

DIVÓRCIO UNILATERAL EXTRAJUDICIAL: UMA PROPOSTA DE PROCEDIMENTO EM BUSCA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

UNILATERAL DIVORCE: A PROPOSAL FOR A PROCEDURE IN SEARCH OF ENFORCEMENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE

RICARDO GORETTI SANTOS¹
CAROLINA ROMANO BROCCO²

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. ACESSO À JUSTIÇA: EXPLICITAÇÃO CONCEITUAL
2. DIVÓRCIO COMO DIREITO POTESTATIVO
3. O PROCEDIMENTO PROPOSTO NO REVOGADO PROVIMENTO DE PERNAMBUCO E A SUBSEQUENTE PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
4. PROPOSTA DE PROCEDIMENTO: UMA SUGESTÃO DE INCLUSÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

¹ Doutor, mestre, especialista em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); graduado em Direito pela FDV; diretor Acadêmico da FDV; professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV – Mestrado e Doutorado; professor de Resolução de Conflitos dos Cursos de Graduação e Especialização em Direito da FDV; líder do grupo de pesquisa Políticas Judiciárias e Desjudicialização do PPGD/FDV; advogado.

² Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), graduada em Direito pela FDV; professora dos Cursos de Graduação e Especialização em Direito da FDV; integrante do grupo de pesquisa Políticas Judiciárias e Desjudicialização do PPGD/FDV; tabeliã de notas e oficial de registro civil de pessoas naturais.

RESUMO

Desde o advento da Lei n. 11.441/2007 tornou-se possível a realização do divórcio extrajudicial. No entanto, tal desjudicialização não é integral, na medida em que depende do consenso entre os cônjuges e da inexistência de incapazes. Ocorre que a doutrina classifica o divórcio como um direito potestativo, garantindo que, mesmo sem o consentimento da outra parte, um cônjuge possa se divorciar. Por isso, faz-se necessário um avanço legislativo para permitir a realização do divórcio unilateral de forma extrajudicial, o que dá maior efetividade ao preceito constitucional de acesso à justiça. Nessa linha, houve a edição de provimento estadual em Pernambuco, o qual tece sua revogação recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Está em tramitação um Projeto de Lei sobre o tema, que propõe a inclusão do artigo 733-A ao Código de Processo Civil. Este projeto visa a permitir que, na falta de consentimento de um dos cônjuges, o outro possa requerer a averbação do divórcio no Cartório de Registro Civil, desde que não haja nascituro ou filhos incapazes. O artigo busca responder se esta proposta de divórcio direto unilateral pode contribuir para a gestão eficaz de conflitos familiares e, consequentemente, para o direito fundamental de acesso à justiça, sob a perspectiva da desjudicialização. Para tal, são analisados conceitos de acesso à justiça, os direitos potestativos associados ao divórcio e a adequação da proposta legislativa aos institutos jurídicos vigentes, visando a apresentar uma proposta procedural conclusiva, concluindo-se por uma proposta de alteração do CPC que seja condizente com as atribuições que as serventias extrajudiciais exercem, haja vista que a atual redação do projeto de lei em andamento revela-se inconstitucional. A pesquisa usa como método a revisão bibliográfica, realizando-se, em seguida, análise qualitativa para chegar a uma proposição normativa.

Palavras-chave: desjudicialização, acesso à justiça, divórcio unilateral, direito potestativo.

ABSTRACT

*Since the law no. 11.441/2007 came into force, it became possible to carry out an divorce outside Court. However, such *dejudicialization* is not complete, as it depends on consensus between the spouses and the absence of incapacitated individuals. It turns out that the doctrine classifies divorce as a *potestative right*, ensuring that, even without the consent of the other party, a spouse can divorce. Therefore, legislative progress is necessary to allow unilateral divorce to be carried out extrajudicially, which makes the constitutional precept of access to justice more effective. Along these lines, a state provision was issued in Pernambuco, estate in Brazil, which resulted in its repeal as recommended by the National Council of Justice (CNJ). A Bill on the subject is being processed, which proposes the inclusion of article 733-A in the Code of Civil Procedure. This project aims to allow that, in the absence of consent from one of the spouses, the other can request the registration of the divorce at the Civil Registry Office, if there is no unborn child or incapacitated children. The article seeks to answer whether this proposal for unilateral direct divorce can contribute to the effective management of family conflicts and, consequently, to the fundamental right of access to justice, from the perspective of *dejudicialization*. To this end, concepts of access to justice, potential rights associated with divorce and the adequacy of the legislative proposal to current legal institutes are analyzed, aiming to present a conclusive procedural proposal, concluding with a proposal to amend the CPC that is consistent with the duties that extrajudicial services exercise, given that the current wording of the bill in progress proves to be unconstitutional. The research uses bibliographic review as a method, followed by qualitative analysis to arrive at a normative proposition.*

Keywords: *dejudicialization, access to justice, unilateral divorce, potestative law.*

INTRODUÇÃO

Por uma conformação histórica, o exercício da jurisdição foi concentrado no Poder Judiciário, que assumiu o protagonismo na resolução de conflitos, ainda que seja indubitável a existência de formas alternativas, por vezes mais adequadas às particularidades do caso concreto. Com efeito, o Judiciário

acumulou tarefas que, no cenário atual, conduzem a uma crise na administração da justiça: expressão utilizada por Santos (2005, p. 165) para designar a situação de colapso dos sistemas judiciais de resolução de conflitos, que dificulta ou inviabiliza a efetivação do direito de acesso à justiça em diferentes países. Tal crise é sentida pela sociedade, que tem já arraigada a noção de que o processo judicial é moroso.

Ademais, existem situações em que o legislador pátrio exigiu a chancela do Estado-Juiz para a constituição de direitos, mesmo em casos em que não haja conflito de interesses, como nas situações de divórcio.

Nessa toada, foram promovidas alterações legislativas que permitiram a gestão extrajudicial de conflitos, como a Lei n. 11.441/2007, que passou a autorizar a realização de inventários e divórcios diretamente em serventias extrajudiciais, desde que atendidos certos requisitos. Procedimentos tais que antes eram restritos ao Poder Judiciário e passaram a ser extrajudicializados.

Ocorre que não houve plena desjudicialização dos mencionados procedimentos, que ainda devem ocorrer perante o Poder Judiciário se houver incapazes, por exemplo. Assim, no divórcio com filhos menores, o casal deve submeter a questão da guarda e dos alimentos ao Judiciário, ainda que não haja pretensão resistida sobre a partilha de bens.

Além disso, existem situações em que um dos cônjuges se encontra em situação de vulnerabilidade e deseja ao menos ter o direito ao divórcio imediato, mesmo que relegate a resolução de questões patrimoniais a momento posterior. Nesses casos, é de se pensar na possibilidade de realização do divórcio por iniciativa unilateral como um avanço necessário.

Há de se considerar que a doutrina classifica o divórcio como um direito potestativo, o que significa que mesmo que a outra parte não o deseje, terá de se sujeitar à decisão daquele que quer se divorciar.

Nessa linha, houve a edição de um provimento no estado de Pernambuco autorizando a realização de divórcio direto extrajudicial, mediante o comparecimento de apenas um dos cônjuges ao cartório de registro civil de pessoas naturais. O provimento em questão foi altamente questionado e teve

curtíssima duração, justamente por demandar previsão procedural mais elaborada e apta a garantir ao outro cônjuge ao menos a ciência da medida.

O Conselho Nacional de Justiça recomendou a revogação do provimento, sob os fundamentos de que a lei federal vigente prevê a averbação do divórcio no cartório de registro civil de pessoas naturais desde que previamente formalizada a vontade em escritura pública ou determinado o divórcio por sentença judicial.

Ocorre que, se o divórcio for um direito potestativo, a vontade da outra parte não é relevante para fins de concretização do direito. Ademais, a noção ampliada de acesso à justiça deve abarcar situações como essa, que não demandam maiores discussões e que poderiam ser rapidamente resolvidas.

Por isso, um grupo de juristas apresentou uma proposta de inclusão do artigo 733-A ao Código de Processo Civil, o que foi efetivamente apresentado como projeto de lei pelo Senador Rodrigo Pacheco (PL 3457/2019).

Nota-se, então, que, de um lado, há a necessidade de efetivação do acesso à justiça por aquele que quer se divorciar, mas de outro há de se respeitar um procedimento cuja criação tem reserva de lei e deve ser pensado em conformidade com os institutos vigentes.

Assim, o presente artigo busca atribuir resposta para o seguinte problema de pesquisa: o procedimento de divórcio direto (unilateral) proposto no Projeto de Lei nº 3457/2019, que acrescenta o art. 733-A ao Código de Processo Civil, para permitir que na falta de anuênciam de um dos cônjuges, o outro possa requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que foi lançado o assento do casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes, podendo contribuir para a gestão adequada de conflitos familiares e, consequentemente, para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça na perspectiva da desjudicialização?

A resposta ao problema de pesquisa passa por abordar os conceitos de acesso à justiça, bem como as especificidades do divórcio direto, notadamente à luz dos direitos potestativos. Ademais, é necessário analisar o conteúdo da

proposta para averiguar se está de acordo com os institutos existentes para, ao final, apesentar uma proposta de procedimento.

A pesquisa usa como método a revisão bibliográfica, realizando-se, em seguida, análise qualitativa para chegar a uma proposição normativa.

1. ACESSO À JUSTIÇA: EXPLICITAÇÃO CONCEITUAL.

A Constituição Federal garante o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV. Em sua literalidade, o dispositivo constitucional pode conduzir ao entendimento de acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário. Mas, diante de um cenário de crise de administração da justiça evidenciada nos relatórios Justiça em Números do CNJ (CNJ, 2022), bem como por causa das possibilidades diversas de se solucionar questões com justiça, não parece ser cabível essa interpretação restritiva.

Jurisdição, destarte, não pode ser apenas a aplicação da vontade da lei. É o que esclarece Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p. 24), ao explicitar que essa atividade de se voltar a cumprir objetivos que o próprio Estado fixou, sendo que “na fixação desses é indispensável levar em consideração as necessidades e aspirações da sociedade. É esse elemento que lhe confere legitimidade”.

O conceito de acesso à justiça não é simples, como já anteciparam Mauro Cappelletti e Brian Garth (1988, p. 8):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos

Sob o prisma das finalidades acima anunciadas por Cappelletti e Garth, é necessário compreender o acesso à justiça de forma mais ampla. Afinal, existem outras maneiras de produção de resultados justos que podem ser alcançados de forma igualmente acessível a todos.

Ademais, caso o Estado não exerça a jurisdição de forma efetiva, haverá um descumprimento do preceito constitucional, o que pode gerar descrédito da

população nesta atividade, gerando situação extremamente gravosa. Nessa linha, preceitua Kazuo Watanabe (2009, p. 111):

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, o acesso a uma ordem jurídica justa.

O conceito de acesso à justiça que orienta o presente estudo tem sentido amplo, ou seja: não condiciona a efetivação do direito fundamental em questão à provocação da tutela jurisdicional do Estado, no âmbito do processo judicial, como este autor já teve oportunidade de manifestar em obra anterior (GORETTI, 2021, P. 92-93):

É o direito fundamental a uma tutela ou prestação com potencial para consagração de uma ordem de valores, direitos e interesses essenciais para o indivíduo que se encontre em situação de lesão ou ameaça a direito. Um direito que pode ser consagrado mediante o percurso de diferentes vias, desde que efetivas (que pacifiquem o conflito), tempestivas (que produzam resultados em um prazo razoável) e adequadas (que atendam às particularidades do caso concreto).

Na acepção mais ampla, acesso à justiça seria “meio socialmente legítimo para se manter ou alcançar direitos” (SARDINHA, 2021, p. 28), podendo ser alcançado por não apenas quando se ingressa com uma ação judicial.

A consagração do acesso na perspectiva ampliada, que orienta o presente estudo, conforma a efetivação de direitos (propriedade, personalidade entre outros), garantias (razoável duração do processo e segurança jurídica), princípios (dignidade da pessoa humana) e valores (justiça). É o que ocorre quando se admite a realização do divórcio extrajudicial, permitindo que o vínculo matrimonial seja desfeito com celeridade e segurança jurídica, efetivando o valor de justiça e resguardando a personalidade e a dignidade dos envolvidos. Como se sabe, o desgaste psicológico que surge nesse tipo de situação é enorme e a falta de conclusão prolonga indevidamente a dor dos envolvidos.

Em recente estudo, intitulado “Crescimento Pós-Traumático após Divórcio: Contribuição dos Valores para Além das Variáveis Demográficas,

COUTO et al (2021, p. 1-2) apontam que o divórcio é um dos eventos mais estressantes da vida de um ser humano adulto, com amplo potencial de trauma:

O divórcio vem sendo apontado como um dos eventos mais estressores da vida adulta (Holmes & Rahe, 1967), considerado como potencialmente traumático (Yáñez-Yáben et al., 2015). Adicionalmente, pode apresentar efeitos adversos no bem-estar psicológico dos ex-cônjuges (Lamela et al., 2016) e no ajustamento psicológico dos filhos (Averdijk et al., 2012). Ademais, na tarefa de redescobrir o que significa a desintegração do casal, os indivíduos podem continuar convivendo com sentimentos negativos (e.g., raiva, culpa), além de frustrações por ter sonhos e planos interrompidos (Alves et al., 2014). Nesse caso, o desafio será ressignificar o evento, buscando significados positivos para o divórcio, integrando-os em uma narrativa coerente sem sentimentos de ressentimento direcionados ao ex-parceiro, possibilitando, assim, que o término maximize a canalização das energias para novos projetos (Yáñez-Yáben et al., 2015).

Para que os envolvidos possam encerrar o ciclo e buscar o crescimento pós-traumático, é importante que possam concluir o processo da maneira mais conveniente e célere. Portanto, a noção ampliada de acesso à justiça opera também efetivação do ideal de dignidade da pessoa humana.

Como já anuncia Cappelletti (2010, p.73), a temática do acesso à justiça deve partir de uma dimensão social, notadamente ao questionar “justiça para quem?”. Não há justiça ao se prolongar indevidamente a resolução de questão tão séria para a dignidade da pessoa humana.

Somando-se, então, o cenário de crise de administração da justiça que aflige o Poder Judiciário, ao conceito de acesso à justiça retratado na Constituição Federal e entendido de forma ampla, resta claro que as medidas de desjudicialização conferem efetividade ao direito fundamental em debate. É dizer, há de se pensar em um sistema de justiça que abranja outros centros de solução de conflito, além de resolver situações nas quais sequer há conflito, como nos casos de jurisdição voluntária³, independentemente da atuação do Poder Judiciário. Desjudicializando, portanto.

³ Destaca-se que abalizada doutrina refuta a natureza de jurisdição para os atos assim denominados. No entanto, essa é a terminologia adotada na legislação vigente, como se nota nos artigos 719 e seguintes do Código de Processo Civil. Sobre o tema, valiosos os ensinamentos de MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, 1^a edição, revista, atualizada e complementada, Campinas/SP: editora Millennium, 2000.

Quando se refere à desjudicialização, não se pode considerar retirar do Judiciário conflitos que já foram judicializados, mas sim promover políticas que impliquem em não judicialização, ou seja, que permitam a resolução integralmente extrajudicial.

Exsurgem como importantes aliadas no exercício das medidas de desjudicialização as serventias extrajudiciais, cujos dados gerais são consolidados no documento “Cartório em números”, anualmente publicado pela Associação de Notários e Registradores (ANOREG). Segundo o documento, o divórcio pode ser feito no prazo de um único dia em cartório. A prática revela que os prazos são exíguos, justamente porque a delegação dos cartórios é exercida em caráter privado, de modo que nada recebem se não produzirem.

Das mais emblemáticas políticas de desjudicialização, o divórcio extrajudicial, realizado perante Tabelionatos de Notas sem intervenção do Poder Judiciário, foi autorizado com a publicação da Lei 11.441, em 2007 e já está consolidado na sociedade. Desde a vigência da lei, já foram realizados 951.854 divórcios extrajudiciais, sendo 69.647 somente no ano de 2022, segundo dados da pesquisa “Cartório em números” (ANOREG, 2022, p. 52).

Pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) em 2018 indicou que a atuação notarial nos atos decorrentes da Lei 11.441/2007 gerou uma economia de quase R\$ 5 bilhões de reais aos cofres públicos até 2018 (ANOREG, 2022, p. 51).

Outro dado importante é o custo de funcionamento do Poder Judiciário que, como apontado no último relatório, foi em 2021 de R\$ 103,9 bilhões. Do total, 91,5% correspondem à despesa com pessoal. Já a arrecadação de custas, fase de execução, emolumentos e eventuais taxas foi de R\$14,5 bilhões, revelando um abismo entre receita e despesa, que desagua naturalmente no bolso do contribuinte (CNJ, 2022, p. 80-86).

As serventias extrajudiciais não recebem dinheiro público e a atividade é custeada unicamente pelo usuário do serviço, eis que exercida em caráter privado, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal. A gestão da atividade é feita pelo titular que receber a delegação do serviço, sem participação do Estado. Em verdade, compete ao Estado fiscalizar, mas não subsidiar

financeiramente, muitas vezes até recebendo valores decorrentes da atividade por meio dos fundos que são criados em âmbito estadual, que beneficiam os Tribunais de Justiça.

Notadamente nos procedimentos que a lei estipulou para jurisdição voluntária, a desjudicialização é medida salutar, que deve ser estimulada e ampliada, pois garante acesso à justiça. Desse modo, é necessário pensar em ampliar as medidas de desjudicialização.

Portanto, à luz das finalidades do acesso à justiça propaladas na doutrina acima comentada, as políticas de desjudicialização em geral, bem como as recentes medidas advindas da Lei n. 14.138/2022 asseguram a efetivação do direito constitucional de acesso à justiça.

2. O DIVÓRCIO COMO DIREITO POTESTATIVO

A Emenda Constitucional n. 66/2010 promoveu importante alteração no instituto do divórcio, passando a autorizar sua realização independentemente de prazos e justificativas, tornando-o um direito potestativo.

Isso significa que qualquer um dos cônjuges pode exercer o seu direito de se divorciar, ainda que o outro deseje manter o vínculo, pois não depende, a rigor, de vontade conjunta para que ocorra a dissolução do casamento.

Todavia, para que se efetive o divórcio, é necessária a chancela do Estado, ainda nos casos em que não há resistência. Com efeito, mesmo na hipótese de divórcio consensual, há a necessidade de uma sentença judicial ou de uma escritura pública que confirme a dissolução do vínculo matrimonial.

A previsão de divórcio por sentença judicial já é inerente ao ordenamento jurídico desde a previsão do instituto no Brasil, com o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1973). Já o divórcio extrajudicial, realizado em serventia extrajudicial, passou a ser possível a partir de 2007, com a publicação da Lei n. 11.441/2007.

Sem dúvidas, a possibilidade jurídica de se realizar divórcio na via extrajudicial ampliou as perspectivas de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça de pessoas em situação de rompimento matrimonial.

Não obstante a clara efetivação do direito fundamental mencionado, mormente com a previsão de realizar o divórcio extrajudicial, ainda é tímida a legislação, haja vista que não prevê o exercício do direito potestativo, mediante a previsão de um procedimento de divórcio unilateral.

Para Chiovenda (2000, p. 26) há duas categorias de direitos subjetivos, a saber, “direitos a uma prestação”, que almejam a obtenção de um bem da vida mediante atuação de outrem e “direitos potestativos”, que tendem à modificação de um estado jurídico. Estes últimos decorrem da previsão legal que dá a alguém “o poder se influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição de outro, sem o concurso de vontade deste”, sendo que “se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz” (CHIOVENDA, 2000, p. 30-31).

Pontes de Miranda (2000, p. 281) também trata dos direitos potestativos, notadamente sob a perspectiva de direitos formativos, que conferem a certa pessoa o poder de “influir na esfera jurídica de outrem, adquirindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções”. E arremata que “tais direitos se exercem por ato unilateral do titular, ou seja, por declaração unilateral de vontade ao interessado, ou a alguma autoridade, ou seja por simples manifestação unilateral de vontade, ou seja por meio de ação” (MIRANDA, 2000, p. 281).

O autor ainda classifica esses direitos potestativos em formativos geradores ou constitutivos; modificativos e extintivos, sendo exemplo de direito formativo extintivo o divórcio (MIRANDA, 2000, p. 281).

Nessa perspectiva, os direitos potestativos geram estado de sujeição de outrem e podem ser exercidos por meras declarações de vontade, ainda que para tanto seja necessária a sentença, como enuncia Chiovenda.

Contudo, com o avançar do conceito de acesso à justiça, construído em sua perspectiva ampliativa, a sentença pode ser substituída por uma escritura pública, como já ocorre nos procedimentos de divórcio e inventário extrajudiciais desde o advento da Lei n. 11.441/2007.

Se o divórcio é um direito potestativo e se o sistema de justiça precisa ser constantemente aprimorado para máxima efetivação dos princípios

constitucionais, o divórcio direto (unilateral) precisa ser permitido. Para isso, torna-se imperioso um procedimento que se coadune com os institutos existentes no Brasil, a exemplo do que foi experimentado pela iniciativa que será apresentada na sequência do presente estudo.

3. O PROCEDIMENTO PERNAMBUCANO E A SUBSEQUENTE PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Como cediço, houve uma primeira tentativa de previsão de um procedimento de divórcio unilateral, que se deu no provimento 06/2019 editado no âmbito da Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco (CGJ-PE). A previsão partiu do pressuposto de que o divórcio é um direito potestativo, como asseverava o art. 1º do Provimento:

Art. 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.

Parágrafo 1. Esse requerimento, adotando-se o formulário anexo, é facultado somente àqueles que não tenham filhos de menor idade ou incapazes, ou não havendo nascituro e, por ser unilateral, entende-se que o requerente optou em partilhar os bens, se houver, a posteriori.

Parágrafo 2. O interessado deverá ser assistido por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do pedido e da averbação levada a efeito.

Na sequência, a CGJ-PE deixou claro que o procedimento poderia ser realizado unilateralmente, bastando a sua notificação. Caso não localizado, o ato de ciência se daria por edital, na forma do art. 2º do Provimento:

Art. 2º O requerimento independe da presença ou da anuência do outro cônjuge, cabendo-lhe unicamente ser notificado, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida, vindo o Oficial do Registro, após efetivada a notificação pessoal, proceder, em cinco dias, com a devida averbação do divórcio impositivo. Parágrafo Único. 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.

Outro ponto que também ganhou a atenção do órgão de fiscalização foi a possibilidade de alteração do nome, notadamente com a supressão do sobrenome que foi acrescido quando do matrimônio. Nesses casos, deverão ser feitas a averbação e a comunicação para anotação no registro de nascimento (art. 3º do Provimento). Por fim, deixou claro que as questões decorrentes do divórcio, tais como partilha de bens, deveria ser resolvida em vias ordinárias:

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

Parágrafo único. As referidas questões ulteriores, poderão ser objeto de escritura pública, nos termos da Lei nº 11.441, de 04.01.2007, em havendo consenso das partes divorciadas, evitando-se a judicialização das eventuais questões pendentes

Ao tomar conhecimento do provimento estadual destacado, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do então corregedor geral, Ministro Humberto Martins, instaurou de ofício o pedido de providências n. 0003491-78.2019.2.00.0000 que resultou na Recomendação n. 36/2019.

A decisão do pedido de providências asseverou que o provimento pernambucano traz um óbice de natureza formal, pois o divórcio unilateral seria um divórcio litigioso, cujo exercício depende de pronunciamento judicial. Asseverou, ainda, que não há direito potestativo como uma terceira categoria de divórcio e que o direito potestativo sempre depende de pronunciamento judicial. Por relevante, eis a conclusão desse tópico do julgamento (CNJ, 2019):

O Direito Civil prevê o divórcio litigioso (resilitivo, art. 1.572 e §§), e o divórcio consensual. Não há, portanto, quer no Código Civil, quer em outra legislação federal, previsão para o divórcio potestativo. Também, em regra, somente ato jurisdicional pode reconhecer a potestatividade.

Nesse ponto, os entendimentos já indicados no item anterior do presente artigo parecem suficientes para sustentar que o divórcio é um direito potestativo, eis que será garantido ainda que haja litígio. Com efeito, a litigiosidade parece inerente às questões derivadas ou consequenciais do divórcio, como a partilha

de bens ou a guarda dos filhos. O direito ao encerramento do vínculo matrimonial, por si só, não pode ser proibido ou indevidamente postergado, já que a lei não exige justificativa nenhuma para que se efetive.

Ainda, a decisão do CNJ aponta que o provimento pernambucano desconsidera a lógica do sistema notarial e registral, haja vista que os atos de registro servem para dar publicidade a uma vontade já manifestada. De modo que “a vontade da pessoa é levada em consideração nos registros públicos pátrios: trata-se, nitidamente, de um ato complexo que se aperfeiçoa com a formalização da vontade, que, posteriormente, é levada a registro”. Esse é o cerne da problemática, que merece um tratamento processual adequado.

A decisão resultou na recomendação n. 36/2019, do CNJ, que estabelece que a competência para legislar sobre matéria processual é privativa da União, somado ao fato de que o divórcio extrajudicial só é possível nos moldes do que a lei já prevê, devendo ser formalizado por escritura pública com ambos os comparecentes e assistidos por advogado para posterior averbação do registro de casamento.

Nesse contexto, uma comissão de juristas elaborou uma proposta de inclusão do art. 733-A ao Código de Processo Civil, resultando no PL 3457/2019 de iniciativa do Senador Rodrigo Pacheco, cuja redação original da proposta é a seguinte:

Art. 733-A. Na falta de anuênci a 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 partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio.

Após a apresentação, o projeto foi remetido à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, onde o relator, senador Marcos Rogério, apresentou parecer opinando pelo prosseguimento do projeto, com duas emendas: uma no §1º e outra no §4º. A modificação sugerida para o §4º é sutil, pois propõe a substituição da expressão “Oficial de Registro”, por “oficial do Cartório de Registro Civil”, sob a justificativa de que a repetição do termo já empregado no caput retrata melhor técnica legislativa, nos moldes do art. 11, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar n 95/1998. Tal lei versa sobre “a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis” e orienta que para obter precisão, o texto deve “expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico”.

Já a proposta de mudança do §1º é no sentido de se alterar a expressão “ato notarial” por requerimento. Essa proposta realmente aprimoraria o texto original, na medida em que o procedimento que está em pauta tramitaria unicamente perante o oficial de registro civil, atribuição esta que pratica atos de registro e averbações, mas não atos notariais. Todavia, a concepção exata dessa distinção entre as atribuições não foi o que parece ter motivado a emenda e não corrige adequadamente a proposta, como se nota na justificativa apresentada:

Outra alteração que sugerimos é a de modificar o § 1º do art. 733-A ora alvitrado para o Código de Processo Civil, a que se refere o art. 1º do projeto, para que se substitua a expressão “do ato notarial” por “do requerimento”. Embora o projeto busque acrescentar o art. 733-A ao Código de Processo Civil para que o pedido do divórcio impositivo seja subscrito pelo cônjuge interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do “ato notarial”, é preciso pôr em destaque que o cônjuge interessado formula, na verdade, um requerimento ao tabelião ou oficial de registro civil para que este promova a averbação do divórcio impositivo por via administrativa, cuja certidão será subscrita apenas pelo responsável do ato registral, no caso, o tabelião ou o oficial de registro público. O

pedido de averbação do divórcio impositivo pela via administrativa é que deverá ser subscrito pelo cônjuge interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do requerimento, afastando qualquer dúvida a respeito da validade do ato jurídico.

A iniciativa de alteração legislativa é salutar, pois há situações em que o divórcio somente poderá ser alcançado de forma unilateral. A permissão para tanto não pode se dar por meio de Provimento, como o emanado pela CGJ-PE, na medida em que instaura uma possibilidade de desjudicialização não prevista diretamente e que envolve procedimento próprio. Logo, é de fato necessária uma mudança em lei federal.

Nessa linha aduz Flávio Tartuce, um dos juristas que encaminhou o projeto, ao exemplificar a situação da não concessão do divórcio sem fundamento algum por parte do outro cônjuge, por "implicância pessoal", além dos casos de o outro se encontrar em local incerto ou não sabido ou, ainda, nas hipóteses das vítimas de violência doméstica, como situações que justificam um procedimento unilateral (TARTUCE, 2019).

Ainda, a alteração legislativa vai ao encontro do que já explicitado nos itens anteriores, com uma verdadeira efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e como garantia do direito ao divórcio.

Ocorre que o texto legislativo apresentado não condiz com a técnica notarial e registral vigente, pois confunde as atribuições e trata da formalização da vontade por ato registral, o que é uma impropriedade.

Esse óbice, suscitado pelo Ministro Relator no pedido de providências em debate, não foi superado com o texto sugerido. Já os demais pontos da decisão do CNJ ficam resolvidos, na medida em que, com a alteração do CPC, haverá nova previsão por ente com competência legislativa.

Apresentado o cenário atual, trataremos, no item a seguir, de uma proposta de procedimento que efetivamente permita o divórcio unilateral.

4. UMA PROPOSTA DE PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE DIVÓRCIO DIRETO (UNILATERAL) ADEQUADO AO SISTEMA NOTARIAL E REGISTRAL

Buscando efetivar o mandamento constitucional de acesso à justiça, notadamente na perspectiva do direito potestativo ao divórcio, é imperiosa a criação de um procedimento que permite a concretização da vontade do cônjuge que deseja ou necessita encerrar o vínculo matrimonial.

Uma premissa fundamental para isso é a de que a formalização jurídica da vontade das partes é atribuição típica dos notários, nos termos do art. 6º, inciso I, da Lei n. 8.935 de 1994. Instrumentalizado, tipicamente, em uma escritura pública lavrada em suas notas e ali perpetuada.

Essa atribuição dialoga perfeitamente com a noção de direito potestativo que expusemos anteriormente, haja vista que, como destacamos acima, Pontes de Miranda explicita que essa categoria de direito é exercida de forma unilateral, por manifestação de vontade do interessado (MIRANDA, 2000, P. 281).

Se a essência do direito potestativo é a manifestação da vontade e se a atribuição típica de formalização jurídica da vontade é do Tabelião de Notas, conclui-se que o divórcio unilateral deve necessariamente se iniciar por uma escritura pública.

Como esclarece Francisco das Chagas Lima Filho (2003, p. 93), “a realização dos direitos de dar-se por meio dos princípios, que têm a missão de filtrar os valores, trazendo-os do plano ideal para o mundo prático das normas e dos fatos”

Desse modo, o procedimento que está hoje retratado no PL 3457/2019 não se coaduna com o sistema de justiça posto, precisando ser aprimorado. Para tanto, sugerem-se alterações à proposta, para que passe a ser da seguinte forma:

Art. 733-A. É admissível a realização do divórcio unilateral extrajudicial, com a consequente averbação do divórcio no assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais.

§ 1º. O cônjuge que deseja se divorciar deverá formalizar juridicamente sua vontade em escritura pública lavrada perante Tabelionato de Notas de sua escolha, acompanhado por advogado ou defensor público.

§ 2º. A escritura pública de que trata o §1º será apresentada ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a que pertence o

assento de casamento, acompanhada de requerimento em que o solicitante indicará o endereço e, se souber, o e-mail do cônjuge não anuente.

§3º. 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.

§ 4º. Após efetivada a notificação pessoal ou por edital, o Oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio.

§ 5º. 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.

§ 6º. Com exceção do disposto no parágrafo anterior, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio.

Essa proposta supera os óbices apontados pelo CNJ na decisão comentada no tópico anterior, pois efetiva o acesso à justiça, implementa um procedimento que garante direito das partes interessadas e que segue os institutos já previstos.

CONCLUSÃO

Após a análise dos conceitos de acesso à justiça, direito potestativo e do panorama das previsões acerca do divórcio direto no Brasil, concluímos que uma proposta de inclusão de procedimento no Código de Processo Civil é essencial para que se observe a constitucionalidade da medida. Afinal, trata-se de novo procedimento, com hipótese normativa diversa das já existentes, mas que se coaduna com os valores e princípios mencionados.

Nesse sentido, está em tramitação uma proposta de inclusão do artigo 733-A no CPC, que, embora de louvável iniciativa, não se coaduna com o sistema notarial e registral, maculando o procedimento previsto por violar o sistema de justiça.

Assim, apresentamos uma proposta de alteração do projeto de lei, com

uma redação sugerida para o futuro artigo 733-A do CPC. Necessariamente, a vontade da parte que quer se divorciar precisa ser manifestada em uma escritura pública, na medida em que é atribuição dos Tabelionatos de Notas a formalização da vontade das partes.

Não se pode pensar em um sistema de justiça com formas diversas de gestão de conflitos que não respeite regras básicas de estruturação legal. É dizer, haverá verdadeiro acesso à justiça desde que o novo procedimento se coadune com as possibilidades de cada agente promotor de justiça.

O sistema notarial e registral segue regras de funcionamento que são indisponíveis, sob pena de se levar à ruina todos os institutos já consolidados e os que ainda podem potencialmente vir a ser criados, na perspectiva de desjudicialização.

Neste artigo, foi analisado se o procedimento de divórcio direto (unilateral) proposto no Projeto de Lei nº 3457/2019, que acrescenta o art. 733-A ao Código de Processo Civil, para permitir que, na falta de anuência de um dos cônjuges, o outro possa requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que lançado o assento do casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes, podendo contribuir para a gestão adequada de conflitos familiares e, consequentemente, para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça na perspectiva da desjudicialização. E a resposta é positiva, desde que o procedimento respeite o sistema notarial e registral.

Por isso, é essencial que o divórcio unilateral extrajudicial se inicie com uma escritura pública, para cumprimento do art. 6º, inciso I, da Lei 8.935/1994. Tanto é assim que a redação originária do projeto de lei indicava a expressão “ato notarial” no §1º do art. 733-A, do CPC. Contudo, narra um ato a ser praticado perante oficial de registro civil, resultando em atecnia a ser combatida.

Logo, somente de posse da escritura pública, o interessado deverá apresentar o requerimento perante o Cartório de Registro Civil ao qual pertence o assento de casamento, para que sejam feitas as notificações do outro cônjuge e, por fim, o registro para a publicidade do fato.

Esse procedimento é mais adequado e que permite o exercício do direito potestativo em debate, ampliando o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ANOREG. Cartório em Números, 4^a edição: 2022. Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2022/12/Carto%CC%81rios-em-Nu%CC%81meros-Edic%CC%A7a%CC%83o-2022.pdf Acesso em 19/06/2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GHART, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988. 168p.

CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Trad. Hermes Zanetti Junior. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. Bookseller: Campinas, 1998.

CNJ. Justiça em Números. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/> Acesso em 19/06/2023.

COUTO, Ricardo Neves et. AI Crescimento Pós-Traumático após Divórcio: Contribuição dos Valores para Além das Variáveis Demográficas. *In* Psicologia: teoria e pesquisa: Psicologia Social, Organizacional e do Trabalho, v. 37, 2021

GORETTI, Ricardo. Mediação e Acesso à Justiça. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 351p.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, 1ª edição, revista, atualizada e complementada, Campinas/SP: editora Millennium, 2000

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Vol. 5. Campinas: Bookseller, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005. 348 p

TARTUCE, Flávio. Divórcio Unilateral

<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/305087/o-divorcio-unilateral-ou-impositivo>

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*. Del Rey: Belo Horizonte. 2019. 422p.