Aspectos constitucionais

Considerando que o casamento tem como fator elementar a manifestação livre de vontade de permanecer casado, também é plenamente assegurado o direito de não permanecer casado.

É o que garante o art. 226, § 6º, da CRFB/88 ao determinar que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio. A redação é recente e foi dada pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010.

O divórcio é um direito potestativo, isto é, exercível independentemente da vontade da outra parte, e extintivo, porque coloca fim ao casamento.

Sistema de dissolução do casamento

Sistema dualista

As causas dissolutivas atacam somente a sociedade conjugal, como o fim dos deveres recíprocos e do regime de bens, mas com manutenção do vínculo matrimonial. A separação é um exemplo de causa dissolutiva.

Já as causas terminativas, que culminam na extinção de deveres recíprocos, regime de bens e vínculo matrimonial, são a morte e o divórcio.

A doutrina critica o sistema dualista por ser ilógico, apresentar classificação inútil e reconhecer uma impossibilidade de casamento da pessoa separada que não existe mais.

Sistema unitário

O sistema unitário é resultado da superação do sistema binário, por meio da Emenda Constitucional n. 66, de 2010, que é defendido pela maioria da doutrina e da jurisprudência.

Esse modelo é adepto da dissolução facilitada do casamento, o que equivaleria ao divórcio direto, o qual considera a ausência de base afetiva que deveria sustentar a relação.

A separação ainda existe?

O art. 731 do CPC/2015 regula a homologação do divórcio ou da separação consensual, o que indica que esse instituto ainda subsiste. Da mesma forma, a jurisprudência aceita a separação em determinados casos.

Já a doutrina é bastante crítica a esse respeito e afirma que não há utilidade em manter esse instituto no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o STF afirma:

> Tema 1053 - Após a promulgação da EC nº 66/2010, **a separação judicial não é mais requisito para o divórcio nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico.** Sem prejuízo, **preserva-se o estado civil das pessoas que já estão separadas,** por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de **ato jurídico perfeito** (art. 5º, XXXVI, da CF).

A separação consensual

Caso cônjuges casados por mais de um ano desejem mutuamente a separação, deverão manifestar essa intenção em juízo para que haja homologação dessa convenção. É o que se denomina separação consensual.

O juiz poderá negar a decretação da separação judicial se apurar que a convenção não preserva os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

A condição de ficar casado por pelo menos um ano vai na contramão do direito de não permanecer casado e desafia a autonomia da vontade dos cônjuges, sendo objeto de inúmeras críticas da doutrina.

A separação litigiosa

Separação-sanção

O art. 1.572 do CC determina que qualquer cônjuge poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

O dispositivo é complementado pelo art. 1.573 do CC que exemplifica situações que impossibilitam a comunhão de vida, tais como adultério, tentativa de homicídio do outro cônjuge, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal por 1 ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa.

O rol desse dispositivo é exemplificativo, podendo o juiz considerar outros fatos que evidenciem a impossibilidade de vida em comum.

Separação-falência

O art. 1.572, § 1º, do CC estabelece que a separação judicial pode ser pedida mediante prova de ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de reconstituição.

Separação-remédio

Também será possível requerer a separação judicial quando o outro cônjuge estiver acometido por doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a vida em comum e, após dois anos, tenha sido reconhecida como de cura improvável.

Nessa modalidade, é garantido ao cônjuge enfermo os remanescentes dos bens que levou para o casamento e, se o regime de bens adotado permitir, metade dos bens adquiridos na constância do casamento.

A disposição é polêmica, porque suscita dúvidas quanto ao desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Separação de corpos

Como primeira medida em caso de insuportabilidade da vida em comum, existe a possibilidade de requerer judicialmente a separação de corpos, que deverá ser concedida em caráter emergencial. O art. 1.562 do CC atesta que essa medida poderá ser movida antes da ação de nulidade do casamento, da anulação, da separação judicial, do divórcio direto ou da dissolução de união estável. Contudo, para tanto, é preciso comprovar a sua necessidade.

A separação de corpos terá os mesmos efeitos da separação, como cessação do regime de bens do casamento, extinção de deveres recíprocos, e término do direito sucessório.

Essa medida poderá ser utilizada para evitar o retorno de um cônjuge ao lar antigo comum e é entendida por Rolf Madaleno como “o direito de estar só”.

Apesar de ter cunho preventivo, a medida de separação de corpos não envolve necessariamente violência doméstica. Isso porque, para além da integridade física, o instituto visa a proteger os direitos da personalidade do cônjuge que pode escolher ficar sozinho.

A separação de fato: teoria da aparência ou teoria da primazia da realidade

A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos matrimoniais, não se aplicando ao caso da pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Há entendimento jurisprudencial de que a separação de fato rompe o regime de bens, independentemente do transcurso de qualquer prazo.

> “CIVIL E PROCESSUAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. REQUERIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA POSTERIOR AO ROMPIMENTO DE FATO DA RELAÇÃO CONJUGAL. EFEITOS. TITULAÇÃO DE ÁREA DE TERRAS. CONSIDERAÇÃO, BASEADA EM EXAME DOCUMENTAL, DE AQUISIÇÃO DE PARCELA. I. A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ.” (STJ, Ac. 4ª T. Resp. 32.218/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr, DJ 3.9.01, p. 224, RT 796:200).

Dissolução pela morte

A morte cerebral, a morte presumida sem ausência (ou morte real sem cadáver), e a morte presumida com ausência, após reconhecimento da morte presumida por decisão judicial (viúvo

presumido), operam a dissolução do casamento.

Divórcio

O divórcio prescinde de maiores formalidade e, até por isso, é o instituto mais utilizado atualmente. A medida se baseia na autodeterminação e nos vínculos afetivos atrelados à manifestação da vontade.

O único requisito da Emenda Constitucional n. 66, 2010, é o desafeto, ou seja, a falta de vontade de permanecer casado. Não há lapso temporal específico para que o divórcio ocorra.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

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

Os meios de obtenção do divórcio são: (i) judicial ou (ii) administrativo, por escritura pública, quando não houver direito de incapaz.

> OBSERVAÇÃO: O CNJ, em decisão no Pedido de Providências 0001596-43.2023.2.00.0000, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), determinou que é possível o divórcio administrativo ou extrajudicial, MESMO COM filhos menores envolvidos, deixando para a esfera judicial os temas de guarda, alimentos e convivência familiar.

Os efeitos do divórcio são a modificação do estado civil dos cônjuges para divorciados. A extinção do vínculo conjugal, sendo que o casal somente retomará a conjugalidade por meio de novo casamento.

Diferentemente do divórcio, na separação é possível restabelecer o vínculo conjugal, porque ele nunca foi efetivamente rompido.

Não há prazo extintivo para o exercício de direito de se divorciar.

Importa destacar que o divórcio tem efeito entre os cônjuges, mas nunca entre qualquer dos cônjuges e a prole. O divórcio não extingue a responsabilidade pelo sustento, guarda e cuidado com os filhos.

A Emenda Constitucional n. 66, de 2010, marca o fim do regime diferenciado entre divórcio por conversão e divórcio direto.

O divórcio judicial será aperfeiçoado com o trânsito em julgado da sentença.

A sentença de divórcio deve ser registrada no cartório de pessoas naturais onde foi assentado o registro de casamento, para efeitos perante terceiros.

Já o divórcio administrativo será operado por meio de escritura pública devidamente averbada.

Divórcio judicial consensual

O art. 731 do CPC prescreve que a homologação do divórcio ou da separação consensuais poderá ser requerida por petição assinada por ambos os cônjuges.

Essa petição deverá conter:

- descrição e partilha dos bens comuns;
- pensão alimentícia entre os cônjuges;
- guarda dos filhos incapazes;
- regime de visitas aos filhos incapazes;
- valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Caso não haja concordância sobre a partilha dos bens, ela poderá ser realizada após a homologação do divórcio, em respeito ao direito de não permanecer casado.

Divórcio consensual administrativo

Já o divórcio consensual administrativo está previsto no art. 733 do CPC. As condições para esse instituto são:

1. consenso entre os cônjuges sobre o desejo de não permanecerem casados; e
2. inexistência de nascituro ou filhos incapazes.

> OBSERVAÇÃO: O CNJ, em decisão no Pedido de Providências 0001596-43.2023.2.00.0000, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), determinou que é possível o divórcio administrativo ou extrajudicial, MESMO COM filhos menores envolvidos, deixando para a esfera judicial os temas de guarda, alimentos e convivência familiar.

Essa modalidade será realizada por escritura pública, que não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro e para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

O art. 733, § 2º, do CPC impõe a necessidade de presença de advogado ou de defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. Caso esse requisito não seja cumprido, o tabelião não lavrará a escritura.

Divórcio litigioso

O divórcio litigioso ocorrerá quando não houver consenso entre as partes sobre questões relacionadas ao divórcio, como, por exemplo, questões relacionadas aos filhos e aos bens do casal.

Tendo em vista que o divórcio é direito potestativo extintivo, não existe controvérsia sobre a concessão desse divórcio, mas sim quanto aos elementos subjacentes da dissolução.

Aspectos do divórcio e da separação

Tanto o divórcio quanto a separação têm natureza personalíssima e geram efeitos sociais, pessoais e patrimoniais.

Os efeitos patrimoniais são transmissíveis pela morte de uma das partes.

É possível haver divórcio post mortem, caso haja interesse, por exemplo, em passar ao estado civil de divorciado, e não viúvo.

É inadmissível a intervenção de terceiros, incluindo o Ministério Público, que só integrará o feito se estiverem envolvidos interesses de incapaz na decisão de efetuar o divórcio.

Em respeito à autonomia da vontade, o Código de Processo Civil de 2015 eliminou a audiência de reconciliação e de ratificação. Entretanto, é possível realizar mediação para decidir questões anexas, mas não o mérito de se deverá haver ou não o divórcio, já que essa decisão incumbe unicamente aos cônjuges.

Atualmente, não há foro privilegiado da mulher, em razão da igualdade entre os cônjuges.

A competência do foro para ações de divórcio e separação está prevista no art. 53 do CPC. Vejamos:

> Art. 53. É competente o foro: I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável: a) de domicílio do guardião de filho incapaz; b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz; c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal; d) de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha); II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos; III - do lugar: a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica; b) onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu; c) onde exerce suas atividades, para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica; d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento; e) de residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto; f) da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício; IV - do lugar do ato ou fato para a ação: a) de reparação de dano; b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios; V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

Mesmo após o divórcio ou a separação é possível manter o sobrenome de casado, porque o nome tem natureza personalíssima.