Positiva; Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2006.

“Isso implica reconhecer o papel das famílias na apresentação de suas próprias narrativas sobre suas vidas, na identificação de suas necessidades e na promoção de sua colaboração em todas as ações planejadas para atingir esses objetivos de melhoria e mudança. Desta forma, aumenta-se o compromisso, o envolvimento e a responsabilidade dos pais na solução de seus problemas educacionais ou de todos os tipos, em vez de promover, sem buscá-lo, uma atitude de dependência do profissional e das instituições, promovendo sentimentos de desvalorização de suas próprias competências parentais.”²⁰⁷.

Portanto, para o apoio a parentalidade positiva torna-se indispensável criar um ambiente de bem-estar familiar, promovendo para famílias em situações de fragilidade um espaço que seja protegido e seguro, com recursos e apoios para o momento em que essas famílias estão passando. Trata-se de criar um ecossistema onde a proteção da infância e da juventude seja valorizada. E tudo isso pode ser encontrado, por uma família que está vivenciando o divórcio, nos meios de RAL.

Desta forma, podemos perceber como a parentalidade positiva é de suma importância para o ordenamento jurídico português contemporâneo e para os Estados membros da união Europeia, assim devemos alcançar meios de promovê-la em casos de famílias que estão vivendo situações de desequilíbrio e transição. Sendo necessário métodos que facilitem a política de apoio a parentalidade positiva.

Nesse caso, os meios de RAL podem ser um instrumento ideal para ajudar famílias a enfrentar o divórcio com a ótica de preservar diálogos, promover a parentalidade positiva e zelar pelo superior interesse das crianças e dos jovens.

Isto posto, incentivar métodos de desjudicialização como os meios de resolução alternativa de litígios, estimulando o seu desenvolvimento e sua acessibilidade à população é uma forma do Estado garantir políticas de prevenção e promoção de apoio a parentalidade e implementação dos direitos das crianças e adolescentes.

²⁰⁷ Tradução livre do texto original. “Ello implica reconocer el protagonismo de las familias em la presentación de su propia narrativa sobre su vida, em la identificación de sus necesidades y em promover su colaboración em todas aquellas actuaciones que se planifiquen para lograr dichos objetivos de mejora y cambio. De este modo, se aumenta el compromiso, la implicación y la responsabilidad de los padres en la solución de sus problemas educativos o de todo tipo, em lugar de promover, sin buscarlo, una actitud de dependencia del profesional y de las instituciones, al fomentar sentimientos de desvalorización de sus propias competencias parentales”. LÓPEZ, María José Rodrigo (coord) e col. *Manual práctico de parentalidad positiva*. Madrid: editorial Síntesis, 2015. p. 42

3.3.2 OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS E O DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS JOVENS.

Os meios de resolução alternativa do litígio além de promoverem a parentalidade, têm um olhar especial para as crianças e jovens envolvidos em situação de conflito familiar. Isso porque essas técnicas procuram soluções mais adequadas e justas de resolver certos conflitos.

Sendo assim, os meios de RAL podem incluir as crianças e os jovens de maneira construtiva para solucionar litígios em que estas estão envolvidas, ouvindo-as, dando a elas lugar de fala e direito de decidir sobre assuntos que as afetem.

A Recomendação CM/REC (2012) 2 define a participação como:

“pessoas ou grupos de indivíduos que têm o direito, os meios, o espaço, a oportunidade e, se necessário, o apoio para expressar livremente as suas opiniões, para serem ouvidos e para contribuir na tomada de decisões sobre assuntos que lhes digam respeito, sendo que as suas opiniões são devidamente tomadas em consideração em conformidade com a sua idade e maturidade”.²⁰⁸

Neste sentido, os meios de RAL acabam por ser úteis em conflitos que envolvem crianças e jovens visto que criam um espaço especial de fala a fim de que os mesmos se expressem e possam colaborar na resolução daquele litígio familiar. Ainda, a utilização dos métodos alternativos possibilita a abertura de um espaço para diálogo, o que como já mencionamos, é muito importante quando crianças e jovens estão inseridas no conflito familiar.

Sobre a compreensão da criança dentro de conflitos familiares e a judicialização, Maria de Fátima Melo e Ana Isabel Sani expressam:

“O conflito de interesses entre o Estado, os direitos dos pais e os direitos das crianças tornam-se evidentes nas questões legais que surgem quando há desintegração ou quando existem disfuncionalidades no seio familiar, levando ao envolvimento das crianças nos enredos do sistema legal, sendo elas as mais afetadas pelas decisões tomadas nos cenários judiciais.”²⁰⁹

Com relação ao direito de serem ouvidas, importante salientarmos que o direito de participação das crianças surgiu e adquiriu importância através da Convenção de Direitos da Criança em 1989, trazendo o retrato da infância ativa, mostrando que a criança deve participar de decisões em

²⁰⁸ Cf. CONSELHO DA EUROPA. Recomendação Cm/Rec (2012) 2 - *A Participação Das Crianças E Jovens Com Idade Inferior A 18 Anos*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2012.

²⁰⁹ MELO, Maria de Fátima/SANI, Ana Isabel. *A audição da criança na tomada de decisão dos magistrados*. IN: Revista de Psicologia, 24(1), 1-19, 2015. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.5354/0719-0581.2015.37067>>. Acesso em 16 dez 2020. p. 4.

questões que a envolve. Além disso, a Recomendação CM/REC (2012) 2 confirma o direito de participação trazido pela Convenção: “O direito a serem ouvidas e a serem levadas a sério é fundamental à dignidade humana e ao desenvolvimento saudável de cada criança e jovem”²¹⁰, e ainda promove a implementação efetiva deste direito.

De acordo com o art. 12º, n. 1 e 2, da CDC, os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Em Portugal o direito a audição da Criança é assegurado no Código Civil tendo em vista o art. 1906º, n. 9 tendo em vista os arts. 4º e 5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei nº 141/2015, de 08 de setembro, sendo garantida a audição e a participação da criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo apoio da acessória técnica do tribunal.

Portanto, a criança e o jovem devem ser consultados e ouvidos, assim como devem ter acesso à informação, devem ter liberdade de expressão, liberdade de poderem manifestar sua opinião e direito de tomarem decisões em seu benefício. Desta forma, a criança e o jovem devem ter papel ativo, sendo sujeitos de direitos e devendo ser respeitados. Sobre isso, o Conselho da Europa expõe: “a importância de ouvir as crianças e os jovens é reconhecida como sendo fundamental para a sua dignidade humana e para o seu desenvolvimento saudável.”²¹¹

Assim, o Estado deve reconhecer as crianças e os jovens como sujeitos de direitos, devendo proteger sua dignidade humana. Por isso, o princípio da proteção da infância, trazido no art. 69 da Constituição da República Portuguesa, é determinante para a proteção das relações das crianças e jovens com seus pais, sua família, como também com a sociedade e com o Estado.

Por serem um grupo de maior fragilidade e vulnerabilidade, as crianças e jovens necessitam ter tratamento especial, logo, quando se encontram em situação de conflito, precisam ter seus interesses resguardados e prestigiados, para tal, importante que sejam ouvidos e tenham o poder de influenciar em decisões que lhe dizem respeito. Seguindo assim, a Recomendação CM/REC (2012) 2:

²¹⁰ CONSELHO DA EUROPA. Recomendação Cm/Rec (2012) 2 - A Participação Das Crianças E Jovens Com Idade Inferior A 18 Anos. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2012.

²¹¹ CONSELHO DA EUROPA. *Participação de crianças – Instrumento de avaliação*. Tradução de Direção Geral de Política de Justiça. [s.l.: s.n.], 2016. Disponível em: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/18-de-novembro-dia/downloadFile/attachedFile_1_f0/Child_participation_AssessmentTool.pdf?nocache=1448013292.19>. Acesso em 03 de jan. 2019.

“De forma a serem capazes de participar, de modo significativo e genuíno, as crianças e os jovens devem receber toda a informação pertinente e terem a ajuda adequada e apropriada à sua idade e circunstâncias para se poderem defender.”²¹².

À vista disso, precisamos buscar meios que valorizem as crianças e os jovens e que ponham em prática seu o direito de participação, e como observamos, uma forma adequada de garantir direitos as crianças e jovens é através da utilização de meios de resolução alternativa do litígio. A utilização de procedimentos extrajudiciais, inclusive por meio da mediação, pode ser uma forma de efetivação de direitos para esse grupo vulnerável.

As diretrizes do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que versa sobre a justiça adaptada as crianças, trazem em seu texto inúmeros argumentos sobre o quanto os meios de RAL, em específico a mediação, são eficazes ao tratar de direito das crianças e jovens, demonstrando várias propostas que incentivam a desjudicialização e, por conseguinte, o desenvolvimento da mediação, de modo a respeitar, a todo o tempo, o superior interesse da criança e jovem.

Segundo as Diretrizes, antes do processo judicial, a justiça adaptada as crianças, deve garantir que a criança seja informada sobre:

“As alternativas ao processo judicial, tais como a mediação, a desjudicialização e a resolução alternativa de litígios, devem ser incentivadas sempre que possam servir melhor o interesse superior da criança. O recurso prévio a tais alternativas não deve ser utilizado para criar obstáculos ao acesso da criança à justiça. As crianças devem ser exaustivamente informadas e consultadas acerca da possibilidade de recorrerem a um processo judicial ou a alternativas extrajudiciais. Esta informação deve também explicar as consequências possíveis de cada opção. Deve ser dada a possibilidade de, com base na informação adequada, jurídica e não só, escolher entre recorrer a um processo judicial ou a um mecanismo de resolução alternativa de litígios, sempre que este esteja disponível. As crianças devem poder beneficiar de aconselhamento jurídico e de outros tipos de assistência na determinação da pertinência e da oportunidade das alternativas propostas. No momento dessa decisão, devem ser tidos em

²¹² Cf. CONSELHO DA EUROPA. Recomendação Cm/Rec (2012) 2 - *A Participação Das Crianças E Jovens Com Idade Inferior A 18 Anos*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2012.

conta os pontos de vista da criança.”²¹³

Além disso, segundo o documento:

“As diretrizes sobre a justiça adaptada às crianças visam abordar a questão do estatuto e da posição das crianças e a forma como são tratadas em processos judiciais e extrajudiciais. Contudo, antes de levar um caso a tribunal, pode ser necessário, no interesse superior da criança, recorrer a métodos alternativos de resolução de litígios, tais como a mediação. As presentes diretrizes abrangem, portanto, os processos judiciais e extrajudiciais.”²¹⁴

Neste sentido, traz que:

“As 24.^a a 26.^a diretrizes recordam que, em vários Estados membros, as atenções têm-se centrado na resolução extrajudicial de litígios, nomeadamente através da mediação familiar, da desjudicialização e da justiça reparadora. Trata-se de um desenvolvimento positivo e incentiva-se os Estados membros a garantirem que as crianças possam beneficiar desses procedimentos, desde que não sejam utilizados para impedir o acesso da criança à justiça.”²¹⁵

Observamos, portanto, um novo enfoque ao direito das crianças e jovens, vez que são sujeitos detentores de direitos e deveres e que, por esse motivo devem ser vistos como pessoas reais, com autonomia, personalidade e opiniões próprias, capazes de tomarem suas decisões e de exprimirem seus interesses e necessidades.

Assim, os meios de RAL conseguem trazer efetividade ao que a Convenção sobre Direitos da Criança, o Conselho da Europa e o Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas preconizam, implementando o direito de participação em casos de conflitos envolvendo esses vulneráveis, ou seja, sendo um meio de aplicação desse direito. Indiscutível que as crianças e adolescentes devem receber as informações pertinentes e terem ajuda apropriada à sua idade, em circunstâncias adequadas que as

²¹³ CONSELHO DA EUROPA. *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2013. Disponível em: <
<https://rm.coe.int/16806a45f2#:~:text=As%20diretrizes%20sobre%20a%20justi%C3%A7a,m%C3%A9todos%20de%20trabalho%20multidisciplinares%20concertados.>>. Acesso em 16 dez 2020. p. 25.

²¹⁴ CONSELHO DA EUROPA. *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2013. Disponível em: <
<https://rm.coe.int/16806a45f2#:~:text=As%20diretrizes%20sobre%20a%20justi%C3%A7a,m%C3%A9todos%20de%20trabalho%20multidisciplinares%20concertados.>>. Acesso em 16 dez 2020. p. 48.

²¹⁵ CONSELHO DA EUROPA. *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2013. Disponível em: <
<https://rm.coe.int/16806a45f2#:~:text=As%20diretrizes%20sobre%20a%20justi%C3%A7a,m%C3%A9todos%20de%20trabalho%20multidisciplinares%20concertados.>>. Acesso em 16 dez 2020. p.73

possibilitem opinar, ou mesmo se defender nos processos em que se vejam envolvidas, seja como partes, seja de forma indireta.

Ainda, necessário se faz, ressaltar o posicionamento da UNESCO ao reconhecer práticas de resolução pacífica de conflitos como método incontestável de solucionar conflitos na sociedade contemporânea:

“Segundo a UNESCO, não há paz sem Cidadania, já que para haver uma cultura de paz não é necessário a repressão dos conflitos. A paz é o resultado da redução das desigualdades sociais, económicas, assim como o respeito pelos direitos humanos. Por esse fato a UNESCO passou a promover soluções não violentas para o conflito. Entre as quais a mediação.”²¹⁶

Ante ao exposto, o Estado deve incentivar, apoiar e normatizar cada vez mais os meios de resolução alternativos de litígio, por serem procedimentos que garantem o superior interesse da criança, garantindo principalmente o direito de participação das crianças e jovens.

3.4 A LIBERDADE DAS PARTES NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Como já exposto ao longo deste trabalho, o casamento passou a ter uma abordagem centrada no afeto e no bem-estar dos indivíduos, passando a ter contornos de união livre, imbuída de autonomia das partes que escolhem viver casados.

Da mesma forma em que as partes por livre escolha optam por constituir matrimónio, também podem decidir pelo seu fim. Foi esse pensamento que motivou o projeto de lei nº 509/X, na base dos Decretos nº 232/X e nº 245/X, e da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, vejamos:

“Liberdade de escolha e igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, afetividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver, eis os fundamentos do casamento na nossa sociedade.

Daqui decorre a aceitação do divórcio e a gestão responsabilizada e colectivamente assumida das suas consequências. Com efeito, e decorrendo do princípio da liberdade, ninguém deve permanecer casado contra sua vontade ou se considerar que houve quebra do laço afectivo. O cônjuge tratado de forma desigual, injusta ou que atente contra a sua dignidade deve poder terminar a relação conjugal mesmo sem a vontade do outro. A

²¹⁶ BRANDÃO, Isabel Cristina Monteiro Pontes. *Mediação de Conflitos em Contexto Escolar*. Mestrado em Educação. Universidade do Minho. Braga, 2012. p. 16.

invocação da ruptura definitiva da vida em comum deve ser fundamento suficiente para que o divórcio possa ser decretado.”²¹⁷

Certo é que as pessoas são falíveis e como elas as suas instituições, dessa forma, preservar a liberdade dos cônjuges de dissolver o matrimônio quando não mais o desejam é também assegurar que estes possam buscar sua felicidade, protegendo assim a dignidade humana e a igualdade entre eles.

A busca da felicidade deveria ser direito de todo ser humano, portanto, deveria ser protegida em todos os âmbitos da jurisdição, significando a liberdade das pessoas de irem atrás dos seus anseios, sonhos e interesses.

Para além disso, a liberdade assegura o direito dos nubentes a constituir casamento, acordando sobre direitos pessoais e patrimoniais, devendo assegurar também a sua dissolução quando assim entenderem.

Parece-nos difícil condenar um indivíduo a viver para sempre em um relacionamento que não quer mais, é injusto aprisionar alguém a ter de viver eternamente com a mesma pessoa, sem ter o direito de escolher, de pensar na sua felicidade e de ser livre. Claro que a ruptura de um casamento gera dissabores, mas quando posto em uma balança, a dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer.

Assim, deve ser respeitado não só as aspirações das partes como casal quando desejam contrair matrimônio, como também a de cada um individualmente, por exemplo, quando escolhem se divorciar. Deve ser direito assegurado aos cônjuges desviarem-se do amor empenhado, refazendo o projeto de vida a dois. Isso significa a garantida a liberdade de escolha, casar é assumir também o risco das rupturas.

Portanto, os cônjuges devem ter liberdade de escolha na hora de se divorciarem, assim como tiveram na hora de se casar, não podendo serem obrigados a ficarem presos em um vínculo eterno por dificuldades e impedimentos trazidos pela lei.

O direito de amar ao outro deve ser dotado de liberdade.

²¹⁷ PARTIDO SOCIALISTA. Projeto de Lei nº 509/X. Disponível em: < <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1>>. Acesso em 22 jul 2019.

3.5 LIMITES E POSSIBILIDADES: PROBLEMATIZANDO A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO

Após expormos neste trabalho alguns pontos importantes sobre a desjudicialização, necessário se faz uma análise crítica abordando seus limites e possibilidades.

Não se pretende aqui idealizar de que a desjudicialização do divórcio é uma fórmula mágica que resolve todo e qualquer conflito relacionado a dissolução do vínculo conjugal.

Entendemos que o primeiro passo será reconhecer que a desjudicialização, com todas as suas mais-valias, tem limitações e será inapta para algumas situações. Pouco é eficaz fantasiarmos de que esta prática irá resolver todas as contendas familiares relacionadas ao divórcio. Cabe a nós encará-la como uma alternativa que, para alguns casos, pode ser valiosa e ideal.

Claro que é essencial tecermos esforços para que alcancemos uma sociedade informada sobre o acesso à justiça para que os cidadãos se conscientizem de que nem todos os conflitos precisam ser levados ao tribunal, havendo outras estruturas, igualmente dignas, que podem auxiliá-los

²¹⁸.

Entretanto, não obstante todos as suas vantagens, há circunstâncias, que a desjudicialização não será adequada. Notadamente, quando o desacordo entre os cônjuges atingiu um nível de conflituosidade exacerbado ou quando pretendem uma decisão externa que puna o outro e lhes ateste a razão ²¹⁹. A verdade é que obrigatoriamente as partes devem minimamente estarem dispostas a tentar tratar do assunto.

Assim como, pode a desjudicialização não ser efetiva quando uma das partes ainda se encontra em negação sobre a falência do relacionamento, visto que a visão desorientada da realidade pode causar uma errada apreciação das questões discutidas em relação ao divórcio ²²⁰.

Para além disso, é desaconselhável a desjudicialização em situações de violência doméstica, visto que tais práticas pressupõem paridade entre as partes, ou seja, estes devem estar em posição de igualdade, visto que só se as partes se sentirem livres é que irão expor sua vontade e farão acordos que transmitam seus interesses ²²¹.

Certo é que em casos de violência doméstica dificilmente existirá um equilíbrio de força entre as partes. A desjudicialização nunca será adequada se as partes não conseguirem estar na presença um do outro, ainda mais em uma situação associada ao conflito, além disso quando existe um abismo emocional ou quando existe medo ou temo de alguma das partes, posto que nesses casos, suas

²¹⁸CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 78

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*. p. 79

²²¹ *Ibidem*. p. 81

atitudes estarão condicionadas ao receio de uma reação ²²². Não é esperado que a vítima se sinta confiante e à vontade para alcançar um acordo com o seu agressor. A segurança e o bem-estar das partes são condições intrínsecas a desjudicialização ²²³.

A este propósito, a Recomendação n° R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a mediação familiar não oferece uma resposta clara sobre a admissibilidade de mediação em situações de violência doméstica, deixando a cargo dos mediadores e dos Estados essa escolha. Já a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, que se refere a aspectos da mediação em matéria civil e comercial, em seu art. 7º, reconhece como limite da confidencialidade a necessidade de evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa²²⁴.

Ainda, o n° 1º do art. 48º da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica proíbe os meios de resolução alternativa de litígios nestes casos ²²⁵. Também, o n° 3 do art. 5º da Lei de Mediação (Lei n° 29/2013, de 19 de abril) elucida que o dever de confidencialidade se encerra quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa. Além disso, a Lei n° 24/2017, de 24 de maio, proibiu a mediação familiar em casos com contornos de violência ²²⁶. Ademais, o Código Civil não abarca esse tema em relação aos divórcios administrativos.

Sendo de fundamental importância assegurar que situações de violência não se prolonguem, não podendo ser criado um ambiente propício para isso.

Outras situações em que a desjudicialização é desaconselhada são quando existe uma desproporção de forças entre as partes, por exemplo, comportamentos aditivos, doenças de foro psiquiátrico, desvios sérios de personalidade, maltrato infantil, entre outros ²²⁷. Desta forma, sempre em que houver uma situação de disparidade entre as partes a desjudicialização não deve progredir tendo em vista a falta de liberdade, de uma das partes, na busca de um acordo que vá de encontro aos seus interesses.

Importante ressaltarmos que a desjudicialização e os processos extrajudiciais de resolução de litígios familiares são relativamente novos, pelo que demorará algum tempo para compreendermos a real adequação dos mesmos para permitir o cumprimento de seus objetivos.

Especificamente, deve-se notar que não é certo que esses meios irão reduzir o contencioso

²²² *Ibidem*. p. 84

²²³ *Ibidem*. p. 86

²²⁴ CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 86

²²⁵ *Ibidem*. p. 86

²²⁶ *Ibidem*. p. 88

²²⁷ *Ibidem*. p. 89

posterior vinculado à não implementação da relação.

De todo modo, o fato marcante é, sem dúvida, a superação do pensamento de que só uma medida judicial poderia afetar o estado civil, circunstância que integra mais um marco no processo de privatização do direito da família.

3.6 O PAPEL DA DESJUDICIALIZAÇÃO NA PANDEMIA: O MOMENTO EM QUE O MUNDO PAROU E O JUDICIÁRIO TAMBÉM

Em março de 2020, vivemos a pandemia da doença COVID-19, uma crise sanitária e humanitária devido a disseminação do Coronavírus no mundo, sendo a maior crise global desde a 2ª Guerra Mundial. Todos os países foram afetados e com eles, suas instituições.

Precisamos refletir os impactos da pandemia no judiciário e analisarmos como a desjudicialização de certos conflitos pode ser positiva em tempos de crise. Em verdade, a sociedade já vem sofrendo constantes mutações e com ela surgem novos paradigmas, desta vez, não foi diferente, a pandemia trouxe uma nova realidade e assim, quando crises como essa surgem, temos a oportunidade de rever e melhorar estruturas existentes, e ainda, devemos pensar em implementar no métodos e sistemas para garantir direitos básicos como o acesso à justiça.

Na pandemia foram impostas medidas de restrição de circulação de pessoas e com isso, algumas instituições foram fechadas ou sofreram alterações quando ao seu funcionamento, esse foi o caso do judiciário.

Ainda não se tem dados oficiais sobre o quanto a pandemia afetou o funcionamento do judiciário, mas presumisse um atraso considerável no sistema de justiça, visto que a Ministra da Justiça Francisca Van Dunem reconheceu que os efeitos da pandemia são sentidos no judiciário ²²⁸.

Cumprir destacar que a justiça em Portugal ainda não é digital o que causou ainda mais dificuldades em relação a sua adaptação a nova realidade em que estamos vivendo. Todo esse contexto indica a insuficiência do modelo judicial de resolução de conflitos.

Desta forma, somos convidados a pensar em outros modelos alternativos ao judiciário em tempos como esse.

Neste trabalho, tratamos de métodos alternativos ao judiciário que nesse momento deveriam ganhar mais visibilidade e impulso, tendo mais incentivo e divulgação, visto que a desjudicialização de conflitos pode ser ferramenta valiosa em tempos pandêmicos.

²²⁸ Mensagem da Ministra da Justiça, Francisca Van Dunem, sobre a pandemia de Covid-19 está disponível em: < <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/multimedia?m=v&i=mensagem-da-ministra-da-justica-durante-o-periodo-de-pandemia-de-covid-19&p=8>> . Acesso em 20 dez 2020

Além das mais-valias já aqui tratadas e que também serão melhor aprofundadas adiante, a desjudicialização é alternativa válida, tendo em vista a desnecessidade de todo o formalismo de um processo judicial. Portanto, meios de resolução alternativa do litígio, por exemplo, podem ser realizados através de plataformas digitais, a distância, dando ainda mais acessibilidade a esses métodos, sem prejuízo dos participantes, devendo ser cumpridas condições básicas para sua realização como a voluntariedade e a autonomia.

Ainda, não se deve esquecer que através desses mecanismos extrajudiciais também se confia na mudança de abordagem para a gestão da crise conjugal e na redução de custos associados à desintegração da união: não referimos aqui apenas a custos económicos decorrente do estabelecimento de um ou mais processos, que claro pode ser um ponto importante tendo em vista que a pandemia também trouxe uma crise económica, mas também custos psicológicos e emocionais, ligados à apresentação de uma história pessoal a um juiz.

Certo é que os mecanismos de RAL e os meios extrajudiciais são imprescindíveis a justiça do futuro, sendo assim, essa é uma oportunidade que temos que deve ser aproveitada para adaptarmos o judiciário a uma nova realidade do ponto de vista de serviço da justiça para a população.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo apontar as causas e efeitos da desjudicialização do divórcio no ordenamento jurídico português, suas possibilidades e limites, sempre observando como podemos melhor gerenciar os conflitos vindos do seio familiar e dar acesso à justiça, direito constitucionalmente protegido no art. 20º da Constituição da República Portuguesa.

Para isso, inicialmente fez-se necessário discorrer sobre o conceito de família e sua evolução, os princípios jurídicos do Direito de Família, a história sócio legislativa do casamento e do divórcio no direito português, o novo regime jurídico do divórcio, falando do desaparecimento da culpa no ordenamento português e seu processamento nos tribunais.

Sendo certo que o afastamento da culpa não fará com que a litigiosidade conjugal diminua durante ou após o divórcio. A solução é tirar o divórcio dos tribunais, dando mais suporte aos cônjuges na resolução dos conflitos inerentes ao divórcio, buscando alternativas que reestabeleçam o diálogo e a convivência pacífica.

Ainda, observamos as possíveis causas da desjudicialização do divórcio, sendo analisado os conflitos familiares, devendo ser dados a eles respostas mais adequadas tendo em vista se tratar de conflitos que envolvem temas sensíveis. Ainda, trouxemos a autonomia da vontade e a intervenção do Estado no Direito de Família, constatando como a desjudicialização vem sendo promovida em Portugal e em outros países, e quais são os métodos que vem sendo implementados para a retirada do divórcio do judiciário.

Conforme, Rossana Martingo Cruz, “A abordagem do conflito numa perspectiva construtiva é particularmente importante quando estão em causa questões sensíveis que merecem um tratamento diferenciado. O conflito familiar particulariza-se em relação a outros, uma vez que decorre entre pessoas que têm entre si um vínculo forte.”²²⁹.

Com isso, podemos constatar uma nova progressão da privatização em relação ao Direito de Família, atingindo um novo patamar de autonomia privada, reconhecida aos cônjuges que agora, têm livre escolha para decidir como irá prosseguir com a desintegração da união conjugal. Ficando demonstrado que “O papel do Estado face às questões familiares tem sido de uma tendencial subsidiariedade”²³⁰.

Quando tratamos dos métodos de desjudicialização trazidos na legislação portuguesa, percebemos que ter a possibilidade de um divórcio por mútuo consentimento podendo ser realizado

²²⁹ CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 11

²³⁰ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 149.

nas conservatórias de registo civil é muito importante para a desjudicialização do divórcio, mas vincular esse divórcio a acordos faz com que em caso de discordância dos cônjuges sobre algum assunto, o divórcio seja remetido ao tribunal, desta forma, a intenção de tirar o divórcio do tribunal é uma ilusão, visto que acaba por restringir o número de divórcios que serão verdadeiramente desjudicializados.

Além disso, pudemos traçar um paralelo entre as desjudicializações do divórcio no Estado português e em outros países como, o Brasil, a Itália e a Espanha, estudando outros meios de resolução alternativa do litígio e sua implementação, assim, averiguamos que Portugal pode instituir outras formas de desjudicialização do divórcio em seu ordenamento, como procedimentos alternativos ao processo judicial, importando, por exemplo, a figura da negociação auxiliada por advogados no âmbito familiar, que na França é chamada de *procédure participative par avocat*, na Itália de *Negoziazione assistita da avvocati* e no Brasil de *práticas colaborativas*.

Assim, apesar da retirada do divórcio do cenário do judiciário ser uma realidade em Portugal, foi possível verificar que podemos evoluir legislativamente no assunto ainda mais, vemos que a flexibilização de tirar o divórcio do judiciário vai até certo ponto já que observamos até então um engessamento do ordenamento.

Ademais, analisamos criticamente os efeitos da desjudicialização, traçando os prós e contras dessa prática no que concerne ao divórcio, estudamos a importância do instituto do casamento e como a facilitação dos meios de divórcio pode acabar por banalizar uma instituição tão importante para o Estado, também tratamos da desjudicialização como caminho de garantia de acesso à justiça.

Neste sentido Rossana Martingo Cruz aduz que “É imperioso tecer esforços para que alcancemos uma cultura consciente e informada no acesso à justiça. Nem todos os litígios precisam de ser endereçados ao tribunal, existindo outras estruturas que podem auxiliar numa situação de crise”²³¹.

Ainda, demonstramos os efeitos da desjudicialização do divórcio em relação aos filhos, restando comprovado ser extremamente eficaz na proteção dos direitos das crianças e jovens, resguardando o superior interesse da criança.

Outrossim, discorreremos sobre a liberdade dos cônjuges sobre o divórcio e sobre os limites e possibilidades da desjudicialização do divórcio e sobre o enquadramento positivo da desjudicialização do divórcio no novo panorama de justiça durante a pandemia de Coronavírus.

Dessa forma, entendemos que a desjudicialização é meio adequado de solução de conflitos relativamente ao divórcio, trazendo inúmeros benefícios não só para o sistema jurídico como também

²³¹CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 15

para a sociedade.

Portanto, conclui-se que precisamos juntar esforços para incentivar meios de retirar do judiciário o divórcio, por exemplo, fomentando o estudo da resolução do divórcio por meios de resolução alternativa de litígios. Devendo o Estado propiciar meios de implementação de técnicas alternativas de resolução de conflitos, podendo fazer centros extrajudiciais de resolução de litígios, como observamos no Brasil.

Por fim, ratifica-se que o presente trabalho foi elaborado através da metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, se utilizando de renomados autores *experts* sobre o assunto para a construção do raciocínio utilizado, não tendo o objetivo de esgotar o tema, tarefa impossível de alcançar, guardando o propósito de contribuir com a pesquisa científica.

BIBLIOGRAFIAS

Bibliografia nacional e internacional:

ALMEIDA, Susana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela das novas formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRANDÃO, Isabel Cristina Monteiro Pontes. *Mediação de Conflitos em Contexto Escolar*. Mestrado em Educação. Universidade do Minho. Braga, 2012.

BRIGAS, Miriam Afonso. *O Direito da Família na História do Direito Português (dos Antecedentes ao Século XVIII)*. Primeiras Reflexões – Volume I. Lisboa: AAFDL, 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.

COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.^a ed.. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar limites materiais dos acordos e seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*. Coimbra: Gestlegal, 2019.

DIAS, Cristina M. A. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.a edição. Coimbra: Almedina, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FERREIRA, Cardona. *Justiça de Paz – Julgados de Paz*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina, 2012.

GUERRA, Paulo. *I Congresso de Direito da Família e das Crianças - A criança e a família no colo da lei - as causas não se medem aos planos*. Lisboa: Almedina, 2016.

LÓPEZ, María José Rodrigo (coord) e col. *Manual práctico de parentalidad positiva*. Madrid: editorial Síntesis, 2015.

MOTA, Helena/ GUIMARÃES, Maria Raquel. *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2016.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processos, 2017.

OLIVEIRA, Guilherme de. *A nova lei do divórcio*. IN: «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32.

PEDRO, Rute Teixeira. *A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família* IN: Pessoa, Direito e Direitos. Colóquios 2014/2015, coordenação Nuno Pinto de Oliveira e Benedita MacCrorie, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, Campus de Gualtar, 2016, pp. 339 e ss.

PEREIRA, M. Graça/PINTO, Henrique. *O conflito no contexto da separação e divórcio: a perspectiva feminina*. IN: Revista Psicologia: Teoria, Investigação e Prática – Centro de Investigação em Psicologia, Universidade do Minho, 2003, pp.187-203.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: Uma abordagem psicanalítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) e col. *Tratado de Direito das Famílias*, 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

_____. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMIDOFF, Mário Luiz (coord.) e col. *ECA 30 anos: Emancipação Subjetiva, Mudança Cultural e Responsabilidade Social*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020.

SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, pp. 65/87.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*. Coimbra: Gestlegal, 2019.

TELLES, Marília Campos Oliveira. *Sobre tubarões e golfinhos*. IN: Cuidado & Afetividade – Projeto Brasil/Portugal, coord. Tânia da Silva Pereira, Antonio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira. SP: Atlas, 2017. pp. 381 e ss.

TESLER, Pauline H./ THOMPSON, Peggy. *Divórcio colaborativo: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas legais e seguir adiante [Collaborative Divorce]*, tradução de Claudia Abraham Chueke. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2017.

XAVIER, Rita Lobo. *Ensinar Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio* IN: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (organizadores). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1125 e ss.

Documentos eletrônicos:

Casamento & união de facto – questões da jurisdição civil. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. Disponível em: < http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_casamento_uf.pdf> . Acesso em 20 dez 2020

Divórcio Impositivo é apresentado como projeto de lei no Senado; texto foi elaborado por membros do IBDFAM. Assessoria de Comunicação do IBDFAM, Belo Horizonte, 12 de jun de 2019. Disponível em: < <https://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM#:~:text=O%20senador>>

%20Rodrigo%20Pacheco%20(DEM,presen%C3%A7a%20ou%20anu%C3%Aancia%20do%20outro.>.

Acesso em 11 dez 2020.

COMITÉ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS DAS NAÇÕES UNIDAS. *General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*. 20 de julho de 2009, CRC/C/GC/12. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>> . Acesso em 16 dez 2020.

CONSELHO DA EUROPA. *Recomendação Rec (2006) 19 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre a política de Apoiar a Paternidade Positiva*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2006.

CONSELHO DA EUROPA. *Recomendação Cm/Rec (2012) 2 - A Participação Das Crianças E Jovens Com Idade Inferior A 18 Anos*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2012.

CONSELHO DA EUROPA. *Diretrizes do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*. Publicação do Conselho da Europa: Estrasburgo, França, 2013. Disponível em:

<
[CONSELHO DA EUROPA. *Participação de crianças – Instrumento de avaliação*. Tradução de Direção Geral de Política de Justiça. \[s.l.: s.n.\], 2016. Disponível em: <\[http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/18-de-novembro-dia/downloadFile/attachedFile_1_f0/Child_participation_AssessmentTool.pdf?nocache=1448013292.19\]\(http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/18-de-novembro-dia/downloadFile/attachedFile_1_f0/Child_participation_AssessmentTool.pdf?nocache=1448013292.19\)>. Acesso em 03 de jan. 2019.](https://rm.coe.int/16806a45f2#:~:text=As%20diretrizes%20sobre%20a%20justi%C3%A7a,m%C3%A9to dos%20de%20trabalho%20multidisciplinares%20concertados.> . Acesso em 16 dez 2020.</p></div><div data-bbox=)

CRUZ, Rossana Martingo. *O papel do advogado na mediação familiar – observação crítica à realidade portuguesa* IN: RED – Revista Electrónica de Direito, Outubro 2015, N.º 3. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>. Acesso em 10 dez 2020.

_____. *Alguns desafios na prática da mediação familiar*. IN: Revista de Direito da Família e das Sucessões - RDFAS, Ano 3, Julho-Setembro 2016, pp. 166-190. Disponível em: <<http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/03102016%20rdfas.pdf>>. Acesso em 10 dez 2020.

DUNEM, Francisca Van. *Mensagem da Ministra da Justiça durante o período de pandemia de Covid-19*. XXII Governo – República Portuguesa, 2020. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/multimedia?m=v&i=mensagem-da-ministra-da-justica-durante-o-periodo-de-pandemia-de-covid-19&p=8>> . Acesso em 20 dez 2020

GARCIA, Felícia Zuardi Spinola. *A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1273/A+evolu%C3%A7%C3%A3o+do+direito+das+fam%C3%ADlias+e+da+condu%C3%A7%C3%A3o+de+seus+conflitos:+novos+desafios+para+a+sociedade>> . Acesso em 15 ago 2020.

MELO, Maria de Fátima/SANI, Ana Isabel. *A audição da criança na tomada de decisão dos magistrados*. IN: Revista de Psicologia, 24(1), 1-19, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5354/0719-0581.2015.37067>>. Acesso em 16 dez 2020.

PARTIDO SOCIALISTA. Projeto de Lei nº 509/X. Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1>>. Acesso em 22 jul 2019.

TELLES, Marília Campos Oliveira. *Um olhar multidisciplinar sobre cuidado na resolução de conflitos: mediação e práticas colaborativas*. Disponível em: <https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Olhar-multidisciplinar_Mari%CC%81lia-Telles.pdf> . Acesso em 10 dez 2020.

Legislação:

BRASIL. *Lei n. 13.105, 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 dez 2020.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. Gaceta de Madrid. núm. 206, de 25 de julho de 1889. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em 13 dez 2020.

ESPAÑA. Lei 4/2001, de 31 de maio, que regula a Mediação Familiar. Comunidade Autónoma da Galiza. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-12716>>. Acesso em 18 jan 2021.

ESPAÑA. Lei 1/2006, de 6 de abril, sobre a mediação familiar em Castela e Leão. Comunidade de Castilla y León. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-7837>>. Acesso em 18 jan 2021.

ESPAÑA. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. Comunidad de Madrid. Disponível em < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12563>>. Acesso em 18 jan 2021.

ESPAÑA. Lei 15/2009, de 22 de julho, relativa à mediação no domínio do direito privado. Comunidade Autónoma da Catalunha. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-9741>>. Acesso em 18 jan 2021.

ESPAÑA. Lei 21/2017, de 28 de dezembro, sobre medidas fiscais, gestão administrativa e financeira e organização da Generalidade. Comunidade valenciana. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-1871>>. Acesso em 18 jan 2021.

ITÁLIA. Legge 10 novembre 2014, n. 162. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n.132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile. Roma, 10 novembre 2014. Disponível em: < <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/11/10/14G00175/sg>>. Acesso em 14 dez 2020.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. *Código Civil. Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro*. Diário da República n.º 274/66, Série I de 1996-11-25. Lisboa: Assembleia da República.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa, de 10 de abril*. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Lisboa: Assembleia Constituinte.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. *Lei n.º 16/2001, de 22 de junho*. Diário da República n.º 143/2001, Série I-A de 2001-06-22. Lisboa: Assembleia da República.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. *Lei n.º 29/2013, de 19 de abril*. Diário da República n.º 77/2013, Série I de 2013-04-19. Lisboa: Assembleia da República.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. *Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013, de 26 de junho*. Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26. Lisboa: Assembleia da República.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. *Lei n.º 24/2017, de 24 de maio*. Diário da República n.º 100/2017, Série I de 2017-05-24. Lisboa: Assembleia da República.

ANEXO 1

Dados estatísticos referentes ao total de casamentos celebrados em Portugal entre 1960 e 2019

Anos	Casamentos
	Total
1960	69.457
1970	81.461
1980	72.164
1990	71.654
1991	71.808
1992	69.887
1993	68.176
1994	66.003
1995	65.776
1996	63.672
1997	65.770
1998	66.598
1999	68.710
2000	63.752
2001	58.390
2002	56.457
2003	53.735
2004	49.178
2005	48.671
2006	47.857
2007	46.329
2008	43.228
2009	40.391
2010	⊥ 39.993
2011	36.035
2012	34.423
2013	31.998
2014	31.478
2015	32.393
2016	32.399
2017	33.634
2018	34.637
2019	33.272

Fontes de Dados: INE - Estatísticas de Casamentos

Fonte: PORDATA

Última actualização: 2020-04-27

ANEXO 2

Dados estatísticos referentes ao total de divórcios realizados em Portugal entre 1960 e 2019

Anos	Divórcios
1960	749
1970	509
1980	5.843
1990	9.216
1991	10.619
1992	12.429
1993	12.093
1994	⊥ 13.582
1995	12.156
1996	13.245
1997	13.927
1998	15.098
1999	17.676
2000	19.104
2001	18.851
2002	27.708
2003	22.617
2004	23.161
2005	22.576
2006	22.881
2007	25.120
2008	26.110
2009	26.176
2010	27.556
2011	⊥ Pro 26.751
2012	Pro 25.380
2013	Pro 22.525
2014	Pro 21.988
2015	Pro 23.377
2016	Pro 22.340
2017	Pro 21.577
2018	Pro 20.345

Fontes de Dados: INE | DGPJ/MJ - Estatísticas de Divórcios e Separação de Pessoas e Bens

Fonte: PORDATA

Última actualização: 2019-11-15

ANEXO 3

Fotografia: Um casal divorciado separando a coleção de ursinhos no chão do Tribunal.



Fonte: Los Angeles Times (1999)

ANEXO 4

Dados estatísticos referentes a duração média (por mês) de processos de divórcio e separação findos nos Tribunais Judiciais de 1ª instância entre 1993 e 2018

Anos	Divórcios e separações
1993	12
1994	12
1995	11
1996	12
1997	12
1998	12
1999	12
2000	12
2001	12
2002	11
2003	11
2004	10
2005	10
2006	11
2007	(R) 11
2008	14
2009	11
2010	11
2011	11
2012	(R) 9
2013	9
2014	9
2015	9
2016	(R) 7
2017	6
2018	6

Fontes de Dados: DGPJ/MJ

Fonte: PORDATA

Última actualização: 2019-12-02