

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

DENISE S. S. GARCIA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Denise S. S. Garcia; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-422-8

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito de família. 3. Sucessões. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

GT DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

APRESENTAÇÃO

O IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado no período de 09 a 13 novembro de 2021, teve como temática “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities” proporcionou o encontro de diversos pesquisadores da área do direito.

O grupo de trabalho “Direito de Família e das Sucessões”, o qual coordenamos, juntamente com a professora Denise Schmitt contou com a participação de pesquisadores dedicados, que abordaram temas importantes para a garantia da dignidade humana, como por exemplo a sexualidade, a violência doméstica, o planejamento familiar dentre outros.

De início, Mariana Campos Matoso discorreu acerca da norma que obriga maiores de setenta anos a casarem sob o regime de separação de bens. Analisando o dispositivo sob a ótica do Estatuto do Idoso e dos princípios constitucionais como o da dignidade humana e o da autonomia, constatou-se a necessidade a revogação de tal norma em decorrência de sua inconstitucionalidade.

Já Raphael Rego Borges Ribeiro analisou o caso *Oliari and others v. Italy*, julgado pela European Court of Human Rights, onde discutiu-se a possibilidade da Itália reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Corte decidiu pelo reconhecimento da união homoafetiva, mas reconheceu que o país não era obrigado a celebrar tais casamentos, embora tenha cobrado o parlamento italiano para a edição de uma norma a respeito.

“Adoção de idosos: realidade ou expectativa?” Foi o questionamento levantado por Frederico Thales de Araújo Martos, Marina Bonissato Frattari e Cláudia Gil Mendonça. No artigo, os Autores discutiram temas como a relação de parentesco e a família substituta, a adoção no direito brasileiro e os direitos dos idosos, a fim de investigar a possibilidade da adoção de pessoa idosa no Brasil.

Silvio Hideki Yamaguchi e José Sebastião de Oliveira discorreram em seu trabalho acerca da proteção dos direitos da personalidade no instituto do divórcio impositivo. A problemática

tentou responder se a imposição do divórcio a fim de proteger o cônjuge interessado na dissolução do matrimônio, é de fato um instrumento de efetivação dos direitos da personalidade.

No artigo “Casamento bilateral, divórcio unilateral”, Luiz Felipe Rossini e Tercio Felipe Mucedola Bamonte teceram um histórico a respeito da dissolução matrimonial, desde a sua impossibilidade até o presente momento, em que o direito ao divórcio é visto como potestativo e ilimitado.

Já Natan Galves Santana e Tereza Rodrigues Vieira analisaram a importância da proteção psicológica de crianças e adolescentes quando vítimas de alienação parental. Concluíram que a lei vigente que versa sobre o assunto não é efetiva o suficiente e deve ser modificada e atualizada a fim de garantir a proteção integral da criança e do adolescente.

Os Autores ainda contribuíram com outro artigo para o grupo de trabalhos, intitulado “Flexibilização dos requisitos para o reconhecimento de união estável de casal homoafetivo: uma contribuição para o debate”. Argumentaram que o requisito “publicidade” do art. 1723 do Código Civil deve ser flexibilizado quando se trata de casal homoafetivo, haja vista que a sociedade ainda é altamente preconceituosa e muitos casais homoafetivos escondem a relação pelo medo do preconceito.

As pesquisadoras Juliana Luiza Mazaro e Valéria Silva Galdino Cardin contribuíram acerca das novas configurações familiares, no que concerne ao dever de fidelidade e coabitação. Segundo elas, a formação de uma família deve atentar-se à assistência mútua, à solidariedade e ao afeto, do que à coabitação por si só.

Matheus Teixeira Da Silva, por sua vez, utilizando-se do direito comparado, analisou de que forma ocorreu o reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo no Brasil e em Portugal. Concluiu, que apesar de ambos terem garantido esse direito aos casais homoafetivos, Portugal trilhou o melhor caminho, pela via legislativa, enquanto o congresso brasileiro manteve-se inerte cabendo ao judiciário garantir e proteger os direitos fundamentais.

Já Dirceu Pereira Siqueira e Luciano Matheus Rahal contribuíram para o grupo com um trabalho a respeito da disciplina física corretiva em crianças, buscando compreender quais são os impactos gerados nas crianças e como o castigo físico configura afronta aos direitos da personalidade.

Bárbara Teixeira de Aragão e André Studart Leitão analisaram o casamento e o divórcio sob a ótica da modernidade líquida. Observando o crescente número de divórcios e a diminuição de casamentos, nota-se a fragilidade dos relacionamentos na pós-modernidade, sendo cada vez mais visível a atualidade dos conceitos de Bauman.

A diversidade e atualidade dos temas abordados no grupo demonstram que o encontro objetivou instigar a reflexão dos participantes acerca do Direito de Família e das Sucessões. As entidades familiares estão em constante transformação e portanto, o direito deve acompanhar essa evolução a fim de proteger esta importante instituição da sociedade.

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR/PR e UEM/PR)

Dra. Denise S. S. Garcia (Universidade do Vale do Itajaí)

CASAMENTO BILATERAL, DIVÓRCIO UNILATERAL BILATERAL WEDDING, UNILATERAL DIVORCE

Luiz Felipe Rossini ¹
Tercio Felipe Mucedola Bamonte ²

Resumo

O presente artigo trata da manifestação de vontade na formação e extinção do vínculo matrimonial. Se, por um lado, a inequívoca manifestação bilateral sempre foi elemento essencial de existência do casamento, por outro, no que diz respeito à dissolução do mesmo, nem sempre foi assim, evoluindo o ordenamento de um estágio de indissolubilidade à previsão do divórcio após prévia separação, até o atual estágio no qual a extinção é tida como um direito potestativo e ilimitado. Atento aos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade, a vontade unilateral de qualquer dos nubentes é forte o suficiente para a dissolução matrimonial.

Palavras-chave: Casamento, Divórcio, Direito potestativo, Divórcio impositivo

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the manifestation of will in the formation and extinction of the marriage bond. If the unmistakable bilateral manifestation has always been an essential element of the existence of marriage, about the dissolution of the same, it has not always been so, evolving the ordering of a stage of indissolubility to the prediction of divorce after prior separation, until the current stage in which extinction is an unconditional and unlimited right. Attentive to the constitutional principles of freedom, equality and dignity, the unilateral will of any of the nubentes is strong enough for the dissolution of marriage.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marriage, Divorce, Unconditional right, Divorce imposed

¹ Assistente Judiciário no TJSP e Professor universitário. Formado pela Universidade Mackenzie, Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre e Doutorando pela Uninove. Autor de obras jurídicas.

² Advogado e Professor Universitário. Formado pela Universidade Cidade de São Paulo, Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Mackenzie, Pós-graduado em Processo Civil pela FMU. Autor de obras jurídicas.

1. INTRODUÇÃO

Nenhuma ramificação do direito sofreu tantas modificações nas últimas décadas quanto o direito de família.

São novos arranjos familiares, o afeto substituindo a norma positivada, a vontade dos membros de uma família prevalecendo sobre a vontade do legislador, o aspecto pessoal tomando o lugar da visão exclusivamente patrimonialista, dentre outras tantas transformações relevantes.

Nesse cenário, este artigo tem por objetivo a análise da bilateralidade da manifestação de vontade na formação do vínculo matrimonial através do casamento, bem como na dissolução pelo divórcio impositivo, com manifestação unilateral.

Para isso, iniciaremos pelo casamento, traçando aspectos históricos, e, logo em seguida, analisando o tratamento, pelo legislador, da vontade dos nubentes no estabelecimento do vínculo conjugal, do início do período republicano, aos dias atuais.

No que diz respeito à dissolução do matrimônio, a evolução (e transformação) é ainda maior, partindo da indissolubilidade que se fez presente até 1977, até o divórcio como direito potestativo e ilimitado que temos hoje, passando pelo arcaico instituto da separação judicial, extinto pela emenda constitucional 66/2010.

Trataremos da possibilidade de decretação do divórcio antes mesmo da citação da parte contrária, e do direito impositivo no âmbito extrajudicial, com estudo das tentativas de implementação nos Estados de Pernambuco e Maranhão.

Valemo-nos, para tanto, do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica de obras, artigos e diplomas normativos, legais e infralegais, além do posicionamento jurisprudencial sobre os principais pontos, sempre sob a ótica do direito civil-constitucional, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e do conceito de família com lastro no respeito e afeto.

2. CASAMENTO: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

Não há ato extrajudicial mais solene que o casamento. São atos oficiais, selos e solenidades, antes e durante, e mesmo após a sua celebração.

O casamento há de resultar de uma manifestação inequívoca, desde sua preparação, com apresentação de requerimento ao oficial de registro civil e publicação de edital de proclamas.

A proteção legal do casamento extrapola os fundamentos sociais do ato, tendo justificativas legais para todas as exigências e solenidades, que procuram proteger os nubentes (e a sociedade) de eventuais nulidades ou anulabilidades relacionadas a vícios do consentimento, bem como aspectos morais atrelados a valores sociais, como na proibição do casamento entre parentes consanguíneos em linha reta e até o terceiro grau na linha colateral, ressalvada a hipótese prevista no decreto-lei 3.200/41, ou a vedação de segundas núpcias concomitantes, proteção esta que vai além da própria esfera cível, tratando o legislador penal, entre os artigos 235 e 239 do Código Penal, de crimes contra o casamento.

As raízes históricas do casamento são menos românticas do que se espera, e surgiram quase que em conjunto com a necessidade da sociedade de vida em comum. A proteção de um determinado núcleo quase sempre se iniciava com a comunhão de vida entre duas ou mais pessoas (a poligamia ainda é aceita religiosa e socialmente em diversas culturas).

Com a evolução do instituto, por diversos séculos, os casamentos foram verdadeira moeda de troca e afirmação de poder entre Estados soberanos, para a união de famílias em demonstração de poder regional e até mesmo fortalecimento e defesa de patrimônio.

A manutenção de uma determinada linhagem sanguínea também se fez como motivo de diversos casamentos, prática que trouxe diversos problemas, e até mesmo a extinção de linhagens reais por defeitos genéticos gerados por esta prática.

O Rei Carlos II da Espanha, por exemplo, foi imperador de um território que abrangia do México às Filipinas, de Madri à Itália e aos Países Baixos. Por outro lado, aprendeu a falar somente aos quatro anos de idade e a andar, apenas aos oito, além de sofrer de males como extrema fragilidade muscular, inchaços, diarreias constantes e impotência.

Carlos II não teve herdeiros, e foi o derradeiro membro de toda uma dinastia, e pesquisas concluíram que casamentos entre familiares (*inbreeding*), foram determinantes para a extinção da dinastia espanhola. (ALVAREZ; CEBALLOS; QUINTEIRO, 2009, n.p.).

No Brasil, o casamento civil só foi reconhecido como instituição legal com o Decreto 181, de 1890, ou seja, após a Proclamação da República, diploma este promulgado por Deodoro da Fonseca. Antes disso, tudo era gerido pelo direito canônico e estava ao cargo da igreja. (QUEIROZ, 2010, n.p.).

A inovação da legislação civil foi a introdução do termo ‘consentimento’ dentro do ordenamento jurídico, inovação esta que trouxe modernidade e certa autonomia aos nubentes, cuja vontade, até então, poderia ser controlada pelo poder religioso, familiar e político.

Daquela Decreto, passando pelo Código Civil Bevilacqua até o Códex Reale, muito se manteve dentro da solenidade exigida para que se concretize o casamento propriamente dito, em especial no que diz respeito à inequívoca vontade dos envolvidos.

3. O ELEMENTO VOLITIVO NO VÍNCULO MATRIMONIAL

É notável que, mesmo em uma sociedade patriarcal e com regramentos sociais que iniciavam com a imposição do homem, o Decreto 181 de 1890 já trouxesse a previsão expressa da ‘livre e espontânea vontade’, tanto do homem quanto da mulher¹.

O Código Civil de 1916 firmou ainda mais a necessidade do consentimento, da efetiva afirmação da vontade de ambos para a validade do ato, mantendo em sua solenidade palavras de obrigação ao juiz celebrante².

Em 1969, por meio do Decreto 659, o Brasil se tornou signatário da Convenção das Nações Unidas sobre o consentimento para o casamento, confirmando o tratamento já existente desde 1890³.

¹ Art. 26. No dia, hora e lugar designados, presentes as partes, as testemunhas e o official do registro civil, o presidente do acto lerá em voz clara e intelligivel o art. 7º e depois de perguntar a cada um dos contraentes, começando da mulher, si não tem algum dos impedimentos do mesmo artigo, si quer casar-se com o outro por sua livre e espontanea vontade, e ter de ambos resposta affirmativa, convidal-os-ha a repetirem na mesma ordem, e cada um de per si, a formula legal do casamento.

² Art. 194. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o official do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

³ Artigo 1:

§1 - Não se poderá contrair legalmente matrimônio sem o pleno e livre consentimento de ambos os contraentes, expressado pêlos mesmos em pessoa, depois da devida publicação, frente a autoridade competente para formalizar o matrimônio e testemunhas, de acordo com a lei.

O Código Civil de 2002 não trouxe grandes inovações no tratamento da celebração do casamento, mantendo como requisito essencial de existência a manifestação inequívoca da vontade dos nubentes.

O artigo 1.514 do Código Civil⁴, inclusive, toma a manifestação de vontade, seguida da declaração do juiz de paz, como o marco da celebração do casamento. É o momento em que a pessoa deixa de ser solteira, e passa a viver em seu enlace matrimonial.

Da leitura do dispositivo, concluímos que se não houver manifestação de vontade o casamento sequer existe, não havendo necessidade de desconstituição, mas mera declaração de inexistência. Podemos mencionar como exemplo o da coação absoluta (diferentemente da coação relativa, em que a vontade é manifestada, porém com um vício de consentimento) ou o do sujeito que, assim como alega ter feito o ator Nicolas Cage, contrair matrimônio em estado de embriaguez⁵.

O artigo 1.535, por sua vez, repete a exata redação do artigo 194 da codificação anterior⁶.

Tamanha a importância da manifestação inequívoca da intenção de casar, o artigo 1.538 do Código Civil determina que a celebração de casamento já instalada seja imediatamente suspensa se algum dos contraentes recusar a solene afirmação de sua vontade, declarar que a vontade não é livre e espontânea ou manifestar-se arrependido, e, nos termos do parágrafo único, uma vez suspensa a celebração, eventual retratação não será admitida no mesmo dia, a fim de que não reste nenhum tipo de dúvida acerca da real intenção.

Também há de se lembrar as hipóteses de anulação do casamento previstas no artigo 1.550 do Código Civil, quase em sua totalidade relacionadas a problemas na manifestação de vontade.

§2 - Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1 supra, não será necessário que uma das partes esteja presente quando a autoridade competente esteja convencida de que as circunstâncias são excepcionais e de que tal parte, frente a uma autoridade competente e de modo prescrito pela lei, tenha expressado seu consentimento, sem o haver retirado depois.

⁴ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

⁵ No ano de 2009, o ator Nicolas Cage casou-se com Erika Koike, e pediu anulação do casamento 4 dias após a celebração do mesmo em Las Vegas sob o argumento de que estava bêbado. A anulação foi negada e o casal se divorciou 69 dias após o casamento.

⁶ Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

Conforme disposto nos incisos I e II, é anulável o casamento de quem não atingiu a idade núbil, bem como o do menor de idade, maior de 16, que se casa sem autorização de um dos genitores.

Mencionada invalidade decorre da imaturidade e ausência de discernimento total para manifestação de vontade em um ato de tamanha importância, podendo o casamento ser confirmado e convalidado após a maioridade, no primeiro caso, ou ao atingir a idade núbil, com autorização de seus representantes, no segundo⁷.

Outra causa de anulação do casamento é o vício do consentimento, gerado pelo erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge ou pela coação psicológica.

Erro essencial é a situação fática da qual não tinha o cônjuge conhecimento ao contrair o matrimônio, e cuja descoberta posterior torna insustentável a manutenção da vida em comum. Ou seja, o consentimento, a manifestação de vontade, devem estar baseados na situação fática tal qual se imagina, sob pena de possibilidade de anulação do ato.

Inegável a presença da manifestação de vontade, ainda que o casamento seja celebrado por procuração.

Previsto desde os primórdios da era republicana brasileira⁸, este instrumento, outrora utilizado somente em caso fortuito, passou a ser aceito em questões mais gerais a partir do Código Civil de 1916.

Não restam dúvidas que apenas uma procuração, a um procurador que representasse os dois noivos, não era instrumento hábil para que se realizasse o casamento por procuração.

Isto importaria em cristalino conflito de interesses, afinal um procurador não representa a pluralidade na expressão vontades que se espera naquilo que o casamento representa perante a lei civil.

O procurador, portanto, seja nos casos de força maior (1890 a 1916) ou noutros casos (tratamento nos códigos de 1916 e 2002), deve estar imbuído do espírito de boa-fé, e ter a convicção plena de que seu mandato específico não contraria a vontade genuína da parte que

⁷ Art. 1.553. O menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.

⁸ Art. 44 Dec. 181/1890 – Em caso urgente e de força maior, em que um dos contraentes não possa transportar-se ao lugar da residência do outro, nem demorar o casamento, poderá o noivo impedido fazer-se representar no ato por um procurador bastante e especial para receber em seu nome o outro contraente, cuja designação certa deverá ser feita no instrumento da procuração.

representa, e que a outorga de poderes pode ser revogada até mesmo durante a celebração do matrimônio.

Ora, o mandato pode ser revogado por ato unilateral do outorgante em Comarca distante, sem condições do recebimento desta notícia pelo procurador. Ter-se-ia então uma hipótese de anulabilidade do casamento, pela falta de requisito essencial ao documento até então hábil de representação (na esfera administrativa) e pela ausência do requisito subjetivo legal do casamento: o consentimento.

Além disso, é preciso contemplar o fato de que, não cassada a procuração, o mandante, antes da celebração, ponha-se em contato direto com o outro, negando-lhe a vontade de casar. Sucede que a revogação do mandato reflete ato receptício e de efeitos ex nunc (CC, arts. 1.318 e ss.). A pergunta desborda do razoável, pois é evidente que o noivo assim informado deixará de comparecer à cerimônia nupcial ou, a ela presente, negará o consentimento motivadamente, caso em que o ato será de nenhum efeito. Se, além disso, o procurador renunciar ao mandato? Também aqui a declaração abdicativa é receptícia, determinando o art. 1.320 seja comunicada ao mandante. Mas o casamento feito pelo renunciante, mesmo antes da cientificação, é inválido, porque essa tem por propósito orientar o representado no trato de seus interesses. Por último, a constituição de novo mandatário para o mesmo escopo implica tácita revogação do primeiro contrato de representação, também ato receptício (art. 1.319). Nessa condição, o casamento será válido, prestada a anuência pelo procurador ainda insciente da cassação de seus poderes. (ALMADA, 2011, p. 313).

Toda a preocupação do legislador com a inequivocidade do consentimento demonstra a estabilidade jurídica da instituição, da sua natureza jurídica e da modernidade já presente no início da República no Brasil, quando reconhecida de plano a autonomia da vontade como requisito essencial para a realização do casamento dentro do direito brasileiro.

Para a perfeita compreensão da autonomia da vontade dentro do casamento, deve-se conceituá-lo, dirimindo questões acerca de sua efetiva natureza jurídica integrada dentro do ordenamento pátrio e integrante indissociável, até hoje, do costume civil contemporâneo.

Nos termos do já abordado artigo 1.514 do Código Civil, o casamento teria como requisito a diversidade de sexo dos nubentes, pressuposto este repetido quando da conceituação de união estável no artigo 1.723 do Código Civil⁹ e no §3º do artigo 226 da Constituição Federal¹⁰.

Entretanto, a análise do Direito Civil não pode deixar de lado o viés constitucional, e, em especial, o fundamento maior de nossa Carta Magna: a dignidade da pessoa humana.

⁹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁰ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Princípios constitucionais como a liberdade, a igualdade e a própria dignidade da pessoa humana, possuem força normativa e aplicação obrigatória.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais formam a base axiológica de nosso ordenamento, constituindo um núcleo rígido hierarquicamente superior a outras normas.

E com fundamento em tais princípios, é que a família deve ser conceituada com base no sentimento de afeto existente entre seus membros, muito mais do que em determinismos jurídicos ou biológicos.

Em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as uniões homoafetivas. Ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais. (DIAS, 2020, p. 68).

Assim, a conceituação moderna já ultrapassou os limites legais, privilegiando o costume, a doutrina e jurisprudência como sendo o casamento a união de duas pessoas com o objetivo de estabelecer plena comunhão de vida, independentemente da diversidade de sexo. À míngua de atividade legislativa sobre a matéria, os tribunais trouxeram as fontes primárias do Direito à sua efetiva aplicação, vez que não há mais sentido na manutenção da exigência da heterossexualidade do texto legal como instrumento de segregação social.

Nesse cenário, e com base em tal entendimento, em maio de 2011, o STF¹¹ e, logo na sequência o STJ, em julgamentos históricos, encerraram o assunto, com decisões ímpares, que foram seguidas até mesmo pela Suprema Corte dos EUA, alguns anos depois¹².

Casamento. Pessoas. Igualdade. Sexo. *In casu*, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi-lhes negado o pedido nas instâncias ordinárias. O Min. Relator aduziu que, nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o

¹¹ ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF.

¹² https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/26/internacional/1435327649_177772.html

casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3.º). Logo, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio (STJ, REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011).

Nesta mesma esteira de possibilidade de escape e justa negativa de vigor da lei civil, o Conselho Superior da magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde 2012, reconhece esta inovação e avanço:

Registro civil das pessoas naturais – recurso interposto contra sentença que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo – orientação emanada em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.183.378) – Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional – Recurso provido. (Apelação Cível 0010043-42.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, Rel. José Renato Nalini).

Uma vez consolidado tal entendimento pelos tribunais superiores e estaduais, o Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, editou, no ano de 2013, a Resolução 175, que veda a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo pelas autoridades competentes.

Com base em tal evolução histórica do casamento sob o ponto de vista conceitual, inegável o protagonismo assumido pela vontade, em detrimento de determinismos jurídicos, religiosos ou morais.

Quanto à natureza jurídica do casamento, são três as chamadas teorias clássicas: a teoria Institucionalista, que defende uma imposição moral, religiosa e social ao ato; a teoria contratualista, que defende constituir o casamento um contrato de natureza *sui generis*, e com regras peculiares e próprias de formação, como coabitação, procriação, e até mesmo relações íntimas; e a teoria mista, que entende ser o casamento uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação.

Para TARTUCE (2021, p. 54), a teoria eclética é a que mais se adequa ao nosso ordenamento:

Quanto à primeira corrente, entendo que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, acho exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com *conteúdo patrimonial*. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos.

O tema é controvertido e foge ao objetivo deste trabalho adentrar em tal discussão. Entretanto, o que nos interessa é notar que qualquer que seja a natureza jurídica do casamento, a vontade é elemento essencial e indisponível, seja para submeter-se ao regramento pré-estabelecido de um instituto, seja para propor e aceitar cláusulas contratuais.

Podemos então afirmar, adaptando o dito popular, que “quando um não quer, dois não se casam”.

4. DA INDISSOLUBILIDADE AO DIREITO POTESTATIVO

Marcado pela forte influência religiosa, o casamento ingressa em nosso ordenamento como um instituto sagrado e indissolúvel. Embora não seja uma criação da igreja, os valores impostos pela religião se fazem presentes na delimitação de suas regras.

Uma vez casado, não haveria remédio jurídico capaz de dissolver o vínculo matrimonial.

A indissolubilidade é característica relacionada à proteção da família considerada em seu todo, como agrupamento, proteção esta inclusive em face da vontade individual dos próprios indivíduos que a compõem.

Eventual dissolução ocorria apenas no plano fático, através do desquite (e o próprio termo traz a ideia de “não quite”, como alguém que deve alguma coisa à sociedade), não tendo o condão de, no plano jurídico, extinguir o vínculo matrimonial.

O casal não estava mais casado, mas a sociedade conjugal não se dissolvia. Restava somente o dever de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mas os desquitados não podiam casar novamente. (DIAS, 2020, p. 532).

O desquitado ficava em um verdadeiro “limbo jurídico”, em uma situação inexplicável de alguém que não é mais casado, mas também não pode se casar novamente.

A possibilidade de dissolução do enlace matrimonial só veio a ser inserida em nosso ordenamento com a emenda constitucional nº 9, de 1977, regulamentada pela lei 6.515 no mesmo ano.

A fim de obter-se a aprovação da norma junto ao legislativo, foram necessárias concessões, dentre as quais merece destaque a exigência de prévia separação judicial, pelo período de um ano, ou dois anos de separação de fato.

A separação judicial nada mais era do que o desquite nominado de forma diversa. Tratava-se de uma situação jurídica na qual, em que pese a separação do casal, permanecia o vínculo matrimonial.

O separado judicialmente não poderia, enquanto perdurasse tal condição, casar-se com outrem, sendo necessário o decurso do prazo, para extinção do vínculo através do divórcio, e só então poderia unir-se a outra pessoa em matrimônio.

Foi este o termo mediano encontrado à época para o equilíbrio dos interesses dos que defendiam a possibilidade de extinção do vínculo conjugal e os que pregavam a indissolubilidade do mesmo.

O pedido de separação judicial deveria vir acompanhado de provas de conduta do outro cônjuge que importassem em grave violação dos deveres conjugais e que tornassem insuportável a vida em comum, como por exemplo adultério, tentativa de morte, injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo, condenação por crime infamante, conduta desonrosa ou outros fatos considerados pelo magistrado como fortes o suficiente para tornar a vida em comum insustentável.

Nesta Ação, seria analisada e imputada a quem merecesse a culpa pelo fim do casamento, sofrendo o cônjuge culpado verdadeiras sanções, como a impossibilidade de ter fixada para si a guarda dos filhos menores ou de pedir alimentos que não os necessários para sua mera subsistência.

Se a família estava em processo de dissolução, haveria de ter um culpado, como se alguém praticasse um crime ou um ilícito civil.

A sentença de separação importava em separação de corpos e partilha de bens, mas não na extinção do vínculo, tanto que poderia haver o restabelecimento conjugal a qualquer tempo, sem necessidade de um novo matrimônio para unir os que se encontravam separados.

Após o período de um ano, a contar do trânsito em julgado da sentença de separação judicial, surgia então o interesse processual para o pedido de conversão da separação em divórcio, com a conseqüente extinção definitiva do vínculo conjugal.

A prévia separação judicial por um ano funcionava como um “tempo” dado pelo casal, que ficavam um ano longe um do outro, a fim de ter certeza se era o que realmente desejavam, antes da extinção do matrimônio.

Esse processo poderia ser abreviado na hipótese de pedido consensual, desde que os cônjuges já fossem casados há pelo menos um ano e fossem observados os direitos dos filhos menores.

Podemos extrair de tal norma a exigência do legislador quanto à tentativa de manterem-se casados no mínimo por um ano, evitando pedidos de separação, ainda que consensuais, sem antes ser tentada a manutenção do casamento e da família.

Outro caminho possível seria o pedido de divórcio direto quando comprovado que, muito embora não houvesse a formalização da separação judicial, o casal já não se encontrava em comunhão de vida sob o mesmo teto, mas, nesse caso, o período de separação exigido seria de dois anos, em claro estímulo à judicialização e formalização da separação.

A Constituição Federal, em sua redação original do artigo 226, §6^o¹³, repetiu o mesmo tratamento que era dado até então pelo Código Civil de 2016.

Significativa mudança, porém, foi trazida pela Emenda Constitucional 66, de 2010, a qual alterou a redação do artigo 226, §6^o, da Constituição Federal, cuja redação passou a ser simplesmente “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Percebemos que o legislador constituinte retira do texto constitucional todo e qualquer requisito para o pedido de divórcio, em especial a prévia separação ou o lapso temporal, que constavam de tal dispositivo.

Surge então o entendimento de que, não havendo qualquer requisito prévio, e nem necessidade de especificação da causa, o divórcio passa a ser um direito potestativo, sepultando o instituto da separação judicial.

5. DIVÓRCIO IMPOSITIVO

¹³ Redação orifinal do §6^o: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Em que pese a vigência dos artigos 1.571 a 1.580 do Código Civil, a regulamentar a separação judicial e a conversão desta em divórcio, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é de que a separação judicial foi extinta do nosso ordenamento com a edição da emenda constitucional 66/10 e a nova redação do artigo 226 da Constituição Federal.

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional n. 66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio, se o quiser, terá de propor o divórcio direto. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. O sentido jurídico da manutenção da separação judicial era convertê-la em divórcio, repita-se. (CUNHA PEREIRA, 2021, p. 246).

De fato, se a prévia separação era um requisito para a dissolução do vínculo conjugal, e o legislador constituinte retira esse requisito da *lex major*, o mesmo não pode persistir na legislação infraconstitucional, sempre sob a ótica do chamado direito civil constitucional.

Ainda que seja a vontade da parte, há carência de ação se proposta ação de separação judicial, por falta de pressuposto regular para desenvolvimento do processo, especificamente o interesse, pois se a separação era um caminho obrigatório para o divórcio e agora não há mais necessidade, falta interesse processual para tal pedido, podendo ser pleiteado diretamente o divórcio e a extinção do vínculo matrimonial.

Juntamente com a separação, desaparece a discussão acerca da culpa pelo término do casamento. Afinal, sempre há de se ter um culpado? Ou basta que a dissolução seja a vontade de um ou até de ambos os cônjuges? Como se avaliar a culpa? Basta a análise um único ato, como uma traição, ou estaria ao alcance do magistrado apurar todos os fatos que lentamente levaram a tal conduta? Até que ponto a vida íntima do casal deve ser levada para a mesa de audiências numa discussão de culpa?

Vício seriíssimo brasileiro é o de ainda se estruturar sobre o velho e decadente princípio da culpa. De um lado, não cabe ao Estado intervir na intimidade do casal para investigar quem é culpado e quem é inocente nesta ou naquela dificuldade supostamente invencível. (...) Dizer quem é culpado e quem não o é, quando se trata

de um relacionamento personalíssimo, íntimo e fortemente interativo como é o conjugal, chegaria a ser pedante, se antes disso não fosse sumariamente ridículo. Nem os cônjuges, eles próprios, terão muitas vezes a consciência precisa de onde reside a causa de seu malogro, quase sempre envolta da obscuridade que, em maior ou menor grau, impregna todas as relações humanas. (VILELLA, 1979, p. 189).

Outrossim, qual a relação da culpa pelo término do casamento e as punições? O culpado pela separação não teria mesmo condições de exercer a guarda dos filhos? Ou a pessoa pode ser um péssimo marido ou esposa, mas um excelente pai ou mãe, e vice-versa? E o interesse do menor, previsto constitucionalmente, não deve estar acima do que uma punição aplicada ao cônjuge considerado culpado?

O fim da separação materializado em norma constitucional, vincula o legislador infraconstitucional, de forma que inaplicáveis os dispositivos do Código Civil, assim como também devem ser declarados inconstitucionais os artigos do Código de Processo Civil que remetem à separação judicial.

Em outras palavras, se o novo texto do § 6º do artigo 226 retirou de seu corpo a expressão “separação judicial”, como mantê-la na legislação infraconstitucional, ou até mesmo reproduzi-la no CPC 2015? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica Constitucional tem de ser colocada em prática, e isso compreende suas contextualizações política e histórica. Aliás, conforme orientação emanada do próprio Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade, seja ela material, seja formal, deve ser averiguada frente à Constituição que estava em vigor no momento da elaboração e edição dessa norma jurídica. Logo, sob o prisma da Constituição de 1988, o CPC/2015 traz consigo uma inconstitucionalidade, por ressuscitar o anacrônico e antiquado instituto da separação judicial. (CUNHA PEREIRA, 2021, p. 250).

A extinção da separação e da discussão acerca da culpa parece seguir uma tendência de menor intervenção estatal nas questões familiares, passando a ser admitida a pluralidade de formas, e não apenas formatos pré-definidos, estando o conceito de família muito mais ligado ao afeto existente entre os membros do que a lei que tente conceituar ou enumerar desenhos familiares.

A liberdade do indivíduo resta assegurada. Ele constituirá família no formato que quiser, com quem quiser, observadas pequenas limitações quanto à validade do casamento, e agora, também poderá desconstituir o vínculo quando bem entender, sem qualquer requisito ou obrigatoriedade de explanação dos motivos que o levam a tanto.

Também se busca garantir o direito à própria felicidade. Se o indivíduo não satisfaz um grau que entenda aceitável de felicidade no âmbito familiar, ninguém pode impedi-lo de desatar os nós que o amarram e buscar a felicidade em um verdadeiro recomeço.

Em que pese a redação do artigo 226 da Constituição Federal, a proteção da família só faz sentido se tiver como fim último a dignidade, a felicidade, a liberdade e proteção dos

membros que a compõem. A família, ao contrário do ser humano, não é um fim em si mesmo. O homem, por sua vez, não pode ser um mero meio para a proteção de um agrupamento, sem qualquer preocupação com a felicidade individual. Foi-se o tempo da indissolubilidade do casamento, e também o tempo de um burocrático processo para dissolução do vínculo.

Sem qualquer requisito ou análise de mérito do pedido, o divórcio passa a ser um direito potestativo.

GOMES (1999, p. 118), citando Chiovenda, ensina que

direitos potestativos consistem no poder do titular de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa ou deva fazer algo, senão sujeitar-se, como, v.g., o poder de revogar a procuração, de ocupar *res nullius*, de pedir a divisão da coisa comum, de despedir empregado. Por declaração unilateral de vontade, o titular cria, modifica ou extingue situação jurídica em que outros são diretamente interessados.

O termo "direito potestativo" advém do latim *potestativus*, que significa revestido de poder, e é utilizado para indicar o direito de alguém, cujo exercício depende exclusivamente da vontade de seu titular.

Na outra ponta da relação, temos alguém que se encontra em estado de sujeição, que sofrerá os efeitos do exercício do direito potestativo sem que nada possa fazer para impedir.

Nesse sentido é que defendemos que o direito ao divórcio é atualmente um direito potestativo, encontrando-se o outro cônjuge em estado de sujeição, nada podendo fazer para impedir o divórcio se esta é a vontade da outra parte.

Em se tratando de um direito potestativo, e não havendo defesa capaz de elidir a pretensão do autor, entendemos que o divórcio pode ser concedido de plano, antes mesmo da citação da parte contrária.

Refuta-se, desde já, o argumento de que tal decisão violaria o contraditório, pois na verdade não há qualquer prejuízo, pois o divórcio será concedido com base única e exclusivamente na manifestação de vontade do autor, titular do direito potestativo.

Tal possibilidade encontra guarida na tutela provisória baseada na evidência¹⁴, a qual dispensa o requisito da urgência, ou, em nosso entendimento até de forma mais adequada, no

¹⁴ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

juízo antecipado parcial do mérito, previsto no artigo 356 do Código de Processo Civil¹⁵.

Nesse sentido, já se manifestaram alguns tribunais pátrios:

TJ/SC - AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA PARA A DECLARAÇÃO DO DIVÓRCIO. INSURGÊNCIA DA AUTORA. INCONFORMISMO RELATIVO AO INDEFERIMENTO DO PLEITO LIMINAR PARA A OFICIALIZAÇÃO DO ROMPIMENTO DO VÍNCULO MATRIMONIAL POR MEIO DO DIVÓRCIO. ACOlhIMENTO. DIREITO POTESTATIVO. INEQUÍVOCA INTENÇÃO DE PÔR FIM AO MATRIMÔNIO. DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO QUE SE IMPÕE. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 226, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS DO ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CUMPRIDOS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Agravo de Instrumento n. 4024058-92.2019.8.24.0000, Relator: Carlos Roberto da Silva, de Blumenau, Sétima Câmara de Direito Civil, Julgado em: 06/08/2020).

TJ/SP - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de divórcio - Insurgência contra decisão que, em sede de tutela antecipada, indeferiu a decretação do divórcio - Alegação do agravante de que o divórcio constitui direito potestativo, salientando que não há que se falar em prejuízos aos menores envolvidos já que os alimentos devidos à filha do casal foram estabelecidos, inclusive com a emissão de ofício ao seu empregador - Acolhimento - Com o advento da EC 66/2010, o decreto do divórcio, direito potestativo, passou a ser permitido liminarmente, com a concessão da tutela de evidência prevista no Artigo 311, do Código de Processo Civil - Requisitos presentes - Decisão reformada para decretar o divórcio do casal, prosseguindo-se o feito com relação às demais questões - Recurso provido. (TJ-SP - AI: 22156792720208260000 SP 2215679-27.2020.8.26.0000, Relator: Clara Maria Araújo Xavier, Data de Julgamento: 14/12/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/12/2020).

Também nessa linha, vale a transcrição de Enunciados do Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Conselho da Justiça Federal, aprovado este último na VII Jornada de Direito Civil:

Enunciado 18 IBDFAM - Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

¹⁵ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 .

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

Enunciado 602 CJF - Transitada em julgado a decisão concessiva do divórcio, a expedição do mandado de averbação independe do julgamento da ação originária em que persista a discussão dos aspectos decorrentes da dissolução do casamento.

Dessa forma, havendo outros pedidos, como partilha de bens, guarda de menores ou alimentos, o divórcio é decretado de plano, antes mesmo da citação, prosseguindo o processo tão somente quanto aos demais pedidos.

Por outro lado, caso o divórcio seja o único pedido, entendemos que o feito deve ser julgado de plano, com reconhecimento da procedência da Ação, e posterior intimação da parte contrária a fim de que se dê ciência da dissolução do vínculo matrimonial, sendo importante ressaltar que, mesmo nesse caso, nada impede posterior propositura de Ação para discussão de outras questões, inclusive partilha de bens, não havendo, de fato, qualquer prejuízo ao contraditório pelo sentenciamento do feito antes da citação.

Ora, se não há qualquer obstáculo que possa ser apresentado pela parte contrária, sentenciando o feito de plano, pelo menos em relação ao pedido de divórcio, por que não permitir a realização de tal procedimento extrajudicialmente?

Em 2019, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Pernambuco, por meio do Provimento 06/2019, regulamentou aquilo que chamou de “divórcio impositivo”.

O artigo 1º do Provimento ditava que “qualquer dos cônjuges poderá requerer, perante o Registro Civil, em cartório onde lançado o assento do seu casamento, a averbação do seu divórcio, à margem do respectivo assento, tomando-se o pedido como simples exercício de um direito potestativo do requerente”.

Tal medida, independia da presença do outro cônjuge, que era tão somente notificado, com previsão inclusive de notificação editalícia caso não fosse encontrado.

“Qualquer questão relevante de direito a se decidir, no atinente a tutelas específicas, alimentos, arrolamento e partilha de bens, medidas protetivas e de outros exercícios de direito, deverá ser tratada em juízo competente, com a situação jurídica das partes já estabilizada e reconhecida como pessoas divorciadas”, conforme artigo 4º do mesmo diploma.

Seguindo a mesma trilha, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão editou o Provimento 25/2019, dando exatamente o mesmo tratamento que o havia dado o tribunal pernambucano.

Entretanto, ainda no ano de 2019, o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação 36/2019, vedou a regulamentação do divórcio impositivo no âmbito dos

tribunais estaduais e distrital, sob o fundamento de que tal regulamentação invadiria a competência constitucional da União para legislar sobre direito civil e processo civil, além de ferir a isonomia, ao conceder tal possibilidade em alguns Estados, e não em outros.

Assim, sendo, caberá ao legislador permitir a desjudicialização, tendência esta já observada em diplomas anteriores, que permitem o procedimento de usucapião, de inventário e de divórcio consensual extrajudicialmente, pois não há de subsistir a necessidade de um pronunciamento do já sobrecarregado judiciário quando o direito é potestativo e incondicional, como o é o divórcio.

A medida demanda urgência e deve ser facilitada, pois, novamente, trazendo o dito popular ao aspecto jurídico, atualizando-o, “quando um não quer, dois não permanecem casados”.

6. CONCLUSÃO

O consentimento é elemento essencial de existência do casamento.

A exigência da manifestação inequívoca dos nubentes sempre esteve presente na legislação pátria, do Decreto 181, de 1.890, ao Código Civil atual, passando pelo Código de 1916. Casamento sem manifestação de vontade é inexistente, e com vontade viciada é inválido.

A vontade ganha protagonismo também na escolha do modelo familiar, na visão constitucional do direito civil, arraigada nos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, em oposição ao modelo matrimonial heterossexual determinado pela norma positivada.

Se até 1977 o casamento estabelecia um vínculo indissolúvel, a partir da emenda constitucional nº 9, regulamentada pela lei 6.515/77, a vontade ganha força, e aqueles que não desejassem mais permanecer casados, poderiam pôr fim ao matrimônio, após prévia separação judicial.

Em 2010, com a edição da emenda constitucional 66, o legislador constituinte retira do texto constitucional a exigência da prévia separação judicial para decretação do divórcio, que pode ser pleiteado a qualquer momento, sem qualquer atribuição de culpa a qualquer dos

cônjuges, e sem necessidade de explicitação do motivo, passando o divórcio a ser um direito potestativo e incondicional.

Proposta uma Ação de divórcio, não há nenhum óbice que possa ser apresentado pela parte requerida para impedir a decretação. Pode haver discussão acerca de outros pontos, como partilha de bens, ou questões atinentes a filhos menores, mas o divórcio é direito potestativo, bastando a vontade de um dos nubentes para a dissolução.

Por tal razão, é que defendemos que o divórcio possa ser decretado de plano, com julgamento, total ou parcial, do mérito antes mesmo da citação, vez que inexistente qualquer risco ao contraditório, pois em relação ao divórcio não há qualquer defesa possível que impeça a decretação.

Defendemos, por fim, a regulamentação, em âmbito legislativo, do divórcio impositivo em âmbito extrajudicial, como uma forma de facilitação da concretização da vontade, além de um instrumento de desjudicialização no combate à crise numérica de feitos em trâmite no Judiciário.

Concluimos, dessa forma, que, se na celebração do casamento é indispensável a manifestação bilateral de vontade, no divórcio, basta a vontade unilateral, ou, em outros termos, a vontade de casar e constituir família não é exigida tão somente na formação do vínculo matrimonial, mas em cada dia da vida conjugal.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. Consentimento matrimonial. In: *Doutrinas essenciais família e sucessões*, vol. 2, p. 307-314. Org.: Yussef Said Cahali e Francisco José Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVAREZ, Gonzalo; CEBALLOS, Francisco C.; QUINTEIRO, Celsa. *The Role of Inbreeding in the Extinction of a European Royal Dynasty*. San Francisco: PLoS ONE, 2009. Disponível em <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0005174> Acesso em 17 de setembro de 2021.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito das famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. *O direito de família no Brasil-Império*. Belo Horizonte: Ibdfam, 2010. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/687/O+Direito+de+Fam%C3%ADlia+no+Brasil-Imp%C3%A9rio> Acesso em 19 de setembro de 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VILELLA, João Batista. *Separação, Divórcio e Concubinato*, Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça, 1979.