



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO  
SISTEMA DE JUSTIÇA  
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

**SARAH SOUSA SAAD**

**DIVÓRCIO IMPOSITIVO: DA AUTONOMIA PRIVADA À DIGNIDADE HUMANA**

São Luís

2022

**SARAH SOUSA SAAD**

**DIVÓRCIO IMPOSITIVO: DA AUTONOMIA PRIVADA À DIGNIDADE HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do título de mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Sérgio Velten Pereira

São Luís

2022

**Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA**

Saad, Sarah Sousa

Divórcio impositivo: Da autonomia privada à dignidade humana./ Sarah Sousa Saad. - 2022.  
136 f.

Orientador: Paulo Sérgio Velten Pereira

Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Universidade Federal do Maranhão, 2022.

1. Autonomia privada. 2. Divórcio impositivo. 3. Desjudicialização. 4. Serventias extrajudiciais. I. Pereira, Paulo Sérgio Velten. II. Título

**SARAH SOUSA SAAD**

**DIREITO IMPOSITIVO: DA AUTONOMIA PRIVADA À DIGNIDADE HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do título de mestre em em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Aprovada em:        /        /

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Paulo Sérgio Velten Pereira** (Orientador)  
Doutor em Direito  
Universidade Federal do Maranhão

---

**Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso** (Examinador)  
Doutor em Direito  
Universidade Federal do Maranhão

---

**Prof. Dr. Zenildo Bodnar** (Examinador)  
Doutor em Direito  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

## AGRADECIMENTOS

Por muitas vezes, ao passar pela Rua do Sol, deparava-me contemplando o prédio do mestrado em Direito da UFMA. Certa vez, em uma dessas ‘passadas’ defronte ao prédio que tanto me inspirava, pensei: “e por que não?”. O mestrado era um dos sonhos que carregava comigo! Decidida a enfrentar todos os obstáculos, me inscrevi no seletivo.

O primeiro obstáculo enfrentado eram os comentários das pessoas: “vais tentar o mestrado?”, “tu vais ganhar o quê com a aprovação?”, “tens que estudar para concursos!”. O segundo obstáculo, e não menos desafiador: meus medos! Pensamentos como “e se eu não conseguir?”, “e se os outros tiverem certos?”, “e se realmente eu tenho que estudar para concursos?”.

Tantos “e se” poderiam me fazer desistir, mas havia comigo algo muito maior: a vontade. Movida por esse combustível estimulador, segui em frente, mal sabendo que esse elemento tão importante para o direito seria foco do meu tema de pesquisa. O mestrado em direito representou algo muito além da aprovação. Se, por um lado, viam-se desafios, medos e dificuldades, por outro, via-se fé, confiança e, acima de tudo, superação! Mais uma vez, movida pela vontade, escolhi que lado olhar, e consegui! É como diz a canção “os sonhos não envelhecem!”.

A aprovação no mestrado trouxe também algo inesperado: a pandemia. O desejo latente de estar na companhia dos professores e amigos foi substituído pela expectativa em dividir as telinhas diretamente dos nossos lares. Estávamos diante do novo. Fiz parte dessa história. E aqui começam os meus agradecimentos.

Em primeiro lugar, quero agradecer a Deus, por sempre iluminar meu caminho, por segurar minha mão e mostrar que sou capaz e que, sim, posso conquistar tudo que quiser. Agradeço, principalmente, ao meu pai Ibrahim, que me ensinou os valores morais, amigo de todas as horas, apoiando-me, incentivando e aconselhando sempre a ouvir a voz do coração.

À minha filha, Gabriella, minha boneca charmosa, que trouxe luz para o meu mundo, ensinado-me a ser mãe todos os dias.

Sou grata ao meu orientador, professor Dr. Paulo Sérgio Velten Pereira que, mesmo diante das dificuldades da pandemia, mostrou-se presente em todos os momentos. O professor Velten me ensinou a enxergar uma outra perspectiva do direito. Ensinou-me a ter o verdadeiro olhar de pesquisadora, ou seja, a capacidade de observar o que está acontecendo no mundo da vida, enfatizando a importância de não estarmos alheios aos fatos contemporâneos, a fim de que a pesquisa possa contribuir com o sistema de justiça.

Os meus sinceros agradecimentos a todos os demais professores, especialmente Dr. Roberto Carvalho Veloso, Dra. Meryl Marylyne Renee Thiel, Dr. Paulo de Tarso Brandão e Dr. Newton Pereira Ramos.

Agradeço ao titular do 1º Ofício do município de Lago da Pedra -MA, Cristiano de Lima Vaz Sardinha, que desde o início da minha pesquisa mostrou-se sempre solícito a demonstrar um pouco da realidade das serventias extrajudiciais, enfatizando a importância da área na colaboração com a sociedade e com o sistema de justiça.

Quero deixar os meus sinceros agradecimentos a todos os amigos e companheiros de aulas e demais atividades durante os dois anos de formação no mestrado em direito e instituições do sistema de justiça. Nós fizemos história!

*“Sonãr el sueño imposible. Correr donde los valientes no se atrevieron. Alcanzar la estrella inalcanzable. Esa es mi búsqueda. Esse es mi destino.”*

Miguel de Cervantes

## RESUMO

O presente trabalho visa problematizar a não concordância de um dos cônjuges, impedindo a dissolução do vínculo conjugal por meio do divórcio. De início, apresentam-se considerações sobre o percurso metodológico da pesquisa, situando-a na análise bibliográfica e documental do tipo exploratória, abordagem qualitativa, raciocínio dedutivo e análise de conteúdo a fim de analisar o objeto de pesquisa: garantir a facilitação da reconstituição da vida do indivíduo após o encerramento da vida conjugal, por meio do divórcio impositivo. A hipótese é que o indivíduo, submerso no círculo de garantia de sua autonomia privada, produzirá o direito que irá reger as relações futuras de sua vida. Logo, findada a relação conjugal, esse indivíduo, por meio do divórcio impositivo, realizado pelas serventias extrajudiciais, poderá exercer o seu direito potestativo, regulamentado pela própria autonomia privada, refazendo sua vida e não mais permanecendo casado. Estrutura-se a investigação no objetivo geral de analisar o instituto do divórcio impositivo como fenômeno garantidor da regularização da vida do indivíduo com o fim do relacionamento conjugal, e nos objetivos específicos de discorrer sobre a autonomia privada no divórcio; analisar o instituto do divórcio impositivo e compreender em que medida o divórcio impositivo pode contribuir com as instituições do Sistema de Justiça. A presente pesquisa justifica-se por analisar o divórcio impositivo como instituto que visa garantir o pleno exercício da autonomia privada, afim de que a vontade desse sujeito possa ser tutelada pelo Estado; justifica-se, também, pela perspectiva do instituto como um modelo jurídico moderno, capaz de dar soluções adequadas para as demandas sociais atuais; por fim, diante do divórcio impositivo enfatiza-se a relevância das serventias extrajudiciais para o sistema de justiça, tendo em vista que a realização do instituto será, caso aprovado, nas vias extrajudiciais. A partir dos resultados da pesquisa, confirma-se a hipótese, constatando-se que, sendo aprovado o divórcio impositivo, o indivíduo, dentro do espaço cedido pelo Estado, produzirá para si, a lei que irá regulamentar a sua vida, ou seja, terá a sua vontade tutelada. Com isso, findada a relação conjugal, esse sujeito, por meio do divórcio impositivo, poderá exercer o seu direito potestativo, regulamentado pela própria autonomia privada, refazendo sua vida e não mais permanecendo casado. A conclusão geral é que a aprovação do divórcio impositivo facilitará não só o trâmites do referido instituto, mas, acima de tudo, a regulamentação da vida do indivíduo ao se divorciar.



Palavras-chave: autonomia privada; divórcio impositivo; desjudicialização; dignidade humana; serventias extrajudiciais.

## **ABSTRACT**

The present work aims to problematize the non-agreement of one of the spouses, preventing the dissolution of the marital bond through divorce. At the beginning, considerations about the methodological course of the research are presented, placing it in the bibliographic and documentary analysis of the exploratory type, qualitative approach, deductive reasoning and content analysis in order to analyze the research object: to guarantee the facilitation of the reconstitution of the life of the individual after the end of the conjugal life, through the imposition of divorce. The hypothesis is that the individual, submerged in the circle of guarantee of his private autonomy, will produce the law that will govern the future relationships of his life. Therefore, once the marital relationship is over, this individual, through the imposition of divorce, carried out by the extrajudicial services, will be able to exercise his potestative right, regulated by his own private autonomy, rebuilding his life and no longer staying married. The investigation is structured in the general objective of analyzing the institute of imposing divorce as a phenomenon that guarantees the regularization of the individual's life with the end of the marital relationship, and in the specific objectives of discussing private autonomy in divorce; analyze the institute of tax divorce and understand to what extent tax divorce can contribute to the institutions of the Justice System. The present research is justified by analyzing the imposition of divorce as an institute that aims to guarantee the full exercise of private autonomy, so that the will of this subject can be protected by the State; it is also justified by the perspective of the institute as a modern legal model, capable of providing adequate solutions for current social demands; Finally, in view of the imposition of divorce, the relevance of extrajudicial services to the justice system is emphasized, given that the realization of the institute will, if approved, be carried out in extrajudicial ways. From the results of the research, the hypothesis is confirmed, noting that, if the impositonal divorce is approved, the individual, within the space provided by the State, will produce for himself, the law that will regulate his life, that is, your will will be protected. With this, once the marital relationship is over, this subject, through the imposition of divorce, will be able to exercise his potestative right, regulated by his own private autonomy, rebuilding his life and no longer staying married. The general conclusion is that the approval

of the imposition of divorce will facilitate not only the procedures of the aforementioned institute, but, above all, the regulation of the individual's life upon divorce.

Keywords: private autonomy; impositive divorce; desjudicialization; human dignity extrajudicial services.

## LISTA DE SIGLAS

ARENA-PR	Aliança Renovadora Nacional do Paraná
ANOREG	Associação de Notários e Registradores
CF	Conselho Federal
CNB	Colégio Notarial do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MDB-RJ	Movimento Democrático Brasileiro do Rio de Janeiro
ONU	Organização das Nações Unidas
PMDB-RJ	Partido do Movimento Democrático Brasileiro do Rio de Janeiro
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>DO CASAMENTO</b> .....	14
<b>2.1</b>	<b>Antecedentes históricos</b> .....	14
<b>2.2</b>	<b>Natureza jurídica do matrimônio</b> .....	17
<b>2.3</b>	<b>Extinção do casamento</b> .....	18
<b>3</b>	<b>EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO</b> .....	20
<b>3.1</b>	<b>As primeiras legislações do divórcio</b> .....	20
<b>3.2</b>	<b>As primeiras aparições do Instituto do Divórcio no Brasil</b> .....	33
<b>3.3</b>	<b>Das proposições divorcistas no parlamento</b> .....	43
<b>3.4</b>	<b>O Código Civil de 1916 e o desquite</b> .....	51
<b>3.5</b>	<b>Da promulgação da Lei do Divórcio ao Código Civil de 2002</b> .....	56
<b>4</b>	<b>A AUTONOMIA PRIVADA NO DIVÓRCIO</b> .....	63
<b>4.1</b>	<b>Da autonomia da vontade para a autonomia privada</b> .....	63
<b>4.2</b>	<b>Da autonomia privada</b> .....	73
<b>4.3</b>	<b>A autonomia privada e o divórcio</b> .....	82
<b>4.4</b>	<b>Do divórcio extrajudicial</b> .....	88
<b>5</b>	<b>DO DIVÓRCIO IMPOSITIVO</b> .....	92
<b>5.1</b>	<b>Da desjudicialização absoluta do divórcio</b> .....	92
<b>5.2</b>	<b>Das serventias extrajudiciais</b> .....	102
<b>5.3</b>	<b>O divórcio impositivo e o fenômeno da desjudicialização</b> .....	110
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	120
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	123

## 1 INTRODUÇÃO

A vontade sempre teve um relevante papel para o direito. Na qualidade de único ser dotado de razão, o homem age com inteligência sempre visando proteger seus próprios interesses, uma vez que é o regulador de sua vida íntima e privada. A ideia do homem como ser racional dá ao mundo jurídico a possibilidade de regulamentar a vontade do indivíduo. A autonomia da vontade surge como um dos pilares da dignidade humana, concedendo ao ser humano a tutela de seus próprios desejos.

Na qualidade de ser racional, o homem demonstra ser capaz de escolher o que melhor lhe convém para viver em sociedade. Por meio de sua vontade, irá criar para si os regulamentos capazes de garantir o seu bem-estar. Pode-se dizer que o indivíduo não é movido por outros interesses que não sejam os seus. Assim, a evolução jurídica acompanha a realidade dos fatos históricos e concede ao homem a possibilidade de ter o seu “querer”, dentro de uma margem de proteção concedida pelo Estado. É nesse momento, que se percebe a necessidade de interpretação e aplicação do princípio da dignidade humana, uma vez que o mundo jurídico volta seu olhar para o ser humano, único ser dotado de razão, ou seja, capaz de ter a sua vontade juridicamente tutelada.

A autonomia da vontade surge com base nos ideais advindos da Revolução Francesa, na perspectiva Iluminista de que o direito cuida da liberdade do indivíduo e confere a este cada vez mais segurança no tocante a esse direito fundamental. A vontade passa a ser considerada como um elemento relevante capaz de criar, extinguir ou modificar relações. O homem, no centro das relações, irá agir com liberdade em busca da criação, extinção e modificações de seus desejos.

Em um período de forte liberalismo poder-se-ia contratar o que quisesse, uma vez que representava o máximo do exercício da autonomia. A vontade era o domínio do mundo. No entanto, o devir social aponta para uma mudança de rótulo da autonomia da vontade, passando a sofrer limitações. A ideia de falsa liberdade deixa de prevalecer, tendo em vista que a definição do instituto apontava uma abordagem de liberdade ampla, sem nenhum círculo concêntrico. Nesse sentido, pensar que a liberdade de um determinado indivíduo se estende até o encontro com a liberdade de outrem, por si só, já demonstra uma limitação na liberdade. O agir do homem já não mais visava apenas o seu próprio bem-estar, era preciso agir pensando também nos demais indivíduos da sociedade.

Nasce, portanto, essa esfera chamada de autonomia privada. Essa fina percepção do indivíduo de criar para si a lei que irá regulamentar sua vida íntima e privada demonstra a

transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. Na autonomia da vontade tem-se uma ampla liberdade não existindo margem para atuação, com a falsa ideia de liberdade no sentido de que tudo é permitido. Com a evolução do devir social, o Estado passa a cumprir um papel: arbitrar o conceito de interesses dos indivíduos concedendo a esses uma margem específica de liberdade. É essa esfera, esse círculo concêntrico, que se denomina autonomia privada.

Percebe-se que a autonomia privada será um centro garantidor de liberdade outorgado pelo Estado, para que o particular possa negociar. Essa concepção está presente em tudo, inclusive, no direito de família. Sabendo que o direito privado moderno possui como característica garantir a estabilidade das relações, o Estado atuará de forma a reconstituir a vida desse indivíduo no pós encerramento conjugal. Logo, para facilitar a eliminação dos entraves que ainda impedem o indivíduo de refazer-se perante a sociedade, surge o divórcio impositivo, uma técnica de divórcio mais simplificada, com o objetivo de permitir que a pessoa reconstitua a vida dela. Nessa situação, o Estado possui o papel de remover os obstáculos que impedem a reconstituição da vida do indivíduo, dessa forma, gerando estabilidade para os vínculos jurídicos. Nesse sentido, em que medida a não concordância de um dos cônjuges pode impedir a dissolução do casamento por meio do divórcio?

Partindo dessa problemática, tem-se que o indivíduo submerso no círculo de garantia de sua autonomia privada produzirá o direito que irá reger as relações futuras de sua vida. Findados os laços afetivos que unem os cônjuges em um matrimônio, o Estado entra em ação para cumprir um único propósito: arbitrar os interesses desse indivíduo concedendo um espaço de atuação para que ele reconstitua sua vida e siga com seu projeto de vida. É esse o papel da autonomia privada diante do divórcio: restabelecer a dignidade na vida do indivíduo.

Dessa forma, deixando de existir o afeto na união matrimonial, a vontade daquele indivíduo de não mais permanecer casado, deve prevalecer. A vontade desse sujeito deve sobressair-se como fonte do direito, ou seja, a lei que o cidadão cria para si. É uma visão sofisticada para o direito privado, mas o Estado tem o dever de assegurá-la, fazendo integrar o elemento constitutivo do negócio jurídico – o elemento de garantia, desempenhando, assim, sua função judiciária.

O exercício da autonomia privada se faz presente tanto na decisão dos nubentes em pôr fim ao matrimônio, quanto na escolha da modalidade de divórcio, logo, a decisão de divorciar-se tem o condão de efetivar os direitos da personalidade. Além disso, a escolha pelas vias extrajudiciais visa facilitar os trâmites do instituto, diminuindo a burocracia no encerramento do vínculo matrimonial. Isso significa promover o pleno exercício da dignidade

humana, garantindo que o particular não permaneça preso a um relacionamento contra seu próprio querer.

Outrossim, o divórcio extrajudicial reforça a ideia do divórcio como um direito potestativo. Ademais, destaca a importância do exercício da autonomia privada baseada nos ideais da dignidade humana e da liberdade. A modalidade, além de sobrelevar e tutelar a vontade dos nubentes, muito contribui para o desafogamento do Poder Judiciário. Uma demanda de divórcio, em vias normais, poderia levar anos, ao passo que, nos cartórios, realizar-se-á em dias.

Considerando tal contextualização, no capítulo dois, é feita uma abordagem do instituto do matrimônio, apresentando sua história e evolução até chegar no encerramento do vínculo conjugal.

No capítulo três, tem-se uma abordagem histórico-evolutiva do divórcio, no tempo e no espaço, a fim de demonstrar ao leitor todo o percurso de desenvolvimento do instituto no mundo jurídico e social.

No quarto capítulo, apresenta-se uma abordagem evolutiva da vontade, discorrendo-se sobre a importância do elemento para o mundo jurídico. Ademais, aponta-se o surgimento da autonomia da vontade, a sua transição para a autonomia privada e sua contextualização diante do instituto do divórcio.

Por fim, no capítulo quinto, esclarece-se sobre a temática do divórcio impositivo, expondo os pontos positivos do instituto. Demonstram-se quais aspectos precisam ser observados, a fim de que o projeto de lei que trata do instituto seja aprovado.

No que diz respeito à metodologia de pesquisa, tem-se uma abordagem qualitativa, visto que se trata de abordagem subjetiva do comportamento humano diante dos fenômenos jurídico-sociais. Em se tratando dos objetivos, classifica-se como descritiva e propositiva, devido ao fato de ser uma pesquisa jurídica que se utiliza do procedimento analítico do instituto do divórcio impositivo. Atingem-se, por consequência, conclusões propositivas quanto ao instituto jurídico em análise.

Quanto ao método, foi escolhido o dedutivo para a pesquisa, considerando que o caminho da pesquisa se inicia por casos gerais para a obtenção de conclusões particulares. A pesquisa valeu-se da legislação geral para compreender os modelos jurídicos do passado e os que estão por vir. Ademais, para a revisão bibliográfica são utilizados livros, revistas, artigos científicos, legislação para o amadurecimento da pesquisa.

A presente pesquisa justifica-se por analisar o divórcio impositivo como instituto que visa garantir o pleno exercício da autonomia privada, afim de que a vontade desse sujeito

possa ser tutelada pelo Estado; justifica-se pela perspectiva do instituto como um modelo jurídico moderno, capaz de dar soluções adequadas para as demandas sociais atuais; por fim, diante do divórcio impositivo enfatiza-se a relevância das serventias extrajudiciais para o sistema de justiça, tendo em vista que a realização do instituto será, caso aprovado, nas vias extrajudiciais.



## 2 DO CASAMENTO

O casamento sempre esteve presente na história da sociedade. Representa um dos maiores institutos do direito de família. O objetivo deste capítulo é apresentar uma evolução histórica do matrimônio desde sua origem até os dias contemporâneos. Apresenta uma visão evolutiva do instituto, sua natureza jurídica e seu posicionamento no ordenamento brasileiro.

### 2.1 Antecedentes históricos

Se há uma área do direito ocidental em que se reconhece, indiscutivelmente, a influência do direito canônico, é o direito matrimonial e, por meio deste, boa parte do direito de família. Independente de qualquer avaliação que essa influência possa merecer e diante das alterações que o direito ocidental apresenta constantemente, não há dúvidas de que a configuração do matrimônio ainda apresenta valores judaico-cristãos, que foram juridicamente articulados pelo direito canônico, especialmente entre os séculos XII a XVI (TORRÓN, 1999).

O matrimônio sempre esteve presente no seio social. Um dos maiores representantes do direito canônico, o casamento possui, em sua origem, um viés religioso que perdurou por muitos anos. Durante a Idade Média, todas as relações familiares estavam sob o manto de proteção eclesiástico, sendo o casamento religioso o único a ser reconhecido.

O instituto era realizado por todas as classes sociais, tendo como finalidade a constituição da família. Por isso, depreende-se que o matrimônio é um dos institutos mais estudados ao longo da evolução social, pois é o responsável pelo surgimento das famílias e dos indivíduos em sociedade.

A Igreja Católica influenciou o mundo ocidental desde a cristianização do Império Romano, fato que trouxe como consequência a atribuição exclusiva das causas matrimoniais aos tribunais eclesiástico, além da regulação do matrimônio por normas canônicas. Ainda que existam outras religiões, considera-se a católica a religião de maior influência, tendo em vista a grande porcentagem de povos sob seu domínio (ROSALES; SOLÍS, 2010).

Diante do poder exercido pela Igreja Católica, para ter validade, o matrimônio só poderia ser celebrado diante das cortes eclesiásticas. A realidade social da época estava sob os ditames estabelecidos pela legislação canônica. Esse fato impedia que outras celebrações matrimoniais fossem consideradas válidas. Era a própria Igreja quem celebrava, fazia o registro e estabelecia os efeitos do matrimônio, inclusive, considerando-o *ad eternum*.

Até a metade do século XIX, na maioria dos países católicos da Europa Continental e da América Latina, a Igreja Católica mantinha a jurisdição exclusiva do matrimônio e assim permaneceu por vários séculos (CÁRDENAS, 2019).

Além da legislação canônica, o matrimônio também recebeu intervenção das normas decorrentes do direito romano. Se, por um lado, o direito canônico via o matrimônio como um sacramento, cujo núcleo era formado por um contexto puramente religioso, o direito romano já trabalhava sob a perspectiva de um instituto regulamentado com normas de aspectos civis e sociais, baseado, por óbvio, na legislação romana.

O direito romano esculpiu a instituição matrimonial e familiar em seus aspectos fundamentais. De acordo com a legislação romana, o matrimônio representava a união do homem e da mulher, de natureza monogâmica e heterossexual. Inicialmente, representou um fato social baseado em um elemento material (a convivência conjugal) e em outro subjetivo (o afeto). Esse era o elemento essencial para a existência do matrimônio romano e consiste na vontade constante dos cônjuges de permanecerem unidos (SILVA, 2007).

Na sociedade romana, o matrimônio ainda não possuía um aspecto religioso, mas já apresentava um elemento importante para garantir que aquela união pudesse ser estabelecida: a vontade, sendo utilizado para estabelecer as famílias. Com o viés de instituição, o matrimônio surge a partir da organização social, por meio de regras de caráter civis. Por conta disso, encontram-se no núcleo do matrimônio regramentos do direito eclesiástico e do direito romano.

O direito romano apresentava, desde aquela época, duas correntes de pensamento em relação à natureza jurídica do matrimônio: o matrimônio como contrato e o matrimônio como ato consensual. Os defensores da primeira corrente alegavam que o matrimônio requeria o mesmo ato de vontade requerido em qualquer outro vínculo jurídico. Sobre esse aspecto destaca-se exigir a responsabilidade por violação, tal qual um contrato comum. Naquele tempo, a maioria da doutrina via o matrimônio como um ato consensual. Nesse caso, o matrimônio consiste em uma situação de fato, existente sempre e quando perdure o consentimento mútuo, quer dizer, *affectio maritalis* (SOLÁ, 2014)

O direito romano contribuiu de forma significativa com o direito civil, uma vez que, em se tratando do matrimônio, trouxe importantes regramentos para sua celebração, validade e seus efeitos. Da perspectiva civil decorrente do direito romano, o casamento já possuía regulamentação capaz de garantir segurança jurídica aos nubentes.

Os canonistas italianos alargaram consideravelmente o conceito de vários institutos jurídicos proporcionando completa visão de tudo o que constitui objeto das relações

jurídicas. Essa visão do direito canônico é vista sobre todo o direito em geral, especialmente sobre o direito civil (TAVARES, 1985).

Com o passar do tempo, o poder da Igreja Católica permitiu que as legislações civis sofressem intervenções do direito canônico. A Igreja era a única responsável pela celebração do matrimônio, que só tinha validade se celebrado nas vias eclesiásticas. Tal fato perdurou por muitos anos, uma vez que Estado e Igreja caminhavam lado a lado na organização social.

Enquanto o casamento, no direito romano, significava apenas um fato social do qual decorriam alguns efeitos jurídicos, no direito canônico, era visto como o fundamento da própria existência social. Sendo visto como um sacramento, o casamento respaldava-se na visão de indissolubilidade perante à Igreja (GAGLIANO; FILHO, 2021).

O direito canônico elevou o matrimônio à concepção de um sacramento, promovendo dignidade e igualdade entre os esposos, além de proclamar a indissolubilidade do vínculo matrimonial (ASENCIO, 1999).

Essa dicotomia acompanha o matrimônio até os dias atuais. A ideia de um ritual sob a perspectiva de um fato social é evidente, tendo em vista que é o casamento representa o surgimento da família na sociedade. Já a visão do matrimônio como um sacramento também prevalece na atualidade, podendo ser realizado no religioso com efeitos civis.

A visão do casamento como um sacramento alterou a concepção de família, deixando de ser, de acordo com a visão do direito romano, um mero núcleo de pessoas submetido a um mesmo pater famílias, para identificar aqueles que estavam unidos pelo sagrado matrimônio religioso (GAGLIANO; FILHO, 2021).

A ideia da igreja ser a única responsável pela realização de matrimônios dava ensejo a inúmeras relações irregulares, posto que aquelas não celebradas dentro da legislação eclesiástica não possuíam a tutela jurídica oferecida por parte da igreja e do Estado.

Segundo Tavares (1985), a doutrina católica rebelou-se contra a ideia do concubinato. Santo Agostinho e Santo Ambrósio combateram a união livre, sem casamento. Segundo o direito canônico, a posse do estado de casados se interpõe como motivo superior, preconizando a subsistência do casamento.

A indissolubilidade do vínculo conjugal perdurou por séculos. Por muitos anos, o tema dizia respeito somente à proibição por conta da Igreja Católica. Com a evolução social, novas causas de desfazimento do vínculo matrimonial foram surgindo, no entanto, demoraram a ser admitidas em razão do poder eclesiástico e demais costumes conservadores da época.

No Brasil, por muitos anos o casamento foi realizado apenas entre os católicos. A influência da religião sobre o Estado era tão grande que não se imaginava o casamento fora da religião e a família fora do casamento. Somente em 1861 é que se deu início à regulamentação do matrimônio entre os não católicos. Foi com a República, em 1889, diante da separação entre a Igreja e o Estado, é que nasceu o casamento civil. No entanto, o casamento civil não foi facilmente aceito, logo, criou-se o casamento religioso com efeitos civis (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2021).

A realidade do Brasil também sofreu influências da Igreja Católica. A colônia de Portugal, recebeu em suas terras, não só os portugueses, mas também seus costumes e tradições. Somente quando o Estado tornou-se laico é que a figura da Igreja deixou de imperar nos temas familiares, inclusive, diante do matrimônio.

## **2.2 Natureza jurídica do matrimônio**

A concepção do matrimônio sempre levou consigo controvérsias quanto à sua natureza. Doutrinadores questionam se essa relação possui um viés contratual, posto que requer o consentimento dos nubentes. Em contrapartida, há uma outra perspectiva atribuindo ao casamento uma perspectiva institucional, tendo em vista tratar de normas de ordem pública, impondo deveres e reconhecendo direitos aos seus membros, o que limita, sobremaneira, a autonomia privada (MADALENO, 2020).

Sob a perspectiva contratual tem-se o matrimônio como um negócio jurídico. Em uma breve comparação, se um contrato se mantém cumprido entre as partes, logo, ambas encontram-se satisfeitas. Diante dessa corrente, se os cônjuges cumprem seus deveres matrimoniais, a relação é exitosa. Do contrário, com o descumprimento das cláusulas contratuais, tem-se a inadimplência do contrato, assim como o matrimônio se vê frustrado diante do descumprimento dos deveres conjugais.

A corrente institucionalista vê o casamento como um vínculo jurídico entre o homem e a mulher livres, que decidem se unir, de acordo com as formalidades legais, com o intuito de obter auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família (DINIZ, 2018).

Essa perspectiva vê o matrimônio como uma instituição social capaz de regulamentar a família e o convívio dos indivíduos no seio familiar. O casamento vai além da ideia de um simples contrato, significando, portanto, muito mais que um negócio jurídico.

Para a teoria institucionalista, há uma constante interferência estatal, além de uma série de requisitos a serem observados na realização do casamento. Na verdade, trata-se de uma situação jurídica que espelha os parâmetros preestabelecidos pelo legislador, além de constituir um conjunto de regras impostas pelo Estado (FARIAS, ROSENVALD, 2021).

A figura do Estado age no sentido de proporcionar que essas relações sejam estabelecidas de forma regular, garantindo ao indivíduo a proteção de sua vontade. Esse é o papel do Estado: garantir que as relações sejam estabelecidas e que o projeto de vida do indivíduo seja observado.

O Código Civil, em sua exposição de motivos, é transparente ao afirmar que os negócios jurídicos constituem o instrumento eleito pelo legislador brasileiro para as mais diversas situações de trânsito das relações jurídicas privadas, tendo como núcleo a vontade humana. Assim deve ser entendido o casamento, trata-se de um negócio jurídico existencial, solene, ritualístico, decorrente da autonomia privada, porém submetido à necessidade de legitimação, ou seja, por meio de ato declaratório de uma autoridade celebrante (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2021).

Assim sendo, o matrimônio passa a ter um viés de instituto social, regido pela legislação civil. As partes, em pleno uso da autonomia privada, decidem unir-se pelo vínculo conjugal. Nesse momento, o Estado irá atuar com o objetivo de garantir que essa relação seja estabelecida. Importante não olvidar que, no ordenamento brasileiro, tem-se duas modalidades de casamento: civil e religioso com efeitos civis. Essa realidade permite demonstrar que o casamento hoje, para ser válido, sempre terá efeitos civis.

### **2.3 Extinção do casamento**

O casamento passou por profundas transformações ao longo dos tempos. A evolução social forçou a flexibilização da ideia “o que Deus uniu o homem não separa”. O dever social já não permitia o matrimônio ser visto como algo indissolúvel, que fosse desfeito apenas com a morte de um dos cônjuges. Dentro dessas transformações, a Igreja Católica concedeu algumas hipóteses que davam ensejo à separação de corpos, no entanto, mantendo o vínculo conjugal.

Essa realidade perdurou enquanto Igreja e Estado atuavam juntos. No Brasil, esse vínculo foi rompido a partir da proclamação da República. Tal fato deu ensejo a uma batalha longa e demorada em prol da possibilidade da dissolução conjugal. No Brasil, primeiro tivemos o instituto do desquite, depois, a separação de fato e, por fim, o divórcio.

O reconhecimento do divórcio, desapegado das amarras religiosas que ao direito não se afirmam mais, é indiscutível para um Estado que se proponha a consagrar um sistema jurídico efetivamente democrático e propiciador de dignidade humana. Isso não significa dizer que o ordenamento jurídico brasileiro prega pelo incentivo ao divórcio. O reconhecimento jurídico do instituto do divórcio e a facilitação procedimental não devem ser confundidos com a instigação ao descasamento. Enquanto houver possibilidade de manter a família casamentária, mediante técnicas de reconciliação, tais instrumentos devem ser manejados e amparados pelo Estado (GAGLIANO; FILHO, 2021).

A atuação do Estado não visa promover a realização do divórcio desmedidamente. A preocupação do Estado é garantir que o projeto de vida do indivíduo seja legalmente amparado, independente deste estar casado ou divorciado. O Estado atua no intuito de garantir que o modo de vida do sujeito esteja sob a tutela do princípio da dignidade humana. Posto isso, findado o afeto, deve prevalecer a vontade do indivíduo: encerrar o vínculo conjugal.

É dever do Estado facilitar esse encerramento, não porque quer que os indivíduos se divorciem, mas sim por enxergar que a vida conjugal sem afeto não é uma vida com dignidade. O papel do Estado, diante do divórcio, é proporcionar ao particular o restabelecimento do seu projeto de vida sob a perspectiva constitucional do princípio da dignidade humana.

Esse espaço de formação e conservação do núcleo familiar, criado para partilhar afeto e respeito, representa a prioridade no investimento individual e social, inclusive tendo apoio do Estado para o cumprimento dessa pretensão. O que não se aceita, principalmente diante da evolução social, são entraves obsoletos, burocráticos e impiedosos, que forcem a manutenção de uma relação falida entre pessoas que não se amam mais (GAGLIANO; FILHO, 2021).

Logo, findado os laços afetivos já não existem motivos para manter-se em um relacionamento fracassado. É esse o papel do divórcio: facilitar o encerramento do vínculo matrimonial a fim de que ambos os cônjuges possam restabelecer seus projetos de vida com dignidade. Essa facilitação do instituto vem sendo trabalhada há anos., uma vez que, para alcançar o patamar que hoje possui, o divórcio precisou acompanhar a evolução social, além de romper amarras conservadoras e ultrapassadas.

### 3 EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO

O presente capítulo apresenta o desenrolar evolutivo do divórcio no tempo e no espaço. Além disso, demonstra a dificuldade do direito em acompanhar a evolução social, tendo em vista a proibição do instituto por muitos anos pela Igreja Católica. As influências decorrentes do direito canônico, o conservadorismo e as tradições sociais foram os maiores obstáculos a serem enfrentados pelo instituto. O fim do vínculo entre o Estado e a Igreja Católica muda essa realidade, fazendo com que a ideais do instituto fossem duramente trabalhados em prol de sua aprovação no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 As primeiras legislações do divórcio

Por muitos anos, o Estado conviveu com a influência do poder da Igreja Católica em suas matérias. As raízes históricas e culturais do Direito Civil Ocidental originaram-se do Direito Privado Romano, do antigo Direito Germânico, dos direitos consuetudinários da Idade Média e do Direito Canônico. O Direito de Família, impregnado de moral que compõe a lei e o homem, revelava-se fortemente influenciado pelo Direito Canônico. É possível, então, perceber algumas influências, a saber: a proibição de relacionamento do cônjuge adúltero com seu corréu, limite de idade nupcial, regularização pormenorizada do instituto do casamento, adotando a publicação dos proclamas de matrimônio, através de avisos denominados banhos<sup>1</sup> e, também, a proibição do concubinato. Ao disciplinar a posse do estado de casado, a Igreja Católica insurgiu veemente com a regra do *in dubio pro matrimonio*, preconizando a subsistência do casamento (TAVARES, 1985).

Foi na Idade Média que a Igreja Católica ganhou força passando a ser uma instituição de alto poder sobre as sociedades. Os dogmas católicos influenciavam os costumes e tradições e, conseqüentemente, a vida íntima e privada dos indivíduos. A vida do particular estava sob o controle não só do Estado como também da Igreja Católica. Por conta disso, as relações jurídicas entre indivíduos também eram regulamentadas pela Igreja. Naquele contexto histórico pouco se falava a respeito do instituto do divórcio, prevalecendo, acima de tudo, o matrimônio.

---

<sup>1</sup> Espécie de solicitação de matrimônio. Esta habilitação era requisitada pelos cônjuges, junto à Igreja Católica. Analisava-se nos banhos se existia alguma espécie de impedimento para realização do matrimônio (RIO DE JANEIRO, 2004).

Na verdade, o âmbito cultural decorrente dos valores cristãos enraizados nos costumes dos séculos passados, facilitou a influência da Igreja Católica no Direito de Família, principalmente no que diz respeito ao matrimônio. Tal fato se explica em razão do domínio que o poder eclesiástico exercia sobre esse ramo do Direito durante toda a Baixa Idade Média, até o início da Idade Moderna. Desde o século XI, a jurisdição sobre causas matrimoniais na Europa era exclusivamente dos tribunais eclesiásticos e, por muito tempo, prevaleceu assim. A influência do Direito Canônico já marcava profundamente a legislação de muitos países onde o matrimônio passava a ser considerado uma instituição civil representando, portanto, um galho separado do tronco e plantado em uma nova terra (EISMEN; GENESTAL; DAUVILLIER, 1929).

Por mais que o matrimônio estivesse civilmente garantido nas legislações, a regulamentação do instituto não decorria do Estado, mas sim das regras estabelecidas pelo Direito Canônico. Além disso, a própria Igreja fazia o papel hoje atribuído aos cartórios: era responsável pelas escrituras, certidões e registros dos atos celebrados entre os indivíduos.

Na Idade Média, o cristianismo já predominava, por toda Europa Ocidental, como concepção religiosa, de maneira que a Igreja Católica possuía pleno domínio sobre os reis, monarcas e sobre os seus súditos. O casamento católico era visto como um sacramento, como ato constitutivo da família, tendo como princípio fundamental a indissolubilidade, inclinándose para a ideia de união dos casais “o que Deus uniu o homem não separa”. Logo, a ideia do divórcio sofre um declínio direto em razão desse forte posicionamento da Igreja Católica (OLIVEIRA, 2005).

Existia uma dificuldade em separar o viés religioso das legislações civis. Em decorrência disso, o casamento era visto como um sacramento, um rito sagrado que, ao ser realizado, confirmava-se como uma graça divina, somente sendo desfeito com a morte de um dos cônjuges.

Desde o princípio, as cortes eclesiásticas mostraram uma tendência expansiva, tentando deixar sob sua competência diversos aspectos da vida jurídica que se encontravam conexos com a relação matrimonial, geralmente causas enquadradas dentro do que hoje conhecemos como Direito de Família. O Direito Canônico, inicialmente, baseava-se no Princípio da Indissolubilidade como propriedade essencial do matrimônio, tanto em seu aspecto intrínseco como no extrínseco. Em ambos os aspectos, o matrimônio não podia dissolver-se pela vontade dos cônjuges, seja por se tratar de um princípio inderrogável da Igreja Católica seja porque o matrimônio não podia ser desfeito por nenhuma autoridade humana, a não ser pela morte (ARLACON, 1963).



Curiosamente, o pensamento eclesiástico acreditava que o matrimônio se tratava de um sacramento recebendo todo amparo e proteção celestial. Acreditava-se que, ao casar-se, esse vínculo jamais poderia ser desfeito por algo terreno. Logo, uma vez realizado o matrimônio somente a morte poderia separar os cônjuges. Com toda influência católica era difícil regular o instituto apenas com a legislação civil imposta nas sociedades pelo Estado, pois os próprios governantes obedeciam às regras impostas pela Igreja Católica. Com isso, o matrimônio garantia seu status *ad eternum* ao passo que o divórcio representava um completo desatino.

O Concílio de Trento da Igreja Católica, ascende a ideia de condenar a dissolubilidade do matrimônio, admitindo apenas a separação de corpos. Nesse sentido, tanto a legislação canônica tridentina, como o primeiro Código Canônico (1917), criam a ideia de *divortium imperfectum o semiplenum*, quer dizer, a concepção de *separatio tori mensae et habitationis* (separação de cama, mesa e domicílio), a qual está mantida *in totum* no Código Canônico de 1983. A realidade é que, com o instituto canônico da separação limitada, a Igreja Católica, conseguiu manter a proibição de novas núpcias para quem contraiu o casamento católico e, posteriormente, se separou (OLIVEIRA, 2005).

Com o avanço da sociedade civil, surge a sutil nuance do que futuramente viria a se chamar divórcio. Seria o primeiro avanço da ideia do instituto ainda que não fosse reconhecido pelas legislações, muito menos, pela Igreja. Permitia-se a separação de corpos, porém a possibilidade de casar novamente era algo proibido. Assim era a vida do indivíduo que não mais queria permanecer no matrimônio: uma prisão sem grades.

A configuração jurídica do casamento mudou profundamente no curso dos séculos. Por mais que prevalecesse a indissolubilidade do matrimônio, a ideia do divórcio já se mostrava presente, sendo encontrada no Direito Romano como uma das causas de dissolução do vínculo conjugal. Inicialmente, o divórcio na antiga sociedade romana parecia ser algo bastante raro mantendo ainda a ideia de indissolubilidade. O divórcio romano também consistia em suprimir, por iniciativa de um ou ambos os cônjuges, a comunidade de vida que o matrimônio implicava, ou seja, sem a vontade de permanecer casado desfazia-se o vínculo conjugal. Para as mulheres, era algo proibido, concedendo-se apenas aos homens o poder de repudiar as mulheres em casos de aborto, alcoolismo ou adultério (CORBÍ, 1988).

Assim como o homem acompanha o devir social, o direito também o faz. Percebe-se, nesse contexto histórico, que a vontade já representa um importante elemento para efetivar o fim de uma relação jurídica, no caso, o casamento. Ainda que sutilmente, o homem passa a

ser o centro das relações jurídicas. A autonomia da vontade, nesse momento, faz-se presente na luta pela dignidade humana, quer dizer, a dignidade de recomeçar a vida.

Nesse sentido, o divórcio surge como o instrumento mais importante para a dissolução do vínculo matrimonial. A própria natureza do matrimônio implicava sua dissolução em decorrência do término do  *affectio maritalis*, quer dizer, o matrimônio finalizava quando se encerrava também a intenção de ser marido e mulher. No contexto histórico da época, o divórcio apresentava algumas diferenças se iniciado por uma mulher ou por um homem. Se terminado por uma mulher, a esposa saía do domicílio conjugal (*divertebat e domicilio mariti*). E, se a iniciativa partia do homem, a consequência era o repúdio (*repudium*) (MIQUEL, 2016).

A história do divórcio demonstra que o instituto percorreu um longo caminho para chegar aonde chegou. Lutava-se em prol da liberdade, pelo direito de recomeçar e refazer a vida, ou seja, de ver garantida a dignidade da vida íntima, da vida privada. Tal luta se dava porque o direito do indivíduo de usar sua liberdade e exercer a vontade de ser livre perante a sociedade da época não era efetivamente garantido. Homens e mulheres sofriam carregando por toda vida o peso de um relacionamento fracassado.

Na época monárquica e republicana da sociedade romana, o repúdio significava a dissolução unilateral do matrimônio. Inicialmente, representava o direito do marido, ou seja, era algo que se atribuía apenas ao homem. Em relação às mulheres, poucas eram as legislações que permitiam que elas exercessem esse direito, principalmente porque a esposa não possuía a mesma consideração dada aos homens, não podendo exercer tal direito. Ao fazer uso do repúdio, o marido abandonava ou expulsava a esposa do lar e, assim, o matrimônio se finalizava. A esposa repudiada, abandonava o domicílio conjugal levando apenas seu dote, os filhos ficavam sob o poder do pai. Foi apenas no final da República romana que se reconheceu às mulheres o direito de se divorciar (ZARRALUQUI, 2018).

Observa-se que a luta pela liberdade possuía uma certa diferença entre homens e mulheres. Por se tratar de uma sociedade tradicionalmente patriarcal, tradição esta que perdurou por anos, o homem possuía maiores vantagens em relação às mulheres diante do divórcio. Muitos anos se passaram para que muitos direitos fossem reconhecidos às mulheres, inclusive, o de divorciar-se em pé de igualdade com os homens.

Com o desenvolvimento da sociedade romana, percebeu-se um aumento nos casos de divórcios efetuados pelos motivos mais fúteis. Notáveis personagens daquela época tais como César, Pompeu e Otaviano Augusto, realizaram pedidos de divórcios. No Direito Romano Clássico, todos os acordos que visassem excluir ou limitar o divórcio eram

considerados nulos, e não era possível estipular uma penalidade que castigasse o instituto. Para os juristas da época, essa ilimitada liberdade do divórcio representava um claro sinal da decadência romana. Apenas no império de Augusto, tentou-se fixar algumas penalidades, reprimindo as uniões extraconjugais, castigando-se com uma sanção pecuniária, quer dizer, era feita a restituição do dote ao cônjuge que provocou o motivo para o repúdio. Augusto determinou a forma unilateral do divórcio, que implicava na presença de sete testemunhas, assim como era obrigatória a comunicação da vontade do divórcio de um cônjuge ao outro (CORBÍ, 1998).

O instituto do divórcio apresentou-se das mais diversas formas entre as sociedades civis. Em algumas civilizações era admitido, outras, possuía um viés negativo, sendo proibida a sua realização. Grandes civilizações possuíam costumes tradicionais, tais como o próprio matrimônio. Por conta disso, permitir a realização do divórcio era caminhar para a decadência, tal como pensavam os romanos.

Levando em consideração o raciocínio antes do fim da república (época clássica), e ao chegar na época Cristiana, não existia problema quanto ao desenvolvimento do divórcio, uma vez que o mesmo era, a princípio, livre, lícito e não necessitava de uma causa determinante. Logo, do ponto de vista jurídico se considerava que não havia necessidade de motivar tal fato. Da mesma forma, a perspectiva social, em que previa realizar o divórcio sem causa (IGLESIAS, 2010).

Nesse momento histórico, a ideia do divórcio conseguiu se sobrepôr às ideologias e tradições impostas pela Igreja Católica. Bastava a pura vontade do indivíduo para a realização do divórcio, uma vez que era plenamente permitido não necessitando de maiores justificativas. Sob essa perspectiva, o instituto começa a ganhar, ainda que por pouco tempo, força e representatividade. No entanto, com a retomada do poder eclesiástico, o divórcio perde, mais uma vez, espaço para os costumes impostos pela Igreja Católica.

Segundo Corbí (1998), foi com o primeiro imperador cristão que se iniciou um movimento legislativo adverso ao divórcio unilateral. No ano de 331, Constantino trouxe uma célebre constituição imperial, com expressões e dispositivos de um forte viés eclesiástico. O imperador castigava gravemente o cônjuge que quisesse se divorciar unilateralmente fora das três situações taxativas consideradas como “justas causas” na legislação romana da época, a saber: – Para a mulher: a) se o homem era considerado um assassino; b) se o homem era considerado um violador de túmulos; c) forçar o aborto da mulher por medicação; – Para o homem: a) se a mulher era considerada adúltera; b) aborto; c) se a mulher fosse vulgar.

Foi no desenvolvimento da sociedade romana que o divórcio passou a moldar-se verdadeiramente como instituto jurídico. Os imperadores deram vigor ao sistema elaborado por Constantino e, com o passar dos anos, a legislação que tratava do divórcio tornava-se cada vez mais dura e repressiva. Gradativamente, apareceram nas legislações situações consideradas como “justas causas” tanto para homens quanto para as mulheres. Isso implica dizer que os pedidos de divórcio se tornavam mais difíceis.

Sob o comando do imperador Justiniano surgiram os efeitos da nova concepção sobre a indissolubilidade do matrimônio. Nessa fase, é importante fazer alusão a alguns princípios que influenciaram o instituto do divórcio, modificando os direitos e deveres dos cônjuges, tais como: a) igualdade de todos os homens em se tratando de filhos do mesmo pai; b) respeito a liberdade e dignidade humana; c) fraternidade; d) grande predomínio da ética no ordenamento jurídico; e) comportamento segundo a natureza concedida por Deus aos homens; f) moderação (PAZ, 1988)

O divórcio ganha peso como instituto à medida em que passa a preservar valores imprescindíveis da dignidade da pessoa humana. A busca pela proteção à igualdade e o respeito à liberdade do indivíduo fortalecem o prisma da proteção ao direito de refazer a vida, ou seja, de recomeçar com dignidade.

Percebe-se uma certa mudança em relação à proteção dos filhos. Também se observam alterações no conceito de adultério e passa-se a considerar a possibilidade de indissolubilidade do matrimônio. Nesse contexto histórico, a mulher possui um papel de submissa em relação ao marido, devendo obedecê-lo e respeitá-lo, uma vez que, sob a ótica religiosa e legal, o homem era considerado amo de sua esposa. Vê-se, nitidamente, a influência da Igreja Católica em relação à dissolução do matrimônio. Na verdade, a Igreja somente permitia que o casamento fosse declarado nulo em casos de vícios ou defeitos essenciais que pudessem impedir que o mesmo surtisse efeito (ZARRALUQUI, 2018).

A influência da Igreja contribuiu para o fortalecimento da indissolubilidade matrimonial. Além dos costumes eclesiásticos, a sociedade conservadora e tradicional daquele contexto histórico também representava um grande obstáculo para o desenvolvimento e reconhecimento do divórcio. Ainda que alguns casamentos fossem declarados nulos pela Igreja, tratava-se de casos excepcionais. Em condições normais, a simples vontade de não mais permanecer casado com alguém não era considerado motivo apto para dissolução do matrimônio.

Na sociedade romana existiam quatro modalidades de divórcio, a saber: a) divórcio sem justa causa – considerado como um divórcio arbitrário por parte de um dos

cônjuges e, por não se basear em nenhuma justa causa, implicava algumas sanções para os cônjuges; b) divórcio com justa causa – tipificado em lei e considerado uma ação culposa por uma das partes; c) divórcio consensual – baseado no comum acordo entre os cônjuges. Justiniano determinava algumas sanções para os cônjuges que optassem por essa modalidade; d) divórcio sem culpa – modalidade de divórcio sem o elemento vontade. Os exemplos mais clássicos dessa modalidade de divórcio sem culpa eram os casos de um dos cônjuges se encontrar em cativeiro de guerra, em que se passam cinco anos sem notícias, nos casos de profissão do voto de castidade e impotência de um dos cônjuges (GONZALEZ; RODRIGUEZ, 2020).

Para acompanhar o desenvolvimento social, as legislações, principalmente a romana, passaram a estipular alguns regulamentos para tratar do instituto do divórcio. Mesmo nesses casos, o indivíduo ainda corria o risco de ser penalizado por querer se divorciar. A busca pela liberdade dava ensejo a penalidades demonstrando um verdadeiro contrassenso por parte dos governantes e das legislações por eles impostas.

A história demonstra que o divórcio se encontrava em desenvolvimento em outras sociedades civis além da civilização romana. Na Babilônia, China, Índia e Egito o divórcio era realizado por meio do repúdio, que consistia em rejeitar o cônjuge em decorrência de uma conduta culpável de sua parte. Naquelas civilizações, o repúdio era a forma mais comum de dissolução do vínculo matrimonial, mesmo com a existência de causas como o adultério, embriaguez ou esterilidade. O divórcio feito por repúdio unilateral já existia em culturas antigas como a egípcia, persa e hindu, em decorrência da desigualdade entre homens e mulheres, a ação de repúdio correspondia ao marido e, excepcionalmente, era concedida tal possibilidade à mulher (ROSALES; SOLÍS, 2010).

O instituto do divórcio moldava-se de acordo com os costumes e tradições de cada sociedade e assim permanece até hoje. O movimento jurídico de desenvolvimento do divórcio seguia o devir social de cada civilização. Isso implica dizer que o instituto carregou consigo o viés cultural de cada região.

Segundo Rosales e Solís (2010), entre os hindus, o repúdio só era possível nas castas inferiores, tendo em vista o caráter sacramental do matrimônio, não sendo permitido o divórcio nas castas superiores. Já na velha Babilônia, o divórcio poderia ser pedido indistintamente entre homens e mulheres. Entre os hebreus era reconhecido o direito de o marido repudiar a esposa sem qualquer motivo aparente, assim como o divórcio por mútuo consenso, sem necessidade de se provar qualquer circunstância especial e por iniciativa de

qualquer um dos cônjuges. Não podendo esquecer, todavia, em se tratando das mulheres, existia um rigor maior para avaliar os motivos apresentados.

Mesmo observando que cada civilização possuía regras distintas sobre o divórcio, algo comum era observado em todas as sociedades: a dificuldade das mulheres em querer divorciar-se era muito maior que a dos homens. Em todos os países, o homem possuía um poder muito grande sobre a mulher representando a família com o poder patriarcal. A luta pelo reconhecimento de muitos direitos às mulheres foi ganhando espaço ao longo dos anos, inclusive, o direito de se divorciar sem carregar consigo o elemento culpa.

Entre os povos Astecas e Maias, o divórcio também se efetuava por meio do repúdio. O repúdio era dado entre os Maias com muita facilidade, pois entre eles se viam muitos casos de poligamia. Os Astecas viam o divórcio como algo normal, inclusive, uma das causas que o homem argumentava para requerer a dissolução do vínculo matrimonial seria a esterilidade da mulher. A mulher asteca poderia abandonar o homem caso ele não cumprisse com as necessidades da família ou, simplesmente, se tivesse mau caráter. Logo, com o divórcio, ambos poderiam casar-se novamente (ROSALES; SOLÍS, 2010).

Vê-se que, em algumas civilizações, o divórcio aparentava ter uma certa facilidade na sua realização. Um dos motivos era a ausência da Igreja Católica e sua influência na organização social. Dessa forma, observa-se que entre os povos Astecas e Maias a facilitação do divórcio decorria da cultura e tradição que regulamentava a vida dos indivíduos.

No direito germânico, o divórcio foi aceito por meio dos contratos. Primeiramente, o contrato era realizado pelo marido juntamente com os parentes da esposa. Com o passar do tempo, permitiu-se a celebração do contrato entre os cônjuges. Os germânicos também reconheceram a instituição do repúdio como causa do fim da relação matrimonial. Inicialmente, surgiu como uma causa lícita, sendo permitido apenas em casos específicos como o adultério ou a esterilidade da mulher. Mais tarde, o repúdio se converteu em ilícito quando não se justificava a causa, e produzia como consequência uma indenização geralmente pecuniária (BELLUSCIO, 1981).

O divórcio passa a moldar-se de acordo com as tradições e costumes de cada sociedade. Na Alemanha, tinha-se a ótica do divórcio como um contrato, demonstrando assim, a força da autonomia da vontade como elemento para pôr fim às relações conjugais. O homem já era visto no centro das relações jurídicas e a vontade representava o combustível para que o indivíduo pudesse se movimentar em busca da dignidade em ser livre novamente.

Na Espanha, as leis elaboradas no reinado de Afonso X (1252 – 1284), foram umas das mais prolixas da história. Elas foram denominadas como “as sete partidas” e representaram uma unificação de todo o direito feita por Afonso X, regulamentando matérias tidas como tabu, tal como a dissolução do matrimônio. Mais uma vez, a presença e importância da Igreja naqueles tempos representava um dos pilares que sustentavam qualquer reinado, já que era imprescindível ter o poder eclesiástico como um aliado. Ao tratar do direito de família, Afonso X não trata do divórcio como uma dissolução de vínculo, mas sim, como uma separação de corpos, uma vez que, para a Igreja, o matrimônio era indissolúvel (MARTÍNEZ, 2020).

Dentre os modelos de divórcio instituídos pelos países, o da Espanha, sem dúvidas, era um dos mais excêntricos. Por se tratar de um país fortemente influenciado pela Igreja Católica, absorvia como lei todos os mandamentos eclesiásticos. Além disso, a legislação responsável por tratar do divórcio apresentava, em seu bojo, as mais distintas situações.

O Título X, da lei das sete partidas, “*Del departamento de los casamientos*”, tratava das causas de divórcio. Afonso demonstrava a concepção<sup>2</sup> do instituto na Ley 1:

*Divortium en latín tanto quiere decir en romance como departamento y es cosa que separa la mujer del marido o el marido de la mujer por impedimento que hay entre ellos, cuando es probado en juicio derechamente; y quien de otra manera esto hiciese separándolos por fuerza o contra derecho; haría contra lo que dijo nuestro señor Jesus Cristo en el Evangelio; los que Dios juntó, no los separe el hombre. Mas siendo separados por derecho, no se entiende entonces el hombre, mas el derecho escrito y el impedimento que hay entre ellos. El divorcio tomó ese nombre del departamento de voluntades del marido y de la mujer, que son contrarias y diversas en el departamento, de cuales fueron o eran cuando se juntaron (T10, L1). (REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, 1807, não paginado).*

Para Afonso X, o divórcio significava algo que separasse a mulher do marido ou o marido da mulher por algum impedimento existente entre eles, desde que provado em juízo. Também seria considerado divórcio se alguém, de qualquer outra maneira, separasse os cônjuges por força ou contra o direito. Este ato iria de encontro ao que disse Jesus Cristo, no evangelho: “o que Deus uniu, o homem não separa” (REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, 1807, não paginado). Mas, sendo separados por direito, valeria o direito escrito com o impedimento existente entre os cônjuges. O divórcio surge em decorrência das vontades do marido e da mulher, que são contrárias às vontades que existiam quando se uniram.

<sup>2</sup> Na própria definição de divórcio, Afonso X deixa claro o caráter religioso e indissolúvel do matrimônio, a saber: “*lo que Dios juntó, no los separe el hombre*”.

Afonso X foi um dos primeiros governantes a regulamentar o instituto nas legislações do país. O rei espanhol também preservava o matrimônio como um sacramento seguindo a ideologia católica “o que Deus uniu o homem não separa”, mas compreendeu que nem todas as relações conjugais conseguiam manter os ordenamentos bíblicos depois de anos de convivência. Por conta disso, concedeu na legislação um espaço que garantisse o direito de encerrar o vínculo conjugal.

Afonso X via como causas de divórcio a impotência do homem e, se a mulher fosse “estreita”, ao ponto de a criança não conseguir passar pelo canal vaginal, também era considerado motivo para requerer o encerramento do vínculo matrimonial. Na possibilidade de qualquer indivíduo querer burlar a lei para conseguir o divórcio e casar-se com outra pessoa, a legislação espanhola da época criou o que foi denominado de “reconciliação forçada” com o primeiro esposo. Curiosamente, tratava-se de uma perícia, muito particular, em que se via o membro genital do primeiro esposo e do segundo pretendente. A perícia analisava se os órgãos eram semelhantes ou iguais e, se comprovassem que o primeiro marido não tinha o órgão maior que o segundo, então a mulher voltava a viver com o primeiro marido. Mas, se da perícia, entendessem que o primeiro marido tivesse o membro tão grande ao ponto de nenhuma maneira pudesse consumir a relação, a mulher ficava com o segundo marido porque parecia claro que o obstáculo existente entre ela e o primeiro marido duraria para sempre (MARTÍNEZ, 2020).

Dentre as legislações que regulamentavam o instituto do divórcio, a da Espanha, sem sombra de dúvidas, era a mais farta. Como exemplo de tal regramento jurídico, tem-se a reconciliação forçada, uma modalidade de requerimento de divórcio existente somente em território espanhol.

Inicialmente, o divórcio, na Espanha, só parecia ser possível por questões físicas, mesmo que os setores mais ortodoxos da Igreja não concordassem, já que prevalecia, acima de tudo, o caráter sacramental do matrimônio, que sendo religioso, era indissolúvel e para sempre. Vê-se, portanto, que o divórcio não era algo controlável pelas partes. A lei espanhola não permitia o divórcio por outros motivos, como por exemplo, pela falta de *affectio maritalis*: o adultério estava proibido, de tal forma que se a mulher fosse adúltera o esposo poderia matá-la. Esse costume perdurou na Espanha por muitos séculos (MARTÍNEZ, 2020).

Observa-se que o instituto do divórcio foi regulamentado na Espanha como algo a ser punível. Isso ocorreu não só na Espanha, mas também em diversos países. A princípio, o divórcio era visto como algo errado e, mesmo o indivíduo sendo infeliz no matrimônio, o correto era seguir a linha do “até que a morte os separe”. Da relação fracassada, só restava o



descontentamento de viver ao lado de quem não mais se amava. Não bastasse permanecer preso a outrem, era crime relacionar-se com outra pessoa configurando, portanto, adultério. A situação de adultério, nesse contexto histórico, demonstrava uma diferença entre homens e mulheres. Caso fosse adúltera, a mulher poderia ser morta pelo próprio marido, ao passo que, em relação aos homens, a legislação nada falava sobre morte.

O Título X, Lei 4, da lei das sete partidas, demonstra o pensamento de Afonso X sobre o tema do adultério:

*Propiamente hay dos razones y dos maneras de departimiento a las que pertenece este nombre de divorcio, como quiera que sean muchas las razones por las que separen a aquellos que semeja que están casados y no lo están por algún embargo que hay entre ellos; y de estas dos es la una religión, y la otra, pecado de fornicación. Y por la religión se hace divorcio en esta manera, pues si algunos que son casados con derecho, no habiendo entre ellos ninguno de los impedimientos por los que se debe el matrimonio separar, si a alguno de ellos, después que fuesen juntados carnalmente, les viniese en voluntad entrar en orden y se lo otorgase el otro, prometiendo el que queda en el mundo guardar castidad, siendo tan viejo que no puedan sospechar contra él que hará pecado de fornicación, y entrando el otro en la orden, de esta manera se hace del departimiento para ser llamado propiamente divorcio, pero debe ser hecho por mandato del obispo o de alguno de los otros preladados de la iglesia que tienen poder de mandarlo. Otrosí haciendo la mujer contra su marido pecado de fornicación o de adulterio, es la otra razón que dijimos por que hace propiamente el divorcio, siendo hecha la acusación delante del juez de la iglesia, y probando la fornicación o el adulterio. Esto mismo sería del que hiciese fornicación espiritualmente tornándose hereje o moro o judío, si no quisiese hacer enmienda de su maldad (T10, L4). (REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, 1807, não paginado).*

Para Afonso X, existiam algumas razões para o divórcio, mas duas se destacavam: a religião e o pecado da fornicação. A ideia de adultério vinha da definição de fornicação prevista na legislação (REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, 1807). A princípio, a fornicação era motivo para o divórcio. Além disso, representava adultério e quem fosse pego cometendo tal delito se tornaria herege se não reconhecesse sua maldade.

Essas leis espanholas, elaboradas por Afonso X, em relação ao divórcio foram bastante criticadas. É certo que, em pleno século XIII, pensar que um matrimônio poderia ser algo finito é considerar um grande avanço para a o devir social da época e para o Direito de Família.

Historicamente, o devir social aponta que o instituto do divórcio percorreu diversas legislações, em diversos países, passando por dificuldades tanto em sua aceitação quanto em seus trâmites. O código de Napoleão, por exemplo, mesmo sem definir explicitamente o matrimônio, foi influenciado pela perspectiva contratual demonstrando, também, a ideia do divórcio na França. Em 1816, uma lei francesa suprimiu os artigos do código que permitiam o divórcio sendo reintroduzidos apenas em 1884 (GALOPPINI, 1980).

A perspectiva contratual para o divórcio esteve presente tanto na legislação germânica quanto na francesa. Na França, o instituto do divórcio chegou junto com os ideais da Revolução Francesa. A ideia de liberdade e do homem como o centro das relações jurídicas permitiu tratar do instituto com mais flexibilidade.

Nesse sentido, a Revolução Francesa introduziu o divórcio na França. Um decreto do ano 1792 previa até nove causas para o divórcio, segundo Montagut (2021): a) incompatibilidade de personalidades; b) mútuo consentimento; c) demência; d) ausência de um dos cônjuges por cinco anos sem qualquer notícia; e) emigração; f) maus tratos; g) difamação pública; h) adultério; e) abandono de um dos cônjuges para unir-se a outro alguém. Para que se produzisse essa reforma legal foi necessário não só que se proclamasse os direitos dos homens e dos cidadãos, na famosa declaração de agosto de 1789, mas, também, a visão do matrimônio como um contrato civil<sup>3</sup>. A Revolução rompeu duplamente com a tradição, já que reconhecia direitos e tirava o matrimônio do domínio da Igreja Católica.

De acordo com Montagut (2021), o decreto de 1792 foi considerado muito radical e provocou uma verdadeira dissolução de costumes para a época. No período Napoleônico, o decreto sofreu uma reforma e, com o Código de 1804, o instituto do divórcio recebe um viés conservador. Os autores do Código e o próprio Napoleão defendiam o conceito tradicional de família como apoio para o Estado, mesmo com o instituto do divórcio presente no ordenamento jurídico francês.

A Revolução Francesa havia disseminado a semente do divórcio em terreno fértil, ainda que, posteriormente, o divórcio tenha caído em declínio por conta do conservadorismo social e dos costumes impostos pela Igreja Católica. No entanto, a regulamentação do instituto foi um grande avanço para aquele contexto histórico. Era o início de uma luta em prol da liberdade.

Na Inglaterra, o divórcio data de Henrique VIII. No ano de 1666, lord Ross, tendo obtido contra sua mulher uma sentença de separação de corpos, pediu ao Parlamento autorização para tornar a casar-se, autorização que lhe foi concedida. Após esse acontecimento, outros pedidos seguiram-se ao Parlamento. Os ministros da Igreja Anglicana, entendendo que o divórcio não era contrário às leis da religião, pelo menos em casos determinados, passaram a concedê-lo, notadamente, por causa do adultério. Por iniciativa do lord Browgham foi aprovado um *bill*, autorizando o divórcio de acordo com a jurisprudência

---

<sup>3</sup> Esse pensamento ganhou forma com a Constituição de 1791, no Título II – “A divisão do reino e o Estado dos cidadãos” (MONTEGUT, 2021).

firmada. Esse *bill* tornou-se mais tarde a lei de 28 de agosto de 1867, conhecida pelo nome de *Divorceo act* (CARVALHO, 1975).

A história do divórcio, na Inglaterra, aponta um fato curioso. O divórcio mais famoso na história inglesa foi o de Henrique VIII e Catarina de Aragão. A Inglaterra ainda era católica e o rei queria do Papa uma declaração de que seu casamento não era válido. A recusa do Papa levou Henrique VIII a se declarar chefe da Igreja Anglicana, criada por ele, para conseguir a liberdade de casar-se novamente (BURKE, 2007).

A dificuldade em conseguir o divórcio existia até mesmo para a coroa inglesa. Contra qualquer ideologia de divórcio, a Igreja Católica não cedia nem mesmo diante da figura de um rei. Contrapondo-se a esse pensamento, Henrique VIII buscava os mais variados argumentos para conseguir anular seu casamento com Catarina, mas não obteve êxito. A solução seria a criação da Igreja Anglicana, tendo o próprio Henrique como chefe. Assim, o divórcio entre Henrique VIII e Catarina de Aragão marcou o início da aceitação do instituto na Inglaterra.

Por outro lado, Catarina contestava o desejo de Henrique em anular o casamento. Como católica devota, a rainha acreditava que seu casamento era um ato sagrado, não devendo ser banalizado da forma em que seu marido estava fazendo. Catarina acreditava na dispensa papal, como de fato aconteceu, provando que seu casamento com Henrique era válido e legal, já que (para um católico) havia sido sancionado pela mais alta autoridade religiosa da Terra. A rainha manteve uma resistência muito ativa contra a anulação – para a surpresa de Henrique, que esperou que ela, de modo passivo, acatasse a situação (TUDOR BRASIL, 2013).

O elemento vontade, no divórcio, representa uma via de mão dupla. Nota-se que um dos cônjuges o utiliza para pôr fim ao matrimônio, ao passo que o outro nubente vê a vontade como elemento para manter os laços matrimoniais. A problemática das vontades divergentes entre os nubentes representa, até hoje, o maior obstáculo em torno do instituto. Todo término de relação conjugal carrega consigo a frustração daquele cônjuge que não teve a sua vontade observada, ou seja, há sempre um querer que não é apreciado. Geralmente, daquele cônjuge que não aceitou o fim do relacionamento.

Sabendo que o indivíduo representa o centro das relações jurídicas e que, sob a tutela da dignidade humana, irá conduzir sua vida da maneira que melhor lhe convier, esse mesmo indivíduo, infeliz com sua vida matrimonial, possui o pleno direito de não mais querer o vínculo matrimonial. Valendo-se do elemento vontade, o ser humano é livre para regular sua vida como bem lhe aprouver, desde que não atinja os direitos de outrem. Logo, o

indivíduo utilizará o elemento vontade, dentro do espaço de sua liberdade, como combustível para agir em busca dos seus interesses, até mesmo, o de se divorciar.

Essa lei, promulgada para a Inglaterra, admitia paralelamente o divórcio e a separação de corpos, sendo o processo o mesmo. O benefício podia ser invocado por cônjuges ingleses, divorciados no estrangeiro, ainda que os fatos alegados tivessem passado no estrangeiro e o casamento tivesse sido celebrado fora da Inglaterra. No caso da mulher, bastaria em si o fato do adultério; já o homem, era preciso que o adultério fosse acompanhado das seguintes circunstâncias: bigamia, incesto, rapto, crime contra a natureza, abandono sem motivo justo durante dois anos e crueldade. Em relação à expressão de crueldade compreendem-se não só todos os excessos e sevícia, como ainda a recusa, pelo marido, de ocorrer ao sustento da mulher, ameaças de vias de fato em ordem a temer uma próxima execução, ou moléstia mental, podendo arrastar o cônjuge atacado a violências perigosas (CARVALHO, 1975).

No Brasil não foi diferente, durante muito tempo, prevaleceu a forte influência da Igreja Católica nos trâmites matrimoniais, inclusive, em relação ao divórcio. O casamento religioso era o único válido para efeitos civis e a Igreja era responsável por sua celebração. O fato de a Igreja Católica reger assuntos matrimoniais, enraizou na sociedade brasileira fortes simbolismos e tradições, influenciando, também, o Direito. Destaca-se também que, até hoje, a legislação brasileira prevê a possibilidade de converter o casamento religioso em civil.

### **3.2 As primeiras aparições do Instituto do Divórcio no Brasil**

Assim como a maioria dos outros países, o Brasil, no Período Colonial, também foi fortemente influenciado pela Igreja Católica. A cidadania católica era requisito básico para a sobrevivência na Colônia, ainda que existissem outras crenças e costumes presentes naquela época. O alto clero procurava normatizar a vida religiosa, mas se confrontava com a diversidade cultural existente. Teoricamente, o catolicismo era a religião predominante, com dogmas que deveriam ser aceitos ou, pelo menos, respeitados por todos, fossem escravos, livres ou forros, principalmente em relação ao respeito à celebração dos ritos. O casamento só existia se tivesse recebido as bênçãos de um padre, com testemunhas e assentos em livros próprios. Isso implica dizer que quase todos os rituais da sociedade passavam pelo controle da Igreja (TODON, 2002).

As tropas portuguesas trouxeram, além das bagagens, toda cultura e tradição de sua sociedade. A influência da Igreja Católica no Período Colonial brasileiro é devido à

chegada dos portugueses no país. Ao chegar no Brasil, Portugal oficializou o catolicismo como religião predominante impondo as mesmas tradições católicas vivenciadas na Europa. Logo, desde o descobrimento do Brasil, a população foi ensinada a obedecer às regras impostas pela Igreja Católica, inclusive, para reger a vida privada dos indivíduos que aqui viviam.

A força imperiosa da Igreja Católica, influenciou significativamente a disciplina normativa do casamento na sociedade ocidental e, em especial, a brasileira, tendo em vista receber de Portugal todo o conservadorismo de uma sociedade altamente devota ao catolicismo. O casamento era visto como um pacto submetido às regras do direito natural, como uma consequência de preceito divino. O sistema canônico mantinha (e mantém) a indissolubilidade do matrimônio, percebendo, assim, a forte influência dos cânones romanos no sistema normatizado brasileiro (GAGLIANO; FILHO, 2021).

As Ordenações do Reino de Portugal (legislação trazida para o Brasil durante o período colonial) vigoraram no Brasil colonial até a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Durante esse período regido pelas Ordenações do Reino, mediante a influência do Direito Canônico, vigorava a supremacia do casamento católico sobre o civil, sendo válidos somente os casamentos realizados conforme a lei canônica<sup>4</sup>. Existia uma ressalva em relação à nulidade dos casamentos acatólicos: eram de responsabilidade dos juízes, embora deveriam seguir as legislações eclesiásticas, conforme determinava a Lei 1.144/1861 (TODON, 2002).

Percebe-se que o poder de decisão do juiz era restrito às leis canônicas. Ainda que existissem outras legislações regendo determinadas situações civis, prevalecia as oriundas do Direito Canônico. Fica evidente que a Igreja Católica controlava as ações dos juízes, as legislações existentes e os costumes da sociedade. Por conta disso, o arquétipo social era temente aos ditames do Direito Canônico. No que concernia às questões sobre nulidade do casamento, separação e divórcio pertenciam ao juízo eclesiástico.

Foi com o Concílio de Trento que a Igreja passou proclamar a eliminação do divórcio. Dessa forma, o casamento não consumado, poderia ser rompido, possibilitando a um dos cônjuges, a entrada para a vida religiosa. Caso o matrimônio já estivesse consumado, o vínculo tornava-se absolutamente indissolúvel, admitindo-se, apenas, a separação de corpos, perpétua ou temporária, por razões como o adultério, maus tratos, heresia ou apostasia (renúncia à religião). Assim, nesse período regido sob o Direito Canônico, o vínculo

---

<sup>4</sup> Só o poder espiritual era competente para conhecer e decidir sobre a nulidade daqueles atos (PEREIRA, 1956).

indissolúvel concebido pela Igreja Católica nem sempre terminava com a morte natural de um dos cônjuges (TODON, 2002).

Curiosamente, o Concílio de Trento introduziu no matrimônio características de um contrato formal, ao exigir que o acordo de vontade dos nubentes, para ser validado, fosse expresso perante um sacerdote e testemunhas, completando-se com o pronunciamento de aprovação pelos nubentes em ato de celebração. Esse ato também foi observado pela legislação civil, pois, estabelecido o vínculo, passavam os nubentes a adquirir direitos e obrigações, irrenunciáveis e indeclináveis, não podendo ser pela vontade de um, nem pelo mútuo consentimento (LEÃO, 2019).

Em se tratando das anulações de casamento e do divórcio, algumas situações curiosas marcaram o Período Colonial. Uma das causas de anulação era o engano quanto à condição jurídica<sup>5</sup> do outro cônjuge. Em relação à bigamia, afirma Todon (2002):

A descoberta da bigamia do marido também podia levar à anulação do matrimônio, pois, curiosamente, no Brasil colônia, os homens mudavam de nome quando pretendiam casar-se outra vez em uma região onde ninguém os conhecia e muitas vezes conseguiam; por pura causa econômica e relacionada com a prática do dote, existente na época. Com a presença da corte no Rio de Janeiro, o crime era julgado sem que os presos fossem enviados para a Inquisição em Lisboa, sendo estes condenados, na maioria das vezes ao degredo, quer dizer, exílio. (TODON, 2002, p. 379).

Seria juridicamente impossível o direito permanecer estagnado diante das alterações vividas em sociedade. O ser humano já não conseguia manter-se eternamente preso a um vínculo espiritualmente consagrado tal como o matrimônio, uma vez que a vida real acontece no plano material, muito distante e distinto da utopia de um mundo espiritual idealizado pela Igreja. As vicissitudes humanas demonstraram não só ao direito, mas à própria Igreja Católica, que determinadas situações da vida conjugal eram incompatíveis, inclusive, com o que a própria Igreja pregava. Posto isso, nada mais justo do que conceder a permissão do divórcio para essas situações consideradas, por assim dizer, como excepcionais.

Uma causa interessante diz respeito à anulação do casamento face à impotência em virtude da falta ou desproporção dos instrumentos da cópula, ou a falta decorrente de natureza ou enfermidade, desde que essa impotência fosse perpétua e não passageira. De acordo com o direito da época, bastavam três anos para caracterizar uma impotência perpétua (SILVA, 1998).

---

<sup>5</sup> Quando a mulher se casava com um homem que se dizia livre e, na verdade, era um escravo (TODON, 2002).

O fato de, naquele momento, ainda não existir no Brasil uma legislação específica sobre o divórcio, culminou em muitas situações consideradas como causas para a anulação do matrimônio, desde as mais esdrúxulas às mais corriqueiras. Em uma sociedade onde o devir social acompanhava os pensamentos eclesiásticos, qualquer atitude que fosse de encontro aos pensamentos da Igreja Católica era considerada como pecado, sendo, portanto, reprovada tanto pelo Direito Canônico como a própria sociedade em si.

As primeiras legislações civis do Brasil mativeram a princípio a indissolubilidade do casamento, sob a influência incontestável da Igreja Católica Apostólica Romana. Posteriormente, com o surgimento de mudanças culturais da sociedade, foram produzidas novas ideias na legislação civil, como por exemplo o desquite, que estabelecia a cessação do conjugal vínculo. Essas alterações levaram um certo tempo para acontecerem. A flexibilização da ideia de indissolubilidade passou a criar forma com o movimento social e a separação do Estado e a Igreja Católica (LEÃO, 2019).

Curiosamente, segundo Todon (2002), as relações sexuais mantidas pelo marido antes do casamento, com parentes da mulher, ou pela mulher com parentes do marido também dava ensejo à anulação do matrimônio. Uma observação interessantíssima diz respeito ao adultério<sup>6</sup> no período do Brasil Colônia. Se o marido descobrisse a traição de sua mulher, licitamente poderia matá-la assim como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo, ou o desembargador, ou pessoa de maior qualidade.

Observa-se, claramente, a posição de superioridade do homem na sociedade daquela época, tanto na posição do marido quanto na posição do amante. O marido, não sendo um peão, teria ampla permissão para matar sua esposa adúltera. Já o homem, na figura de amante, sendo um fidalgo, desembargador ou pessoa de maior qualidade estaria sob proteção legislativa em virtude de sua posição social. O homem que matasse sua mulher adúltera só seria punido se não tivesse razão para matá-la, mas, naquele tempo, o adultério era causa legítima. Uma ressalva importante: o oposto, no caso de adultério por parte do marido, a mulher não poderia matá-lo, não existia essa possibilidade na legislação da época.

Mesmo diante da permissão legal do homem para poder matar sua esposa adúltera, foram raras as defesas da honra masculina, uma vez que os maridos dispunham de punição menos violenta, mas igualmente eficaz, para as esposas real ou supostamente adúlteras. Trata-se do castigo de reclusão feminina em conventos ou recolhimentos de caráter

---

<sup>6</sup> Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero, fidalgo, ou nosso desembargador, ou pessoa com maior qualidade (TÍTULO XXXVIII, LIVRO 5 – Ordenações Filipinas) (REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, 1807).

perpétuo. Para a efetivação dessa pena, o marido precisava da autorização de uma autoridade, fosse essa autoridade o próprio rei, o vice-rei, ou a partir de 1808, o superintendente geral da cidade do Rio de Janeiro para confinar perpetuamente a esposa. Nesse caso, as enclausuradas poderiam dirigir-se à Coroa, em última instância, para requererem sua liberdade de volta. Os maridos muito desconfiados, quando viajavam, optavam por deixar suas esposas em recolhimentos ou entregues para algum familiar masculino de confiança (TODON, 2002).

A família patriarcal possuía como característica a imagem de uma família extensa, pois além do núcleo central formado pelo dono da casa, sua esposa e filhos legítimos; abarcava irmãos, tios e tias, primos, noras, genros, afilhados, grupo de agregados; incluindo, ainda, filhos ilegítimos, serviçais, escravos, afilhados, etc. Era um fenômeno denominado solidariedade parental. O patriarca dominava com autoridade absoluta e incontestável que possuía caráter e influência política e econômica, alcançando todas as esferas da sociedade (SZAPIRO, 1998).

O adultério, em relação às mulheres, era visto com maior gravidade do que no caso dos homens. A legislação protegia a honra do marido concedendo a este diversas possibilidades de punir a sua esposa. Era nítido o papel do homem na sociedade patriarcal. Vê-se uma diferença entre homens e mulheres demonstrando a não observância do princípio da igualdade, a exemplo dos casos de cerceamento de liberdade e penas de morte que não eram vistos nas legislações coloniais em relação aos homens adúlteros, apenas as mulheres.

Conforme afirma Todon (2002), o divórcio amigável<sup>7</sup> passou a fazer parte do cotidiano dos casais no final do Período Colonial. As separações eram consensuais ou de comum acordo e já estavam presentes em diversas camadas sociais, inclusive a de escravos e forros. Nesse contexto, a imprensa foi muito utilizada pelas mulheres em processo de separação no intuito de impedir a venda de bens pelo marido, uma vez que eles não poderiam dispor dos bens enquanto não fosse realizada a partilha.

Gradativamente, o instituto do divórcio vai tomando forma e moldando-se à realidade dos cônjuges e da sociedade da época. Não existia ainda na legislação vigente o termo divórcio, no entanto, prevalecia a ideia do instituto, a de pôr fim ao vínculo conjugal. Falava-se apenas em separação de corpos e seus efeitos eram muito limitados. Apesar de haver a separação de corpos, aquele indivíduo ainda se mantinha “preso” ao ex-cônjuge, pois

---

<sup>7</sup> Os processos de separação eram iniciados majoritariamente pelas mulheres. Em São Paulo, entre 1700 e 1822, 188 mulheres requereram divórcio e apenas 5 homens o fizeram. No final do período colonial, quando os casais começavam a preferir separações amigáveis para simplificar o processo, 32 casais o fizeram conjuntamente (TODON, 2002).



não podia casar-se novamente. O instituto da separação serviu de passaporte para a origem do que hoje conhecemos como divórcio.

Uma observação interessante sobre o fim do Período Colonial diz respeito aos casos em que a Justiça Civil se sobrepunha à Justiça Eclesiástica. Mesmo que todo processo tramitasse no Tribunal Eclesiástico da diocese onde pertenciam os cônjuges em litígio, nem sempre os problemas conjugais se encerravam naquela instância. Sentenças de divórcio favoráveis às mulheres eram anuladas em virtude dos argumentos do marido e de irregularidades encontradas no processo eclesiástico. Portanto, declarada a separação pelo juiz competente, caso temporária, o marido continuava na administração dos bens comuns, com a obrigação de alimentar a mulher, caso a separação fosse perpétua, era feita a partilha dos bens (TODON, 2002).

O Período Colonial, no Brasil, demonstra uma sociedade ainda fechada para os avanços do Direito, principalmente, no âmbito das situações civis. Além disso, a forte atuação da Igreja Católica em todos os âmbitos da sociedade dificultava modificações nas legislações e a atuação da própria Justiça. Outro ponto relevante que também dificultava a evolução do dever social era em relação às modificações das legislações vigentes à época. As Ordenações do Reino de Portugal possuíam muitos obstáculos em relação ao divórcio. Situações humilhantes e preconceituosas eram nitidamente observadas demonstrando a ausência de proteção aos direitos fundamentais e basilares, tais como o direito à liberdade e aos valores da dignidade humana.

Na transição do Período Colonial para o Período Imperial pouco se viu de alterações em relação à vida familiar. Mesmo com a Declaração da Independência e a instalação de um governo autônomo em relação à Portugal, nada foi modificado no processo de organização jurídico, político e social da época. No início do Período Imperial, as pilastras básicas do governo anterior continuaram prevalecendo, ou seja, fora mantida a sociedade escravocrata, a legislação do Reino de Portugal e a religião católica continuava como a oficial (OLIVEIRA, 2004).

Ainda que o país tenha passado por uma transição, permanecia arraigada na sociedade todos os costumes portugueses, oriundos de um país muito conservador quanto aos seus costumes e tradições, seguindo à risca os ditames eclesiásticos. Da mesma forma, o Brasil seguiu no seu caminhar evolutivo preservando pensamentos e ideologias conservadores. Outrossim, ter a Igreja Católica ao lado dos seus governantes representava sinônimo de poder mesmo que isso interferisse na vida íntima e privada dos indivíduos.

Segundo Santos (2018), a Igreja Católica continuava como a instituição responsável pelos assuntos matrimoniais. As certidões de casamento eram elaboradas pelos párocos e serviam como documentos de prova para pedidos de pensão e herança. Por se tratar de uma responsabilidade única da Igreja Católica, essas informações contemplavam somente os católicos. O governo imperial precisou buscar meios para regulamentar as situações de diversas famílias de acatólicos. Um caso interessante foi o de Catharina Scheid, protestante, casada com Francisco Fagundes, católico, apresentado no Conselho de Estado, na seção de justiça, em 1854. A celebração do casamento se deu de acordo com as normas da religião de Catharina.

Após dois anos da celebração do casamento, Bandeira Filho (1876) cita que Catharina entrou com um pedido de divórcio ao governo, alegando que seu esposo a havia abandonado para casar-se com outra mulher. Também apresentou como argumento o fato de o divórcio ser permitido em sua religião caso se provasse o abandono do lar ou adultério. Mas, como o casamento aconteceu sem autorização do bispo e não seguiu as normas da Igreja católica, o casamento de Catharina foi considerado nulo, ficando a mesma impossibilitada de ter o seu divórcio concedido. No entanto, perante sua religião, sem o divórcio formal, Catharina ainda era considerada casada e impossibilitada de contrair outro matrimônio. Ao contrário de Francisco, que poderia casar-se novamente, pois perante a Igreja Católica ele não tinha nenhum impedimento, não sendo válido seu casamento anterior.

O instituto do divórcio na sociedade imperial brasileira, a princípio, era uma semente jogada em terreno infértil. Essa foi a realidade do instituto até a separação da Igreja e o Estado laico. Naquele tempo, o matrimônio prevalecia sobre qualquer circunstância. As causas que davam ensejo ao divórcio eram ínfimas. Os dogmas proclamados pela Igreja Católica ainda eram fortemente observados, estando enraizados nos costumes e modo de viver da sociedade. As dificuldades do indivíduo estavam não só em provar as causas que davam ensejo ao fim do vínculo matrimonial como também em exercer o direito de refazer a própria vida. O casamento, nessa perspectiva, era um caminho sem volta.

A constituição da família nesse período, sob o aspecto formal, também acontecia por meio do casamento católico, ao passo que a dissolução do vínculo matrimonial era realizada por intermédio do divórcio a “não vínculo”, ou seja, correspondia a uma separação de corpos e divisão patrimonial, não sendo permitido o rompimento do vínculo matrimonial. A legislação religiosa e a legislação civil que tentou se editar naquele período estavam sempre focadas para a impossibilidade da não dissolução do vínculo matrimonial. Tratava-se da primeira flexibilização da Igreja Católica. Nesse período, foi editado o decreto 1144, editado

em 1861, que trazia a regulamentação do casamento entre pessoas de religiões diferentes. O divórcio não vincular, perdurou no nosso sistema jurídico, enquanto a religião católica se manteve como religião oficial no nosso país, sendo que tal fato somente deixou de prevalecer com o advento da primeira constituição republicana de 1891 (OLIVEIRA, 2004).

Nesse período, a separação de corpos era a única solução para o indivíduo que desejava encerrar o vínculo conjugal. Solução esta que só concedia o rompimento da convivência, não dando ao indivíduo o direito de iniciar uma vida nova ao lado de outrem. O direito à dignidade daquele indivíduo de regulamentar o seu “querer” encontrava barreiras na ideologia católica do “até que a morte os separe”. A ideia de divórcio que prevalecia à época não concedia integralmente o direito à liberdade dos indivíduos. O indivíduo separado não podia casar-se novamente. Por isso, muitas pessoas viviam relacionamentos irregulares aos olhos da lei e da igreja. Não existia amparo legal para os relacionamentos envolvendo pessoas separadas, muito menos, aprovação da Igreja Católica.

Ao longo do Segundo Império no Brasil, a tradição favorecia as amarras ao *status quo* imperial, associada diretamente às práticas políticas. Havia uma aversão às grandes alterações, buscando sempre a lentidão e a cautela para que não houvesse alteração na tradição, além de impedir uma possível revolução. O sistema político imperial não tinha a finalidade de defender o povo brasileiro; mas sim, os proprietários e a elite. O final do século XIX no Brasil, principalmente a partir de 1870, foi marcado por ideias reformadoras<sup>8</sup>. Essas novas ideias trouxeram vários debates sobre a união da Igreja e o Estado (SOUZA, 2013).

Souza (2013) afirma que o posicionamento defendido era de que o país só alcançaria o progresso se a longa aliança entre o poder temporal e o espiritual fosse rompida. Os modernizadores almejavam a laicização do Estado em prol da liberdade de consciência e atuação. As questões decorrentes da intervenção religiosa na sociedade aumentaram. Existia uma nítida dificuldade em adaptar uma Igreja conservadora a uma sociedade que buscava progredir nos moldes da modernidade. Na verdade, o que se defendia era que a religião deveria deixar a esfera pública e transferir-se para a esfera privada, permitindo ao indivíduo a possibilidade de escolha, e não mais a imposição.

Percebe-se que o indivíduo ainda não possuía o direito de regulamentar a sua vontade, quer dizer, sua vida íntima. A realidade da época não permitia uma margem de proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo. A vida íntima de qualquer pessoa,

---

<sup>8</sup> O liberalismo, o positivismo e o cientificismo, entre outras correntes, tinham como base a razão, colocando-se em oposição ao modelo tradicional, aos grupos e a tudo que bloqueava ou tentava, de alguma forma, impedir sua expansão (SOUZA, 2013).

naquele tempo, estava sobre a regência do Estado e os posicionamentos advindos da Igreja Católica. Não existia pudor entre essas instituições nas intervenções realizadas por elas no seio familiar. No entanto, o elemento vontade vem à tona com a separação entre Estado e a Igreja. A ideia de transferir a religião para a esfera privada do indivíduo, colocando-a como uma escolha e não mais como obrigação, demonstra a força do elemento vontade nas relações jurídicas e os seus efeitos na vida dos indivíduos. O elemento vontade, se bem aplicado, concede benefícios tanto para a vida privada do indivíduo como também para todo o bem comum.

Com a Proclamação da República, em 1889, trazendo ideias de progresso, laicização e liberdade religiosa, criou-se um governo provisório para administrar o país. Uma das primeiras medidas a ser tomada pela República foi o fim do Padroado, oficializando a separação formal entre Estado e Igreja. Essa medida provocou modificações em ambas as instituições, nas relações de poder e nas suas formas de relacionamento com a política e a sociedade. Assim, a “desconfessionalização” da vida pública a partir de medidas como a secularização do casamento foram tomadas como novas bandeiras para reforço do poder do Estado sobre a esfera religiosa (COSTA, 1994)

No ano seguinte, em 1890, de autoria de Rui Barbosa, o Decreto 181, promulga a lei sobre o casamento civil. Surge demonstrando em seu capítulo IX regras como os motivos e documentos necessários para o ingresso da ação de divórcio, inclusive os efeitos decorrentes da sentença. Era permitido, na incapacidade<sup>9</sup> de um dos cônjuges, a representação deste por qualquer ascendente, descendente ou irmãos e, na falta destes, por um parente mais próximo. Em se tratando dos motivos de requerer o divórcio, o decreto apresentava como motivos as seguintes situações: adultério, maus tratos, injúrias graves, abandono voluntário e prolongado por dois anos contínuos e, mútuo consentimento, se fossem casados há mais de dois anos (BRASIL, 1890).

Essa ideia de divórcio levava consigo novos impedimentos, formalidades e a regularização do instituto. O movimento social levado pelos ideais da razão trouxe um grande avanço para a época. Pela primeira vez, via-se o devir social caminhar em harmonia com as novas legislações advindas da República. Esse movimento possibilitou o surgimento de mecanismos capazes de dar soluções que pudessem contribuir com o desenvolvimento da

---

<sup>9</sup> Capítulo IX - Art. 81 – “Se o cônjuge, a quem competir a ação, for incapaz de exercê-la, poderá ser representado por qualquer dos seus ascendentes, descendentes ou irmãos, e na falta deles pelos parentes mais próximos, observada a ordem em que são mencionados neste artigo” (BRASIL, 1890, não paginado).

sociedade e das próprias instituições. O divórcio é um claro exemplo de mecanismo cujo objetivo é contribuir com soluções para os problemas decorrentes da vida em sociedade.

O decreto supracitado tratava do adultério, alegando que deixava de ser motivo para o divórcio se o réu fosse a mulher e tivesse sido violentada pelo adúltero, se o autor tivesse concorrido para que o réu o cometesse e, também, caso tivesse sobrevivido perdão por parte do autor. Presumia-se perdoado o adultério quando o cônjuge inocente, tendo conhecimento do fato, tivesse coabitado com o culpado (BRASIL, 1890).

O instituto do divórcio começava a adquirir forma moldando-se de acordo com as necessidades sociais daquela época. O legislador percebeu que a evolução da sociedade dava ensejo à evolução no mundo jurídico. Esse movimento permitiu que novas situações fossem regulamentadas pelo ordenamento recebendo proteção jurídica.

Os cônjuges que queriam se divorciar de comum acordo apresentavam-se pessoalmente ao juiz, levando a petição escrita por um e assinada por ambos. Caso um não soubesse escrever, a seu rogo, instruída dos seguintes documentos: a) certidão de casamento; b) declaração de todos os seus bens e a partilha acordada em fazer; c) declaração de acordo sobre a posse dos filhos menores (caso tivessem); d) declaração da contribuição de cada cônjuge para a criação dos filhos, ou da pensão alimentícia para a mulher, caso esta não tenha bens suficientes para se manter; e) traslado do pacto antenupcial, se existisse. O regime republicano inovou trazendo na legislação a preocupação com a partilha dos bens, guarda dos filhos e pensão. Uma observação importante, que não deve ser esquecida, diz respeito ao fato de que embora a lei falasse em separação de corpos,<sup>10</sup> o casamento em si não era desfeito (BRASIL, 1890).

Mesmo tratando apenas da separação de corpos, o Decreto 181 representou um marco no mundo jurídico da época. A possibilidade de celebrar o casamento apenas sob os efeitos civis demonstrava o grande avanço da sociedade que, por muitos anos, permaneceu presa às tradições imperialistas e religiosas. Se, naquele tempo, o matrimônio era visto como algo indissolúvel perante a Igreja, a possibilidade de o indivíduo dissolver a sociedade conjugal com amparo judicial e sem intervenções canônicas, representou um grito de liberdade.

---

<sup>10</sup> Capítulo IX – Artigo 88: “O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido” (BRASIL, 1890, não paginado).

### 3.3 Das proposições divorcistas no parlamento

Os últimos acontecimentos históricos daquela época, tais como o rompimento do Estado com a Igreja e a regulamentação do casamento civil instigaram um movimento evolutivo no Parlamento brasileiro. Em 1893, o deputado Érico Coelho, apresentava a primeira proposta divorcista. Em seu projeto de lei, o deputado faz uma crítica à lei 181/1890 denominando-a como uma “lei manca”, uma vez que apresentava várias incongruências com o casamento civil. Para ele, ao mesmo tempo que a lei concedia a desunião dos cônjuges e a separação terminante dos bens do casal, também proibia que os foragidos do casamento, na intenção de jamais se reconciliarem, pudessem constituir uma nova família (BRASIL, 1893).

A legislação que regulamentava o casamento civil marcou o ordenamento jurídico, mas não tratou com afincos do instituto do divórcio. Muitas questões ficaram sem respostas. A primeira proposta legislativa sobre o divórcio rebatia situações que não condiziam com a realidade social. Foi a primeira vez que se discutiu sobre os verdadeiros efeitos do divórcio questionando-se sobre a eficácia da separação de corpos e a proibição dos separados de constituírem nova família. Se o divórcio não resolvia tais questões, logo, não tinha eficácia alguma, pois de que adiantaria a separação de corpos se o indivíduo não teria o direito de iniciar a vida ao lado de outrem? Era preciso compreender o verdadeiro sentido do instituto do divórcio.

Em análise da referida lei, o deputado Érico Coelho trouxe um peculiar caso dos efeitos da recusa de consumação sexual no casamento civil e no matrimônio perante a Igreja Católica:

Um cavalheiro casou-se civilmente e ato contínuo foi pedir as bênçãos da Igreja Católica para sua família. Entretanto, a mulher recusou-se a consumir o matrimônio. E o que aconteceu? Decorridos meses, o casal recorreu à Igreja que, atenta a essa condição essencial irrealizada, concedeu a dissolução do casamento; porém, para a República, essas duas criaturas continuam casadas, conforme a lei que critico, visto como o legislador de 1890 não cogitou da hipótese, e, o que é mais, essa mulher católica, como são no geral nossas compatriotas, contraiu novas núpcias perante à Igreja, independentemente, já se vê, do casamento civil e se acha inibida de legitimar a segunda família que fundou na esperança de Deus. (BRASIL, 1893, p. 325).

Para o deputado, a lacuna existente nessa legislação deixava a vida civil cheia de incertezas. A não consumação sexual do matrimônio perante a Igreja possibilitava a dissolução do casamento, ao passo que, no casamento civil, ambos continuavam casados, o vínculo permanecia. Posto isso, para o parlamentar, restava demonstrado que o decreto de 24 de janeiro de 1890 deveria ser retocado o quanto antes, naquela sessão legislativa, para que “não se diga que o Congresso durante três anos de trabalho deixou de atender aos defeitos

evidentes de uma lei que entendia com a constituição civil da família” (BRASIL, 1893, p. 325).

A primeira proposta divorcista dividiu o congresso entre os parlamentares conservadores e os que lutavam por novos modelos jurídicos que trouxessem soluções para os problemas nas demandas envolvendo o fim do relacionamento conjugal. De um lado, os que seguiam a linha de que o casamento deveria ser observado acima de tudo seja por questões espirituais, costumes ou por tradições sociais. Em sentido oposto, parlamentares que defendiam os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana com o objetivo de garantir que aquele indivíduo divorciado pudesse refazer sua vida amparado legalmente.

O parlamentar apresentou vários temas que mereciam ser impugnados, pois estariam fielmente reproduzidos no projeto do código civil que viria a ser publicado em 1916. Além disso, o deputado afirmava que os assuntos relacionados ao casamento civil eram de efetiva magnitude devendo ser reconsiderados pelo Congresso para que pudessem ter o seu lugar no Código Civil. Outro ponto muito debatido em seu projeto era a questão da subordinação da cerimônia religiosa do casamento à formalidade civil. Para o congressista de 1893, subordinar a fórmula jurídica ao ato religioso seria desmoralizar o casamento civil, quer dizer, “a precedência obrigada do casamento legal à celebração religiosa traria, nada mais, nada menos, a dependência do poder espiritual ao temporal” (BRASIL, 1893, p. 327).

Percebe-se que, mesmo com o devir social, ainda existia uma luta pela separação das questões espirituais das questões civis, já que a Igreja Católica era bastante presente no contexto social da época. Sob essa perspectiva, para muitos, ela representava uma forte instituição a quem se devia obediência. Tratar do divórcio dentro dessa sociedade conservadora significava combater costumes, tradições e preconceito, posto que o divórcio era motivo de discriminação por parte da sociedade. Os que passavam pela situação de separação de corpos (já que o instituto do divórcio ainda não era regulamentado no ordenamento brasileiro) eram excluídos socialmente, pela simples ideia de que a separação poderia influenciar os demais casais a fazerem o mesmo.

É de se notar a preocupação do parlamentar em proteger a nova regulamentação civil da família, sem, contudo, ir de encontro às tradições católicas ainda presentes na sociedade conservadora da época. Érico Coelho intitulava-se bom católico, no entanto, afirmava que “como político, não obedecia às aspirações da Santa Sé, mas sim às convicções democráticas”. Ao final da defesa de seu projeto, Érico Coelho, em um diálogo com o parlamentar Sr. Badaró, ouve do colega que o referido projeto não era tão atrasado assim,

tendo coisas novas. Questionado por Érico Coelho sobre quais novidades o congressista via no projeto, responde o sr. Badaró: o divórcio (BRASIL, 1893, p. 328).

O trajeto evolutivo do divórcio demonstra que o instituto enfrentou muitos obstáculos. Ainda assim, a regulamentação do casamento civil representou um grande avanço para o ordenamento jurídico, pois trouxe consigo algumas situações relativas ao divórcio, mesmo que diante de muitas lacunas. Tais omissões serviram de incentivo para uma análise mais precisa sobre as questões que envolvessem o fim do vínculo conjugal.

No ano de 1900, o senador Martinho Garcez lança na bancada do Senado Federal um projeto de lei a favor da instituição do divórcio, iniciando, dessa forma, sua luta em prol do instituto no Brasil. A pioneira participação do Senador deu-lhe condições de inscrever seu nome na primeira página da história do divórcio no país, pela coragem da posição tomada e pelo sabor inovador do seu projeto. A discussão do projeto se inicia com uma onda de rejeição por parte dos demais senadores. Durante a sessão, que ocorreu em 30 de julho de 1900, o Senador Rui Barbosa, bastante presente, chega a afirmar que a rejeição da ideia do divórcio é “um sentimento geral do país”. (BRASIL, 1900, p. 270).

No entanto, a semente do divórcio já germinava no ordenamento jurídico brasileiro. Era questão de tempo conseguir regulamentar o instituto, pois cada vez mais se tornava notória a necessidade de tutela jurídica para as questões que envolvessem o término da relação matrimonial. Era preciso garantir aos indivíduos que desejavam encerrar o vínculo conjugal direitos fundamentais básicos, tais como direito à liberdade e à dignidade humana.

Rui Barbosa se manifestava contra o monstro que ele considerava ser o divórcio por meio de vários artigos, na imprensa carioca, intitulados “*O Divórcio no Senado*” (05/08/1900), “*O Divórcio e a Nação*” (06/08/1900), “*A mãe dos adiantados*” (07/08/1900), “*Um painel oportuno*” (09/08/1900), “*O Divórcio nos Estados Unidos*” (11/08/1900), “*O Divórcio em Alemanha*” (13/08/1900), “*O Divórcio na Inglaterra*” (18/08/1900), reunidos depois no livro *O Divórcio*, de Simões Editer, Rio, 1957, 2ª edição (CARVALHO, 1975).

Na defesa de seu projeto, Martinho Garcez responde Rui Barbosa, dizendo:

O conselheiro Rui Barbosa poderia fazer um projeto de Código Civil perfeito. Não pode. Com o seu talento extraordinário, com a sua vastíssima ilustração pode o mestre insigne fazer uma obra de vastas proporções, um monumento grandioso para a nossa glória e o nosso orgulho, mas essa obra não seria perfeita desde que não se compreende um Código Civil no século XX sem o divórcio como corolário do casamento civil, e o grande jurisconsulto é partidário do casamento indissolúvel do Concílio de Trento, contra a evolução operada em todos os países da Europa, com exceção somente dos dois que parecem sempre mais dominados pelo jesuitismo católico, a Espanha e a Itália. (CARVALHO, 1975, p. 222).



Rui Barbosa era um dos parlamentares conservadores que se encontrava do lado oposto aos fundamentos do divórcio. Para ele, o instituto ia de encontro ao viés conservador da sociedade. Mesmo que muitos países já tivessem em seu ordenamento o instituto regulamentado, para Rui Barbosa, o divórcio seria um verdadeiro retrocesso.

Na proposta oferecida pelo Senador Martinho Garcez, os argumentos contra o projeto eram muitos. Para o Senador Alberto Gonçalves, a parte sã da sociedade era contra o instituto do divórcio e conservava o respeito ao matrimônio. Afirmava que muitos advogados da época se recusavam a tratar de causas de divórcio pois ia de encontro ao conceito de dignidade. Segundo o Senador, mesmo nos Estados Unidos, onde existia uma grande facilidade de conseguir a realização do instituto, muitas mulheres divorciadas não eram recebidas em determinadas situações sob a alegação de conveniência moral e pelos princípios religiosos (BRASIL, 1900).

O conceito de dignidade apresentava uma outra perspectiva. Para a época, dignidade representava viver em família, ainda que no seio familiar a realidade entre os cônjuges não fosse a das melhores. Mesmo assim, era preferível manter a aparência de família feliz perante a sociedade por uma questão de “dignidade”. Aos que iam de encontro a essa concepção, buscavam no divórcio a verdadeira dignidade: a de ser livre e ter o direito de refazer a vida novamente, seja sozinho ou ao lado de outrem.

Para o autor do projeto, o Senador Martinho Garcez, o maior obstáculo a ser enfrentado seria o preconceito religioso e teocrático. Para o Parlamentar, diante da lei que tirou do casamento o caráter de sacramento para dar-lhe o caráter de ato jurídico, seria impossível sustentar no terreno do Direito e da razão a indissolubilidade do vínculo conjugal. Para o Senador, o Direito Civil, naquela época, já não possuía o condão de estabelecer entre as criaturas relações indissolúveis e eternas. Em sua defesa do projeto perante o Senado Federal, afirmou Martinho Garcez que seria contra a índole íntima das relações contratuais humanas que elas não possam ser dissolvidas, pela vontade mútua ou pela infração das causas determinantes das obrigações contraídas (BRASIL, 1900).

Expondo as razões de seu projeto, Martinho Garcez afirmou que:

O povo que aceita e tem em sua legislação o casamento civil, não pode deixar de aceitar e de querer o divórcio. O que vejo nos adversários do divórcio é sentimentalismo, preconceito teocrático, em uma palavra, retórica. Eu não tenho a pretensão de acreditar que meu projeto seja aprovado este ano. Continuo, apenas, a campanha, já iniciada há cerca de seis anos; outros mais valorosos virão depois em meu socorro, e a tentativa hoje repelida, será a verdade de amanhã. Há dois grandes instintos na natureza: o instinto de amor e o instinto de liberdade. A Igreja Católica entendeu que o homem era feliz demais gozando desses dois instintos e criou a indissolubilidade do casamento, que é o sacrifício da liberdade ao amor. (BRASIL, 1900, p. 276-277).

O Senador tinha plena convicção que o seu projeto era um grande avanço para a época, por isso estava disposto a dar início a uma luta que duraria anos. Entretanto, diante da santidade concedida pela Igreja à família, o divórcio era visto como algo profano. Tratava-se de uma reforma social que buscava impulso para seguir adiante e romper as barreiras de uma sociedade ainda presa aos dogmas religiosos.

Martinho Garcez ousou demonstrando a necessidade de seu projeto seguir adiante, baseando-se na certeza de que a indissolubilidade do vínculo conjugal não foi sonhada por nenhum legislador e por nenhum povo, nem mesmo pela Igreja nos primeiros séculos, demonstrando que as civilizações como a dos hebreus, medas, persas, gregos, romanos, conheceram o instituto, inclusive, figuras-chaves do Cristianismo permitiam o divórcio, tais como o próprio Cristo e São Paulo (CARVALHO, 1975).

Na defesa de seu projeto, Martinho Garcez apontava argumentos sobre a separação da Igreja e o Estado, o valor da liberdade e a visão do casamento na perspectiva jurídica. Afirmava que:

O que não entendo ainda é que o Governo Provisório, que surgiu de uma revolução em nome da liberdade contra uma dinastia de direito divino, tendo separado a Igreja do Estado, se julgasse com poderes para declarar que o vínculo conjugal é indissolúvel, depois de ter abolido o casamento-sacramento, o casamento perante a Igreja, e de ter considerado o casamento um ato de jurisdição civil. Não compreendo, porém, o legislador brasileiro de 1890, declarando que o casamento deixa de ser um ato religioso para ser um ato civil, e estabelecendo que a sociedade entre o marido e a mulher é indissolúvel, porque assim foi determinado pela Igreja Católica. (BRASIL, 1900, p. 236).

O Senador abria caminho para novos horizontes no Direito brasileiro. Foi o primeiro passo marcante na história do divórcio. Em seu projeto, Martinho Garcez apresentou 18 artigos que tratavam desde a implementação do instituto, ação competente, forma de propositura e quem poderia propor, assim como em que situações era cabível, de maneira que não restassem dúvidas para a execução do instituto na prática (CARVALHO, 1975).

Na proposta do Parlamentar, ele pode demonstrar a realidade de muitos casamentos fracassados. A vontade de encerrar o vínculo matrimonial, a busca pela liberdade e o direito de recomeçar sempre existiram, mas, por muitos anos, foram temas silenciados nas sociedades. Martinho Garcez teve a coragem de expor seus fundamentos no intuito de legitimar o direito de não mais permanecer casado.

Dentre vários pontos de debate, trouxe a questão do abandono e questionava-se

Para que a mulher se casa? Para encontrar um amigo, um protetor, um amparo na vida. Ora, desde que o marido abandona a esposa e abandona seu lar, desde que a sua esposa recusa proteção e sustento, o homem falta à obrigação contraída e o contrato matrimonial deve ser dissolvido, para que a mulher possa procurar um outro amigo, um outro protetor. Dir-me-ão: há para isso a separação de corpos; mas eu responderei: isto não é um remédio, é um paliativo, que, em vez de curar, mata o

sentimento de pudor da mulher; porque esta, se não tiver bens de fortuna, na impossibilidade de procurar um marido, procurará um amante ou vários amantes. (BRASIL, 1900, p. 236).

Via-se, pela primeira vez no legislativo brasileiro, um verdadeiro defensor da liberdade do indivíduo. Era muito difícil defender o divórcio diante de uma sociedade extremamente conservadora. Existia uma inversão de valores aqueles impostos pela religião eram maiores do que a própria dignidade humana. O indivíduo, para manter-se em conformidade com a sociedade da época, era obrigado a viver de aparência, deixando prevalecer a indissolubilidade do matrimônio e abdicando do seu direito de liberdade.

Dentre seus argumentos, Martinho Garcez expôs seu pensamento sobre o amor. Algo subjetivo, mas um argumento de fundamental importância na defesa do divórcio. Para Martinho Garcez o amor seria um laço indissolúvel. Enquanto ele é a luz do lar, o casamento seria a melhor das venturas na terra; quando ele desaparece, surge o inferno. Defendendo seu projeto, questiona “sabeis o que é o casamento sem amor?”. E responde: “para um homem consagrar sua existência a uma mulher e viver com ela até o último instante de sua vida, não precisa de laço matrimonial; basta que ele ame essa mulher, e que ela compreenda o seu amor, seu espírito e seu coração” (BRASIL, 1900, p. 230).

O parlamentar inspirou-se no amor para defesa do divórcio. No entanto, há um elemento de suma importância que deve ser observado: a vontade. Amor e vontade andam lado a lado com o instituto do divórcio. Desfeito o laço sentimental regido pelo amor aquela relação conjugal deixa de ter sentido. Nesse momento, o elemento vontade ganha espaço na busca pela liberdade daquele indivíduo que não mais deseja permanecer casado. Diferentemente do amor, a vontade encontra-se presente no início e no fim de um relacionamento. Esse é o elemento garantidor do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, na extinção do vínculo conjugal, concedendo aquele indivíduo o direito de “recomeçar”.

Para Martinho Garcez, desde que o casamento deixou de ser um sacramento, passou a ter um viés contratual. E como tantos contratos, há os contratos pessoais, que se assentam na promessa de prestação de serviços por um certo e determinado tempo. Se o indivíduo que se compromete a prestar os seus serviços não cumpre o ajustado, a lei não obriga a que ele fique preso à sua promessa, mas dá à parte contrária o direito de pedir indenização por prejuízo. E, desde que o casamento perdeu o caráter místico de laço divino, para ser um ato jurídico, um ato humano, não pode escapar às regras que regulam as sociedades humanas, as convenções e os contratos (CARVALHO, 1975).

O rompimento do vínculo da Igreja e do Estado trouxe a visão do matrimônio como um ato jurídico. Seria humanamente impossível manter um instituto jurídico com ideologias místicas e suposições espirituais, sabendo que o ato é celebrado entre seres humanos que vivem em sociedades. Tal fato não impede o indivíduo de continuar vivendo de acordo com suas crenças. No entanto, para que o instituto possa garantir eficácia e segurança jurídica é preciso que seja regulamentado conforme a vida em sociedade.

Perante o Plenário, argumentava o Senador que:

Não há meio de justificar a indissolubilidade. Primeiro – porque toda a sociedade formada pelo mútuo acordo de duas vontades pode e deve ser dissolvida por mútuo acordo delas; segundo – porque toda a sociedade, ou todo contrato, pode e deve ser dissolvido quando uma das partes contratantes faltar ao cumprimento das obrigações que contraiu. A indissolubilidade do vínculo conjugal não é só contrária à natureza humana, ao direito e à liberdade individual: é contrária também à Justiça, porque sendo o divórcio um remédio aos casais infelizes, por menor que seja o número deles, que clamem por justiça, não é lícito ao Estado negá-lo. (BRASIL, 1900, p. 279).

Naquela época, diante de uma sociedade preconceituosa e discriminadora, o tema ainda não era bem-visto. O parlamentar foi impecável na defesa do divórcio invocando desde os fundamentos subjetivos aos mais objetivos possíveis. Falar do divórcio e clamar por justiça soa algo redundante. É certo que pensar em justiça significa agir conforme o justo. Posto isso, findado o amor, nada mais justo que o indivíduo requeira o fim do vínculo conjugal. É justo que aquele que não mais pretende permanecer casado possa querer ser livre novamente. Da mesma forma, seria justo para esse indivíduo o direito de recomeçar a vida de forma digna, amparado legalmente pelo ordenamento jurídico. É justo para o indivíduo deixar de viver um relacionamento de aparências por imposições dos costumes e tradições de uma sociedade altamente conservadora e preconceituosa.

Sob a ótica do Senador, o divórcio devia ser decretado como o protesto da mulher do século XX contra a superioridade automática do homem, que leva à sua bestialidade e estupidez até ao assassinato da esposa, quando se julga com o direito de ser devasso e libertino. Para Martinho Garcez, isso só aconteceria quando o Brasil, finalmente, entrasse na civilização. Afirmava ainda que o “Estado livre não pode fechar as portas da lei, em nome de uma religião, aos indivíduos que pedem justiça (BRASIL, 1900, p. 279).

Desde a Revolução Francesa, os ideais de liberdade influenciaram os ordenamentos jurídicos desenvolvendo a proteção do direito à liberdade do ser humano. Falar de liberdade do indivíduo é enfatizar a ideia de do direito de ir e vir, do direito de dispor dessa liberdade como melhor lhe aprouver.

Nesse aspecto, Martinho Garcez foi no âmago das questões que envolvem o divórcio. Em sua exposição demonstrou a posição de ambos os cônjuges diante de um matrimônio falido. “Imaginar uma jovem casada, tendo na alma todos os sonhos e todas as esperanças, sentindo-se com seu coração capaz de todos os sacrifícios para amar e ser amada e que é abandonada por seu marido, em que ela sente que se apagou a chama do amor, do afeto e do carinho. Imaginar, ainda, que essa esposa desprezada encontra um homem que a ama, que a cerca de todas as demonstrações de afeto. Esta jovem não pode divorciar-se do marido, que não a ama, para casar-se com o homem que a ama. E uma vez que ela não pode ser esposa, há de ser fatalmente concubina” (BRASIL, 1900, p. 237).

A indissolubilidade do matrimônio dava ensejo a esse tipo de situação bastante comum no cenário da época. Diante da não regulamentação do instituto do divórcio, os indivíduos eram obrigados a manter relações extraconjugais em sigilo. O direito de ser livre e poder regulamentar a própria vida cedia lugar a uma triste vida de aparências. Para o indivíduo da época, não bastasse a dificuldade em divorciar-se ainda tinha que lidar com o preconceito de uma sociedade extremamente conservadora.

O Senador não expunha seus argumentos apenas em relação às mulheres. Para ele, os homens também tinham o direito de querer divorciar-se.

Imaginar um homem que, por sua inteligência, seu trabalho e circunspeção nos atos de sua vida, conquistou uma posição de respeito e consideração social, casado com uma mulher leviana, que gosta do ruído dos bailes e dos passeios, e dos amores fáceis e passageiros, apontada na sociedade como amante de fácil conquista; essa mulher é a desonra daquele marido. A esse marido que resta fazer? Ou tragar a afronta, silenciosamente, tendo todos os dias o seu coração esmagado, a sua alma sob o peso de uma montanha, para respeitar a indissolubilidade do casamento e poupar aos filhos travos futuros de fel, ou deixar a esposa leviana, condenado a não poder procurar uma companheira para repartir com ela a sua existência. (BRASIL, 1900, p. 238).

A proposta apresentada por Martinho Garcez foi rejeitada no Senado Federal sob diversos argumentos. Para a grande maioria dos senadores presentes na votação, o divórcio seria a dissolução da família brasileira, não sendo aceito pela opinião nacional. Para o Senador Rui Barbosa, “divórcio é o contrário de casar-se, é desmanchar o casamento. É bom que se confesse que a dissolubilidade do casamento tem por fim favorecer a constituição de outro. A poligamia sucessiva é que o divórcio significa” (BRASIL, 1900, p. 279).

Muito embora Martinho Garcez tenha inovado com a proposta a favor da implementação do divórcio no nosso ordenamento, com a recusa do projeto no Senado Federal, em 1900, o Brasil permaneceu apenas com a separação de corpos. Todavia, os ideais que representavam o instituto já estavam presentes na realidade da sociedade civil brasileira. O primeiro passo havia sido dado.

### 3.4 O Código Civil de 1916 e o desquite

Seis meses após o projeto de Martinho Garcez ser rejeitado no Senado Federal, o jurista Clóvis Bevilácqua apresenta seu projeto de Código Civil. Particularmente, os parlamentares sequer cogitaram a possibilidade de alterar o modelo de Bevilácqua para a condição jurídica da mulher casada. O projeto sofreu duras críticas advindas do Senador Rui Barbosa e de diversos juristas passando por diversas alterações até sua aprovação, em 1916. O esforço deliberativo se concentrou na questão de dissolução da sociedade conjugal, em que a proposta original de divórcio, mesmo apresentando muitas limitações para os padrões da época, fosse substituída pela instituição do desquite, mantendo o vínculo entre os cônjuges e não emancipando as mulheres do poder marital (MARQUES, 2004).

Pode-se dizer que o desquite foi um esboço mal elaborado do instituto do divórcio. Mesmo estando presente no Código Civil de 1916, o desquite não trouxe muitas alterações na legislação brasileira. A única inovação apresentada seria a partilha de bens, estipulando, do desquite em diante, que os novos bens adquiridos pertenciam a cada cônjuge. De resto, o instituto em nada acrescentou no ordenamento jurídico. A realização do desquite dava ensejo apenas à separação de corpos. Os indivíduos ainda mantinham o vínculo matrimonial não podendo casar-se novamente.

Segundo Marques (2004), o Código Civil Francês, promulgado por Napoleão em 1806, serviu de modelo e inspiração para todos os códigos das nações que emergiram do processo de descolonização da América Latina no século XIX. Mesmo o Código brasileiro, tardio em relação aos demais, mirou-se no exemplo francês. À parte ter representado um avanço institucional importante na clarificação dos direitos civis dos cidadãos, fundamentados nos princípios do liberalismo político da Revolução: liberdade, igualdade e supressão de privilégios, o código civil francês perpetuou a situação de inferioridade da mulher no casamento. A preservação da família patriarcal francesa revela uma entre tantas fraturas do discurso liberal.

Os ideais da Revolução Francesa trouxeram não só inovações para o ordenamento jurídico brasileiro como também costumes e tradições da sociedade francesa. O Código Civil Francês havia sido elaborado conforme o devir social presente na realidade francesa. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro de 1916 incorporou um modelo jurídico distinto da realidade presente na sociedade brasileira.

Na verdade, o Código Civil Francês acabou por transportar costumes distintos dos já presentes na realidade brasileira da época. Nas palavras de Marques (2004) o casamento formal, regido pelas regras do Direito Civil, estava presente apenas no cotidiano da elite. A informalidade das relações privadas encontrava-se fortemente presente no cotidiano da classe dos menos favorecidos. Portanto, vê-se o amparo legal apenas a uma parcela da população. Um exemplo desse tipo de situação foi a não aceitação do concubinato no nosso ordenamento jurídico, uma vez que as relações privadas regidas pela informalidade não contavam com qualquer proteção.

Observa-se que a influência do Código Civil Francês no ordenamento jurídico brasileiro culminou em algumas lacunas pendentes de análise e regulamentação. As relações privadas ainda careciam de tutela jurídica. Embora a promulgação do primeiro Código Civil Brasileiro representasse um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, muitas questões sobre o fim do vínculo conjugal ainda se encontravam sem respostas. Era preciso que o Código Civil de 1916 se adaptasse às realidades sociais brasileiras.

Prevalencia no Código Civil de 1916 um viés conservador em que o legislador praticamente ignora a família ilegítima, e as raras menções que faz ao concubinato são apenas com o propósito de proteger a família legítima. O jurista Orlando Gomes criticou os princípios filosóficos que influenciaram a elaboração do Código de 1916. Para ele, o Código Civil consagrou o divórcio entre a elite e a massa inculta. Perante o Plenário, argumentava o Senador que:

Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristaliza costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranquilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade. (GOMES, 1958, p. 33).

Verifica-se a necessidade de que o legislador da época observasse as reais necessidades da sociedade brasileira. Dessa forma, modelos jurídicos instaurados no ordenamento devem apresentar respostas que possam contribuir com as problemáticas sociais. É de suma importância compreender que a dinâmica social é algo contínuo e que o direito não pode permanecer estático diante de tantas alterações sociais. O Código de 1916, por influências francesas, pecou em não observar o contexto social que o Brasil vivia naquela

época. Por conta disso, distingue famílias legítimas de ilegítimas excluindo da tutela jurídica inúmeros indivíduos em decorrência de costumes e tradições.

Em 1901, os artigos do projeto relativos aos efeitos do casamento não causaram polêmica, ao contrário dos artigos que tratavam da dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, medida prevista no projeto de Clovis Bevilácqua, mas que ainda mantinha o vínculo conjugal. Foi visando dificultar separações, mantendo a mulher submetida ao jugo do marido, que o Deputado Andrade Figueira apresentou uma emenda<sup>11</sup> defendendo a manutenção do casamento intransigentemente. Essa mudança tornava a mulher perpetuamente incapaz perante o marido, mesmo se houvesse o divórcio, que esteve cogitado pelo projeto de Bevilácqua e que, ao final, cedeu lugar ao desquite (MARQUES, 2004).

Tratava-se, de certa forma, de manter o poder patriarcal que há anos esteve presente nas sociedades, inclusive a brasileira. Ainda que a luta pelo instituto do divórcio abarcasse diversos motivos, a mulher encontrava-se numa situação de submissão ao marido, mantendo-se civilmente incapaz de realizar atos da sua vida civil. Por mais que conseguisse a separação do cônjuge, naquele tempo, a mulher encontrava-se impedida de valer-se de sua autonomia privada, não podia ser dona de si mesma, ou seja, tolhida de regulamentar a própria vida.

Em 1902, os senadores membros da comissão especial do Código Civil instituíram o casamento formal como a única forma legítima de união entre os sexos, impondo, portanto, uma escolha política incompatível com a realidade social das classes populares do país. Era muito comum, entre os pobres, o casamento não se consumar formalmente. Os filhos tidos nessas uniões, assim como as mães, não estavam amparados contra o abandono do lar pelo homem. Em uma eventual ruptura do vínculo conjugal, cabia à mulher, exclusivamente, arcar com o sustento da família (MARQUES, 2004).

Observa-se, mais uma vez, a ausência de amparo legal em relação à mulher. Em se tratando do casamento formal, diante do pedido de encerramento do vínculo conjugal, a mulher ainda sob os poderes maritais, encontrar-se-ia incapaz de realizar atos da sua vida civil. Já a mulher que vivia na informalidade de uma união, encontrava-se desprovida de qualquer proteção jurídica em relação à sua família.

Após a análise dos artigos relacionados à dissolução legal do casamento, afirma Bevilácqua (1917, p. 268):

---

<sup>11</sup> Ao invés de dizer que as mulheres casadas seriam incapazes relativamente a certos atos, “enquanto subsistir a sociedade conjugal”, passaria a ser redigido: “enquanto subsistir o poder marital” (MARQUES, 2004, p. 136).



O desquite consiste na separação dos cônjuges, e na cessação do regime matrimonial dos bens. Dissolve-se a sociedade conjugal; mas subsiste o vínculo do casamento, que impede outra união legal. Separados dos cônjuges, tornam-se eles, um em relação ao outro, pessoas estranhas, desaparecendo as obrigações recíprocas, criadas pelo casamento, e subsistindo, apenas, as que nasceram do desquite. Assim é que a mulher adquire domicílio próprio, dirige a sua pessoa, administra e aliena seus bens, como pessoa plenamente capaz, sem necessidade da intervenção de outrem. Ainda que não tenha atingido aos vinte e um anos, não volve à condição de incapaz, sob o pátrio poder ou sob a tutela, poderes dos quais o casamento a libertou. O mesmo acontece com o homem. Os bens dividem-se como se o casamento fosse dissolvido pela morte. Se o desquite for amigável, os próprios cônjuges regularão seus interesses, e o juiz homologará o acordo que tiverem feito.

A situação dos cônjuges que buscavam amparo legal diante do término de suas relações não mudou muito com a promulgação do Código Civil de 1916. O instituto do desquite não conseguia desfazer totalmente os laços do casamento formal, pois o vínculo perdurava por toda vida, impossibilitando o indivíduo de ter outra união legal. Além disso, naquela época, as pessoas desquitadas ainda passavam por situações vexatórias decorrentes de preconceito.

Em São Luís do Maranhão, na segunda metade do século XIX, a senhora Emília Amália Pinto de Magalhães, mãe do grande escritor maranhense, Aluísio de Azevedo, e do teatrólogo, Arthur Azevedo, foi personagem principal desse contexto histórico. Subjugada à vontade de seu pai, mal completou 17 anos e casou-se com um comerciante português muito abastado. O casamento terminou rapidamente, por conta do temperamento brutal do marido. Emília abandonou o lar sendo vista com maus olhos pela sociedade maranhense. Após alguns anos, conheceu o jovem viúvo, vice-cônsul do governo português, David Gonçalves de Azevedo. Os dois passaram a viver no centro da cidade sendo marginalizados e insultados pela sociedade da época, e da união tiveram cinco filhos (SILVA, 2013).

Emília Amália surpreendeu seu marido, sua família e toda a “boa sociedade” de São Luís ao abandonar o marido. A sociedade ficou escandalizada com o atrevimento da senhora passando a repudiá-la. Se naquela época, o abandono do lar por parte de uma mulher, mesmo em decorrência do comportamento violento do marido, representava uma afronta aos valores e bons costumes daquela sociedade conservadora, quiçá, morar amancebado a outrem. A segunda relação conjugal de Emília não estava juridicamente amparada, uma vez que, para todos os efeitos, ela ainda era casada oficialmente com seu primeiro marido. Logo, Emília Amália e seu segundo marido, David de Azevedo, representaram um exemplo clássico de discriminação e preconceito dos casais que viviam relacionamento ilegítimos, por conta da ausência de tutela jurídica para esses tipos de relações.

Os costumes de uma sociedade tradicionalista e marcada pelo conservadorismo influenciaram na visão preconceituosa da posição ocupada pelos desquitados. A respeito do tema Rolnik (1996, p. 636) afirma que:

[...] as mulheres desquitadas ou as que viviam concubinas com um homem desquitado sofriam com os preconceitos da sociedade. Frequentemente consideradas má influência para as ‘bem-casadas’, recebiam a pecha de ‘liberadas’ e ficavam mais sujeitas ao assédio desrespeitoso dos homens. A conduta moral da mulher separada estava constantemente sob vigilância, e ela teria de abrir mão de sua vida amorosa sob o risco de perder a guarda dos filhos. Estes já estavam marcados com o estigma de serem frutos de um lar desfeito. Apenas para o homem desquitado o controle social era mais brando, o fato de ter outra mulher não manchava sua reputação.

Havia duas formas de desquite: por meio litigioso ou por mútuo consentimento. O primeiro apresentava como fundamentos o adultério, a tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar, por dois anos consecutivos. Em se tratando do desquite por mútuo consentimento, era preciso que os cônjuges fossem casados por mais de dois anos e manifestassem vontade perante o juiz. A diferença de ambos os desquites estava no fato de haver ou não conflito, devendo o juiz analisar os motivos, se estavam ou não adequados. (BRASIL, 1916).

O receio quanto ao instituto ainda era presente na sociedade brasileira daquela época, por conta de questões morais que pairavam sobre o instituto. O Estado regulava as uniões matrimoniais, não consentindo margem de liberdade para que os indivíduos pudessem atuar e decidir as suas relações privadas, ou seja, tinha o controle da sociedade por meio da rejeição dos ideais do divórcio.

O assunto foi fortemente falado nos periódicos e nas telas dos cinemas. O debate sobre o divórcio definitivo era algo bastante presente na realidade social brasileira e causava bastante curiosidade. Em 1928, o filme *Os maridos e as mulheres*<sup>12</sup>, apresentava reflexões em relação ao divórcio. Utilizando-se da publicidade da imprensa, o filme deixou instigantes dúvidas na sociedade. O cinema Paramount também divulgou outros filmes que debatiam assuntos ligados ao divórcio. Um exemplo disso é o filme *O peixinho dourado*<sup>13</sup>, apontando temáticas sobre o que vem a ser o divórcio, se representaria uma pausa no casamento, e se por conta do instituto existiria a possibilidade de alguém poder se casar de novo com a criatura que mais ama (BARBOSA, 2016).

Assim, outras questões como o divórcio em relação aos filhos foram abordadas. O filme *Filhos do Divórcio*<sup>14</sup> trouxe a problemática das mães e pais que buscavam o fim do

<sup>12</sup> Cf. OS MARIDOS e as mulheres. **Diário da Manhã**, Recife, ano 2, n. 341, p. 8, maio 1928.

<sup>13</sup> Cf. O PEIXINHO dourado. **Diário da Manhã**, Recife, ano 2, n. 402, p. 8, ago. 1928.

<sup>14</sup> Cf. FILHOS do divórcio. **Diário da Manhã**, Recife, ano 2, n. 421, agosto de 1928.

vínculo conjugal. Alegava o filme que as mães seriam egoístas que não podem vigiar os filhos e pais tão orgulhosos que não admitem seu amor. O filme afirmava que os filhos da relação marital eram verdadeiros órfãos, com ambos os pais vivos, e que essa era a condição dos filhos do divórcio.

Para a sociedade conservadora, o divórcio também significava o abandono dos filhos por parte dos pais. Por conta disso, havia uma certa cobrança em relação a esses pais, pois a família possuía uma imagem de instituição sagrada. Para os que eram contrários ao instituto do divórcio, os filhos sofreriam pelos atos dos pais. De acordo com a sociedade da época, para as crianças, era mais favorável viver com os pais em um ambiente conflituoso do que os pais separados.

A sociedade mudava os seus pensamentos de forma progressiva. Felizmente, o mundo jurídico não permanecia estático. O devir social acompanhava o Direito em uma via de mão dupla. Era preciso coragem dos operadores do direito para criar novos modelos que contribuíssem para o ordenamento jurídico. Finalmente, em 26 de dezembro de 1977, foi sancionada a lei do divórcio. Tratava-se de um marco histórico para o Direito de Família.

### **3.5 Da promulgação da Lei do Divórcio ao Código Civil de 2002**

Em junho de 1977, o senador Nelson Carneiro (Movimento Democrático Brasileiro do Rio de Janeiro – MDB-RJ), depois de 26 anos de luta política pelo divórcio, conseguiu aprovar no Congresso uma emenda constitucional, dele e do senador Acciolly Filho (Aliança Renovadora Nacional do Paraná – Arena-PR), para alterar o trecho da Carta que impedia a dissolução do vínculo matrimonial. Foi essa mudança que abriu caminho para a Lei do Divórcio. Antes da instituição da lei, o casamento era indissolúvel, sendo o desquite o único remédio para os cônjuges infelizes – encerrando apenas a sociedade conjugal, com a separação de corpos e de bens, não extinguindo o vínculo matrimonial. Por conta disso, as pessoas desquitadas continuavam impedidas de poder esposar-se novamente. E, caso se unissem a outrem, essa união não possuía respaldo legal, vivendo em “concubinato” (BRASIL, 2017).

A chegada do desquite junto com o Código Civil de 1916 representou o um grande avanço para o ordenamento jurídico da época, no entanto, o instituto ia de encontro a muitos direitos fundamentais. O indivíduo precisava ser visto pelo legislador como o centro das relações privadas a fim de que pudesse garantir a tutela jurídica dessas relações sob o prisma da dignidade humana.

O tema foi fortemente discutido no Congresso Nacional no ano de 1977. Naquela época, o divórcio mobilizava o país. A colisão de pensamentos entre parlamentares divorcistas e antidivorcistas demonstrava a forte divergência de opiniões na sociedade. Lideranças católicas convocavam os fiéis a protestar contra a “destruição da família brasileira, ao passo que movimentos como a campanha nacional pró-divórcio defendiam a mudança, que, segundo eles, daria a milhões de brasileiros a chance de regularizar suas famílias. Todos os dias chegavam ao Senado e à Câmara dos Deputados caixas de cartas, manifestos e abaixo-assinados contrários ou favoráveis à iniciativa (BRASIL, 2017).

Naquela sociedade não havia mais espaço para os costumes de outrora. O país vivia o Período Ditatorial, mesmo assim, o indivíduo já não conseguia obedecer a tradições não condizentes com a realidade da época. Clamar pela liberdade e pelo direito de não mais permanecer casado, representou um ato de coragem dos parlamentares e dos movimentos pró-divórcio. Os indivíduos buscavam ter seus direitos reconhecidos, quer dizer, o direito de ser livre, o direito de ter uma vida digna, o direito de ter a sua vida íntima e privada resguardada legalmente.

Segundo o Senado Federal, os antidivorcistas afirmavam que o divórcio acabaria com a instituição da família, colocando em risco a própria sociedade brasileira. Para eles, falar em divórcio remetia à separação, amor livre, aborto e delinquência juvenil. Também aumentaria o número de menores abandonados e até as taxas de suicídio. Houve quem apontasse o divórcio como causa do “surgimento de *hippies*”, da prostituição de jovens e do alcoolismo. Enquanto isso, o povo tomava conta das galerias do Plenário, numa mobilização que não se via no Parlamento naqueles anos de ditadura. Pelo menos, 1,5 mil pessoas favoráveis ao divórcio acompanhavam a votação (BRASIL, 2017).

Para os antidivorcistas, o divórcio estava associado aos males sociais influenciando toda sociedade brasileira. Levados por ideais retrógrados, conforme as convicções religiosas, atuavam perante a sociedade como verdadeiros representantes do retrocesso, quer dizer, fortalecendo tradições que em nada contribuiriam para a evolução do mundo jurídico e do devir social. Negar o divórcio seria o mesmo que pensar que o direito é algo estático, sem alterações e evoluções. Ao contrário desse pensamento, o divórcio representa a dinâmica do direito, a visão correta do operador do direito em contribuir com modelos jurídicos eficazes, capazes de contribuir com soluções respaldadas de segurança jurídica.

Eram tantos inscritos para discursar que o presidente do Congresso, Petrônio Portella (Arena-PI), teve que fazer três sessões de discussão, algo não previsto no Regimento.

Cada voto “sim” ao divórcio era comemorado pelo público “como um gol no Maracanã lotado em final de campeonato”, descreveu a imprensa. O deputado Nina Ribeiro (Arena do Rio de Janeiro - RJ) denunciou que escolas católicas estavam forçando alunos de 7 ou 8 anos a assinar manifestos contra o divórcio. Citou um colégio em Petrópolis - RJ que havia retido crianças que se recusaram a assinar: “o espírito da Inquisição ainda não se desfez entre nós”, declarou. O deputado Célio Marques Fernandes (Arena do Rio Grande do Sul - RS) contou que o neto, de 5 anos, fora obrigado no maternal a assinar um documento contra o divórcio (BRASIL, 2017, não paginado).

Não se tratava apenas de uma luta em prol do divórcio, ia além do instituto. Tratava-se de uma luta a favor da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Lutava-se a favor da vontade como o elemento regulador da vida digna do indivíduo. Lutava-se pela tutela jurídica da vida privada e pelo reconhecimento do indivíduo como centro das relações jurídicas. Lutava-se contra as amarras do preconceito e da discriminação. Não se lutava contra a Igreja Católica, mas contra as tiranias impostas por suas tradições, que por anos, impediram o avanço social e jurídico.

Três dias depois da sanção da Lei 6.515/1977, a juíza de paz fluminense Arethuzza de Aguiar, então com 38 anos, tornou-se a primeira mulher a se divorciar no país. A juíza estava desquitada havia cinco anos, mantinha uma relação cordial com o primeiro marido, pai de suas duas filhas, e vivia outro relacionamento conjugal. Ela ligou para o ex e combinou encontrá-lo no dia seguinte em um cartório em Niterói - RJ, para que pudessem converter o desquite em divórcio. A homologação do pedido, obtida em um dia, virou notícia em todo o país (BRASIL, 2017).

Com a promulgação do divórcio, o ordenamento jurídico brasileiro ganhava um instituto que dava voz a autonomia privada do indivíduo. Finalmente, depois de séculos de luta, o divórcio concedia o rompimento definitivo do vínculo conjugal devolvendo o exercício do direito à liberdade, o direito de ser livre em poder buscar a melhor forma de viver, conforme a vontade daquele indivíduo.

Ainda segundo o Senado Federal, Arethuzza ganhou visibilidade nacional como “a primeira divorciada do Brasil” e passou a ser assediada pela imprensa. Ela conta que chegou a ser alvo de ofensas e “chacotas”, mas se impôs e não se deixou abalar. Aproveitou a notoriedade para continuar defendendo o divórcio. “Foi difícil, mas não me senti agredida. Havia outro lado que lavava minha alma: o apoio daqueles que sonhavam transformar seu ‘concubinato’ (cruel, não?) em um casamento legal. Era um sonho de milhares de pessoas que

eu, indiretamente, pude ajudar — diz ela, que, aos 78 anos, ainda atua como juíza de paz no Rio de Janeiro e já fez mais de 20 mil casamento (BRASIL, 2017).

A juíza serviu de incentivo para inúmeras pessoas que viviam na mesma situação. Todos os que se encontravam presos ao conceito de concubinato puderam sair da “ilegalidade” e ter seu relacionamento amparado juridicamente. O divórcio devolvia aos indivíduos o maior fundamento de um ordenamento jurídico, do qual todos os demais direitos emanam, o direito à dignidade da pessoa humana.

O Senado Federal divulgou que, quando o Congresso aprovou o divórcio, o público que acompanhava a votação nas galerias, eufórico, entoou em coro: “Nelson, Nelson, Nelson”. A adoção do divórcio, em 1977, foi considerada pela imprensa da época como “a maior vitória parlamentar individual” já vista no Congresso. Filha de Nelson, a deputada federal Laura Carneiro (Partido do Movimento Democrático Brasileiro do Rio de Janeiro – PMDB-RJ) não esquece aquele momento. “Lembro o dia em que aprovaram a lei, mamãe gritando pela casa, uma festa. A emoção dele foi algo muito bonito”. Mas a família também sofreu o ônus da luta do pai. “Meu irmão não conseguia achar padre que fizesse seu casamento”. Ninguém queria casar os filhos de Nelson Carneiro, porque era divorcista. Se pudessem, o “exorcizariam” (BRASIL, 2017, não paginado).

Um grito de vitória ecoava por todo país. Homens e mulheres voltavam a casar no civil com amparo legal. Era o início de uma nova era jurídico-brasileira. Aos divorciados era garantido a segurança jurídica em suas novas relações. O pedido de divórcio poderia ser feito no mínimo após três anos<sup>15</sup> de separação judicial. Tratava-se da modalidade de divórcio conversão. Também existia a possibilidade do divórcio direto, mas essa possibilidade era concedida apenas para os casais separados de fato há mais de cinco anos. O divórcio só era permitido uma única vez. Esse cenário mudou a partir da Constituição de 1988, quando passou a ser permitido divorcia-se quantas vezes o indivíduo sentisse necessidade.

Com o advento da Constituição de 1988, o Direito de Família inovou acendendo preceitos que revolucionaram o ordenamento jurídico brasileiro, entre eles, o divórcio. A facilitação da dissolução do casamento na Carta Magna rompeu com os antigos paradigmas dando oportunidade para modelos compatíveis com ordenamento jurídico da época. A ideia central é um direito centrado no valor da dignidade da pessoa humana. Isso não decorre

---

<sup>15</sup> “Art. 25 - A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou”. (BRASIL, 1977, não paginado).

apenas da constitucionalização dos direitos, mas sim no objetivo de assegurar uma sobrelevação do indivíduo dentro da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 inova concebendo quatro importantes informações sobre o instituto do divórcio: a) a ideia de que o casamento é passível de dissolução; b) a redução do prazo para a concessão do divórcio; c) garantia do divórcio direto e eliminação do artigo 38<sup>16</sup> da Lei de Divórcio (BRASIL, [2020]), . Partindo-se do texto constitucional, insere-se no exame da redução do lapso temporal da Separação Judicial para a obtenção do Divórcio. A Lei do Divórcio, em seu artigo 25<sup>17</sup>, estabelecia o prazo trienal para a conversão da Separação Judicial em Divórcio que restou constitucionalmente reduzido para um ano (SOUZA, 1997).

Acompanhando o movimento de evolução social, o divórcio como instituto jurídico, passa a acompanhar a dinâmica social a fim de que possa aprimorar os seus efeitos e garantir maior segurança jurídica no seu resultado. Essa compreensão dos institutos do direito privado e toda sua evolução acontece no mundo da vida, no estado de bem-estar social, influenciando a mudança da legislação e criando proteção específica para grupos vulneráveis, como ocorre com os indivíduos que desejam pôr fim ao seu vínculo conjugal.

Atualmente, o instituto do divórcio encontra-se no artigo 1571 do Código Civil. O legislador, em 2010, alterou a redação do artigo 226, §6<sup>o18</sup> da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 66, retirando o prazo para a concessão do divórcio, bem como a necessidade de prévia separação judicial ou separação de fato, antes estabelecidos, passando o dispositivo a ter como redação “o casamento civil será dissolvido pelo divórcio” (PEREIRA, 2020, não paginado).

Hoje, além da possibilidade de o divórcio ser realizado nas vias judiciais, também é possível a realização do instituto nas vias extrajudiciais, por meio dos cartórios. Cada vez mais os conflitos e demandas têm exigido tratamentos alternativos, tendo em vista que o Poder Judiciário não tem conseguido suportar a realidade da crise numérica dos processos. A busca pelas vias alternativas, tais como os meios extrajudiciais, tem se tornado uma realidade cada vez mais utilizada e necessária, como meio de desburocratização do acesso à justiça. Além disso, almejando uma resposta célere, eficaz e com segurança jurídica para esse tipo de

---

<sup>16</sup> “Art. 38 - 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” (BRASIL, 1977, não paginado).

<sup>17</sup> “Art. 25 - A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou” (BRASIL, 1977, não paginado).

<sup>18</sup> “Art 226, §6 – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, [2020], não paginado).

demanda, o intérprete contribuiu com a Lei 11.441/07, um modelo jurídico que inovou o ordenamento concedendo a possibilidade de realização do divórcio nos Tabelionatos de Notas e contribuindo com as instituições do sistema de justiça.

Recentemente surgiu o Provimento n. 06/2019 editado pela Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco inovando o ordenamento jurídico com o divórcio impositivo. Segundo a ementa do provimento, o regulamento

[...] cria o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de casamentos, do que se denomina de 'divórcio impositivo' e que se caracteriza por um ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. (BRITO, 2019, não paginado).

O divórcio impositivo surge como uma inovação para o direito de família moderno, uma vez que produz a visão do divórcio como um direito potestativo de qualquer um dos membros da pretérita relação conjugal, posicionamento esse assentado na jurisprudência brasileira, além de contribuir para a desburocratização do Poder Judiciário, hoje, abarrotado de demandas. Nesse sentido, se um dos membros da relação quiser encerrar o vínculo conjugal, no divórcio impositivo, é desnecessário o consentimento do outro para tanto, de modo que, unilateralmente, pode requerer o fim do vínculo matrimonial na via extrajudicial.

O Direito precisa ser construído para dar soluções adequadas para o Sistema de Justiça. Entretanto, os intérpretes do Direito têm usado modelos do passado, aplicando-o de forma inadequada, com soluções que desagregam o sistema e que não são justas. Essa ideia é vista de forma evidente com a situação do divórcio impositivo no Brasil, onde a Corregedoria Nacional de Justiça, por meio da Recomendação 36/2019, proibiu o instituto em todo o país.

O grande trabalho do intérprete do atual momento histórico será desenvolver novas contribuições para as instituições do sistema de justiça. Há uma grande dificuldade, por parte do intérprete, em utilizar uma legislação móvel, tal como o Código Civil. Por conseguinte, há outro obstáculo em produzir doutrina a título de Direito Privado, fato perfeitamente observado com a não aceitação do instituto do divórcio impositivo. O Direito Privado não pode ser visto no sentido de desagregar relações. O papel do direito privado é fazer com que as relações sejam estabelecidas.

Sendo a autonomia privada um supedâneo da liberdade negocial, posto que é o poder atribuído às pessoas de autorregular seus próprios interesses, é perfeitamente compreensível a vontade do indivíduo deve prevalecer dentro do que é possível, quer dizer, dentro da margem de liberdade concedida pelo Estado. Posto isso, diante da não concordância de um dos cônjuges com o fim do relacionamento conjugal, caberá ao Estado garantir que a



vontade daquele sujeito, que deseja se divorciar, possa se estabelecer, ou seja, seja tutelada. Isso implica dizer que o Estado irá atuar no intuito de facilitar a resolução do divórcio, a fim de que a vontade do sujeito possa ser respeitada, dentro dos limites legais, concedendo a esse sujeito, o direito de refazer seu projeto de vida sob a perspectiva do princípio da dignidade humana.

## **4 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIVÓRCIO**

O presente capítulo possui uma análise do fenômeno da autonomia privada, demonstrando sua importância para o ordenamento jurídico. Inicia-se com uma análise feita pelo elemento vontade, apresentando a definição de autonomia da vontade e a sua transição para a autonomia privada. Essa transição permite ao leitor enxergar as diferenças entre autonomia da vontade e autonomia privada. Por fim, conclui-se com uma análise do exercício da autonomia privada no término de uma relação matrimonial.

### **4.1 Da autonomia da vontade para a autonomia privada**

A autonomia é um símbolo da Modernidade, período que consagra o homem (graças ao Humanismo, ao Iluminismo e ao Renascimento) como o centro do conhecimento, o único ser dotado de razão para explicar ao mundo, atuando com inclinação e arranjo aos valores morais mais altos. Como príncipe da humanidade e do seu destino, o homem sempre está decidindo, em busca do seu progresso, para o qual necessita de instrumentos que avaliam e protejam suas livres determinações. A modernidade (séculos XIV – XVIII) concebe o homem como uma criatura maravilhosa dotada, naturalmente, de razão. É o único que incide no mundo mediante a livre determinação. O homem não quer por simples querer, mas de acordo com a sua coragem, pois sua inteligência superior o obriga a buscar a perfeição por meio da busca do bem (PARADA, 2013).

A ideia do homem como ser racional dá ao mundo jurídico a possibilidade de regulamentar a vontade do indivíduo, uma vez que este é dotado de razão, logo, irá agir com inteligência em busca de uma vida digna. O homem age sempre pensando em proteger seus próprios interesses, uma vez que é o regulador de sua vida íntima e privada. A autonomia da vontade surge como centro da dignidade, colocando o ser humano como regulador de seus próprios desejos.

Somente um ser racional tem o poder de agir pela representação das leis, isto é, por princípios, já que se vale de sua vontade para acionar sua atuação. Para isso, faz-se necessário ter razão. Portanto, a vontade é razão prática que se traduz em: capacidade de escolher apenas o que a razão sabe como algo necessário, e isso é o vantajoso. Essa é a imersão da axiologia na vontade, quer dizer, a razão obriga a gerar uma boa vontade. A razão foi concedida ao homem como uma faculdade prática, como uma faculdade que deve ter

influência sobre a vontade. O destino verdadeiro da razão deve ser uma boa vontade (KANT, 1785).

Kant (1785) divide a vontade em: apetite superior e apetite inferior. O apetite superior se traduz em ações dignas de se tornarem uma figura universal, um arquétipo da conduta humana no inconsciente coletivo. O apetite inferior, são os instintos, as necessidades de sobrevivência, as paixões. Da vontade como apetite superior derivam as leis. É a autonomia da vontade que permite o desenvolvimento com base na autolegislação: o atuar do indivíduo não deriva de uma vontade alheia, mas sim, do próprio indivíduo, promovendo a autorrealização, determinando a si mesmo e não por causas alheias. É o que se conhece como autonomia da vontade.

O homem, ao pensar, se demonstra um ser capaz de escolher o que melhor lhe convém para viver em sociedade. Por meio de sua vontade irá criar para si os regulamentos capazes de garantir o seu bem estar. Pode-se dizer, então, que o indivíduo não é movido por outros interesses que não sejam os seus.

Os atributos inerentes à pessoa constituem sua personalidade e este conceito assegura ao homem elementos necessários para assegurar sua categoria de ser dotado de razão, sentimentos e inteligência. No entanto, o homem não só pensa e sente. O ser humano também “quer” e é esse querer o elemento essencial, que impulsiona e põe em atividade a vontade que é outra das qualidades da qual está dotado o homem e que contribui também para integrar sua personalidade. Mas o querer do homem não se basta a si mesmo, é preciso traduzir-se em um ato de vontade para alcançar sua finalidade, ou seja, a posse das coisas queridas e desejadas para que satisfaçam suas necessidades (MEDINA, 1944).

Após a Revolução Francesa, Medina (1944) cita que o elemento vontade surge como manifestação do eu racional e consciente da personalidade do homem, quer dizer, a base para construir a noção de sujeito de direito. Com os ideais liberais da Revolução, tem-se um indivíduo livre, considerado como um fim em si mesmo, e não como meio para outros fins, e mais ainda, considerado como único sujeito de direitos em virtude da sua capacidade de ter vontades.

A luta pela garantia da liberdade individual colocou o homem no centro das relações sociais, impulsionando-o a agir em prol da proteção de sua própria liberdade, dispondo-a e regulando-a como melhor lhe aprouver. As convicções advindas da Revolução Francesa, quer dizer, igualdade, fraternidade e liberdade, serviram de fundamento para a origem do Estado Liberal promovendo uma redução significativa da intervenção estatal na vida dos indivíduos e, conseqüentemente, uma grande transformação jurídica.

Ainda segundo Medina (1944), a vontade do homem é a base fundamental da construção jurídica da noção de direito subjetivo e a sua iniciativa se deve ao dinamismo do direito na vida social. O homem não deriva seus direitos da sociedade, muito menos do Estado. Foi o próprio homem que deu existência a este e o dotou de força e poder necessários para que cumpra com sua missão de proteger o indivíduo. Foi o homem quem deu origem voluntariamente ao Contrato Social, a faculdade do Estado para ditar as normas que constituem o ordenamento jurídico ou o direito objetivo. De sorte que os direitos pertencentes ao homem, ao sujeito, ou seja, os direitos subjetivos são anteriores e superiores aos direitos objetivos, representados pela norma do Direito, pela lei.

Na verdade, a filosofia jurídica da Revolução Francesa demonstra que a autonomia da vontade é a expressão mais perfeita do individualismo, a exaltação mais apaixonada da personalidade humana do indivíduo. Esse individualismo jurídico reconhece que a essência da pessoa se encontra na alma humana, cuja expressão máxima é uma vontade livre representante do ponto de partida de todos os atos do homem (MEDINA, 1944).

O movimento jurídico acompanha a realidade dos fatos históricos e concede ao homem a possibilidade de ter o seu “querer” dentro de uma margem de proteção concedida pelo Estado. É nesse momento histórico que se percebe a necessidade de interpretação e aplicação do princípio da dignidade humana, uma vez que o mundo jurídico volta seu olhar para o ser humano, único ser dotado de razão, quer dizer, capaz de ter o seu querer juridicamente tutelado.

A vontade é, portanto, um dos principais efeitos do ato jurídico, uma vez que produz efeitos, cria, modifica ou extingue relações jurídicas. Dessa forma, a vontade tem um relevante papel no campo do direito subjetivo, pois é o elemento que distingue os fatos dos atos jurídicos. A possibilidade ou faculdade que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade denomina-se liberdade que, no direito, tem grande importância pelos limites que se põe a sua atuação. Do ponto de vista jurídico, ela representa a possibilidade de a pessoa atuar com transcendência jurídica (AMIGO, 1979).

Esse espaço concedido pelo direito para que o homem possa manifestar sua vontade, permite com que o indivíduo externalize seu querer agindo com um fim específico, seja em busca das coisas que lhe satisfaçam ou em prol de suas necessidades. Tem o homem, portanto, um espaço onde poderá desfrutar da sua própria dignidade.

No entanto, a vontade do homem nem sempre ocupou o lugar que hoje ocupa. Foi admitida gradativamente no campo do direito, primeiro como exceção, e por último como princípio que domina por inteiro todo o direito privado. É preciso retomar ao direito romano

para começar o estudo sobre o rol que correspondeu a vontade humana no direito. Para os romanos, a vontade, por si só, era bem abstrata carregando muitas incertezas. Ela não podia produzir efeitos, senão quando se concretizava em feitos materiais sensíveis. Somente assim ela se valia de certeza. Assim era exigido que se manifestasse por figuras sensíveis, surpreendentes, determinadas ou pelo menos que seja acompanhada por atos materiais que tenham sentido (GAUDEMET, 2004).

Pode-se dizer que a vontade era um simples germe, pois, para que tivesse respaldo, era preciso enxergar o homem como ser capaz, dotado de razão e inteligência, ao ponto de produzir um querer propício a gerar uma ação válida. Sob esse viés, a evolução da vontade acompanhou a evolução do homem na sociedade e no mundo jurídico. Somente quando o homem passou a ser o centro das relações, colocando à tona o princípio da dignidade da pessoa humana, é que a vontade passou a ter um respaldo no mundo jurídico.

Em Roma, encontra-se o primeiro vestígio e depois uma franca evolução do dogma da autonomia da vontade. Foi nesse contexto histórico que surgiram as dimensões do indivíduo e do Estado como duas realidades autônomas e essenciais. Esse dogma atribuiu ao pater família um significado relevante, tanto no campo do direito privado quanto no campo do direito público. Uma série de solenidades e rituais místico-religiosos eram um dado indiscutível. O religioso estava mesclado com o jurídico – sobretudo na parte arcaica do direito romano – o sacramental era algo indiscutível nas celebrações dos atos. Portanto, para que nascesse a vida jurídica, a declaração externa de vontade não funcionava como ato criador de obrigações (PARADA, 2013).

Isso significa dizer que a Igreja possuía um relevante papel na sociedade romana daquela época. Ainda que os indivíduos quisessem manifestar seu querer na realização de algum ato, a palavra final era sempre da Igreja Católica, cuja atuação predominava em toda sociedade, já que atuava em parceria com o Estado regulamentando relações conforme o direito canônico.

A legislação romana era formalista não separando os fatos materiais dos seus efeitos legais. Quando as partes se ligavam por meio de acordos segundo os ritos e as formas requeridas, não era necessário investigar o porquê de estarem vinculados. Uma vez realizada a negociação já implicava os elementos necessários, causa suficiente das obrigações, que se derivavam do negócio jurídico. Somente quando o direito deixou de ser formalista é que se admitiu a vontade das partes, independentemente de forma, apresentando, por si só, o efeito de engendrar obrigações, reconhecendo que a convenção é obrigatória (BONNECASSE, 1985).

Baseado em formalismos exacerbados, o direito vigente naquela sociedade romana não admitia que a vontade representasse um elemento necessário nas obrigações. A preocupação na celebração dos negócios estava apenas na observância do formalismo exigido. A vontade ainda não possuía o papel de regulamentar acordos entre as partes.

Para Gaudemet (2004), o direito romano não reconhecia força obrigatória à vontade do homem. As partes celebravam contratos que produziam efeitos somente com o consentimento, mas essa maneira de obrigar-se não estava sancionada pelo direito da época. Era o início da carreira triunfal da vontade no direito. No entanto, o direito romano parou por aí, mas ofereceu o germe de uma ideia fecunda. Por isso, acredita-se que o direito romano não teve a autonomia privada como princípio de direito privado. Com a queda do Império Romano, nos séculos V e VI, o Direito, como toda civilização romana, sofreu uma estagnação e a evolução da vontade face uma autonomia, também sofreu uma paralização.

O caminho percorrido pela vontade acompanhou o devir social. A sociedade precisou passar por grandes transformações para que o mundo jurídico pudesse modelar-se de acordo com o contexto vivido em cada momento histórico. Nesse sentido, o homem foi conquistando espaços, graças às suas lutas e conquistas sociais, colocando em voga, novamente, a vontade no mundo jurídico.

A autonomia da vontade vai ganhando terreno de forma sutil no campo jurídico. A princípio, o consentimento desempenha o pobre papel de ser apenas elemento gerador – gênese – já que os efeitos jurídicos eram consequência do mesmo negócio. Graças a figura do praetor – encarregado de desentranhar o espírito da norma, mediante a interpretação da vontade das partes – é que a autonomia da vontade começa a se desembaraçar e existir de per si como elemento essencial. Os contratos consensuais representam a culminação dessa larga gênese histórica em Roma. Bastava o mero consentimento para dar vida ao negócio jurídico ampliando-o como um elemento constitutivo do ato, sem necessidade de qualquer solenidade oral ou escrita (PARADA, 2013).

Ainda segundo Parada (2013), o surgimento da autonomia da vontade representa a incorporação dos contratos inominados no direito. Nesse tipo de contrato o direito outorga à autonomia da vontade a possibilidade de produzir os efeitos queridos sempre que essa se referir a um objeto do direito e se fundamente em uma causa jurídica lícita. A norma jurídica passa a ser o receptáculo regulador dos costumes jurídicos, no qual a autonomia da vontade opera de forma livre e natural.

Os contratos consensuais e os contratos inominados devolvem à vontade o respaldo jurídico necessário para concebê-la como elemento essencial dos negócios jurídicos.

Assim sendo, a autonomia da vontade ganha espaço no mundo jurídico atuando como reguladora do querer de cada indivíduo, concebendo a este a liberdade para agir de acordo com seus interesses.

Na França, somente quando o direito romano voltou a renascer, no século XIII, a vontade passou a reconquistar espaços perdidos. Ademais, a influência do Direito Canônico com seu caráter espiritual e, simultaneamente, o auge do comércio, que necessitava liberdade para realizar suas transações, foram fatores que contribuíram fortemente para dar à vontade uma eficácia considerável no direito. Naquela época, por meio de considerações de equidade, era possível considerar injusto declarar nula uma convenção por simples defeitos de forma, quando o acordo de vontades era certo (GAUDEMET, 2004).

Observa-se a importância que a vontade passa a ter nesse contexto histórico, principalmente quando a formalidade nas negociações vai perdendo espaço. A vontade passa a ser considerada como um elemento relevante capaz de criar, extinguir ou modificar relações. O homem, no centro das relações, irá agir com liberdade em busca da criação, extinção e modificações de seus desejos.

Naturalmente, foi com a Revolução Francesa que a autonomia da vontade surge como um princípio que domina todo o direito privado, sendo a manifestação mais perfeita no campo jurídico da liberdade em geral, motivo pelo qual também é conhecida como liberdade jurídica. Na filosofia jurídica da Revolução Francesa há uma concepção bem definida do respeito aos direitos do homem individualmente considerado. Trata-se de uma concepção de ideia libertária que atingiu todos os atos que conduziram à transformação orgânica da sociedade, incluindo a nova condição de existência do homem (MEDINA, 1944).

A Revolução Francesa enfatiza a preocupação com a valorização da pessoa humana. O homem, dotado de racionalidade, é o representante da sociedade e da existência do mundo jurídico. Em decorrência disso, o indivíduo, mergulhado nos ideais liberais da Revolução já não podia viver tolhido pelo gigantismo estatal, pois limitar a condição humana seria o mesmo que reduzir direitos fundamentais.

A concepção dos direitos inatos e absolutos do homem afirma que a natureza real do indivíduo implica em um elemento de transcendência, uma faculdade que não pode ser suprimida e que é consequência inalienável, de dominar a ordem fenomenal e de encontrar em si sua própria determinação, em uma palavra se resume a autonomia da pessoa humana (SALLE, 1930).

Vê-se, portanto, que a autonomia da vontade está intimamente ligada à racionalidade do indivíduo. Significa dizer que a dignidade da pessoa humana é decorrente da

capacidade do homem de racionar, de pensar ao agir, buscando, em si mesmo, seu direito de viver com dignidade. Pode-se dizer que a dignidade coloca o homem em uma posição de destaque e toda organização social decorre em razão disto.

Da liberdade individual que torna o homem autônomo no campo do direito e da liberdade que a Revolução Francesa trouxe, nasce, como consequência lógica, a liberdade de contratação. Nada tornaria o indivíduo livre sem o torná-lo também sobre as coisas as quais possa exercer sua autonomia. Da liberdade do sujeito e do objeto do direito surge a liberdade das relações obrigatórias (CIMBALI, 1893).

Com o surgimento da autonomia da vontade as relações obrigacionais passaram a ter uma posição de destaque. A liberdade do indivíduo em estipular a forma e as condições dos acordos celebrados representava o pleno exercício de sua autonomia. Para o direito vigente à época, o indivíduo era livre se conseguisse atuar livremente sobre as coisas que desejasse.

É importante ressaltar que a autonomia da vontade jurídica não pode, de maneira alguma, assimilar-se ao conceito de liberdade geral, uma vez que o resultado seria o conceito de liberdade geral reduzido unicamente ao campo do Direito, o que seria um contrassenso, pois a autonomia da vontade jurídica passaria a adquirir os contornos da liberdade geral, o que também é outro absurdo. Por outro lado, a autonomia da vontade se reveste de caracteres tanto positivos quanto negativos. Um dos pontos negativos essenciais da autonomia da vontade é a faculdade de obrigar-se. Toda obrigação é, em sua essência, uma restrição da liberdade do homem, ainda que ele mesmo imponha essa restrição em razão de ser da sua própria autonomia da vontade. Disso resulta outra razão para dizer que a autonomia da vontade não pode assimilar-se ao conceito de liberdade geral (MEDINA, 1944).

Percebe-se que a autonomia da vontade, mesmo com todo seu viés liberal e individualista, apresentava determinadas restrições. Na época da Revolução Francesa, o contrato não era acessível a todos. A burguesia possuía condições de exercer a sua liberdade negocial, mas era controlada pela nobreza. Pensar que a liberdade de um determinado indivíduo se estende até o encontro com a liberdade de outrem, por si só, já demonstra uma limitação na liberdade. Há uma mudança no rótulo da autonomia da vontade, ou seja, não mais prevalecia a falsa liberdade onde se pode tudo.

A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, conforme Parada (2013), são criadoras da política da autonomia individualista. No individualismo, encontramos magnificado o homem como sujeito de direito, a quem se atribui um direito natural que o assiste e o ajuda a integrar sua personalidade jurídica. Dessa forma, a



natureza da pessoa se entende livre e autônoma, com poder de desenvolvimento. No entanto, o homem necessita viver em sociedade, razão pela qual se limita seu direito de liberdade – as ações do homem em sociedade devem ser direcionadas ao bem comum – para que seja permitido o desenvolvimento da liberdade de seus semelhantes.

Gradativamente, a autonomia da vontade passa a sofrer limitações. A definição do instituto apresenta uma abordagem de liberdade ampla sem nenhum círculo concêntrico. Em um período de forte liberalismo poder-se-ia contratar o que quisesse. Isso representava o máximo exercício da autonomia, pois a vontade era o domínio do mundo. Essa realidade muda com a evolução social, pois o agir do homem já não mais visava apenas o seu próprio bem-estar. Era preciso agir pensando também nos demais indivíduos da sociedade.

Segundo Medina (1944), em busca da definição do que seria a autonomia da vontade, alguns autores argumentam se tratar da faculdade que a vontade tem para se converter em lei para os contratantes. Outros, consideram a autonomia da vontade como o caráter consensual dos contratos. Há os que veem a autonomia da vontade como a livre faculdade dos particulares para celebrar o contrato que lhes agrada, determinando seu conteúdo, efeitos e duração. No entanto, esse conceito restrito de autonomia da vontade apenas leva em consideração uma parte limitada do que é a noção de vontade autônoma, abarcando, unicamente, o aspecto dos contratos.

Falar em autonomia da vontade apenas na perspectiva contratual é o mesmo que reduzir toda sua grandeza. A autonomia da vontade, em toda sua amplitude, vai muito além da liberdade de celebrar contratos. O instituto surge colocando em ênfase o elemento vontade, que representa a liberdade do indivíduo em agir na busca de seus interesses. Pode-se dizer que a celebração de contratos é a espécie do gênero autonomia da vontade.

A autonomia da vontade, que é a liberdade jurídica, refere-se a toda espécie de ato jurídico que possa operar no Direito. Já a liberdade contratual, diz respeito a uma espécie de ato jurídico: os contratos. Logo, a autonomia da vontade é o gênero e compreende dentro de si a liberdade contratual que representa a espécie ou uma manifestação do princípio mais geral que é a autonomia da vontade.<sup>19</sup> A liberdade contratual é, portanto, um aspecto da autonomia da vontade que, por sua vez, é um aspecto ou elemento da liberdade em geral. Em

---

<sup>19</sup> Devemos advertir desde logo, que a parte do Direito onde mais se aplica o princípio da autonomia da vontade, é relativa aos contratos. Isso nos dá a explicação do porquê muitos autores restringem o princípio da autonomia da vontade a parte contratual do Direito Privado e, também, porque certos autores depois de se referirem ao princípio da autonomia da vontade falam exclusivamente do aspecto contratual (CHABAS, 1931).

uma escala de extensão e conteúdo de cada um desses conceitos vão decrescendo: liberdade geral, autonomia da vontade e liberdade contratual (CHABAS, 1931).

O exercício da liberdade no âmbito da autonomia da vontade foi entendido de diversas formas. Desde o Iluminismo, a liberdade foi vista como condição universal de todo ser humano. A dignidade humana assume um viés de tutela da autonomia do indivíduo como uma premissa indispensável, fato que desencadeou em grandes transformações, não só na esfera civil, mas também nos sistemas jurídicos como um todo.

Nesse sentido, por autonomia da vontade pode-se entender se tratar de um elemento da liberdade geral, é a liberdade jurídica, ou seja, o poder do homem de criar, por um ato de vontade, uma situação de Direito, desde que esse ato tem um objeto lícito. Em outras palavras, no sistema civilista, a autonomia da vontade é o poder de querer juridicamente, quer dizer, o direito a que esse querer seja socialmente protegido. Trata-se do poder do homem de criar, por um ato de vontade, uma situação de direito sempre que esse ato tenha um objeto lícito (DUGUIT, 1912).

A partir dessa definição percebe-se que a autonomia da vontade deixa de ter uma margem de atuação ilimitada. Depreende-se que nem toda atuação do homem implica em liberdade jurídica. Há um limite estabelecendo que apenas vontades detentoras de objeto lícito podem ser juridicamente consideradas. A ideia de autonomia da vontade passa a receber fronteiras demonstrando que essa liberdade não mais pode ser exercida de qualquer maneira.

A autonomia da vontade na legislação clássica é mais do que uma teoria simples que tenta explicar o pensamento de uma concepção jurídica. Trata-se de um princípio de Direito, cuja essência revela-se pelo seu caráter abstrato, geral, básico e diretivo que informa o espírito da legislação positiva privada e para a qual é necessário encontrar, sempre que possível, o verdadeiro significado da existência das instituições (MEDINA, 1944).

Para Demogue (1923), quando a vontade se forma, apresenta pleno valor jurídico, denominando-se autonomia da vontade. A vontade que tem pleno valor jurídico é o que constitui em sua essência o princípio da autonomia da vontade. A vontade de cada um se encontra obrigada somente naquilo que o indivíduo quer e possui direitos na medida em que quer tê-los. Efetivamente, a autonomia da vontade representa um princípio do Direito Privado e, sem dúvidas, é o princípio fundamental que serviu de alicerce para todo sistema jurídico, além da relação com a atividade privada dos indivíduos.

Em sua essência, a autonomia da vontade aponta o verdadeiro significado da existência das instituições, pois o elemento vontade sempre teve, e tem, um relevante papel

para o mundo jurídico. Foi pela vontade que o homem criou as leis e instituições para reger a si mesmo em sociedade.

Segundo Medina (1944), ao dizer que o contrato é uma lei para as partes contratantes, indica-se, claramente, o reconhecimento que é feito do poder da vontade do homem de subir para a mesma categoria da lei emanada do legislador, mesmo com a garantia de seu cumprimento compulsivo caso seja necessário. Sem dúvida, o contrato é uma verdadeira lei no que se refere ao seu conteúdo obrigatório, principalmente considerando o fundamento gerador, tanto do contrato quanto da lei, mesmo tendo em conta a definição desta última dada pelo legislador. A vontade do homem é o fundamento dessas instituições variando somente a técnica de criação de cada uma delas.

Essa fina percepção do indivíduo de criar para si a lei que irá regulamentar sua vida íntima e privada demonstra a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. Na autonomia da vontade tem-se uma ampla liberdade não existindo margem para atuação. Tem-se a falsa ideia de liberdade no sentido de que tudo é permitido. Com a evolução do devir social, o Estado passa a cumprir um papel: arbitrar o conceito de interesses dos indivíduos concedendo a estes uma margem específica de liberdade. É essa esfera, esse círculo concêntrico, a chamada autonomia privada.

Em função disso, da mesma maneira que se deve respeitar e cumprir a lei ditada pelo legislador, é preciso também respeitar e cumprir a lei do contrato ditada entre as partes de comum acordo, sem que seja permitido deixar de cumprir o que foi acordado. Qualquer contravenção autoriza uma das partes a recorrer aos tribunais para fazer cumprir o que foi firmado e transformado em lei entre as partes no contrato. Dessa maneira, o princípio da autonomia da vontade encontra sua mais sólida consolidação, em seu aspecto positivo, no reconhecimento que faz o legislador do caráter vinculativo dos contratos (MEDINA, 1944).

Depreende-se da definição de autonomia da vontade que o indivíduo possui a liberdade de criar normas, ou seja, uma manifestação de poder e precisamente do poder de criar dentro dos limites estabelecidos pela lei, representando a faculdade concedida aos particulares de dar vida a situações aptas a engendrar vínculos entre eles (BETTI, 1989).

Alguns autores ainda confundem as duas concepções jurídicas. É superado o caráter inviolável do poder de autonomia estabelecendo limites sobre a extensão desse poder. A autonomia privada representa uma potestade, quer dizer, o espaço concedido pelo Estado para que o indivíduo possa regulamentar seus interesses. Ressalta-se que a autonomia da vontade não foi suprimida, mas cedeu espaço para a autonomia privada.

A autonomia da vontade, que se consagrou nos códigos civis do passado com um viés individualista, hoje, possui um limite impenetrável, exigido pela ordem pública e pelos bons costumes. Sua maior ou menor amplitude protetiva decorre de uma ordem justa e moral, dependendo do próprio intérprete que deve operar com essas noções. O atual legislador precisou impor limites ao que hoje seria uma liberdade individual excessiva como medida de emergência para restabelecer o equilíbrio social, limites estes para tornar lícito o exercício dessa mesma liberdade (CANOVAS, 2010).

Atualmente, o princípio da autonomia da vontade ainda encontra-se presente no direito civil, mas perdeu espaço para a autonomia privada que possui uma concepção muito mais elaborada, com suporte na teoria do negócio jurídico, entendendo-se esta como o verdadeiro fundamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais. O individualismo era causa preponderante no direito privado para a formação dos negócios, sendo sintetizado pela autonomia da vontade, uma vez que a simples vontade outorgava a possibilidade de constituir-se uma obrigação (NANNI, 2001).

A transição da autonomia da vontade para a autonomia privada marca a passagem de um direito civil patrimonialista para um direito civil regido pela dignidade da pessoa humana. Implica dizer que nenhuma relação jurídica pode estar em desacordo com os ideais do princípio fundamental da dignidade humana, que tem o homem como centro das relações jurídicas.

## **4.2 Da autonomia privada**

É importante distinguir a autonomia privada da liberdade de ação humana, pois a primeira não constitui toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto da segunda, que seria a liberdade negocial, conduzindo, assim a autonomia privada ao sentido de poder criar normas negociais. A partir dessa ideia, tem-se que a autonomia privada não se manifesta apenas nos negócios patrimoniais, estando presente também nos direitos reais e no direito de família, mais amplamente, nos negócios de natureza extrapatrimonial (NANNI, 2001).

Essas normas negociais são o espelho da capacidade de cada indivíduo de impor regras, quer dizer, de reger as relações jurídicas de acordo com seus próprios princípios. É por meio da autonomia privada que o indivíduo irá regular seus interesses. Isso implica dizer que a autonomia privada irá nortear todos os interesses humanos que são relevantes para o direito. A autonomia privada regulamentará não só negócios jurídicos que dizem respeito aos

contratos, mas, também, relações familiares, como o casamento, o divórcio, o reconhecimento de um filho.

Segundo Perlingieri (2008, p. 17) a autonomia privada é: “em geral, o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”.

Esse espaço representa o que há de mais sagrado na vida de relações. É aquilo que tem de mais caro para se construir em uma sociedade. Nesse espaço, o cidadão tem plena liberdade de atuar: espaço da vida privada, vida íntima. Significa criar para si mesmo sua própria lei.

Tem-se argumentado que a autonomia privada assume importância sob um duplo papel, como autodeterminação do sujeito e como direito à liberdade, garantido constitucionalmente. No que diz respeito ao primeiro perfil, o poder de autodeterminação do indivíduo se traduz no poder de dispor de sua própria esfera jurídica, envolvendo a esfera jurídica de outrem. Portanto, considerada a esse respeito, a autonomia privada acaba coincidindo com a autonomia contratual, entendida como o poder dos contratantes de regular seus próprios interesses (FRISULLO, 2015).

A partir do momento em que o indivíduo delibera sobre sua própria esfera jurídica, garante para si reflexos na esfera de seus desejos. Nesse sentido, da mesma forma que o homem tem o condão de regular seus interesses negociais por meio da autonomia contratual, na autonomia privada ele irá criar para si a lei que irá reger sua vida privada.

A causa preponderante no Direito Privado para a formação dos negócios era o individualismo já que era sintetizado pela autonomia da vontade, pois a simples vontade outorgava a possibilidade de constituir uma obrigação. É esse espaço criado pela lei que será a autonomia privada, ou seja, a parcela de poder que o Estado entrega para o particular para que este possa arranjar os seus interesses. Percebe-se que a autonomia privada será aquele círculo, aquela margem de liberdade que o Estado dá para que o particular possa negociar (NANNI, 2001).

Inicialmente, a autonomia privada começa de forma muito ampla. As normas são criadas sempre de maneira gradativa. Não que a autonomia da vontade seja suprimida, mas concedeu espaço para a autonomia privada. Era preciso uma lei que regulasse as relações privadas em um quadro de assimetria. Isso vale tanto para o Direito Privado, regulador das relações interindividuais e interesses privados quanto para o direito comum, de caráter social e organizador da sociedade.

A doutrina contemporânea, ainda confunde os termos autonomia da vontade e autonomia privada, entretanto, existe uma diferença entre ambos. O primeiro apresenta conotação subjetiva, psicológica, enquanto o segundo, nada mais é do que o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. Pode-se dizer que no núcleo da autonomia privada estão presentes a função social, boa-fé objetiva e dignidade da pessoa humana. Todo esse conjunto de regras é o que delimita esse círculo chamado de autonomia privada (AMARAL, 1998).

A vontade do sujeito deve prevalecer dentro daquilo que é possível, quer dizer, estabelecendo-se como fonte do direito, a lei que o cidadão cria para si. É uma visão cara para o direito privado, mas que o Estado tem o dever de assegurar. Esse indivíduo, submerso no círculo de garantia de sua autonomia privada, irá produzir o direito que irá reger as relações futuras de sua vida.

O instituto nasce como expressão do poder jurígeno dos particulares, cristalizado nas estruturas coerentes, unitárias e hierarquizadas da dogmática positiva, devem utilizar-se na perspectiva funcional própria, na qual o direito seja produto da experiência jurídica geral (e não de uma classe) livre, inovadora, realística e, acima de tudo, pluralística, na eleição e na concretização normativa de seus valores. Há uma valorização das fontes extralegislativas (BOBBIO, 1977) indo de encontro a um dos dogmas mais caros do positivismo, a ideia da lei como única ou principal fonte do direito (AMARAL NETO, 1989).

A vontade irá criar para o indivíduo a possibilidade de autorregulação de sua vida privada. Tem as mesmas características de uma fonte do direito, uma vez que possui o condão de garantir a efetividade das relações jurídicas.

Para Amigo (1979, p. 209), a autonomia privada constitui-se:

[...] no âmbito do direito privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares a autorregulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas de eficácia reconhecida pelo Estado. Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores.

A vontade representa para os indivíduos o poder de regulamentar suas vidas dentro do espaço concedido pelo Estado. É nesse espaço que o Estado permite ao indivíduo atuar com liberdade em busca de seus desejos. A diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada é que, na primeira, tem-se a ideia de uma ampla liberdade, sem margem de atuação para o indivíduo. Já na autonomia privada, há um espaço criado por lei. Trata-se de

uma potestade, quer dizer, uma parcela de poder que o Estado entrega para o particular arranjar os seus interesses.

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença em que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia dizer logo que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real (AMARAL NETO, 1989).

Entre os séculos XIX e XX, a ideia de vontade como domínio do mundo já não era mais compatível. Há uma transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. A liberdade não poderia mais ser defendida com grande mérito. Percebe-se que há uma mudança de rótulo abandonando a falsa ideia de liberdade onde se pode tudo. É nesse momento em que o Estado entra em cena para cumprir um papel: árbitro de interesses. Logo, o Estado edita as normas que vão dar margem de liberdade para os particulares.

De acordo com a perspectiva institucional e estrutural, tradicionalmente dominante na teoria geral do direito, a autonomia privada representa um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema de direito privado contemporâneo, num reconhecimento, pelo sistema jurídico, da existência de um âmbito particular, uma esfera privada de atuação com eficácia normativa. Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira projeção, na ordem jurídica do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem que a pessoa humana, embora revestida de titularidade jurídica, nada seria do que mero instrumento a serviço da sociedade (DORAL; ARCO, 1982).

Quem estuda o direito privado deve ter essa compreensão. O direito civil cria mecanismos para que possa avançar nas relações civis, ou seja, aprimorar a relação humana na polis. O direito civil vem sofrendo significativas mudanças em prol do valor da dignidade humana. A ideia central é um direito centrado no valor da dignidade da pessoa humana. Tal fato não decorre apenas da constitucionalização dos direitos estando presente tanto no direito público quanto no direito privado, ambos estão oxigenados nesse novo valor. Trata-se de assegurar uma sobrelevação do indivíduo dentro da sociedade.

Para Amaral Neto (1989), a autonomia privada, sob a perspectiva técnica funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se

nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das funções estatais em virtude da passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista e assistencial.

A autonomia privada possui em seu núcleo elementos como a função social, boa-fé objetiva e dignidade humana. Esse espaço concedido pelo Estado é o que há de mais sagrado, quer dizer, representa o que tem de mais caro para se construir uma sociedade. É nesse espaço que o cidadão tem plena liberdade de atuar: espaço da vida privada, vida íntima.

A autonomia privada, sendo um poder de criar normas individuais, é exercida geralmente pelo negócio jurídico. Este é a forma típica de expressão da autonomia privada. É nesse ponto, portanto, que ocorre a junção entre aquilo de mais atual que deve ser observado pelo direito: a simbiose entre a autonomia privada e o negócio jurídico, que reclama a superação dos antigos conceitos do direito civil (NANNI, 2001).

A autonomia da vontade não foi suprimida apenas concedeu espaço para a autonomia privada. Era necessário que as relações privadas fossem regulamentadas em um espaço assimétrico como foi outorgado pelo Estado. Logo, é na realização dos negócios jurídicos que o indivíduo deixa claro o exercício de sua vontade. As relações privadas espelham o exercício da autonomia privada demonstrando o avanço do ordenamento jurídico. O direito privado moderno revela a vontade do indivíduo dentro do que é possível, estabelecendo-a como fonte do direito.

Perlingieri (1999, p. 276-277) possui um relevante pensamento sobre a autonomia privada:

A autonomia privada não se identifica apenas com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente na pessoa. O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo de lucro possível: à intuitiva diferença entre a venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional – e o consentimento a um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados na Constituição. A prevalência do valor da pessoa humana impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental. Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados e não devem ser reconduzidos unicamente à liberdade econômica garantida constitucionalmente. A fenomenologia dessa matéria é ampla e digna de atenta consideração: tomem-se, como exemplo, as escolhas relativas à vida familiar.

Isso implica dizer que a autonomia privada vai além da ideia contratual. A liberdade concedida pelo Estado para os indivíduos envolve tudo aquilo que diz respeito à dignidade humana, envolvendo valores fundamentais basilares garantidos



constitucionalmente. Sabendo que a Constituição Federal tutela a dignidade humana como o precedente para os demais princípios, logo a autonomia privada irá receber todo o respaldo jurídico garantido constitucionalmente.

O princípio da dignidade humana é fundante do direito privado, principalmente no que diz respeito às suas relações com a autonomia privada. Foi a partir da teoria da personalidade que se abriu um novo campo para a expansão de demandas de tutela, bem como a formalização de direitos que a ela estariam relacionados. Essas demandas acabaram por alçar a dignidade humana enquanto princípio fonte da teia dos direitos à personalidade, à categoria de direito do homem, consagrado, até, no artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU) (CUNHA, 2002).

Foi com a perspectiva iluminista que o direito civil passou a projetar uma teoria do indivíduo, quer dizer, das pessoas regulando suas liberdades. O ordenamento jurídico trabalhou para conferir cada vez mais segurança em relação à liberdade – aquele espaço que chamamos de autonomia privada no qual o indivíduo tem amparo legal para regular sua vida dentro do viés da dignidade humana. Por outro lado, para que o indivíduo possa se realizar diante da sociedade devemos respeitar os limites de terceiros, ou seja, a liberdade de um indivíduo se estende até onde não interfira na liberdade de outrem, em prol do bem comum.

Cinco são os elementos da teia constitutiva de direitos formativa da dignidade humana: a) a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável; b) o livre desenvolvimento da personalidade; c) a libertação da angústia da existência, mediante mecanismos da socialidade, entre os quais se encontram a garantia de condições mínimas de subsistência e o direito ao trabalho; d) a garantia e a defesa da autonomia individual, através da vinculação dos poderes ao Estado de direito; e, e) a igualdade formal (CANOTILHO, 2002).

Nesse panorama de direitos que formam a dignidade humana encontra-se a autonomia privada. Esse princípio, corolário de muitos ordenamentos jurídicos, concede ao indivíduo o exercício de sua autonomia de forma digna. O princípio da dignidade humana representa um dos alicerces do direito privado, uma vez que coloca o homem no centro das relações.

Muito importante ressaltar que a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos

quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro (PERLINGIERI, 2008).

Isso implica dizer que o próprio Estado, ao regulamentar a autonomia, fez de maneira que pudesse ser exercida com o intuito de beneficiar o indivíduo e, ao mesmo tempo, preservar o bem comum. Isso porque a autonomia não pode ser exercida de forma desmedida pelo indivíduo, ao ponto de gerar prejuízos para o convívio em sociedade. Por isso, o papel de regulador do Estado concedendo fronteiras à liberdade do indivíduo, quer dizer, concedendo uma margem em que esse indivíduo possa atuar em sua vida privada desde que não atinja a vida privada dos demais membros da sociedade.

Quanto à sua natureza, Amaral Neto (1989) cita que a autonomia privada é o verdadeiro poder jurídico que se traduz na possibilidade de o sujeito atuar para o fim de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem.

É por meio da autonomia privada que o indivíduo irá atuar como poder normativo de si mesmo, criando para si as normas que irão reger a sua vida íntima. Esse poder é estabelecido pela vontade do particular. Pode-se dizer que, por meio da autonomia privada, o indivíduo é juridicamente capaz de realizar atos jurídicos com o intuito de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas.

Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediatemente, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça. Nesse sentido, tem-se o direito civil como ordenamento jurídico dos interesses e das relações privadas, fundado no princípio da igualdade dos homens perante a lei (AMARAL NETO, 1989).

Posto isso, a autonomia privada é o corolário para os demais princípios fundamentais elencados na carta constitucional. Por meio da autonomia privada o indivíduo pode exercer sua liberdade dentro da tutela jurídica do ordenamento jurídico. A autonomia privada coloca o indivíduo como centro das relações sociais concedendo a possibilidade de manifestar a sua vontade dentro dos limites concedidos pelo Estado enfatizando a prática da própria justiça.

Importante ressaltar que a autonomia privada só é válida se suas disposições estiverem alinhadas com o direito seja porque partiu do direito a regulamentação em transigir, seja porque, partindo-se da deliberação voluntária dos particulares, ao levar conhecimento dos órgãos públicos competentes, estes deverão validar ou não as manifestações de vontade de acordo com os parâmetros jurídicos. No mesmo sentido, esse poder de autorregulação

reconhecido ou concedido pelo ordenamento pressupõe que há um processo de filtragem, sob aspectos constitucionais protetivos, que limita e circunscreve o campo de atuação dos particulares quando da transferência desse poder de regular (MARQUES FILHO, 2014).

Mesmo a autonomia privada sendo um espaço concedido pelo Estado para o livre exercício da vontade do indivíduo, esta possui limites que devem ser respeitados, seja do ponto de vista do ordenamento jurídico, seja da perspectiva do bem comum. O indivíduo pode e deve atuar da melhor forma com o intuito de regulamentar a sua vida privada, desde que não fruste direitos e deveres seus, nem dos demais membros da sociedade.

Ainda segundo Marques Filho (2014), a autonomia privada se insere como forma de expressão do indivíduo que possui em sua natureza um valor em si capaz de decidir e se manifestar consensualmente com seus pares. Nesse sentido, a autonomia privada permite que as atividades dos sujeitos sejam formas exteriorizadas de expressão da própria liberdade porquanto mostra ser um aparelho motriz de cada regulação de interesses recíprocos e conscientes.

O homem como centro das relações jurídicas é o personagem principal da história de sua vida, portanto, nada mais justo que a autonomia privada conceda a esse indivíduo a oportunidade de escrever as páginas da história de sua vida observando sempre os limites impostos pelo Estado. Há interesses que apenas o particular poderá dizer se corresponde às suas expectativas. Logo, o Estado possui o papel de conceder a margem de atuação do indivíduo e este, de regular seus interesses dentro do espaço concedido pelo ordenamento jurídico.

Com a presença do Estado democrático de direito e a positivação acerca dos direitos sociais, a liberdade que o ordenamento defere ao indivíduo para gerar efeitos jurídicos por meio da autonomia privada tem sofrido limitações na autonomia de vontade devido à prevalência do interesse social. Progressivamente, surgiram os modelos jurídicos concernentes à limitação positiva em que se prima pela atuação de ofício e intervencionista do Estado sob o prisma de um bem maior, o interesse público. Rege-se, assim, o acompanhamento estatal nas atividades dos particulares (MARQUES FILHO, 2014).

O direito civil como ramo do direito privado tem a função de garantir segurança em relação à liberdade do particular. Isso implica dizer que os operadores do direito, ao interpretarem as regras do direito privado, devem utilizar modelos atuais. A liberdade deixa de ser defendida com grande mérito. Só é permitido aquilo que está dentro da margem de potestade assegurada pelo Estado. Não há regra de proibição, apenas o espaço de atuação dado pelo Estado para o cidadão harmonize seu interesse. A experiência jurídica é

fundamental para a construção dos modelos de direito, devendo acompanhar por inteiro o que acontece no mundo das relações.

O Estado organiza a sociedade que governa dentro das concepções que o orientam, criando as leis que regulam sua marcha, com o objetivo de assegurar o reinado da justiça. Para satisfazer esse ideal de justiça e também para que o direito cumpra seu destino, é indispensável que essa organização responda, em todo momento, às necessidades sociais que a inspira; que as liberdades particulares não a alterem, contrariando a essência e finalidade das instituições; que os princípios morais que governam a sociedade sejam respeitados e que as relações jurídicas se desenvolvam nas condições necessárias à eficiência do direito (ROA, 1926).

A autonomia privada deve ser exercida pelo particular conforme os conceitos éticos e morais, quer dizer, agindo com boa-fé, a fim de que o exercício de sua liberdade possa caminhar lado a lado com os preceitos do bem comum. O Estado, ao mesmo tempo em que concede certa margem de atuação para o indivíduo, não permite que este possa agir denegrindo relações jurídicas e causando desordem social. A autonomia privada possui a finalidade de permitir que o indivíduo possa agir com decoro em busca de seus interesses privados.

A ordem pública instaurada pelo Estado na organização social não significou uma limitação à autonomia privada, nem mesmo algo em desconformidade com o instituto. Muito pelo contrário, foi a necessidade imposta pela ordem pública para assegurar a existência de outras instituições e princípios no intuito de fortalecer e regular a própria autonomia privada. (MEDINA, 1944).

O Estado modelou a autonomia privada de maneira que determinadas fronteiras não devem ser ultrapassadas pelo indivíduo, em prol da própria organização social. Posto isso, do exercício da autonomia privada observa-se, em consonância, o exercício de demais princípios e direitos, tais como a liberdade e a dignidade humana.

A estrutura da vida moderna variou fundamentalmente no transcurso de um século e o homem parece haver compreendido que a liberdade, na forma que a conceberam nos séculos passados, não se ajusta à realidade do momento. Nesse aspecto, as atividades dos indivíduos seguem o curso indicado pelas instituições criadas pelo Estado, o qual chegou a se converter na pedra fundamental do edifício social, moldando a forma e o caráter de milhões de seres humanos (MEDINA, 1944).

Os intérpretes do direito devem estar atentos aos fatos da vida não podendo estar alheios aos fatos contemporâneos, quer dizer, sempre questionando se é possível interpretar o

direito como era antes. O devir social altera teorias de outrora fazendo com que percam sua aplicabilidade. Os modelos dogmáticos do passado entram em desequilíbrio a partir do momento que não comportam mais soluções adequadas às situações da contemporaneidade. Nesse sentido, a liberdade ganha uma nova roupagem ajustada conforme a atualidade vivida socialmente.

Segundo Medina (1944), a liberdade deixou de ser um direito subjetivo, segundo o qual cada um poderia fazer tudo, desde que não prejudicasse o próximo. Hoje, a liberdade tomou um sentido totalmente diferente, converteu-se na obrigação imposta a todo homem de desenvolver o mais completamente possível sua individualidade, em outras palavras, sua atividade física, intelectual e moral, a fim de cooperar da melhor forma com a solidariedade social.

A autonomia privada representa uma evolução e um grande avanço do elemento vontade no ordenamento jurídico. A vontade representa para o indivíduo um limiar para o exercício dos demais direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Atualmente, a vontade possui um viés mais sofisticado, ou seja, conduzida por um direito privado cujo ponto central é a dignidade humana. Isso implica dizer que o ordenamento jurídico supervalorizou a vida do indivíduo em sociedade.

A autonomia privada é, assim, uma potestade, para tanto, o Estado concede uma parcela de poder ao indivíduo para que este possa alcançar os seus interesses. Isso é a autonomia privada. Nesse espaço o cidadão tem plena liberdade de atuar: espaço da vida privada, vida íntima. A vontade do sujeito deve prevalecer dentro do que é possível, em outras palavras, vai se ajustar como fonte do direito, será a lei que o cidadão cria para si. É uma visão cara para o direito privado, mas que o Estado tem o dever de assegurar. Esse indivíduo, submerso no círculo de garantia de sua autonomia privada, irá produzir o direito que irá reger as relações futuras de sua vida.

### **4.3 A autonomia privada e o divórcio**

Não é de hoje que a vontade representa um aspecto importante para o direito. O direito privado contemporâneo dá uma nova roupagem para o elemento vontade, há, portanto, uma mudança de rótulo. O indivíduo sai da falsa realidade em que se pode tudo. Cria-se esse círculo concêntrico chamado autonomia privada concedido pelo Estado para os particulares, no intuito de que estes possam atuar no espaço da vida privada. Sendo assim, percebe-se que a autonomia privada será um centro garantidor de liberdade outorgado pelo Estado para que o

particular possa negociar. Essa concepção apresenta-se nos mais diversos âmbitos do direito, inclusive, no direito de família.

É urgentemente necessário reconhecer que uma ordem jurídica baseada na coerção é indigna da transcendental grandeza do homem. Caso se queira para o futuro expressões convivenciais inspiradas no amor e na justiça, na dignidade e na confiança, tem-se que restituir ao homem a superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem da vida em sociedade (VILLELA, 1995).

O particular, representante de si mesmo, é responsável por definir quais são seus interesses perante a sociedade e qual a melhor forma para alcançá-los. Visando garantir o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada surge no intuito de conceder tutela jurídica a esse espaço íntimo da vida do indivíduo.

Destaca-se que o ambiente familiar representa um espaço muito íntimo para o cidadão e a autonomia privada irá garantir a proteção dessa atmosfera. A evolução social tem gerado novos modelos familiares e os operadores do direito têm trabalhado para regular essas novas feições, no intuito de garantir o bem comum.

Nas sociedades modernas a busca pelo bem-estar pessoal tem se tornado cada vez maior. Os indivíduos têm demonstrado maior preocupação com a felicidade e a realização pessoal, procurando investir na qualidade dos seus relacionamentos. Tem-se percebido um profundo inconformismo com as normas prescritas socialmente e uma demanda por maior liberdade de escolha e autogerência da vida pessoal, que irão refletir em diversas esferas familiares (FIUZA; POLI, 2013).

As mudanças sociais sempre levam consigo a necessidade de um reexame no mundo jurídico. Isso porque muitos modelos jurídicos acabam em desequilíbrio por deixarem de funcionar frente às novas demandas oriundas do devir social. Essa releitura no mundo jurídico demonstra-se importante, uma vez que passa a buscar soluções compatíveis com a evolução da vida em sociedade.

Com o advento da Constituição de 1988, o direito pátrio passou por um redimensionamento conceitual que conduziu a uma releitura de todo o sistema jurídico. Tal releitura passa por uma clara interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua aplicação às demais searas do direito civil. O maior beneficiado dessa reanálise é o homem, ator do convívio social, que voltou a ser o centro de todas as atenções. O homem voltou a ter um lugar de destaque no mundo jurídico, não permanecendo como mera justificativa para o suposto bem comum (POPP, 1999).

A dignidade humana chama atenção do ordenamento jurídico demonstrando que há novas esferas da vida privada do indivíduo que devem ser tuteladas. A busca do homem pelo bem-estar social, de maneira a viver de forma digna, possibilita, a todo momento, o surgimento de novos modelos sociais que devem ser amparados juridicamente sob o prisma da dignidade humana. E é sob a ótica de proteção à vida privada do indivíduo que a dignidade humana também tem trabalhado, no intuito de garantir a mínima intervenção possível nesse espaço íntimo do particular chamado autonomia privada.

É o pensamento que defende Fachin (2012, p. 164):

Mas, ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um 'Estado ausente' permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma liberdade vivida, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela presente intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados.

A família constitucionalizada deve ser instrumento para promover a dignidade, a autonomia existencial, a intimidade e a solidariedade, não podendo, portanto, criar restrições a quaisquer desses aspectos. Como se sabe, as relações conjugais e convivenciais são marcadas pela igualdade representada por indivíduos plenamente capazes de reger seus destinos e de reger suas escolhas autonomamente. Isso significa a necessidade de uma atuação reduzida por parte do Estado em comparação às demais relações familiares, o que se realiza por princípios e cláusulas gerais, de forma a garantir a promoção e a tutela da dignidade e da personalidade da pessoa humana (MULTEDO; MEIRELES, 2019).

Significa dizer que esse espaço privado deve ser protegido juridicamente, de maneira que o particular possa exercer sua autonomia privada dentro da própria perspectiva da dignidade humana. O direito de família vem sofrendo significativas alterações desde os tempos remotos até hoje. Ele encontra-se sempre em mutação, uma vez que está, a todo momento, caminhando com o devir social, rompendo paradigmas e tradições, o direito de família, hoje, apresenta um viés protetivo baseado nos princípios da dignidade humana e da afetividade.

O princípio da afetividade é um garantidor da tutela jurídica no ambiente familiar. Logo, o ordenamento jurídico passa a preocupar-se mais com o bem-estar do indivíduo dentro desse espaço privado, em outras palavras, preocupa-se com a qualidade de vida decorrente dos laços afetivos. A preocupação do mundo jurídico está em conservar o modo de vida que apetece o indivíduo dentro da sua vida íntima. Por conta disso, o afeto representa o elemento garantidor da dignidade humana no seio familiar. Na vigência do afeto, o ordenamento jurídico garante a vida digna daquele indivíduo em família. Por outro lado, na ausência do

afeto, o ordenamento jurídico irá atuar com o intuito de devolver a vida digna aos indivíduos que tiveram os laços afetivos rompidos.

Segundo Farias (2004, p. 2):

É nesta ambientação que se há de entender o sistema dual de dissolução do casamento. Separação e divórcio prestam-se a um só fim: encerrar aqueles casamentos em que o afeto deixou de ser o pilar de sustentação, suplantado por sentimentos outros, que jamais podem ser sopesados. Não se justifica, pois, a opção do legislador brasileiro de manter regras próprias para a separação judicial – impondo um sistema fechado, rígido e com causas específicas, discutindo a culpa, a saúde mental e a falência do amor – e admitindo o divórcio submetido a um único requisito objetivo (e não poderia ser diferente, em face da incidência da norma constitucional). É a subversão do universal princípio de que quem pode o mais, pode o menos. A dissolução do vínculo, estranhamente, é obtida com mais facilidade do que o simples término dos deveres conjugais, traduzindo uma verdadeira incoerência do sistema jurídico. É inadmissível que a dissolução do casamento possa ser obstada por argumentos (filigranas) jurídicos, impedindo aquele que não mais tem afeto de viver livremente. Esbarra tal possibilidade, nitidamente, na avançada proteção constitucional da pessoa humana, garantindo uma vida digna, a igualdade, e a liberdade, como princípios fundantes da ordem jurídica brasileira.

Findados os laços afetivos que unem os cônjuges em um matrimônio, o Estado entra em ação para cumprir um único propósito: arbitrar o interesses dos indivíduos, concedendo o espaço de atuação para que a dignidade de cada um dos cônjuges possa ser preservada. O Estado (ao contrário do que se pensa em relação ao divórcio) não é a favor da realização do instituto de forma desmedida. O papel do Estado é facilitar o desfecho do vínculo conjugal, de forma a garantir que o indivíduo não fique em uma relação falida, sem afeto, em decorrência dos obstáculos legislativos que ainda burocratizam o instituto. É a partir dessa perspectiva que se entende a importância do papel da autonomia privada: garantir, dentro do espaço de liberdade concedido pelo Estado, que o indivíduo possa seguir com seu projeto de vida amparado pelo princípio constitucional da dignidade humana.

A luta pelo divórcio apresenta um longo caminho evolutivo e continua em constante evolução. De forma similar, o direito passou por um longo processo transformação, desde a separação do estado e das tradições religiosas até a promulgação do instituto. Foram séculos de privações até conquistar os avanços que se encontram presentes no ordenamento jurídico. A autonomia privada vem para contribuir com a valorização do sujeito de vontades diante do divórcio, atuando no sentido de garantir ao indivíduo o direito ao exercício de sua liberdade, de maneira que possa atuar no espaço privado da sua vida com dignidade.

A autonomia privada encontra-se presente, tanto na realização do matrimônio quanto no divórcio. Se um dos nubentes desiste do matrimônio, valendo-se do exercício de sua vontade, logo, não há casamento. O mesmo acontece com o divórcio: quando um não quer, a relação deixa de existir. É papel do Estado conceder essa garantia, quer dizer, a



margem de liberdade para que o particular possa negociar dentro do espaço da sua vida íntima.

Nesse sentido, a autonomia privada representa a atividade e potestade criadoras, modificadoras e extintoras das relações jurídicas entre particulares, portanto o pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, abstratamente e genericamente admitidas pelas normas do ordenamento. Assim, a teoria do negócio jurídico está na base do exercício da autonomia privada (LOTUFO, 2003).

A função do Estado não pode confundir-se com a do particular. O Estado concede a margem de liberdade para o indivíduo e este irá atuar nesse círculo concêntrico negociando seus interesses. Diante da vida íntima e privada do indivíduo, o papel do Estado será o de garantir que as relações, nesse íntimo, sejam estabelecidas de forma regular. Nesse sentido, o Estado atua como o objetivo de regular as vontades do indivíduo. É o particular quem irá definir as suas vontades e os seus interesses a fim de que possa criar, modificar e extinguir as relações jurídicas em sua vida privada.

A centralidade da pessoa, convertida em chave hermenêutica do sistema inteiro, induziu uma mudança no estudo do direito. Essa mudança provocou um círculo vicioso, fazendo surgir, um sistema renovado de tutela do indivíduo, em particular daquele indivíduo, impedido no desenvolvimento da própria personalidade, por obstáculos físicos, culturais ou ambientais. O direito civil cria mecanismos para que possamos avançar nessas relações civis, aprimorando a relação humana na polis, quer dizer, cuida da liberdade do indivíduo, e a ele irá conferir, cada vez mais, segurança em relação a sua liberdade (SESSAREGO, 2010).

A autonomia privada surge como instituto garantidor da liberdade do indivíduo. Por meio da liberdade, ele cria para si a sua própria lei. Da mesma forma, concede ao particular o direito à liberdade de atuar como melhor lhe convier em sua vida privada. Juridicamente, essa liberdade será garantida ao indivíduo desde que não interfira na liberdade dos demais indivíduos. O direito de família moderno tem à dignidade da pessoa humana como amparo e reforço ao direito à liberdade.

A preocupação com o aumento da perspectiva no tratamento da pessoa com dignidade culminou na ampliação da esfera da autonomia privada no âmbito das relações familiares. Quando o indivíduo estipula para si regras de aplicação na relação familiar, criando direitos e deveres, está atuando dentro da sua autonomia privada. Como exemplo de tal situação, tem-se o divórcio que é um modelo do pleno exercício da autonomia privada no direito de família.

Nessa linha de raciocínio, deixando de existir o afeto na união matrimonial, a vontade daquele indivíduo de não mais permanecer casado, deve prevalecer. A vontade desse sujeito deve sobrelevar-se como fonte do direito, ou seja, a lei que o cidadão cria para si. É uma visão sofisticada para o direito privado, mas o Estado tem o dever de assegurar, integrando o elemento constitutivo do negócio jurídico – o elemento de garantia, exercendo, assim, sua função judiciária.

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade, através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é o que deve interessar ao Estado (PEREIRA, 2006).

O instituto da família, constitucionalmente consagrado, reserva esferas que só dizem respeito aos membros familiares. O afeto representa um desses setores e é papel do Estado reconhecê-lo como um verdadeiro retrato da família moderna. Em sua presença, a família se constitui e, em sua ausência, a família é desfeita.

Depreende-se nitidamente que a autonomia privada não existe apenas em demandas contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Ao escolher, na escalada do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem se casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente (TARTUCE, 2010).

A escolha do fim do vínculo conjugal representa o pleno exercício da autonomia privada. Findado o afeto, a manifestação de vontade do particular em não mais permanecer casado encontra-se legalmente protegida sob o manto jurídico do direito fundamental à dignidade humana. O exercício da autonomia privada, diante do divórcio, concede ao particular a busca por sua dignidade, pelo seu direito de recomeçar a vida da maneira que melhor possa satisfazer seus interesses mais íntimos. E, nesse espaço, apenas o indivíduo consegue traduzir a sua vontade.

Durante muitos anos o Direito de Família sofreu forte influência por parte do Estado e do contexto religioso fazendo com que a família representasse um instituto do Estado. Com a chegada do Estado Social a família foi ganhando espaço e autonomia. Nesse contexto histórico, a autonomia privada ganha espaço no seio familiar dando voz às decisões tomadas por seus integrantes. É nesse ambiente que o afeto irá apresentar-se como relevante personagem da esfera familiar.

Barroso (2012, p. 12) afirma que a autonomia do indivíduo se traduz na dignidade humana:

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. Em seção anterior, foi apresentada a concepção kantiana de autonomia, entendida como a vontade orientada pela lei moral (autonomia moral). Nesse tópico, o foco volta-se para a autonomia pessoal, que é valorativamente neutra e significa o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos. A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas). Note-se que no sistema moral kantiano a autonomia é a vontade que não sofre influências heterônomas e corresponde à ideia de liberdade. Contudo, na prática política e na vida social, a vontade individual é restringida pelo direito e pelos costumes e normas sociais. Modo, ao contrário da autonomia moral, a autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial. a liberdade tem um alcance mais amplo, que pode ser limitado por forças externas legítimas. Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais e concepções políticas. A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.

Sabendo a autonomia privada é o alicerce da liberdade negocial, uma vez que representa o poder atribuído às pessoas de autorregular seus próprios interesses, é perfeitamente compreensível a ideia de que esse espaço é muito importante para o indivíduo. O espaço da vida íntima e privada que permite ao particular atuar com liberdade em busca do seu projeto de vida.

#### **4.4 Do divórcio extrajudicial**

Com o avanço do divórcio no ordenamento brasileiro, a Lei 11.441/2007 trouxe a possibilidade da realização do instituto nas serventias extrajudiciais. A legislação ressaltou o exercício da autonomia privada dos cônjuges que, de comum acordo, podem dirigir-se a um tabelionato de notas e requerer a escritura pública de divórcio consensual. Baseado em um direito de família moderno cujo foco é voltado para o homem como principal ator das relações, essa modalidade de divórcio surge com o objetivo de facilitar o exercício da autonomia privada daquele indivíduo que deseja encerrar o vínculo conjugal.

Observa-se que o legislador ampliou o exercício da autonomia privada do indivíduo diante do divórcio. Não representa uma renúncia ou afastamento das ações interventivas ou de proteção, mas do reconhecimento de que em algumas situações deve ser privilegiada a autonomia privada (BRANCO; MOREIRA, 2011).

O divórcio realizado nos cartórios representa um grande avanço para o direito de família, já que, por muitos anos o instituto foi sinônimo de burocracia e dificuldade. O indivíduo era obrigado a aguardar anos, vendo-se preso ao passado, impedido de refazer sua vida enquanto sua situação conjugal não fosse resolvida pelo Estado. A realização do divórcio pelas vias extrajudiciais prestigia a autonomia privada, pois a sobrelevação vontade do particular formaliza-se perante o tabelião. Trata-se da lei que o cidadão cria para si e que é garantida pelo Estado, representado, naquele momento, pela figura do tabelião.

Segundo Farias (2004, p. 5):

Trata-se, aliás, de direito potestativo extintivo, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade.

O divórcio extrajudicial reforça a ideia do divórcio como um direito potestativo, uma vez que compete somente aos cônjuges. Trata-se de um poder cuja realização depende apenas da vontade do sujeito, ou seja, de um dos cônjuges. Além disso, destaca a importância do exercício da autonomia privada baseada nos ideais da dignidade humana e da liberdade. A modalidade, além de sobrelevar a vontade dos nubentes, muito contribui para o desafogamento do Poder Judiciário. Uma demanda de divórcio, em vias normais, poderia levar anos, ao passo que, nos cartórios, realizar-se-á em dias.

Por se tratar de direito de caráter personalíssimo, a escolha pelo divórcio cabe exclusivamente aos consortes, uma vez que só eles podem decidir quando não há mais fundamento para que seja continuada a vida conjugal. E, somando-se à natureza potestativa do direito, independentemente do consentimento do outro consorte ou de fundamentação fática para tal pedido, estando os cônjuges de acordo quanto ao desfazimento do casamento ou havendo divergência quanto ao rompimento do vínculo conjugal, haverá a decretação do divórcio (NASCIMENTO, 2021).

O exercício da autonomia privada se faz presente tanto na decisão dos nubentes em pôr fim ao matrimônio, quanto na escolha da modalidade de divórcio. A decisão de divorciar-se tem o condão de efetivar os direitos da personalidade. Ademais, facilitar os trâmites do instituto, diminuindo a burocracia no encerramento do vínculo matrimonial, significa promover o pleno exercício da dignidade humana, garantindo que o particular não permaneça preso a um relacionamento contra seu próprio querer.

A Lei 11.441/07, que regulamenta o divórcio consensual nos cartórios de notas (BRASIL, 2007), trouxe importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro.

Baseado na ideia de que o direito civil cria mecanismos para que se avance nas relações civis favorecendo a relação humana em sociedade, o legislador foi muito feliz, em seu papel de operador do direito, ao observar com cautela o que acontece no mundo real. Os intérpretes do direito devem ter essa compreensão: um direito centrado no valor da dignidade humana.

É direito do indivíduo realizar-se dentro da sociedade, mas a polis tem que ser organizada com o objetivo de não ocorrer atropelos dos direitos do indivíduo. O direito não é destinado apenas aos juristas, mas, sim, ao homem da rua. É preciso que os operadores do direito construam um direito de fácil compreensão para que o particular possa colocar em prática. Pensando nisso, o divórcio extrajudicial surge com o objetivo de facilitar a vontade do indivíduo diante do fim do matrimônio.

Tem-se um novo momento no direito de família. Os intérpretes do direito devem estar sempre atentos para construir soluções adequadas com o sistema e que caminhem lado a lado com o dever social. Utilizar modelos do passado, aplicando o direito de forma inadequada, desagrega o sistema de justiça. O grande papel do intérprete da atual conjuntura é desenvolver novas contribuições.

O divórcio extrajudicial representa, portanto, um modelo inovador para o direito, oxigenado nos valores da dignidade humana. Esse é o papel do divórcio extrajudicial: contribuir com o sistema de justiça assegurando também a sobre-elevação do indivíduo em sociedade.

Segundo o Cartório em Números, importante documento de publicidade e transparência expedido pela ANOREG (Associação de Notários e Registradores do Brasil), desde a instituição da Lei 11.441/07, que autorizou a lavratura de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais em tabelionato, mediante escritura pública, os cartórios de notas de todo o Brasil já realizaram mais de 4,5 milhões de atos dessa natureza, gerando uma economia histórica ao Estado. A população deixou de levar um ano para se divorciar na Justiça, para fazer o ato no mesmo dia em um cartório. Aduz o referido documento que 882.207 (Oitocentos e oitenta e dois e duzentos e sete mil) divórcios foram realizados de 2007 a novembro de 2021 nos cartórios do Brasil. (ANOREG, 2021).

Ainda segundo a Anoreg (2021), de 2007 até novembro de 2021, os três estados com maior índice de realização de divórcio foram São Paulo (238.443), Paraná (105.252) e Minas Gerais (92.107). Nesse ínterim, o estado do Maranhão realizou 13.085 divórcios nas vias extrajudiciais.

O divórcio extrajudicial leva consigo o exercício da autonomia privada, promovedor da dignidade humana. Trata-se da ideia de valer-se do seu livre arbítrio para

buscar a modalidade de divórcio que facilite para indivíduo viver bem depois do encerramento do vínculo conjugal. A ideia do divórcio extrajudicial é romper os obstáculos da burocratização e, ao mesmo tempo, garantir que o sujeito possa reconstituir sua vida dentro dos ideais do princípio da dignidade humana, elemento integrante da autonomia privada.

## 5 DO DIVÓRCIO IMPOSITIVO

O capítulo cinco é dividido em três subtópicos. Inicialmente, apresenta a concepção do divórcio impositivo, demonstrando qual será sua função e a relevância que terá para o ordenamento jurídico. Em seguida, é feito um estudo minucioso do projeto de lei nº 3.457/2019, desenvolvendo a análise dos pontos que merecem reforma, a fim de que o instituto seja aprovado. Em um segundo momento, contempla-se o tema das serventias extrajudiciais, com o objetivo de transmitir ao leitor a importância dessas instituições para o sistema de justiça e para a sociedade. Por fim, demonstra-se o fenômeno da desjudicialização na realidade das serventias extrajudiciais, apontando a contribuição dessas instituições na diminuição de demandas no Poder Judiciário, reforçando, também, a ideia de celeridade, desburocratização, segurança e eficácia jurídica no desempenho das atividades extrajudiciais.

### 5.1 Da desjudicialização absoluta do divórcio

O divórcio impositivo<sup>20</sup> pode vir a ser, futuramente, se for aprovado o projeto de lei nº 3457/2019, uma nova modalidade de divórcio extrajudicial, cuja característica principal será o requerimento unilateral feito por um dos cônjuges, independentemente da anuência do outro. Essa inovação do instituto permite que o pedido possa ser feito diretamente nos cartórios, desjudicializando o divórcio pela vontade de apenas um dos cônjuges.

Essa modalidade de divórcio extrajudicial representará a defesa do exercício da autonomia privada garantindo, acima de tudo, os valores da dignidade humana e da liberdade. O divórcio impositivo simboliza nitidamente a passagem de um direito de família patrimonialista para um direito civil conduzido pela dignidade da pessoa humana.

Para o desenvolvimento saudável da vida das relações, o Estado trabalha no sentido de garantir que as relações privadas dos particulares sejam amparadas. A preocupação do Estado não está em manter o indivíduo casado ou contribuir para o seu divórcio. De certo, o Estado visa à conservação do vínculo matrimonial, posto que a família é constitucionalmente protegida. No entanto, o Estado também tem o papel de trabalhar para que as uniões informais sejam convertidas em formais. O divórcio impositivo surge com um

---

<sup>20</sup> Recomendação nº 36 de 30/05/2019 – CNJ: Dispõe sobre a vedação aos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal de regulamentarem a averbação de divórcio por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges.

viés que vai além da perspectiva de facilitar o rompimento do vínculo conjugal, vem também para ajudar a organização das pessoas novamente.

O divórcio impositivo visualiza a situação do indivíduo que já está separado de fato há muito tempo. Esse indivíduo já não convive com o outro cônjuge, já não possui laços afetivos, muitas vezes, encontra-se em um outro relacionamento, informal, porém esse indivíduo depara-se com um impedimento para formalização desse novo relacionamento: o matrimônio fracassado com o outro cônjuge. Nesse sentido, o divórcio impositivo será uma manifestação estatal de reconstituição da vida desses indivíduos que se encontram nessa situação.

Essa nova modalidade de divórcio, vem no intuito de facilitar que o sujeito regularize sua vida, saindo de uma situação irregular, retomando seu programa de vida, podendo se casar novamente, constituir novos laços familiares ou, até mesmo, seguir a vida sozinho. Atualmente, quando o indivíduo decide não mais conviver com seu cônjuge, geralmente deixa o seio familiar e segue sua vida, deixando caracterizada a separação de fato, no entanto, sem a realização do divórcio para encerrar o vínculo conjugal. Esse exemplo, muito comum, aponta que tais indivíduos refazem suas vidas, entretanto, permanecem com essa situação pendente. A partir dessa perspectiva, vê-se a importância de um direito privado fortalecido, uma vez que tem como objetivo garantir que esse tipo de situação de vida seja regulamentada.

O instituto surgiu com o Provimento nº 06/2019<sup>21</sup>, aprovado em maio de 2019, na Corte Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), de forma unânime, editado pela Corregedoria Geral de Justiça do TJPE e assinado pelo corregedor-geral em exercício naquele ano, o desembargador Jones Figueirêdo Alves, presidente da Comissão de Magistrados de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família (Ibdfam) (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2019).

O Provimento contribuiu com a visão de um Direito de Família moderno, que considera o divórcio um Direito potestativo de qualquer um dos membros da pretérita relação conjugal. Ademais, contribui para a desburocratização do Poder Judiciário, hoje abarrotado de demandas. Nesse sentido, se um dos membros da relação quiser encerrar o vínculo conjugal, no divórcio impositivo, é desnecessária a anuência do outro para tanto, de modo que, unilateralmente, pode requerer o fim do vínculo matrimonial na via extrajudicial.

---

<sup>21</sup> PROVIMENTO CGJ Nº 08, de 03 de junho de 2019. Ementa: Revoga o Provimento CGJ nº 06/2019, publicado em 15 de maio de 2019.



Esse entendimento já está firmado no âmbito judicial, onde o magistrado também está autorizado a deferir tutela provisória fundada na evidência com o propósito de decretar, liminarmente, o divórcio. Mesmo que outro cônjuge não aceite e haja outras questões a serem resolvidas em juízo. Além disso, o divórcio impositivo retira a exclusividade do Poder Judiciário em resolver questões que podem perfeitamente serem tratadas no âmbito extrajudicial, contribuindo com o desafogamento do Sistema de Justiça (BRITO, 2019).

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu sobre o tema. Em decisão proferida em acórdão da 12ª Câmara Cível, a relatora, desembargadora Rosana Fachin, proferiu decisão monocrática em quem deferiu o pedido, decretando o divórcio desde logo, uma vez que o direito ao divórcio é algo evidente. De relatoria da desembargadora Rosana Fachin, afirmou-se que o direito ao divórcio é algo evidente. O Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) aplicou o julgamento antecipado parcial do mérito para decretar o divórcio de forma liminar. Para a relatora, o divórcio apresenta um caráter potestativo do direito sendo, por isso, de uma evidência incontestável, uma vez que afirmar o contrário seria admitir o inadmissível: **o dever de permanecer casado mesmo diante do fim da vida conjunta**. O direito ao divórcio é evidente a ponto de dispensar a instrução e permitir que seja aplicado, desde logo, o julgamento antecipado - se o pedido for exclusivo de divórcio – ou antecipado parcial do mérito - caso existam outros pontos a serem decididos nos mesmos autos (PUGLIESI, 2021).

De acordo com o Provimento<sup>22</sup>, o particular, manifestando sua vontade de não mais permanecer casado, dirige-se ao Registro Civil de Pessoas Naturais requerendo o fim do vínculo conjugal. Sinônimo de exercício regular da autonomia privada, o instituto surge desburocratizando os trâmites do divórcio facilitando a vida do particular que não mais deseja permanecer casado.

Como todo instituto jurídico, para ser realizado, faz-se necessário a observância de alguns requisitos. O provimento afirma que essa modalidade de divórcio extrajudicial só é possível para cônjuges desde que não tenham filhos ou não tenha nascituro ou filhos de menor idade ou incapazes. Em se tratando de um ato unilateral, depreende-se que o requerente optou em partilhar, posteriormente, os bens, caso existam. Outras questões, como alimentos ou medidas protetivas, também deverão ser tratadas em juízo competentes (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2019).

---

<sup>22</sup> “Artigo 1º - Indicar 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”. (PERNAMBUCO, 2019, p. 1).

O propósito do divórcio impositivo é garantir a dignidade do indivíduo com o fim do relacionamento. Primeiro, garante-se ao particular que este possa ter a sua liberdade de volta, quer dizer, o direito de recomeçar, de refazer a sua vida íntima e privada. Depois, pela via judicial, resolve-se a situação dos bens e dos filhos, se houver. Mas, a princípio, a ideia do instituto é garantir, de forma célere, que o particular se desobrigue a viver contra sua vontade em um relacionamento falido.

É importante ressaltar que o instituto não impede que assuntos como bens e filhos sejam resolvidos. O provimento<sup>23</sup> deixa claro que tais assuntos serão tratados em juízo competente e com a situação jurídica dos cônjuges já resolvida, em outras palavras, com o reconhecimento do divórcio. Além disso, as próprias partes, já divorciadas, podem optar por resolver tais questões por meio de escritura pública<sup>24</sup> a ser feita nos Tabelionatos de Notas (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2019).

O divórcio impositivo reforça a desjudicialização do instituto, uma vez que concede a possibilidade de resolver extrajudicialmente todas as questões que giram em todo do divórcio. A dignidade humana está não só em conceder ao indivíduo o direito de não mais permanecer casado, como também em proporcionar um divórcio célere, eficaz e que traga segurança jurídica para o ato. A demora das demandas de divórcio no Judiciário frustra as partes, que se veem presas em um relacionamento fracassado, à mercê da boa vontade do Estado em devolver a essas pessoas o direito de refazer suas vidas.

Com a aprovação do provimento no Estado de Pernambuco, o Maranhão também instituiu o divórcio impositivo em 20 de maio de 2019, por meio do Provimento n. 25/2019, passando a formalizar o divórcio nos registros civis do estado (MARANHÃO, 2019).

Entretanto, mesmo com dois estados apresentando o mesmo posicionamento, o Corregedor Nacional de Justiça, naquele momento, ministro Humberto Martins, determinou que o TJPE revogasse o provimento editado pela corregedoria local que instituiu o chamado “divórcio impositivo”. A corregedoria, também, expediu recomendação a todos os tribunais de Justiça do país para que se abstenham de editar atos normativos no mesmo sentido (BRASIL, 2019).

---

<sup>23</sup> “Artigo 4º - Qualquer questão de direito relevante a se decidir, no atinente a tutelas específicas, alimentos, arrolamentos 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”. (PERNAMBUCO, 2019, p. 1).

<sup>24</sup> “Parágrafo Único – As referidas questões ulteriores, poderão ser objeto de escritura pública, nos termos da lei nº 11.441/2007, em havendo consenso das partes divorciadas, evitando-se a judicialização das eventuais questões pendentes” (PERNAMBUCO, 2019, p. 1).

A revogação do provimento foi dada com base na impossibilidade de realização de divórcio extrajudicial sem o consentimento do casal, tal qual afirma o artigo 733 do Código de Processo Civil (CPC). Ademais, para o Ministro, o provimento teria usurpado a competência legislativa da União, uma vez que o artigo 22 da Constituição, inciso XXV afirmar que “compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXV - registros públicos” (BRITO, 2019, não paginado).

O divórcio impositivo apresenta a ideia de uma nova modalidade jurídica, representante fiel do exercício da autonomia privada do indivíduo. Além de tutelar direitos fundamentais como a dignidade humana e a liberdade, o instituto também possui o condão de contribuir com o Sistema de Justiça, hoje, abarrotado de demandas. Cumpre ressaltar que o instituto possui alguns pontos antagônicos penderes de regulamentação para que possa garantir eficácia e segurança jurídica.

Para sanar tais obscuridades tramita o Projeto de Lei nº 3.457/2019<sup>25</sup>, de autoria do atual presidente do Senado Federal, o senador Rodrigo Pacheco. O senador afirma que o projeto pretende simplificar os procedimentos para o divórcio administrativo, sempre que um dos cônjuges discordar do pedido de divórcio. Com o acréscimo do art. 733-A, cria-se uma nova modalidade de divórcio administrativo, que independe de escritura pública podendo ser postulado diretamente no Registro Civil de Pessoas Naturais, de forma unilateral, por qualquer dos cônjuges, ainda que com a oposição do outro. Também são comuns as situações em que um dos cônjuges se encontre em local incerto e não sabido: o chamado “divórcio impositivo” ou “divórcio direto por averbação” (BRASIL, 2019b).

Inicialmente, é importante trazer à tona a Lei 11.441/07, cujo objetivo foi desburocratizar demandas familiares. Além disso, o dispositivo foi responsável pela inserção do artigo 733 no Novo Código de Processo Civil, concedendo a possibilidade de realização de divórcio consensual na via extrajudicial, por meio de escritura pública, nos Tabelionatos de Notas. O divórcio extrajudicial traduziu um grande avanço para o ordenamento jurídico: pela primeira vez, na história do Brasil, passou a ser possível realizar divórcio de forma consensual nos cartórios.

Para ser realizado nos cartórios, o divórcio extrajudicial necessita observar alguns requisitos<sup>26</sup>: a) consenso entre as partes; b) inexistência de filhos menores ou incapazes; c)

---

<sup>25</sup> Atualmente, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. O relator, Senador Marcos Rogério, em ação legislativa, votou pela aprovação do projeto acrescentando a este duas ementas.

<sup>26</sup> “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” (BRASIL, 2015b, não paginado).

escritura lavrada em Tabelionato de Notas; d) a presença de advogado. Atualmente, a legislação prevê o divórcio na via judicial e, consensualmente, nos cartórios. Com a aprovação do Projeto de Lei nº 3.457/2019, o divórcio impositivo representará um forte movimento da autonomia privada concedendo ao ordenamento jurídico a terceira modalidade do instituto: o divórcio extrajudicial sem a anuência do outro cônjuge. Esse raciocínio demonstra que não haverá motivos para realização de divórcios consensuais nos Tabelionatos de Notas, uma vez que o pedido de divórcio, e a averbação, serão feitos diretamente no Registro Civil de Pessoas Naturais. Logo, pode-se dizer que reduziria significativamente o número de divórcios consensuais nos Cartórios de Notas, tendo em vista a facilitação dos procedimentos realizados, unicamente, nos Registros Cíveis.

Da autoria do Projeto de Lei nº 3.457/2019, fica configurada a realização do instituto, se aprovado, exclusivamente, pelos Registros Cíveis de Pessoas Naturais. A posição do Relator, senador Marcos Rogério, segue a mesma linha de pensamento, o que é um verdadeiro equívoco. O referido projeto muito tem a contribuir com sua aprovação, no entanto, é preciso conhecer a especificidade das legislações notariais e registrais, no intuito de não confundir as atividades notariais e registrais. Os registradores civis possuem atribuições exclusivas, mas, em nenhuma delas, encontra-se a competência de lavrar escrituras públicas. O Projeto de Lei supramencionado peca na iniciativa do divórcio impositivo. Trata-se de competência dos tabeliães de notas, com exclusividade, redigir escrituras públicas. Aos registradores compete dar registro a atos como nascimentos, casamentos, óbitos, entre outros.

Segundo o Senado Federal, com a aprovação do projeto de lei<sup>27</sup> será acrescido no Código de Processo Civil o artigo 733-A, passando a vigorar a seguinte redação:

**Art. 733-A.** Na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais.

§ 1º. O pedido de averbação será subscrito pelo interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 2º. O cônjuge não anuente será notificado pessoalmente, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida. Na hipótese de não encontrado o cônjuge notificando, proceder-se-á com a sua notificação editalícia, após insuficientes as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário.

§ 3º. Após efetivada a notificação pessoal ou por edital, o Oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio.

§ 4º. Em havendo no pedido de averbação do divórcio, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge requerente, em retomada do uso do seu nome de solteiro, o Oficial de Registro que averbar o ato, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade; ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

§ 5º. Com exceção do disposto no parágrafo anterior, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e

<sup>27</sup> Cf. Pacheco (2015).

partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio. (PACHECO, 2019, p. 2, grifo nosso).

O projeto de lei constitui um fabuloso progresso para o direito privado contemporâneo equivalendo, portanto, a um modelo jurídico capaz de promover soluções que agregam o Sistema de Justiça. Além do mais, sobrelevam ao máximo a vontade do indivíduo amparando-a sob o manto da dignidade humana. No entanto, é preciso analisar o projeto de lei com respaldo a fim de que algumas questões possam ser esclarecidas.

A Lei 11.441/07 que trata do divórcio extrajudicial concede a possibilidade de realização do divórcio nos cartórios desde que seja realizado em escritura pública nos Tabelionatos de Notas. A referida lei guarda em seu bojo a nítida observância do que aduz o direito notarial e registral, respeitando os ditames da lei nº 8935/94 que dispõe dos serviços notariais e registrais.

Os cartórios, como são popularmente conhecidos, são instituições do Sistema de Justiça que possuem as mais variadas funções. É necessário ter em mente que a via extrajudicial é dividida de acordo com os trabalhos realizados pelos notários e registradores. Tabelionatos e Registros são instituições representantes da via administrativa, mas que apresentam atividades específicas, cada qual delegatária de sua esfera. Observa-se, tanto do provimento nº 06/2019, editado pela Corregedoria Geral de Justiça do TJPE, quanto do Projeto de Lei nº 3.457/2019, que ambos embaraçam as funções notariais e registrais. O provimento e o projeto de lei carregam consigo a equivocada ideia de que o divórcio impositivo deve ser realizado nos Registros Cíveis de Pessoas Naturais. Dentre as atividades delegadas aos registradores civis, não se encontra a de lavrar escrituras de divórcio, competência exclusiva dos tabeliães de notas. Para que divórcio impositivo possa adentrar ao mundo jurídico é preciso que ele seja promulgado em consonância com a legislação notarial e registral. Ademais, sanados esses pequenos equívocos, não se vê outro motivo pelo qual o instituto não possa vir a ser promulgado.

A lei dos notários e registradores é clara quando afirma que os notários possuem a competência para formalizar juridicamente a vontade das partes, intervindo nos atos e negócios jurídicos aos quais elas devam ou queiram dar forma legal, bem como a de certificar ou autenticar fatos. Assim, compete aos tabeliães de notas, exclusivamente, a lavratura de escrituras e procurações públicas; a lavratura de testamentos públicos e aprovação dos cerrados; a lavratura de atas notariais; o reconhecimento de firmas e a autenticação de cópias (LOUREIRO, 2017).

Percebe-se, portanto, que é exclusividade do notário ouvir a vontade do particular e materializá-la em um documento solene. Logo, o projeto de Lei nº 3457/2019, que trata do divórcio impositivo, deixa uma lacuna a ser preenchida. A lei dos cartórios é clara quando afirma ser competência dos notários formalizar juridicamente a vontade das partes. Portanto, diante da vontade do particular em encerrar o vínculo conjugal, o correto seria dirigir-se ao tabelionato de notas para formalizar seu querer em uma escritura pública. Assim, com o documento solene em mãos, o indivíduo poderá requerer a averbação do divórcio impositivo no Cartório do Registro Civil onde encontra-se lançado o assento de casamento.

Segundo leciona Ceneviva (2010, p. 46):

Serviços de registro dedicam-se, como regra, ao assentamento de títulos de interesse privado ou público, para sua oponibilidade a todos os terceiros, com a publicidade que lhes é inerente, garantindo, por definição legal, a segurança, a autenticidade e a eficácia dos atos da vida civil a que se refiram. Submetidos ao princípio do *numerus clausus*, são limitados aos previstos nas leis vigentes do País.

Quando o projeto de lei afirma que o divórcio impositivo deve iniciar-se com a averbação do requerimento junto ao Registro Civil de Pessoas Naturais, na tentativa de simplificar o procedimento, deixou de observar a legislação notarial e registral. Se realizado dessa forma, não trará segurança jurídica pois, conforme a legislação pertinente, é competência exclusiva do notário a formalização do ato por escritura pública. Somente assim o ato será eficaz e terá segurança jurídica.

Cabe ao registrador civil o registro e publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde seu nascimento até a sua morte, tendo em vista que tais fatos repercutem não apenas na esfera do indivíduo, mas interessam a toda sociedade. O registro civil das pessoas naturais é o repositório dos atos de estado civil, o mecanismo apto para a constatação e publicação dos fatos e atos que definem o estado de uma pessoa física. Além disso, é objeto da atividade registral dar publicidade jurídica, quer dizer, trata-se de uma atividade dirigida a tornar conhecido um fato, uma situação ou uma relação jurídica de modo que produzam determinados efeitos em relação a terceiros. A publicidade produz efeitos jurídicos materiais de prova plena e oponibilidade *erga omnes* (eficácia) dos fatos e situações jurídicas publicados ou mesmo requisito prévio para a constituição de direitos e outras situações jurídicas (LOUREIRO, 2017).

Assim, seguindo as diretrizes da Lei 8.935/94, que regulamenta as atividades notariais e registrais (BRASIL, 1994), o divórcio impositivo deve ter início nos tabelionatos de notas para, posteriormente, encerrar seus efeitos com a averbação da escritura pública no registro civil de pessoas naturais onde se encontra o assento de casamento. Atualmente, o Projeto de Lei nº 3.457/2019 encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça. Da

apreciação do referido projeto, depreende-se que, caso sejam sanadas tais contradições, não há razão para que a proposta seja apreciada e aprovada no Congresso Nacional.

Percebe-se a confusão entre as funções notariais e registrais no próprio texto do projeto de lei. O parágrafo 1º, do que, supostamente, será o artigo 733-A, tem-se que: “O pedido de averbação será subscrito pelo interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial” (PACHECO, 2019, p. 2). Atos notariais são diferentes de atos registrais. Compete aos tabeliães de notas exclusivamente lavrar escrituras públicas formalizando juridicamente a vontade das partes, ao passo que, a averbação é de responsabilidade do registrador civil que arquivará e averbará o ato no assento de casamento. Não é função do registrador civil formalizar a vontade das partes em ato notarial. Como o próprio termo já diz: trata-se de um ato notarial.

Conforme o Projeto de Lei nº 3.457/2019 (PACHECO, 2019), outros requisitos devem ser observados para a realização do ato, tais como: ausência de nascituros e filhos menores ou incapazes, além da presença de um advogado durante a realização do ato. O projeto também afirma que o cônjuge não anuente será notificado para tomar conhecimento da celebração do ato e, caso não seja encontrado, será notificado por edital. Após a notificação, o registrador civil terá o prazo de 5 (cinco dias) para realizar a averbação do divórcio no assento de casamento.

A história do divórcio carrega consigo o peso da luta de inúmeras pessoas por suas liberdades e o direito de viver com dignidade. Com a promulgação do divórcio impositivo, cai por terra anos de sofrimentos, angústias, humilhações e preconceitos. Será possível refazer a vida após o fim do vínculo matrimonial com apenas um simples e poderoso elemento: a vontade. A vontade do indivíduo prevalecerá independentemente da anuência do outro cônjuge. Tem-se, por consequência, o máximo exercício do direito potestativo e da autonomia privada.

De mais a mais, o divórcio impositivo elimina intratáveis situações de pedidos de divórcio. Algumas situações são muito corriqueiras, por exemplo: no tratar do término do matrimônio sempre tem um cônjuge que não concorda com o fim, logo, por pura implicância, demonstra-se indiferente diante do pedido de divórcio. Há, também, o famoso caso do cônjuge que saiu para comprar cigarro e nunca mais voltou. Nesses casos de desaparecimento do cônjuge, o desgaste e burocracia diante de situação acabam por fazer o indivíduo desistir de recorrer ao Judiciário para conseguir se divorciar. Situações de violência doméstica também ensejam o pedido de divórcio de uma maneira célere e menos burocrática.

Recentemente, uma mulher conseguiu o divórcio antes mesmo da participação do ex-marido no processo. O juiz substituto da 1ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Águas Claras, no Distrito Federal, atendeu pedido de urgência feito pela autora, em decisão liminar, entendendo que o divórcio depende da vontade de uma das partes, nada restando ao outro senão aceitar essa decisão. O magistrado ordenou ainda a expedição de mandado para a devida averbação em cartório, bem como a citação do homem para oferecer resposta no prazo legal. Em sua decisão, ele explicou que, apesar de o CPC não trazer previsão específica sobre divórcio liminar, é possível a decretação antecipada do fim do casamento por tratar-se de “direito potestativo e incondicional” (DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, 2020).

O próprio Poder Judiciário tem reconhecido que, diante da vontade do particular, não há motivos para se postergar diante do pedido do divórcio. Logo, não há motivos para a rejeição do divórcio impositivo. O instituto passa a ser mais uma modalidade de divórcio, não excluindo as demais já existentes, contribuindo significativamente para a tutela da vida íntima do indivíduo e para o desafogamento do Poder Judiciário.

O Presidente da Comissão de Magistrados de Família do IBDFAM, o desembargador Jones Figueirêdo Alves elogiou a sentença do juiz substituto da 1ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Águas Claras, no Distrito Federal. Para o desembargador:

A decisão tem o seu principal mérito ao demonstrar que litigiosidade dessa espécie já não se faria mais necessária como demanda inevitável ou obrigatória em juízos de família, carecendo a nossa legislação de otimização que desenvolva mecanismos não judicializados dos direitos potestativos. (AMOR..., 2020, não paginado).

O desembargador Jones Figueiredo foi quem desenvolveu o tema, sendo o responsável pelo provimento nº 06/2019 editado pela Corregedoria Geral de Justiça do TJ/PE. Percebe-se nas palavras do desembargador a defesa pela desnecessidade da litigiosidade do divórcio, ou seja, para o desembargador é indispensável outros métodos de solução de conflitos familiares decorrentes do divórcio. Posto isso, vem defendendo a ideia do divórcio impositivo como dispositivo capaz de desburocratizar e contribuir significativamente com o Sistema de Justiça.

Sabe-se que os conceitos de fontes e modelos do Direito são de fundamental importância para a compreensão da evolução do Direito. As fontes, encontram-se no centro do poder, de onde emana a regra de Direito, ao passo que os modelos decorrem de uma integração de fatos e valores determinados pelo devir social. Ao contrário do que se pensa, o Direito está além do que acontece na lei, para além do que é resultado das decisões dos juízes. O mundo da vida é dinâmico, logo, é a partir dos fatos da vida que o intérprete irá fazer a sua análise. Os operadores do Direito, ao interpretar as regras do Direito Privado, devem fazer de



acordo com os modelos atuais. Posto isso, a experiência jurídica é fundamental importância para a construção de novos modelos do Direito (PEREIRA, 2018).

Segundo Pereira (2018), é preciso respeito às regras do direito e do fortalecimento das instituições democráticas, principalmente do Poder Judiciário, quando não age com excessos, mas quando enfrenta os problemas contemporâneos dentro de sua capacidade operativa e de acordo com os modelos jurídicos dogmáticos da atualidade, projetando soluções a partir das estruturas normativas, da tradição civilística e da evolução da experiência jurídica, privilegiando valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

Diante de tal realidade, o divórcio impositivo constitui o verdadeiro modelo jurídico da atualidade. A aprovação do instituto espelhará um direito privado moderno em que a vontade do particular é condecorada como sinônimo de dignidade humana. Esse indivíduo, submerso no círculo de garantia de sua autonomia privada, irá produzir o direito que irá reger as relações futuras de sua vida. Logo, é dever do Estado estar presente porque sabe que precisa assegurar uma fonte do direito, que não é estatal, mas, sim, uma fonte privada do direito: a lei que o indivíduo cria para si, quer dizer, representará um prestígio para o exercício da autonomia privada, mas regulamentada pelo Estado.

## **5.2 Das serventias extrajudiciais**

A abordagem da realização de divórcios nas vias extrajudiciais traz à tona o relevante papel dos cartórios para a sociedade. O cidadão, em algum momento da vida, necessitará das serventias extrajudiciais, seja para a realização do registro de nascimento ou de óbito, a celebração de casamento, a averbação de divórcio ou a tablatura de algum negócio jurídico. Os cartórios, como são comumente conhecidos, fazem parte do cotidiano do social e poucas pessoas reconhecem o relevante trabalho desempenhado por essas instituições do sistema de justiça.

Jacomino (2013 apud EL DEBS, 2016, p. 25) ao estudar sobre a terminologia da palavra “cartório” concede o seguinte ensinamento:

A conhecida palavra portuguesa cartório finca raízes em boa fonte latina. Na idade média, os importantes documentos notariais, alguns apógrafos, outros originais, eram conglomerados em coleções denominadas ‘cartulários’ – donde cartários, do baixo latim, ‘chartularium’, de ‘chatula’, que vem de nos dar a belíssima cartório. De pequenas coleções depositadas em igrejas, mitras, mosteiros, arquivos reais etc., muitas vezes em pequenos arquivos ou escritórios, a palavra sofre mutações e hoje chega, em plena maturidade, à denominação de complexa instituição encarregada de

registro público, garantindo a publicidade, eficácia, autenticidade, segurança dos atos e negócios jurídicos.

Os cartórios estão presentes na sociedade desde os tempos de outrora, tendo em vista que a vida em sociedade sempre exigiu segurança jurídica em prol da paz social. Não é de hoje que o homem busca por serviços que tutelam a manifestação de suas vontades diante da celebração dos atos da vida privada. A celebração de um contrato ou até mesmo de um matrimônio são situações que demonstram que sempre existiu a necessidade de um sistema que promovesse segurança jurídica.

Há muitos relatos na Bíblia em que aparecem os escribas como verdadeiros responsáveis pela instrumentação de atos naquela época. Registros comprovam a presença do notário desde as civilizações Suméria e Egípcia, mas, embora redigisse documentos que celebrassem negócios jurídicos, ou que atendessem a vontade das partes, o profissional daquela época não é o mesmo que o notário dos dias de hoje. Surge, conseqüentemente, por questão de utilidade social sendo os responsáveis pela aplicação e aperfeiçoamento do direito privado (FERREIRA; RODRIGUES, 2018).

A história da civilização permite dizer que os cartórios sempre estiveram presentes no contexto social, quer dizer, acompanhando o devir social e garantindo segurança jurídica para as relações decorrentes do convívio em sociedade. A figura dos tabeliães de notas já se encontrava naquele profissional do passado que formalizava juridicamente as vontades das partes. Além disso, a própria igreja representava o que hoje conhecemos como registradores, arquivando, por exemplo, documentos que comprovavam a situação conjugal das pessoas, bem como o registro de propriedades.

A vida em sociedade foi tornando real a necessidade de um sistema capaz de garantir publicidade e certeza nas relações jurídicas, de maneira que as pessoas pudessem conhecer e planejar sua vida social econômica com segurança e estabilidade: a propriedade e o refúgio familiar, a produção dos bens de subsistência, a troca dos produtos excedentes, dentre outros, constituíam bens e valores vitais para os indivíduos em uma sociedade emergente (LOUREIRO, 2017).

As relações provenientes da vida privada exigiram e continuam exigindo certeza jurídica. Nesse sentido, os cartórios sempre tiveram o relevante papel de garantir que as relações privadas fossem estabelecidas com eficácia e segurança jurídica. São instituições colaboradores da sociedade, auxiliando os indivíduos, desde os tempos remotos, a resguardar seus direitos.

Atualmente, as serventias extrajudiciais representam o local onde são realizadas as atividades notariais (tabelionatos) e registrais (ofícios de registro). São responsáveis por assegurar a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos ali praticados contribuindo significativamente com o Sistema de Justiça. As atividades notariais são regidas pelo direito notarial e, as atividades registrais, pelo direito registral. Além disso, o Estatuto dos Notários e Registradores, regulamentado pela Lei 8.935/94, possui normas e princípios que contribuem para a adequada interpretação desses ramos do direito.

O direito notarial representa o sistema de normas que regula a atividade do notário apresentando um conteúdo próprio no plano docente e tende a formar um ramo autônomo do Direito. O conteúdo desta disciplina jurídica autônoma é sistematizado cientificamente por princípios e regras que tratam da forma pública na qual intervém o notário para dar existência válida aos atos e negócios jurídicos desejados pelos particulares (SEGOVIA, 1961).

O direito notarial regulamenta as atividades realizadas pelo Tabelião de Notas. É por meio desse ramo do direito que o notário irá se guiar, valendo-se de uma coleção de normas e princípios que o direcionam a exercer sua função de notário. Ademais, o direito notarial resguarda em seu bojo o conteúdo material capaz de demonstrar como os tabeliães devem redigir os documentos de sua competência.

O direito registral também representa uma disciplina jurídica autônoma, de natureza adjetiva ou formal, embora seu instrumento não seja a forma, mas a publicidade jurídica e os procedimentos que lhe são inerentes, a começar pela demanda da publicidade de determinados títulos, passando pela qualificação registral e culminando, salvo a existência de vícios insanáveis, com o registro e a produção dos efeitos jurídicos daí decorrentes (LOUREIRO, 2017).

O direito registral abrange princípios e regras que devem ser observados pelo registrador. Outrossim, disciplina as funções dos registradores demonstrando sua responsabilidade nos ofícios de registro, além dos resultados decorrentes de suas atividades.

Embora sejam profissionais de serventias extrajudiciais, notários e registradores, possuem funções e atividades distintas. Os notários, ou tabeliães de notas, são profissionais responsáveis pelas atividades realizadas nos Tabelionatos de Notas, ao passo que registradores atuam nos Registros Cíveis de Pessoas Naturais, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Registro de Títulos e Documentos e Registro de Imóveis.

Presente na celebração dos negócios jurídicos, o tabelião de notas, é o jurista do cotidiano da pessoa comum, responsável pela aplicação e aperfeiçoamento do direito privado,

é o conselheiro imparcial dos particulares na realização dos atos e negócios mais importantes nas esferas patrimonial e pessoal de suas vidas (LOUREIRO, 2017).

Assim, o notário, dentre as suas funções legais, apresenta o importante papel de conselheiro do cliente, em outras palavras, atua como consultor jurídico, tendo em vista o dever legal de direcionar as partes e concretizar as vontades destas na formulação do instrumento jurídico adequada ao caso concreto.

Segundo El Debs (2016, p. 1602), o tabelião de notas é:

Profissional do direito dotado de fé pública a quem o Estado delega o exercício da atividade notarial que lhe incumbe e goza de independência no exercício de suas atribuições, tem direito à percepção de emolumentos integrais pelos atos que pratica e é o responsável exclusivo pelo gerenciamento administrativo e financeiro da serventia.

O tabelião de notas atua imparcialmente como assessor das partes, de maneira que as vontades ali expostas sejam materializadas em um documento solene. Ouve, aconselha juridicamente e qualifica as vontades das partes indo muito além da instrumentalização e autenticação de documentos.

De acordo com o Estatuto dos Notários e Registradores, Lei nº 8.935/94, o artigo 6º afirma que aos notários compete: I – formalizar juridicamente a vontade das partes; II- intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III- autenticar fatos (BRASIL, 1994).

A lei que regulamenta os serviços notariais e registrais é clara quanto à função dos notários. O tabelião de notas irá analisar a vontade das partes buscando no ordenamento jurídico a solução adequada para o caso concreto. Além disso, examina com cuidado a capacidade das partes, a possibilidade jurídica do objeto, atendendo aos requisitos formais previstos em lei, conhecendo e obedecendo as normas jurídicas sobre a validade e eficácia dos atos que formaliza (EL DEBS, 2016).

Em seu assessoramento jurídico, o tabelião de notas irá priorizar a tutela da autonomia privada buscando o equilíbrio no negócio jurídico celebrado na serventia. A atuação do notário também contribui de forma significativa para a prevenção de litígios, pois, é no aconselhamento das partes que o tabelião estimula uma conciliação prévia ao conflito, informando às partes o que pode surgir do negócio jurídico realizado.

Já os registradores são agentes de um órgão ou instituição pensada e criada para tornar acessível a todos os membros da sociedade determinados fatos e situações jurídicas de especial relevância. Seja por repercutirem nas esferas jurídicas de todos, seja por serem

essenciais para a segurança e progresso do tráfico jurídico e econômico, tais situações devem ser acessíveis ao conhecimento de todos os cidadãos (LOUREIRO, 2017).

As atribuições dos registradores encontram-se elencadas na Lei Federal 6.015 de 1973, que trata separadamente de cada ofício de registro: do Registro Civil das Pessoas Naturais, Registro Civil das Pessoas Jurídicas e Especiais, Registro de Títulos e Documentos e Registro de Imóveis, definindo a competência exclusiva e a especialidade de cada serventia registral (BRASIL, 1973). Cada um dos ofícios registrares possui competências próprias sendo devidamente sintetizadas, informando sobre os conteúdos específicos e em que ofício deve ser realizado o registro almejado.

É incontestável o relevante papel jurídico-social dos notários e registradores atuando como verdadeiros pacificadores sociais na prevenção de litígios. Por se tratar de atos relevantes para os indivíduos em sociedade, notários e registradores, são verdadeiros garantidores de segurança jurídica, pois são profissionais responsáveis pela formalização de negócios jurídicos.

A atividade profissional exercida pelos notários e oficiais de registro é de natureza jurídica e intelectual. A redação dos atos e negócios jurídicos, que podem ser dos mais variados e intrincados moldes, bem como a qualificação registral, requerem profundos conhecimentos sobre todos os ramos do direito privado, bem como de direitos tributário, urbanísticos, ambiental, dentre outros (LOUREIRO, 2017).

Verifica-se, portanto, a necessidade de difundir perante a sociedade a significativa atuação desses profissionais esclarecendo que, ao contrário do que se pensa, as serventias extrajudiciais não são sinônimo de burocracia, mas sim, celeridade, autenticidade, eficácia e confiabilidade. Entretanto, assuntos referentes às serventias extrajudiciais são pouco explorados, inclusive na área acadêmica, por isso, faz-se necessário demonstrar que as atividades extrajudiciais são verdadeiras imprescindíveis na regularização de atos privados da vida do indivíduo.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (BRASIL, [2020]). Além disso, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos. Por conta do dispositivo constitucional, as atividades de registro e notarial constituem funções públicas, uma vez que o Estado delega aos titulares das serventias extrajudiciais a atribuição para que possam exercer tais atividades em caráter privado.

A função delegada pelo Estado para exercício da atividade extrajudicial em caráter privado permite que os atos realizados pelos tabeliães de notas e oficiais de registros

sejam dotados de fé pública. Trata-se do poder de autenticar e certificar fatos e atos jurídicos que devem ser acreditados e considerados verdadeiros por todas as demais pessoas jurídicas de direito público e privado. Essa fé pública é do Estado. Cabe a este ente velar a competência ou atribuição de velar pela paz social e pela segurança jurídica dos atos e contratos realizados pelos cidadãos e pelas pessoas que se encontram sob a sua soberania (LOUREIRO, 2017).

Isso implica dizer que os notários e registradores retratam a figura do Estado, que concede ao titulares das serventias extrajudiciais, por meio de mandamento constitucional, a competência exclusiva para formalizar a vontade das partes e autenticar fatos. Trata-se de transferência definitiva se extinguindo, segundo artigo 39, da Lei 8935/94: pela morte; pela aposentadoria facultativa, por invalidez e renúncia; ou pela perda da delegação em decorrência da falta disciplinar, mediante processo administrativo ou judicial, observado o contraditório e ampla defesa (BRASIL, 1994).

Ademais, é importante mencionar que o fato do Estado conceder função delegada aos notários e registradores não o exime o poder de fiscalização ou regulamentação das atividades extrajudiciais. Os titulares das delegações estão sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, a ser realizada por meio de correições.

Segundo Loureiro (2017, p. 61):

O estatuto dos notários e registradores, lei 8.935/94, afirma que o notário e o registrador devem velar pela autenticidade, publicidade, eficácia e segurança dos atos e negócios jurídicos dos particulares. Esses profissionais fazem parte do mecanismo de segurança preventiva do Estado, isto é, eles intervêm previamente na conclusão dos (notários) ou da radiação dos efeitos destes negócios jurídicos pela publicidade registral (registradores), a fim de garantir os direitos individuais e a segurança do tráfico jurídico.

Tem-se, portanto, que as atividades realizadas pelos tabeliães de notas e pelos oficiais de registro são grandes colaboradoras da organização da sociedade e do Estado. Para a realização de seus atos, notários e registradores devem observar os princípios norteadores dos serviços extrajudiciais.

Embora tenham princípios específicos consagrados em legislação própria, a função dos profissionais da via extrajudicial é delegada pelo Estado, possuindo natureza pública. Dessa forma, aos notários e registradores compete observar os princípios em destaque no artigo 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, [2020]).

Nesse aspecto, tabeliães e oficiais de registro devem observar estritamente os dispositivos legais, não podendo ir de encontro às orientações elencadas legalmente. De forma semelhante, documentos e atos dos titulares das serventias extrajudiciais devem estar em

consonância com as legislações a fim de que possa fazer valer a delegação concedida pelo Estado.

O princípio da imparcialidade informa que é dever dos delegatários de notas e registros defender igualmente os interesses de ambas as partes, sem beneficiar qualquer delas, independentemente de pressões ou influências de qualquer natureza. A imparcialidade protege não apenas os intervenientes ou interessados no ato notarial e registral, como também os terceiros e está em sintonia com as exigências do moderno direito contratual que se caracteriza pela busca do equilíbrio entre as partes e pela proteção daquela considerada hipossuficiente (LOUREIRO, 2017).

Garante, portanto, a imparcialidade, que esses profissionais atuem em benefício próprio ou de outrem. Nesse sentido, a atuação dos tabeliães e registradores está pautada na ética, na moral e nos bons costumes visando sempre alcançar os fins desejados pelas partes e pela administração pública.

Em se tratando do princípio da moralidade, é dever dos titulares das serventias extrajudiciais observar a moral objetiva atuando com decoro e eticidade. A moralidade deve sempre estar presente na realidade extrajudicial garantindo a prestabilidade nos serviços oferecidos à sociedade.

A publicidade tem por finalidade outorgar segurança às relações jurídicas, assegurando a qualquer interessado o conhecimento do teor do acervo das serventias notariais e registrais garantindo sua oponibilidade contra terceiros. No direito brasileiro se dá por meio de expedição de certidão, a chamada publicidade formal ou indireta. Os registradores e notários, via de regra, não podem permitir o acesso direto do interessado aos livros, pois haveria riscos à conservação desses arquivos, afetando dessa forma, assegurando a segurança jurídica almejada pela publicidade (EL DEBS, 2016).

Sem a publicidade não há como os atos praticados nas serventias extrajudiciais surtirem efeitos em relação a terceiros. Posto isso, o princípio da publicidade é quem garante que as informações ali prestadas possam chegar à coletividade, quer dizer, funciona como meio comprobatório.

O princípio da autenticidade está regulamentado no artigo 1º do Estatuto dos notários e registradores, na Lei 8.935/94 (BRASIL, 1994). Segundo Ceneviva (2010, p. 46), é a “qualidade do que é confirmado por ato de autoridade, de coisa, de documento ou declaração verdadeiros. O registro cria presunção relativa de verdade. É retificável, modificável”.

Por se tratar de delegatários da função pública estatal todos os atos celebrados por notários e registradores são dotados de fé pública garantindo, portanto, autenticidade. Essa fé pública garante credibilidade aos atos celebrados nas serventias extrajudiciais.

O princípio da eficácia promove aptidão na produção dos efeitos jurídicos. Segundo Maluf (2013), não é eficaz/eficiente o tabelião que demora uma semana para elaborar uma escritura pública que normalmente levaria um dia, ou que solicita documentos insuficientes ou impróprios para a prática do ato; será igualmente ineficaz ou ineficiente um registrador de imóveis que apresenta várias e sucessivas notas de devolução quando na verdade deveria ser apresentada apenas uma contendo todas as exigências necessárias para o registro.

O princípio da eficácia deve ser observado a fim de fazer valer a vontade do particular, de maneira a produzir os efeitos desejados pelo indivíduo que se dirigiu ao cartório no intuito de concretizar o seu querer respeitando, claramente, a legislação específica.

Por fim, em se tratando do princípio da segurança, tem como escopo promover estabilidade e confiabilidade para as relações jurídicas. A observação de todos os princípios elencados na legislação notarial e registral tutelam a autonomia privada do indivíduo, promovendo a vontade deste e garantindo que esta vontade seja resguardada em segurança jurídica.

As serventias extrajudiciais estão presentes no cotidiano das pessoas e possuem um importante papel jurídico-social na prestação de serviços à sociedade promovendo segurança e eficácia jurídica. Além de serem garantidoras do exercício da autonomia privada também contribuem no processo de desburocratização e desjudicialização do Poder Judiciário.

Graciano (2013, p. 1) possui relevantes observações sobre as serventias extrajudiciais:

Dada a importância que a atividade notarial e registral ocupa no cenário nacional, tendo em vista que os serviços notariais e registrais estão no cotidiano das pessoas físicas e jurídicas, com o objetivo de assegurar a segurança jurídica e de formalizar atividade negocial através dos atos e contratos, ressaltando que a atividade do Direito Notarial e Registral têm sido definidas como o conjunto de normas (leis, regulamentos, normas administrativas, jurisprudência normativa). Vale ressaltar que grande parte da sociedade não tem conhecimento da real importância desta atividade, e ainda, julga ser desnecessária e burocrática, menosprezando a função social dos serviços notariais e registrais, ignorando a credibilidade e a essência jurídica aplicada ao serviço prestado pelo notário e registrador. A ciência jurídica notarial e registral também acaba sendo afetada por ser pouco destacada no currículo de graduação de todo país. O pouco conhecimento e destaque faz com que a prática jurídica dos futuros operadores do direito também seja atingida. Existe a necessidade da disseminação e esclarecimento da população para a importância desta ciência e atividade, enfatizando que o serviço do tabelião e do registrador são revestidos de confiabilidade frente aos atos particulares, deve-se ressaltar que a fé pública notarial e registral possui presunção de certeza. O ordenamento jurídico



brasileiro consagra a fé pública notarial e registral em diversos momentos, com especial relevo para o capítulo que trata das provas no Código Civil Brasileiro e a seção a respeito da força probante dos documentos do Código de Processo Civil. E ainda pode-se destacar a celeridade e a prevenção de litígios, a função tem ido à busca de novas tecnologias e novos modelos de gestão, a sociedade necessita conhecer a atividade extrajudicial como meio de preservação para as respostas desejadas, isso exige cada vez mais conhecimento sob a atividade para que se busque eficiência, agilidade, na segurança jurídica. No Brasil ainda existem diversos serviços precários e morosos, possui diversos segmentos que carecem, sobretudo, de tecnologia. Porém, nos cartórios, essa realidade já toma nova forma, com tecnologias avançadas e excelência em atendimento aos seus usuários. Com a disseminação da atividade por meio do moderno notário e registrador, o agente delegado e o operador do Direito Notarial e Registral, com função primordial de assessoramento das partes qualificando a vontade delas e lavrando instrumentos pertinentes dotados de fé pública, a sociedade ganhará maior segurança jurídica que é o desejo da sociedade atual, a busca por uma justiça mais célere e eficaz e a atividade extrajudicial mostra-se como o instrumento mais adequado para atender ao reclamo social.

Embora de grande relevância, as disciplinas jurídicas notariais e registrais são pouco destacadas nas graduações do país. Os profissionais do direito saem das universidades com a visão de resolução de litígios apenas pelas vias judiciais. É preciso irradiar o papel dos notários e registradores no mundo jurídico e no mundo da vida fortalecendo as atividades extrajudiciais.

As delegações notariais e registrais atuam como exímias colaboradoras do Estado na prestação jurisdicional, por meio do fenômeno da desjudicialização, ou seja, do deslocamento de atribuições para o âmbito administrativo, como é o caso dos divórcios extrajudiciais. Além disso, são instituições do sistema de justiça que promovem a dignidade humana diante da garantia do exercício da autonomia privada do indivíduo. Esse é o papel das serventias extrajudiciais: formalizar juridicamente a vontade das partes e garantir, por meio da publicidade, os efeitos dos negócios jurídicos celebrados pelos particulares, a fim de resguardar a vontade do indivíduo.

### **5.3 O divórcio impositivo e o fenômeno da desjudicialização**

O último relatório *Justiça em Números*, publicado em 2021, tendo por referência o ano de 2020, foi um marco mundial histórico em decorrência da incidência da pandemia global de covid-19, obtendo 40,5 milhões de sentenças e acórdãos, e 59,5 milhões de decisões judiciais, o que demonstra uma resposta rápida e substancial a esse período de emergência sanitária. O Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13 milhões, ou seja, 17,2%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação

jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2020 existiam 62,4 milhões ações judiciais. Durante o ano de 2020, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 25,8 milhões de processos e foram baixados 27,9 milhões (BRASIL, 2021)

O expressivo número de processos hoje no Judiciário demonstra a realidade de uma Justiça sobrecarregada de demandas. Indubitavelmente, a sociedade, em toda a sua história, é marcada por vários conflitos de interesses que, cotidianamente, acabam resultando em processos judiciais. Pode-se dizer que a cultura litigiosa simboliza um dos fortes fatores a desencadear a lentidão do Poder Judiciário. O Estado tem como obrigação solucionar a morosidade na prestação jurisdicional, uma vez que é direito de todos uma justiça célere e eficaz, capaz de solucionar lides em tempo razoável. Era necessário pensar não só em uma solução que trouxesse celeridade, mas também em algo que contribuísse na diminuição dos números de processos.

Expandir a (equivocada e infeliz) percepção de que todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito deve, de pronto, ser repassado à justiça estatal implica insuflar a contenciosidade social e desestimular a verdadeira cidadania, originando uma verdadeira cultura demandista ou judiciarista. Essa deficiente percepção de qual seja a vocação institucional da justiça repercute no avanço incessante da máquina judiciária, afirmadamente insuflada para fazer frente ao considerável aumento de processos ocasionando uma explosão de litigiosidade. A garantia constitucional do acesso à justiça provocou a superutilização desse direito apontando como consequência o alargamento no acesso ao Judiciário, quer dizer, abarrotando o Sistema de justiça. Esse gigantismo Judiciário fortalece ainda mais a cultura demandista (MANCUSO, 2015).

A morosidade do Poder Judiciário leva consigo a descrença de uma justiça competente, incapaz de garantir em suas respostas ao particular celeridade, segurança e eficácia. Nesse sentido, surge o fenômeno da desjudicialização com o objetivo de reduzir as demandas do Judiciário transferindo para as vias extrajudiciais as causas que não apresentam natureza de lide, quer dizer, as de jurisdição voluntária, tais como as de divórcio.

Há muito tempo, observa-se que o Poder Judiciário está cada vez mais preocupado em manter suas funções atreladas apenas em ações de jurisdição contenciosa que realmente necessitam de seu aparato estatal. Dessa forma, as gestões judiciárias estaduais têm priorizado metas que busquem a desjudicialização dos serviços, isto é, a transferência para as serventias extrajudiciais de todos os atos e atribuições que hoje tramitam perante o judiciário, mas que

não exijam a prolação de uma decisão do Estado-juiz (EL DEBS; EL DEBS; SILVEIRA, 2020).

O movimento de desjudicialização visa simplificar o acesso à justiça tornando satisfatória a resposta jurisdicional por meio de soluções que facilitam, reduzem e desburocratizam as demandas. A desjudicialização restringe a intervenção do Estado na vida privada das pessoas, deslocando do Poder Judiciário relevante número de procedimentos de jurisdição voluntária que ali possam tramitar, entregando às serventias extrajudiciais a competência para conferir-lhes mais celeridade, efetividade e segurança jurídica.

Segundo Kümpel *et al.* (2017, p. 198):

O escopo não era apenas fazer com que os processos tramitassem de maneira mais rápida, mas também que o número de processos diminuísse. De nada adianta aprimoramento dos mecanismos explicitados, se o número de demandas continuasse em aumento exponencial, de forma a agravar a sobrecarga do Poder Judiciário. Nesse contexto, as formas alternativas de resolução de controvérsia, bem como o fenômeno da desjudicialização, isto é, a retirada de competências, aprioristicamente exclusivas de apreciação jurisdicional, para resolução no âmbito extrajudicial, sobretudo com a utilização dos delegados aos notários e registradores. Os operadores do direito começaram a perceber que questões jurídicas, ainda que complexas, poderiam ser retiradas da apreciação do Poder Judiciário, observadas duas condições: a) desde que não houvesse lide; b) desde que não houvesse interesse pública ou meta-individual envolvido. Ademais, passou-se também a ser de fácil aferição que as serventias poderiam assumir diversas atribuições antes privadas do Poder Judiciário, na medida em que seus titulares se encontravam cada vez mais aptos a assumir esses múnus, inclusive por força do grau de dificuldade na aprovação nos concursos públicos de notas e registros a partir da Constituição Federal de 1988.

As atividades extrajudiciais vêm trilhando novos caminhos e perspectivas com intuito de dar à sociedade moderna uma contribuição eficiente diante da morosidade do Judiciário. As serventias extrajudiciais são perfeitamente capazes de receber no âmbito de suas atribuições a delegação para a resolução de demandas que não envolvam litígios, tornando-se grandes colaboradoras do Poder Judiciário evitando lides e dando ao cidadão respostas seguras e céleres.

Os operadores do direito têm buscado soluções para a problemática da litigiosidade excessiva trabalhando na criação de novos modelos jurídicos, que contribuem com o sistema de justiça e valorizam o papel das serventias extrajudiciais. Um claro exemplo é a Lei 11.441/07 que alterou o Código de Processo Civil e passou a permitir a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual, um grande avanço.

A Lei 11.441/2007 inaugurava uma nova vertente, uma vez que o legislador confiou aos serviços notariais e registrais a possibilidade de feitura de escrituras em substituição a necessidade de prolação de sentença pelo juiz. A confiança depositada nas vias extrajudiciais retirou milhões de processos do Judiciário e deu-se celeridade ao procedimento,

atendendo aos anseios dos particulares que buscam por meios menos burocráticos (MELO *et al.*, 2017).

Diante das novas necessidades sociais a contribuição das serventias extrajudiciais no processo de desburocratização do sistema judicial é, sem sombra de dúvidas, uma alternativa eficaz e vem ganhando notoriedade no Brasil, onde diversos diplomas jurídicos têm sido elaborados, pesquisas vêm sendo realizadas, leis aprovadas e projetos encontram-se a espera de aprovação (ALMEIDA, 2019).

O deslocamento das demandas de divórcio para as vias extrajudiciais representa um grande exemplo de desjudicialização, uma vez que esse movimento gera celeridade, segurança jurídica e eficácia, à parte a relevante contribuição com a desburocratização e desafogamento do Poder Judiciário.

Aumenta cada vez mais a confiança do legislador em repassar certos atos e responsabilidades aos notários e registradores promovendo a efetividade da justiça, pela qual demandam as pessoas. Isso pode ser percebido tanto no que se refere a prática dos atos em si, pelos Serviços Extrajudiciais, quanto pela retirada dessa demanda do Judiciário representa, no caminho da evolução, da remodelação do papel e da intervenção do Estado no cotidiano dos cidadãos. É um caminho que não tem mais retorno, tendendo a avançar e aprimorar-se (SCHWIDERKE, 2019).

O projeto de Lei nº 3.957/2019, que trata do divórcio impositivo, reflete precisamente a colaboração das serventias extrajudiciais no desafogamento do Poder Judiciário. O divórcio, como direito potestativo que é, vê-se diante de uma litigiosidade desnecessária. Não compete ao Estado decidir se cabe ou não aos cônjuges permanecerem casados. Diante da vontade do particular em não mais permanecer casado, cabe ao Estado, apenas e tão somente, assegurar e respeitar esse querer íntimo do indivíduo. Logo, vê-se a desnecessidade do divórcio ainda ser percebido como uma demanda a ser obrigatoriamente realizada nas varas de famílias.

A desjudicialização do instituto do divórcio leva consigo grandes avanços, garantindo a observância do princípio da dignidade humana e supervalorizando o exercício da autonomia privada do indivíduo, o divórcio impositivo muito contribuirá com a redução do número de demandas de divórcio no judiciário. Além disso, o instituto deixa claro o relevante papel das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização.

Tem-se um aprimoramento constante da atuação das Serventias Extrajudiciais nas mais diversas frentes, nas quais, anteriormente, seria inimaginável ter solução na esfera administrativa. Isso é uma tendência, não se pode criar situações estanques, há que se tentar

adaptar as normas para que abarquem o máximo de situações possíveis, desde que não haja qualquer dúvida ou divergência quanto à livre manifestação de vontade das partes, ao acordo envolvendo o ato e à ausência de prejuízos para os indivíduos envolvidos, direta e indiretamente, e para a sociedade como um todo. Normas e regramentos, bem como a atuação dos delegatários baseadas na boa-fé objetiva, no respeito as normas, a boas práticas, sempre para fornecer segurança jurídica para as partes, de modo eficiente e adequado, consolidam esse caminho (SCHWIDERKE, 2019).

O intérprete do atual momento tem o dever de atuar rente aos fatos da vida. Os fatos contemporâneos não devem estar alheios aos operadores do direito. É preciso questionar se é possível interpretar o direito como era antes da revolução do direito privado contemporâneo cuja tutela da dignidade humana é o ponto central. Assim sendo, a desjudicialização de demandas, principalmente as de divórcio, demonstra a atuação do intérprete na produção de novos modelos jurídicos que garantem estabilidade para as relações. Nesse sentido, o papel das serventias extrajudiciais é garantir a sobrelevação do indivíduo dentro da sociedade, protegendo sua autonomia privada e auxiliando também no Sistema de Justiça, com a redução de demandas.

É tempo de ultrapassar concepções tradicionais de justiça, levando-se em conta a sociedade plural e complexa dos tempos modernos, oferecendo soluções dinâmicas e mais imediatas ao usuário do serviço. Os meios extrajudiciais representam uma resposta aos anseios dos particulares, atuando sob as diversas frentes na prevenção ou repressão de litígios, respeitando e garantindo o exercício da vontade do indivíduo, inserindo-se, nesse contexto, a opção política de desjudicialização dos serviços. As iniciativas legislativas de deslocamento de competência de atribuições inicialmente reservadas ao Poder Judiciário para as serventias extrajudiciais garantem segurança jurídica nas relações jurídicas, prevenção de litígios e fraudes, em benefício para toda a coletividade (ZAVARATO, 2019).

A visão contemporânea do direito privado aspira por equilíbrio. Para tanto, é fundamental que o trabalho do intérprete do direito seja baseado na boa-fé. É preciso ressignificar. O projeto de Lei 3.954/2019 espelha-se em fatos novos, quer dizer, em novos momentos jurídicos e sociais. A desjudicialização das demandas de divórcio demonstra que o legislador deu importância aos fatos que acontecem no mundo da vida, dando os contornos necessários para que a norma possa ser atualizada.

Ainda impera em nosso país a cultura da judicialização excessiva, sendo ainda muito tímido o costume de buscar-se a solução de casos concretos na esfera judicial. Infortunadamente, a judicialização excessiva somada ao grande número de atos processuais

acaba engessando o Poder Judiciário, tornando-o uma instituição menos eficaz e eficaz sendo, dessa maneira, deturpada está a sua lógica existencial e finalística (SARDINHA, 2019).

O fenômeno da desjudicialização só tem a contribuir com o sistema de justiça seja sob a perspectiva da redução do número de processos, seja realçando a função notarial e registral. A distribuição dessas atribuições aos Notários e Registradores é uma alternativa acertadamente conveniente, eficaz e segura para favorecer a devida e esperada efetivação dos direitos dos indivíduos.

Tem se tornado notória a crescente tendência de levar ao plano judicial casos concretos que antes podiam ser submetidos somente ao Poder Judiciário. Os caminhos extrajudiciais de acesso à Justiça oferecem aos cidadãos uma maior liberdade e poder de decisão sobre a forma como será solucionado o seu caso concreto, diminuindo a interferência do Estado, que não mais substitui a vontade das partes por meio de uma decisão judicial, apenas resguarda, fiscaliza e orienta por meio dos seus representantes (SARDINHA, 2019).

Por trás do famoso estereótipo de que serventias extrajudiciais são sinônimo de burocracia, as delegações de notas e registros atuam na fiel missão de assegurar a segurança jurídica de diversos negócios jurídicos. Com a árdua missão de atuar no processo de desjudicialização, solucionando demandas que anteriormente eram de competência exclusiva do Judiciário, garantindo às partes celeridade, eficiência e segurança jurídica, essas instituições vêm ganhando cada vez mais notoriedade, desmistificando assim, a falsa ideia de burocracia.

De acordo com Miranda (2010, p. 7):

A desjudicialização de determinadas demandas, especialmente, as de jurisdição voluntária e sua transferência para a atividade notarial e registral, não é um retrocesso como muitos acreditam, mas um avanço que permitirá o cidadão ter acesso à ordem jurídica de forma mais rápida, mais barata e sem complicação procedimental, e ainda, com o controle absoluto da legalidade, uma vez que os titulares que exercem estas atividades são profissionais com a mesma formação deontológica dos magistrados, sendo selecionados em concursos públicos com o mesmo rigor e ainda submetidos constantemente à atualização.

O deslocamento da atribuição para resolução de demandas voluntárias para as vias extrajudiciais representou uma eficiente medida para o descongestionamento da justiça brasileira. Demandas como o divórcio, que só precisa da vontade de uma das partes, por se tratar de um direito potestativo, se realizadas nas vias extrajudiciais, promovem o fim dos trâmites da demanda em questão de horas, a depender apenas do tempo de lavratura da escritura pública.

Segundo o ex-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), professor Nalini (2016, não paginado):

O Judiciário já se convenceu de que os serviços executados pelo setor extrajudicial se revestem de maior eficiência, segurança e celeridade. É o reconhecimento explícito de que os serviços extrajudiciais são providos de sistemática eficiente, hábil a suprir deficiências da Administração Pública direta, da qual são peculiares delegados. Muitas outras atribuições ainda podem ser transferidas à esfera das serventias que se aprimoram continuamente para oferecer préstimos de extrema confiabilidade e que se aparelharam de tal forma que o próprio Judiciário, o Poder delegante, a cada passo recorre com frequência maior à prestimosa atuação dos delegados. A adoção de sistemática da iniciativa privada nos serviços delegados tem sido atestada do acerto do constituinte, que foi muito feliz ao adotar estratégia que atende melhor à cidadania e desburocratiza o Brasil.

O intérprete do direito, cada vez mais, tem acompanhado os movimentos sociais do dia a dia. O resultado disso são as inovações legislativas no mundo jurídico. A Lei 11.441/2007, que inovou o ordenamento jurídico com a possibilidade de realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa foi o verdadeiro marco da desjudicialização, reestruturando, significativamente, todo o sistema de justiça. O direito encontrou a resposta necessária para a solução da litigiosidade excessiva dentre as próprias instituições jurídicas, deslocando tais demandas para as vias extrajudiciais.

Desde a edição da Lei 11.441/2007, o número de divórcios vem crescendo progressivamente no país. Conforme os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o aumento foi de 75% em cinco anos e, no meio do ano passado, o total saltou para 7,4 mil apenas em julho, um incremento de 260% em cima da média de meses anteriores. No Brasil, em 10 anos, o crescimento foi 63%. O segundo semestre de 2020 assinalou o maior número de divórcios já registrados em cartórios no Brasil. Foram 43,8 mil processos contabilizados em levantamento do Colégio Notarial do Brasil (CNB) – Conselho Federal (CF). O número foi 15% maior em relação ao mesmo período de 2019 (NAUMANN, 2021).

A desjudicialização do instituto trouxe uma nova roupagem para o divórcio, uma vez que representa as nítidas mudanças socioculturais e o impacto no direito de família. O ser humano e suas necessidades mostraram ao direito que é necessário garantir o direito fundamental à liberdade e à dignidade humana. A desjudicialização das demandas de divórcio visa garantir o estado civil do particular de maneira a facilitar e contribuir com a vida privada do particular. Paralelamente a isso, contribui com o descongestionamento do Poder Judiciário, além de mostrar o importante papel das serventias extrajudiciais para a sociedade e para o Sistema de Justiça.

Sendo divórcio uma questão privada e amparada pelo manto constitucional, deve o Estado intervir apenas para fiscalizar o estado civil das pessoas. Portanto, a desjudicialização de tais demandas implica em analisar apenas a vontade do indivíduo e se

seu requerimento cumpre os requisitos legais exigidos, desconsiderando demais questões. Diante da ausência de conflito, a desburocratização do divórcio não representa a perda de direitos, mas sim uma ampliação destes (CULACATI, 2016).

A desjudicialização do divórcio chama a atenção para a intervenção mínima do Estado diante de questões privadas. Tanto a união matrimonial quanto a sua dissolução depende unicamente da vontade dos cônjuges, logo, não compete ao Estado decidir por questões tão íntimas da vida do particular. Em um setor de puro exercício da autonomia privada, como são as demandas de divórcios, o Estado não é bem-vindo. Para o desenvolvimento saudável da vida das relações, o Estado deve retirar-se.

A litigiosidade excessiva ainda é uma realidade. A busca por tratamentos alternativos para solução de demandas em tempo hábil e para a redução dos processos é uma necessidade pertinente ao Poder Judiciário. A desjudicialização é um movimento jurídico inovador, capaz de promover celeridade e segurança jurídica nas demandas, de maneira a responder os anseios sociais e contribuir com a diminuição da judicialização.

É preciso desmistificar a cultura litigiosa. Há questões, tais como as do divórcio, que não se vê a necessidade de tantas intervenções do Estado. Transferir tais questões para a via extrajudicial contribui para a solução da crise do Judiciário, posto que as serventias extrajudiciais são promovedoras de soluções rápidas e efetivas. Normalmente, a homologação judicial do divórcio pode levar meses ou até anos. Na via extrajudicial, basta o tempo de lavratura da escritura pública.

Os operadores do direito, ao ampliarem os serviços extrajudiciais por meio da desjudicialização, trouxeram muitas inovações ao ordenamento jurídico brasileiro. A primeira inovação foi a redução da sobrecarga decorrente do excessivo número de processos. Outra inovação, e não menos importante, foi a valorização das serventias extrajudiciais, demonstrando à sociedade o relevante papel dos notários e registradores. Esses personagens do Sistema de Justiça atuam com presteza na solução das demandas conferindo às questões apresentadas pelos particulares celeridade, eficácia e segurança jurídica.

Importante ressaltar que a desjudicialização não retira por completo a solução de determinados litígios no judiciário, apenas confere ao indivíduo mais uma possibilidade de acesso à Justiça. Assim sendo, proporciona também o pleno exercício da autonomia privada do indivíduo, sobrelevando a vontade deste, que escolhe como e onde regulamentar os atos jurídicos da sua vida privada.

É preciso ressignificar o direito com modelos que vão agregar o Sistema de Justiça. Questões como as do divórcio representam o exemplo nato de desjudicialização,



nessa esteira de raciocínio, a promulgação do Projeto de Lei 3.457/2019, que trata do divórcio impositivo, consagra-se como exemplo nato de desjudicialização, posto que reduzirá, ainda mais, o número dessas demandas no Judiciário.

O mundo da vida é dinâmico. O intérprete do direito tem o dever de acompanhar esse movimento a fim de que o mundo jurídico esteja sempre em consonância com a realidade social. A inspiração dos operadores do direito vem dos fatos da vida, ou seja, estão fora do direito. Tendo em mente que a vontade do indivíduo sempre teve um papel relevante para o direito e questionando quais interesses tem o Estado em manter o indivíduo casado, o intérprete jurídico percebe que a desjudicialização de demandas de divórcio apresenta a oportunidade de transformar a vontade do particular em fonte do direito. Aprofundar em tais questões é sair do senso comum, do superficial, é amadurecer juridicamente.

A desjudicialização absoluta do divórcio possui uma visão refinada do direito privado contemporâneo. Na mesma medida em que visa à redução do número de processos no Judiciário, traz à tona a vontade do sujeito dentro daquilo que é possível, em outras palavras, a lei que o cidadão cria para si. Visando assegurar a tutela dos direitos privados, o Estado irá atuar em sua função judiciária estando presente para garantir uma fonte privada do direito.

A terceira edição do Cartório em Números, publicada em 2021, aponta que desde a instituição da Lei 11.441/07, que autorizou a lavratura de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais em tabelionato, mediante escritura pública, os cartórios de notas de todo o Brasil já realizaram mais de 4,5 milhões de atos dessa natureza, gerando uma economia histórica ao Estado. A população deixou de levar um ano para se divorciar na Justiça, para fazer o ato no mesmo dia em um cartório. Aduz o referido documento que 882.207 (Oitocentos e oitenta e dois e duzentos e sete mil) divórcios foram realizados de 2007 a novembro de 2021 nos cartórios do Brasil. De 2007 até novembro de 2021, os três estados com maior índice de realização de divórcio foram São Paulo (238.443), Paraná (105.252) e Minas Gerais (92.107). Nesse ínterim, o estado do Maranhão realizou 13.085 divórcios nas vias extrajudiciais (ANOREG, 2021).

A exposição de tais números deixa em evidência a escolha pelas serventias extrajudiciais para a realização de divórcios. A busca pelas vias alternativas, tais como os serviços prestados na via extrajudicial, é uma realidade necessária. O divórcio extrajudicial é uma prova da via mais escolhida pelas partes, uma vez que é sinônimo de celeridade, desburocratização, eficácia e segurança jurídica.

O divórcio impositivo traz a possibilidade de os atores privados criarem o direito que irá reger suas relações privadas. Os particulares irão atuar no papel de parlamento,

produzindo suas próprias leis, devendo apenas ter o respaldo de produzi-las dentro da esfera de potestade, ou seja, dentro da liberdade concedida pelo Estado. O ato de dirigir-se às serventias extrajudiciais e requerer o término do vínculo conjugal representa o puro exercício da regulamentação da vida privada, quer dizer, da autonomia privada. A desjudicialização das demandas de divórcio representa, portanto, uma visão jurídica bastante sofisticada. Os operadores do direito que ainda não tem essa percepção, continuarão aplicando o direito privado contemporâneo com os olhos no retrovisor, ou seja, baseando-se em modelos do passado.

## 6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa partiu da problemática da não concordância de um dos cônjuges como um fato impeditivo para a dissolução do vínculo conjugal. Constatou-se que, aprovado o divórcio impositivo, o indivíduo, dentro do espaço cedido pelo Estado, produzirá para si a lei que irá regulamentar a sua vida, quer dizer, terá a sua vontade tutelada. Com isso, findada a relação conjugal, esse sujeito, por meio do divórcio impositivo, poderá exercer o seu direito potestativo, regulamentado pela própria autonomia privada, refazendo sua vida e não mais permanecendo casado. A conclusão geral é que o divórcio impositivo, sendo aprovado, virá com a finalidade de facilitar não só o divórcio, mas, acima de tudo, a vida do indivíduo após o encerramento da vida conjugal.

O fim da relação conjugal demonstra que desfazer-se dos laços jurídicos decorrentes da vida conjugal, não é algo tão simples quanto parece. Muitas vezes, aquele indivíduo se depara tolhido do direito de recomeçar a sua vida, seja porque o outro cônjuge se recusa aceitar o término da relação, seja porque o outro se encontra em local incerto, desaparecido por anos. Essa modalidade de divórcio realizada nas serventias extrajudiciais garante ao indivíduo, por meio de sua autonomia privada, o direito de recomeçar a sua vida sem o peso do relacionamento fracassado.

Além disso, o divórcio impositivo promoverá uma visão de um Direito de Família moderno, em que esse indivíduo, mergulhado no círculo de garantia de sua autonomia privada, produzirá o direito que irá reger a sua vida íntima e privada. Deve, o particular, ter o cuidado de produzir essa lei dentro da posição de potestade, dentro da liberdade que o Estado concede. Trata-se de uma visão sofisticada do Direito.

O referido instituto foi vedado pelo Conselho Nacional de Justiça sob alegação de que existem pontos de natureza formal da norma que precisam ser ponderados. Tramita, desde 2019, o Projeto de Lei nº 3457, responsável pela aprovação do divórcio impositivo. Acredita-se que, sanados os vícios formais, não há razão para que o instituto não seja aceito no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista tratar-se de uma grande inovação para o mundo jurídico.

Essa modalidade de divórcio extrajudicial possibilitará a defesa do pleno exercício da autonomia privada garantindo, acima de tudo, os valores da dignidade humana e da liberdade. O divórcio impositivo representa a passagem de um direito de família patrimonialista para um direito civil conduzido pela dignidade da pessoa humana.

O divórcio impositivo visualiza a situação do indivíduo que já está separado de fato há muito tempo. O sujeito já não convive com o outro cônjuge, já não possui laços afetivos e, muitas das vezes, encontra-se em um relacionamento informal. No entanto, esse sujeito depara-se com um impedimento para formalização desse novo relacionamento: o matrimônio fracassado com o outro cônjuge. Nesse sentido, o divórcio impositivo representará uma forma de garantir a reconstituição da vida dos indivíduos que se encontram nesse tipo de situação.

Assim sendo, essa nova modalidade de divórcio virá no intuito de facilitar que o sujeito regularize sua vida, saindo de uma situação irregular e retomando seu programa de vida, podendo, inclusive, se casar novamente. Poderá constituir novos laços familiares ou, até mesmo, seguir a vida sozinho. A realidade dos dias atuais aponta que, geralmente, o indivíduo que decide não mais conviver com seu cônjuge, segue seu destino, sem encerrar o vínculo conjugal. Nesses casos, fica caracterizada a separação de fato e, no entanto, não há a realização do divórcio. Esse exemplo, muito corriqueiro, demonstra que tais indivíduos refazem suas vidas, entretanto, ficam com essa situação pendente.

O divórcio impositivo reforça também o fenômeno da desjudicialização, uma vez que concede a possibilidade de resolver extrajudicialmente todas as questões que abrangem o divórcio. A dignidade humana está não só em conceder ao indivíduo o direito de não mais permanecer casado, como também em proporcionar um divórcio célere, eficaz e que traga segurança jurídica para o ato. A demora das demandas de divórcio no Judiciário frustra as partes, que se veem presas em um relacionamento fracassado, à mercê da boa vontade do Estado em devolver a essas pessoas o direito de refazer suas vidas.

A abordagem da realização de divórcios nas vias extrajudiciais traz à tona o relevante papel das serventias extrajudiciais para a sociedade. O cidadão, em algum momento da vida, necessitará das serventias extrajudiciais, seja para a realização do registro de nascimento ou de óbito, a celebração de casamento, a averbação de divórcio ou a tablatura de algum negócio jurídico. Os cartórios, como são comumente conhecidos, fazem parte do cotidiano do social e poucas pessoas reconhecem o relevante trabalho desempenhado por essas instituições do sistema de justiça.

Logo, a desjudicialização de demandas, principalmente as de divórcio, demonstra a atuação do intérprete na produção de novos modelos jurídicos que trazem estabilidade para as relações. O papel das serventias extrajudiciais é garantir a sobrelevação do indivíduo dentro da sociedade, protegendo sua autonomia privada e auxiliando também no Sistema de Justiça, com a redução de demandas.

É preciso ressaltar que o movimento de desjudicialização não retira por completo a solução de determinados litígios no judiciário, apenas confere ao indivíduo mais uma possibilidade de acesso à Justiça. Desta forma, proporciona também o pleno exercício da autonomia privada do indivíduo sobrelevando a vontade deste, que escolhe como e onde regulamentar os atos jurídicos da sua vida privada.

A história do divórcio carrega consigo o peso da luta de inúmeras pessoas por suas liberdades e o direito de viver com dignidade. Com a promulgação do divórcio impositivo cai por terra anos de sofrimentos, angústias, humilhações e preconceitos. Será possível refazer a vida após o fim do vínculo matrimonial com apenas um simples e poderoso elemento: a vontade. A vontade do indivíduo prevalecerá independentemente da anuência do outro cônjuge. Tem-se, por consequência, o máximo exercício do direito potestativo e da autonomia privada.

O divórcio impositivo teve inspiração no mundo dinâmico da vida. O intérprete do direito acompanhou esse movimento a fim de que o mundo jurídico se encontrasse sempre em consonância com a realidade social. A inspiração dos operadores do direito vem dos fatos da vida, ou seja, estão fora do direito. O divórcio impositivo espelha exatamente isso: um avanço do direito decorrente do mundo da vida.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Celeste Tosta de. A relevância social e histórica dos serviços prestados pelos notários. In: EL DEBS, Martha (coord.). **Tabelionato de Notas: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2019.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMIGO, Manuel Garcia. **Instituciones de derecho civil: parte general**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979. v. 1.

AMOR nos tempos de cólera: **Divórcios operam de forma excepcional por conta da quarentena**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 24 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-24/divorcios-operam-forma-excepcional-conta-quarentena>. Acesso em: 02 jan. 2022.

ANOREG. Associação de Notários e Registradores do Brasil. **Cartório em números – 2021**. 3ª ed. Disponível em: [https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg\\_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 03 jan. 2022.

ARLACON, Mariano Lopez. **La disolución del matrimonio en Derecho Canónico y sus efectos civiles**. España: Universidad de Murcia, 1963.

ASENCIO, Manuel F. Chavez. **Convenios conyugales y familiares**. Ed. Porrúa. México, 1999.

BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. **Commentario (sic) a Lei n.1144 de 11 de setembro de 1861 e subsequente legislação sobre casamento de pessoas que não professam a religião do Estado**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

BARBOSA, Izabelle Lúcia de Oliveira. **Saindo da gaiola dourada: desquite, divórcio e relações de gênero no Recife de 1917 a 1937**. Recife: Universidade Federal Rural de Pernambuco, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”**: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012. Separata. Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf). Acesso em: 03 jan. 2022.

BELLUSCIO, Cesar Augusto. **Derecho de familia**. Buenos Aires: Depalma, 1981. v. 3.

BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1989. v. 26. (Serie B).

BEVILÁCQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. 2.

BOBBIO, Noberto. **Dalla struttura ala funzione**: nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Comunità, 1977.

BONNECASSE, Julian. **Elementos de derecho civil**. Cárdenas, México, 1985. t. 1.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada no direito de família. **Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**, Chapecó, v. 1, n. 1, p. 131-146, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. Assembléa Geral Legislativa. Câmara dos Srs. Deputados. **Annaes do Parlamento Brasileiro**: segundo anno da segunda legislatura: sessão de 1831. Rio de Janeiro: Typographia de H. J. Pinto, 1893. t. 2. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/27602>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal**: primeira sessão da quarta legislatura: seções de 18 de abril a 31 de julho de 1900. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900. v. 1. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais\\_Republica/1900/1900%20Livro%201.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1900/1900%20Livro%201.pdf). Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Corregedoria Nacional proíbe “divórcio impositivo” em todo país**. Brasília, DF, 31 maio 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-proibe-divorcio-impositivo-em-todo-pais/>. Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Número 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Rio de Janeiro: Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário,

partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 jan. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm). Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Regulamenta os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm). Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm). Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm). Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Divórcio demorou a chegar no Brasil. **Senado Notícias**, Brasília, DF, 4 dez. 2017. <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria-Geral da Mesa. **Atividade Legislativa**: Projeto de Lei 3457/2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2019b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242/pdf>. Acesso em: 06 jan. 2022.

BRITO, Rodrigo Toscano. Divórcio impositivo. **IBDFAM Notícias**, Porto Alegre, 27 maio 2019. Disponível em: [https://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo#\\_ftn1](https://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo#_ftn1). Acesso em: 06 jan. 2022.

BURKE, Peter. Hábitos estranhados: a demonização dos Estados Unidos como terra do divórcio revela como os costumes tardaram a acompanhar as leis sobre separação no Reino Unido. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 24 jun. 2007. <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2406200723.htm>. Acesso em: 08 jan. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.



CANOVAS, Diego Espin. Los limites de la autonomia de la voluntad en el derecho privado. **Anaes de la Universidad de Murcia**, v. 13, n. 1, p. 9-61, maio 2010. Disponível em: <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/103081/98061>. Acesso em: 08 jan. 2022.

CÁRDENAS, Betsy Alejandra Guerra. **La secularización del matrimonio y u influencia en la formación del consentimiento matrimonial canónico**. Piura: Universidad de Piura, 2019.

CARVALHO, Vladimir Souza. Introdução a Martinho Garcez: em defesa do divórcio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 12, n. 48, p. 219-246, out./dez. 1975. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180906/000355411.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 jan. 2022.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores comentada: Lei 8.935/1994**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHABAS, Jean. **De la déclaration de volonté en droit civil français**. Paris: Recueil Sirey, 1931.

CIMBALI, Enrico. **La nueva fase del derecho civil en sus relaciones economicas y sociales**. Madrid: Sucesores de Rivadenéyra, 1893.

CORBÍ, Enrique Lozano. La causa mas conflictiva de disolución del matrimonio: desde el la antigua sociedade romana hasta el derecho justiniano. **Revista del Derecho**, Zaragoza, v. 6, n. 6, 1998.

COSTA, Emilia Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CULACATI, Martín Miguel. El largo camino hacia la desjudicialización del divorcio consensual. **Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial**, Barcelona, n. 4/5, p. 411-464, 2015/2016. Disponível em: [https://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=13807670&name=D LFE-222984.pdf](https://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=13807670&name=D LFE-222984.pdf). Acesso em: 09 jan. 2022.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. Paris: A. Rousseau, 1923.

DIAS, Maria Berenice. **Da separação e do divórcio, Direito de Família e o Novo Código Civil**, Belo Horizonte:Del Rey,2001.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Juiz decreta divórcio, em decisão liminar, com manifestação unilateral**. Brasília, DF, maio 2020. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/maio/divorcio-e-decretado-por-liminar-sem-manifestacao-do-outro-conjuge>. Acesso em: 09 jan. 2022.

DORAL, José Antonio; ARCO, Miguel del. **El negocio jurídico**. Madrid: Trivium, 1982.

DUGUIT, Leon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon**. Paris: F. Alcan, 1912.

EL DEBS, Martha. **Legislação notarial e de registros públicos comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

EL DEBS, Martha; EL DEBS, Renata; SILVEIRA, Thiago. **A mediação e a conciliação nos cartórios**. Salvador: Juspodivm, 2020.

ESMEIN, Adhémar; GÉNESTAL, R.; DAUVILLIER, Jean. **Le mariage en droit canonique**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família** Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004. v. 1. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/93.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de notas I: teoria geral do direito notarial e minutas**. 2. ed. Coordenação de Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. (Coleção Cartórios).

FIGUEIREDO, Luciano. FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil – família e sucessões**. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FIUZA, Cesar; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e a intervenção no estado democrático de direito: a (im) possibilidade de casamento entre homossexuais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 106, p. 95-132, 2013. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v106p95>. Acesso em: 10 jan. 2022.

FRISULLO, Francesca. Il principio di autonomia privata e contrattuale. *In*: MASTER DIRITTO PRIVATO EUROPEO. **Conteudos**. [S. l.], 2015. Disponível em: <http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2015/06/FRANCESCA-FRISULLO.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil. Direito de família**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GALOPPINI, Annamaria. **Perfil storico del divorzio in Italia**. Milano: Giuffrè Editore, 1980.

GAUDEMET, Eugène. **Théorie générale des obligations**. Paris: Dalloz/Bibliothèque Dalloz, 2004.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Universidade da Bahia, 1958.

GONZALEZ, Sheila Hernández; RODRÍGUEZ, Victoria Sansón. **Divorcio en Roma hasta y su evolución hasta el momento actual**. Tenerife: Universidad de Laguna, 2020.

GRACIANO, Silvana Rocio Ferreira da Rocha *et al.* A função social dos serviços notarias e registraes. **JICEX**, Santa Cruz, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <http://unisantacruz.edu.br/revistas/index.php/JICEX/issue/view/4>. Acesso em: 10 jan. 2022.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**. Barcelona: Sello Editorial, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Assessoria de Comunicação. TJPE aprova provimento que possibilita o “Divórcio Impositivo”. **IBDFAM Notícias**, Porto Alegre, 15 maio 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%99CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>. Acesso em: 10 jan. 2022.

KANTE, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. [S. l.: s. n], 1785. Disponível em: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

KÜMPPEL, Vitor Frederico *et al.* **Homenagem aos 10 anos da Lei Federal nº 11.441/07 em 10 artigos**. São Paulo: YK Editora, 2017.

LEÃO, Marcus Vinícius. **A evolução histórica do matrimônio no direito canônico e no direito civil brasileiro**. ISSN 2317-0476. Diversidade Religiosa, João Pessoa, v. 9, n. 1, p. 155-172, 2019.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, Aflaton Castanheira. **Registros públicos, notas e protestos**. 2. ed. Leme: BH Editora, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Provimento CGJ nº 25, de 20 de maio de 2019. Define o procedimento para a formalização do denominado “divórcio impositivo” ou “divórcio unilateral”, que se fundamenta nos direitos humanos, especificamente aquele sacramentado no art. 16, item I, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, notadamente a individualidade, a liberdade, o bem-estar, a justiça e a fraternidade, petrificados, por sua importância, no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que também acolhe, como corolários, o direito individual à celeridade na resolução das lides e a autonomia da vontade nas relações intersubjetivas, e dá outras providências. São Luís: Corregedoria-Geral de Justiça, 2019. Disponível em: [https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/portalweb/provimento\\_25\\_2019\\_cgjma\\_21052019\\_1823.pdf](https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/portalweb/provimento_25_2019_cgjma_21052019_1823.pdf). Acesso em: 10 jan. 2022.

MARQUES FILHO, Renato Rubens Amaral. **Autonomia privada do Estado: uma análise acerca de sua existência e de seus limites**. 2014. 44 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. A mulher casada no Código Civil de 1916: ou, mais do mesmo. **Textos de História**, Brasília, DF, v. 12, n. 1/2, p. 127-144, 2004.

MARTÍNEZ, Jorge Martínez. El divorcio en la edad media: la cuarta partida del Alfonso X el sabio. **Economist & Jurist**, Lisboa, 13 jun. 2020. Disponível em: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-divorcio-en-la-edad-media-la-cuarta-partida-de-alfonso-x-el-sabio/>. Acesso em: 11 jan. 2022.

MEDINA, Artemio Llanos. **El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones**. 1944. 168 f. Memoria de Prueba (Licenciatura) – Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1944. Disponível em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/43447/1/131318.pdf&origen=BDigital>. Acesso em: 11 jan. 2022.

MELO, Diogo Soares Cunha *et al.* **Homenagem aos 10 anos da Lei Federal nº 11.441/07 em 10 artigos**. São Paulo: YK Editora, 2017.

MIQUEL, Joan. **Derecho romano**. Madrid: Marcia Pons, 2016.

MIRANDA, Marcone Alves. A importância da atividade notarial e de registro no processo de desjudicialização das relações sociais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 13, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-importancia-da-atividade-notarial-e-de-registro-no-processo-de-desjudicializacao-das-relacoes-sociais/>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MONTAGUT, Eduardo. El divorcio en la Revolución Francesa. **El Obrero**, Buenos Aires, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://elobrero.es/cultura/historia/63356-el-divorcio-en-la-revolucion-francesa.html>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MULTEDO, Renata Vilela; MEIRELES, Rose Melo Vecelau. Autonomia privada nas relações familiares: Direito dos Estados e estados dos direitos nas famílias. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NALINI, José Renato. Eficiência extrajudicial novamente conclamada. *In*: COLÉGIO REGISTRAL RIO GRANDE DO SUL. **Doutrinas**. Porto Alegre, 28 dez. 2016. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/eficiencia-extrajudicial-novamente-conclamada-por-jose-renato-nalini/>. Acesso em: 12 jan. 2022.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da vontade da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In*: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**: caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001.

NASCIMENTO, Maitê Ribeiro. O divórcio extrajudicial unilateral e a garantia do direito potestativo. **IBDFAM**, Porto Alegre, 22 jan. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1630/O+div%C3%B3rcio+extrajudicial+unilateral+a+garantia+do+direito+potestativo>. Acesso em: 12 jan. 2022.

NAUMANN, Tatiana Moreira. Até que a pandemia nos separe: número de divórcios em cartório bate recorde no Brasil. *In*: COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Seção São Paulo. **Blog Colégio Notarial do Brasil**. São Paulo, 27 jul. 2021. Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/noticias/21409/artigo-ate-que-a-pandemia-nos-separe-numero-de-divorcios-em-cartorio-bate-recorde-no-brasil-por-tatiana-moreira-naumann?filtro=1>. Acesso em: 12 jan. 2022.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 4, n. 1, p. 33-53, 2004.

OLIVEIRA, Simone Cristina de. Aspectos da dissolução da sociedade conjugal no direito canônico e no direito comum brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 5, n. 1, p. 359-381, 2005.

PACHECO, Rodrigo. **Projeto de Lei 3.457, de 2019**. Acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964616&ts=1630438305463&disposition=inline>. Acesso em: 13 jan. 2022.

PARADA, Aida del Carmen San Vicente. El principio de autonomia de la voluntad. **Revista TFJA**, Ciudad de México, p. 1-30, 2013. Disponível em: [http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20\\_trabajo-6.pdf](http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf). Acesso em: 13 jan. 2022.

PAZ, Maria Isabel Nuñez de. **Consentimento matrimonial y divorcio en Roma**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1988.

PERBAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Provimento nº 06, de 29 de abril de 2019**. Regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de casamentos, do que se denomina de “divórcio impositivo” e que se caracteriza por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Recife: Corregedoria-Geral de Justiça, 2019. Disponível em: [https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/2109879/DJ89\\_2019-](https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/2109879/DJ89_2019-)

ASSINADO.Divorcio.pdf/f0827abf-3108-a325-9165-55faae56dd03. Acesso em: 13 jan. 2022.

PEREIRA, Julia Janeiro. Divórcio unilateral: discussão sobre a sua regulamentação. **IBDFAM**, Porto Alegre, 16 dez. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1613/Divórcio+unilateral:+discussão+sobre+a+sua+regulamentação>. Acesso em: 13 jan. 2022.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **Contratos: tutela judicial e novos modelos decisórios**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro. *In*: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 149-212. Caderno I.

PUGLIESI, William Soares. O direito evidente ao divórcio: decisões recentes a respeito do divórcio liminar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-11/direito-civil-atual-direito-evidente-divorcio-decisoes-recentes-divorcio-liminar>. Acesso em: 13 jan. 2022.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. **Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio: cotejadas com varios codices antiguos**. Madrid: Imprenta Real, 1807. t. 1. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-1-partida-primer--0/html/01f29d9e-82b2-11df-acc7-002185ce6064\\_6.htm](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-1-partida-primer--0/html/01f29d9e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_6.htm). Acesso em: 13 jan. 2022.

RIO DE JANEIRO. Secretaria de Estado da Casa Civil. Departamento de Trânsito. **Arquivo da arquidiocese reabre suas portas logo mais**. Rio de Janeiro, 1 mar. 2004. Disponível em: [https://www.detran.rj.gov.br/\\_monta\\_aplicacoes.asp?doc=2718&cod=14&tipo=exibe\\_noticia\\_s&pag\\_noticias=true](https://www.detran.rj.gov.br/_monta_aplicacoes.asp?doc=2718&cod=14&tipo=exibe_noticia_s&pag_noticias=true). Acesso em: 13 jan. 2022.

ROA, Julio de. **Del orden público em el derecho positivo**. Buenos Aires: J. Menéndez, 1926.

ROLNIK, Suely. Guerra aos gêneros. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 119-123, 1996. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16660/15229>. Acesso em: 14 jan. 2022.

ROSALES, María Antonia Abundis; SOLÍS, Miguel Angel Ortega. **Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2010.

SALLE, Edmond. **L'evolution technique du contrat et ses conséquences juridiques**. Paris: A. Rousseau, 1930.

SANTOS, Ana Gabriela da Silva. **O código daria remédio a tudo isso: impasses na introdução do registro civil no Brasil (1874-1916)**. Guarulhos: Universidade Federal de São Paulo, 2018.

SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. **Cartórios e acesso à justiça: a contribuição das serventias extrajudiciais para a sociedade contemporânea como alternativa ao Poder Judiciário**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SCHWIDERKE, Bárbara Tailise. Decênio da lei 11.441: análise crítica e os novos desafios sob a perspectiva do tabelionato de notas. **Tabelionato de notas: temas aprofundados**. Coordenação Geral Martha El Debs. Coordenação Izaías Gomes Ferro Júnior, Márcia Rosália Schwarzer. Salvador: JusPodivm, 2019.

SEGOVIA, Francisco Martinez. **Función notarial: Estado de la doctrina y ensayo conceptual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1961.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI**. Lima: Idemsa, 2010.

SILVA, Cristian Andrés Cajas. **El matrimonio canônico. Ineficacia civil y responsabilidad penal en la ley del matrimonio civil de 2004**. Santiago: Universidad de Chile, 2007.

SILVA, Douglas Inomata Cardoso da. **Centenário da morte... sem Aluizio Azevedo**. [S. l.], 2013. Disponível em: <https://prezi.com/o-rcx48-c5dd/centenario-da-morte-sem-aluisio-azevedo/>. Acesso em: 14 jan. 2022.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **História da Família no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SOLÁ, Pablo Morales. **Aspectos relativos al matrimonio en derecho romano y en derecho civil**. Madrid: Universidad Ponticia Comillas, 2014.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Dissolução do vínculo conjugal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 741, p. 747-760, jul. 1997.

SOUZA, Maurício Severo de. A relação entre a Igreja e Estado no Brasil do século XIX nas páginas d'O Novo Mundo (1870 – 1879). **Sacrilegens**, Juiz de Fora, v. 10, n. 2, p. 48-62, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/sacrilegens/article/view/26756/18465>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SZAPIRO, Ana Maria. **Percursos do feminino: um estudo sobre a “produção independente” dos anos sessenta.** (Tese de Doutorado. Curso de Pós-graduação em Psicologia Clínica, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RIBEIRO, Gustavo Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2010.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. **A influência do direito canônico no Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Justitia, 1985.

TODON, Sandrea Mara. A constituição e a dissolução das entidades familiares no Brasil colonial. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 2, n. 1, p. 357-383, 2002.

TORRÓN, Javier Martínéz. **La influencia del derecho canónico en la evolución del derecho de familia anglo-americano.** Granada: Universidad de Granada, 1999.

TUDOR BRASIL. **Catarina de Aragão e o divórcio.** [S. l.], 31 maio 2013. Disponível em: <https://tudorbrasil.com/2013/05/31/catarina-de-aragao-e-o-divorcio/>. Acesso em: 15 jan. 2022.

VILLELA, João Batista. As novas relações da família. *In*: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15., 1995, Foz do Iguaçu. **Anais [...]**. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

ZARRALUQUI, Elena. **Divorciadas con história.** Madrid: La Esfera Libros, 2018.

ZAVARATO, Marcia Cristina. A importância do notário no processo de desjudicialização dos serviços. **Tabelionato de Notas: temas aprofundados.** Coordenação Geral Martha El Debs. Coordenação Izaías Gomes Ferro Júnior, Márcia Rosália Schwarzer. Salvador: JusPodivm, 2019.