XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

ISIVONE PEREIRA CHAVES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

D597

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

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Isivone Pereira Chaves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-781-6

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

O XXVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), realizado na cidade de Goiânia/GO, entre os dias 19, 20 e 21 de junho de 2019, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre pesquisadores e instituições de ensino jurídico do Brasil acerca de temas inéditos, relevantes e controvertidos.

O Conpedi é considerado um dos mais importantes eventos científicos da área jurídica, sendo responsável por viabilizar a discussão em elevado nível de profundidade de questões polêmicas e originais que permeiam o ambiente acadêmico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa desenvolvidas nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho "Direito de Família e das Sucessões", ao qual honrosamente participamos como coordenadoras da mesa, contou com a participação de experientes pesquisadores, que levantaram inúmeras questões acerca de temáticas ainda pouco exploradas. Neste sentido, Laísa Fernanda Campidelli apresentou artigo que analisa a atual utilização das imagens e de vídeos de menores para a facilitação das adoções. A autora abordou ainda a importância do direito à convivência familiar, essencial para o desenvolvimento sadio do indivíduo, evidenciando a necessidade de o Estado promover ações para garantir esse direito a toda criança e adolescente. A divisão do trabalho foi feita em três tópicos, sendo eles o direito à imagem da criança e do adolescente, o direito fundamental à convivência familiar e a busca ativa em campanhas. Ressalta-se que, ao longo do desenvolvimento da explanação, a autora explicou que apesar do caráter excepcional da opção pelo uso de imagens e informações pessoais das crianças face à vulnerabilidade, esse mecanismo é eficaz para a garantia de um lar a muitos menores, desde que haja cautela.

Já Bruna Agostinho Barbosa Altoé apresentou um artigo acerca do divórcio extrajudicial como importante meio de efetivação dos direitos da personalidade. Ressaltou o paternalismo jurídico em relação a este instituto, bem como a influência religiosa e moral que estabelece obstáculos para a extinção do vínculo matrimonial, em detrimento da vontade das partes. Discorreu acerca da importância da Lei nº 11.441/07, que disciplinou o divórcio extrajudicial, sem a interferência do Poder Judiciário, permitindo, assim, maior efetivação dos direitos da personalidade.

Por conseguinte, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire e Luiza Machado Farhat Benedito apresentaram um artigo acerca da criogenia, onde foram abordados questionamentos quanto à possibilidade da interrupção do ciclo natural da vida, com um novo ressignificado da morte, por um contraponto entre a ética da responsabilidade de Hans Jonas. Tudo isso, apontando indagações quanto aos efeitos da criogenia e o Direito de Família e Sucessões.

Na apresentação do artigo "O fenômeno da parentalidade distraída e abandono afetivo: quanto custa o cuidado na sociedade tecnológica?", Leticia Prazeres Falcão trabalhou o instituto da parentalidade distraída, evidenciando a influência da sociedade tecnológica pós-moderna e os prejuízos do incorreto uso destas tecnologias à luz da paternidade responsável. A autora explicitou que segundo pesquisas norte-americanas, há uma relação de causa e consequência entre o exercício parental carente e traumas psicossociais em crianças e adolescentes. Falar de abandono afetivo diante de uma parentalidade distraída, é considerar que talvez possa ocorrer sim uma responsabilização civil advinda desse afastar tecnológico. No fundo, o que se busca é o resgate de uma conectividade real, humana e prática.

Enquanto que Otávio de Abreu Portes Junior, ao examinar o tema uniões poliafetivas, afirmou que o conceito de família vem se tornando cada vez mais amplo, de forma que não mais se limita apenas aos modelos de entidades familiares previstas em lei. Em sua apresentação asseverou que a evolução da sociedade e a influência da cultura consumerista influenciaram na configuração da família poliamorista, seja na união simultânea, onde a mais de um núcleo familiar, ou na união poliafetiva, em que há um único núcleo familiar com diversos participantes, que se relacionam afetivamente entre si. O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm negado o reconhecimento do direito a partir do tratamento que foi endurecidamente aplicado ao concubinato. A tendência é que estes revejam tal posicionamento, pois vivemos em uma sociedade multicultural, na qual vigora um sistema de inclusão, onde deve ser aceita e respeitada as diversas formas de pensamento.

Em seu artigo, Maisa de Souza Lopes examinou as modalidades específicas de atos abusivos no âmbito familiar, como a proibição de comportamento contraditório, a supressio, surrectio, tu quoque, a adimplemento substancial, a duty to mitigate the loss e a violação positiva do contrato. Exige-se dos pares uma postura mais ética, com enfoque na boa-fé, na solidariedade, na responsabilidade e na confiança, para que haja justiça do caso concreto.

Alexia Domene Eugenio abordou a construção do conceito da pós-modernidade no Direito de Família e demonstrou como a realidade contemporânea afeta as relações familiares, potencializando conflitos. A autora também apontou os meios adequados para a solução da lide, apresentando dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatístia (IBGE) e do

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca do tema, que mostraram quais seriam os meios adequados para a solução dos conflitos familiares.

O artigo apresentado por Leonora Roizen Albek Aliven abordou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. A autora propôs a aplicação do mesmo tratamento do cônjuge quanto ao direito sucessório do companheiro.

Dessa maneira, a partir da seleção dos mais qualificados trabalhos acima elencados, o referido congresso científico demonstrou a preocupação com as mazelas que acometem o ser humano e o espaço no qual está inserido, especialmente no que diz respeito ao Direito de Família e sucessório no âmbito contemporâneo, os desafios e as novas tendências legislativas que devem ser aplicadas nas relações familiares.

Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)

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

Dra. Isivone Pereira Chaves (Uni-ANHANGUERA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO DE TUTELA DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES: PARA ALÉM DO DIREITO POSITIVO

THE EXTRAJUDICIAL DIVORCE AND THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS IN FAMILY RELATIONSHIPS: BEYOND THE POSITIVE LAW.

Bruna Agostinho Barbosa Altoé
José Sebastião de Oliveira

Resumo

Historicamente o divórcio foi revestido de especial paternalismo jurídico, oriundo da influência da moral, estabelecendo-se obstáculos para a extinção do vincula matrimonial, em detrimento da vontade das partes envolvidas. Como exemplo, cite-se a obrigatoriedade da utilização da via judicial até recente período. Neste ponto, o presente trabalho se propõe a explorar, por uma nova ótica, o instituto após a edição da Lei 11.441/07 e da resolução-CNJ 35/2007, traçando um importante cotejo da atual sistemática com as noções clássicas a respeito dos direitos da personalidade, destacando-se, ao final, o contemporâneo papel do divórcio como meio de efetivação de tais direitos.

Palavras-chave: Divórcio extrajudicial, Direitos da personalidade, Relações familiares, Desjudicialização, Autonomia da vontade

Abstract/Resumen/Résumé

Historically the divorce has been clothed with special paternalism, originating from the influence of morality, establishing obstacles for the extinction of the marriage bond. The obligation to use the judicial process, even when the parties wanted the divorce, can be pointed out as an example. This research proposes to explore, from a new point of view, the institute after the edition of Law 11.441/07 and resolution 35/2007, drawing an important comparison of the current systematics with the classic notions about rights of the personality, highlighting, in the end, the contemporary role of divorce as a means of effecting such rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Extrajudicial divorce, Personality rights, Family relationships, Disjudicialization, Autonomy of the will

1. INTRODUÇÃO

O divórcio extrajudicial representa, a exemplo de outras medidas, importante atribuição do tabelião de notas no que se pode definir como exemplo de um amplo rol da tutela e da efetivação dos direitos da personalidade relacionados ao âmbito familiar no plano extrajudicial.

Observa-se, em princípio, que a dinâmica contemporânea reavalia conceitos e categorias, onde se inclui a própria ideia de direito da personalidade. Não se trata, como se verá, de um simples ramo interno de estudo do Direito Civil. Mais do que isso, tem por característica a análise de fatores e valores que sejam essenciais à própria condição humana.

O ser humano, conforme ensina Diogo da Costa Gonçalves, é um ser revestido de autonomia e dignidade, mas que atua em um plano fundamentalmente relacional. Entende o autor português que a definição de *personalidade* não se confunde com a mera condição de pessoa, já que ultrapassa os domínios biológicos e, fundamentalmente, se reveste de profundo conteúdo ético[1].

Em outras palavras, a definição de direito da personalidade não deve, no atual contexto, se restringir ao plano ontológico, já que carrega predicados, próprios de ampla dignidade e autonomia, que exigem elementos éticos de maior complexidade[2].

Delimitando tal raciocínio, Diogo Costa Gonçalves conclui que pelo conteúdo sociológico a noção de pessoa se emancipa do aspecto biológico e, em avanço dessa característica, imerge na conclusão de que o ser humano é um ser dotado de particulares únicas, notadamente o fato de se tratar de um sujeito inserido em uma projeção relacional. Diz o autor, então, que a pessoa é um ser que tem características ontológicas acrescidas de intersubjetividade:

> Clausura, incomunicabilidade, "ser em si" não são, pois, incompatíveis com abertura, relação, "ser com". A mais primária dimensão da estrutura humana, aquela particular intensidade do seu acto de ser, na qual o Homem nos aparece como *distinctum subsistens*, está profundamente marcada pela respectividade, pela transcendência, pela abertura aos outros entes que, como o Homem, participam no *ser* e, neste sentido, com o Homem, verdadeiramente, são. Assim, o Homem nao *é só* abertura relacional, perspectiva que

[1] GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade: fundamentação ontológica da tutela***.** 1. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2008, p. 70-80.
[2] *Ibidem*, p. 90.

> nos levaria a negar qualquer verdadeira dimensão ôntica subsistente. Nem *é só* também, uma exclusiva clausura ontológica, em razão da qual a intersubjectividade aparecesse como verdadeiramente dispensável. É, antes, tudo isto, num mesmo acto de ser... a esta realidade chamamos *pessoa*[3].

Referido aspecto conduz à conclusão de que, no âmbito de tutela dos direitos da personalidade, devem ser contemplados, como salutar ponto de sua efetivação, mecanismos que não apenas permitam à pessoa humana se desenvolver na condição de um ser relacional, como igualmente preservem e regulem, à luz dessa visão, tais relações interpessoais[4].

Certamente o rol de relações jurídicas é extenso e não comportaria análise exauriente nos limites objetivos deste trabalho. Por isso, com o propósito de maior delimitação, propõe-se o estudo de tão instigante matéria a partir de um pequeno fragmento, qual seja, a relação jurídica familiar do casamento, no contexto dos direitos da personalidade, a partir de uma valoração do instituto do divórcio extrajudicial no Brasil e suas atuais inquietudes.

Sendo assim, a título de problema, questiona-se: qual o papel do instituto do divórcio extrajudicial na atual tutela dos direitos da personalidade inseridos nas relações familiares?

Para responder a tal questionamento foram elaborados três capítulos e, ao final, apresentada a conclusão extraída.

O primeiro deles se destina à valoração, ainda que breve, a respeito da noção atual dos direitos da personalidade no Brasil. Neste ponto, são apresentadas algumas visões críticas quanto ao conceito de personalidade, demonstrando-se o equívoco de seu enclausuramento no tratamento dado pelo direito positivo.

Já o segundo capítulo, com o propósito de melhor delimitar o problema, analisa-se, nos limites possíveis, a figura do divórcio e, em especial, o divórcio extrajudicial no plano jurídico nacional. Apontam-se os contemporâneos conceitos e procedimentos, sem deixar de se olvidar dos fragmentos históricos pertinentes.

Por fim, o terceiro e último capítulo se destina a traçar a salutar correlação do divórcio extrajudicial como importante instrumento de efetivação dos direitos da personalidade na atualidade (à luz de seu mais moderno conceito).

---

[3] GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade: fundamentação ontológica da tutela***.** 1. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2008, p. 50.
[4] *Ibidem*, p. 95.

Para tanto, a pesquisa foi baseada no método teórico, além de se amparar na análise legislativa e jurisprudencial nacional.

2. ELEMENTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ATUAL CONJUNTURA JURÍDICA. AS BASES DE LEGITIMAÇÃO DE SUA TUTELA NO PLANO EXTRAJUDICIAL

De início pode-se dizer que os direitos da personalidade refletiriam todo e qualquer direito ligado à própria condição humana. No entanto, na doutrina jurídica, tais direitos são tratados, via de regra, como espécies que derivam de um amplo gênero, qual seja, o dos *direitos essenciais*. É o que pensa, por exemplo, Adriano de Cupis:

> Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se "direitos da personalidade". No entanto na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário imprescindível ao seu conteúdo[5].

Assim, o conceito aqui buscado (sem pretensão de esgotamento) partirá de uma premissa de diferenciação dos direitos da personalidade para outras espécies de direitos essenciais.

Cabe também advertir que trabalhar com conceitos é, naturalmente, dialogar com divergências. Por isso, não há dúvidas de que não existe, atualmente, definição única para os direitos da personalidade. Tão vasta é a importância de seu conteúdo que reflete, de maneira proporcional, na complexidade de seu próprio conceito.

Assim, uma das maneiras mais didáticas de conceituar os direitos da personalidade (se é que isso, de forma absoluta, seja possível) reside na comparação e na diferenciação com outros ramos jurídicos ligados, de maneira direta ou reflexa, à tutela da dignidade humana. Propõe-se, portanto, o diálogo de diferenciação entre direitos da personalidade, direitos humanos, direitos dos homens e direitos fundamentais.

Em uma primeira diferenciação, tem-se a visão da doutrina constitucionalista majoritária que prega que as expressões direitos humanos, direitos fundamentais e direitos dos homens, embora possuam o mesmo conteúdo material (a proteção da

[5] CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 23-24.

dignidade da pessoa humana), se distinguem no âmbito de projeção. Direitos humanos seriam os direitos essenciais às pessoas reconhecidas no plano internacional (*v.g* tratados), enquanto que os direitos fundamentais seriam aqueles direitos essenciais à pessoa que foram reconhecidos, no âmbito doméstico, dentro do plano constitucional. Já os direitos dos homens, segundo Canotilho, derivariam dos primados do direito natural. Os direitos da personalidade, por sua vez, estariam no plano infraconstitucional. Essa opinião é de Canotilho, Ingo Sarlet e Dirley da Cunha Júnior.

Ainda, cumpre citar a visão de Rosa Nery a respeito da amplitude da noção dos Direitos da Personalidade:

> Pode-se dizer que, de todas as novidades que se conheceu no século XX, no direito privado, a mais estruturada, efetiva e contundente é a sistematização do chamado "direito geral de personalidade", no contexto amplo do sistema geral de direito privado moderno. "Direito de personalidade", como se disse, é matéria tratada no sistema brasileiro nos arts. 11 a 21 do CC/2002, mas não se confunde com o instituto da "personalidade". O instituto da "personalidade" é definido em direito por Kohler, Vicente Ráo, Ferrara, entre outros, com grande precisão, e nada tem com a disciplina denominada "direito geral de personalidade". Personalidade é aptidão para ser pessoa, ou – o que é equivalente – aptidão para ser sujeito de direitos e de obrigações na ordem jurídica. Direito de personalidade é outra coisa. O direito de personalidade é uma das disciplinas que compõem o direito civil, que cuida de uma temática ampla, que comportaria sua alocação num livro próprio, com nomenclatura própria, como disciplina própria, ao lado do direito de família, de sucessões, de obrigações, de contrato, de empresa, de coisas etc. Como está no nosso sistema jurídico, tratado na teoria geral do direito privado, no livro geral, a disciplina se confunde com o instituto da personalidade, este sim de teoria geral. No contexto global do sistema, o direito de personalidade é uma disciplina peculiar: tem sujeito, objeto e causa, como todas as outras disciplinas de direito privado.[6]

Em outra perspectiva, relativa à origem, os direitos fundamentais teriam sua origem na proteção do cidadão em relação ao Estado, dando uma dimensão pública a essa projeção, enquanto que os direitos da personalidade teriam espaço dentro do âmbito privado, precisamente nas relações subjetivas. Atualmente, no entanto, essa projeção passa a ser questionada pela perspectiva da eficácia horizontal dos direitos

[6] NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | v. 8/2015 | p. 473 - 478 | Ago / 2015 | DTR\2015\11483.

fundamentais, em que tais direitos essenciais não mais se enclausuram no plano público e passam a também delimitar as relações privadas[7].

No mais, a própria projeção constitucional do tema demonstra que alguns direitos fundamentais reconhecidos, embora se fundamentem na proteção da pessoa (na ideia de sua dignidade), não encontram correspondência com os direitos da personalidade. É o caso, por exemplo, da proteção à propriedade que, embora seja essencial a uma vida digna, tendo o quilate jurídico de um direito fundamental, não define o conceito de pessoa. Dentro dessa ideia, os direitos fundamentais teriam conotação mais ampla, encontrando seu conteúdo na proteção de todos os bens jurídicos que tenham o condão de levar a efeito a tutela da dignidade da pessoa humana. Já os direitos da personalidade, de conotação mais restrita, estão ligados à própria definição da pessoa, ou seja, protegem os atributos que definem o ser como pessoa.

Isso não significa, evidentemente, que alguns dos direitos da personalidade não possam encontrar correspondência com o rol dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Aliás, essa coincidência é recorrente por vezes.

Calha esclarecer, ainda, que a noção de *personalidade* não se confunde com os *direitos de personalidade*. Sobre o ponto, ensina Adriano de Cupis:

> A personalidade se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto. Óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser diferente destes[8].

Se não bastasse, há quem identifique os direitos da personalidade a partir da particular caraterística da intransmissibilidade. Tal visão, não tão frequentemente explorada, pode ser assim explicada:

> Os bens desta categoria jurídica especial ou estão inseridos na própria pessoa, como a vida, o corpo, a mente, a imagem, ou estão intimamente ligados a ela, como a liberdade, a honra, o nome, o recato, de modo que não podem ser transferidos para outra pessoa. São eminentemente pessoais, ou personalíssimos como preferem alguns. Os direitos de personalidade são absolutos, não patrimoniais (sem conteúdo econômico imediato), irrenunciáveis,

[7] Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentai nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
[8] CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2 ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 21.

> intransmissíveis, imprescritíveis, comportam limitado poder de disposição e não comportam execução forçada. Nenhuma destas características é exclusiva dos direitos de personalidade, mas o é a que resulta da conjugação do caráter absoluto com a extrapatrimonialidade, como corretamente asseverou Adriano de Cupis (ob. cit.), cuja simultaneidade não é encontrável em nenhuma outra classe de direitos. É esta característica que distingue os direitos de personalidade dos direitos reais (que são igualmente absolutos, mas têm caráter patrimonial) e dos direitos de família (que são extrapatrimoniais, mas não são absolutos). Para nós a característica mais marcante dos direitos de personalidade é a impossibilidade de transmissão, que decorre não da lei, nem de convenção, mas da própria natureza dos bens respectivos, que não podem servir senão à pessoa de que emanam. Com efeito, a ninguém é dado vivenciar a vida, a liberdade ou a honra de outrem, sendo manifesta a impossibilidade. Desta característica fundamental - a intransmissibilidade - resulta o seguinte conceito: Direitos de personalidade são os que incidem sobre bens concernentes à individualidade de cada pessoa e, sendo insuscetíveis de gozo por outra, não comportam nenhuma forma de transmissão.[9]

Por fim, cabe consignar que pela visão ontológica do conceito de pessoa (que a define, além da ideia do próprio ser, a partir de sua projeção como *ser relacional*, inserido em uma realidade intersubjetiva), os direitos da personalidade não estariam restritos à condição corporal do ser, já que contempla, no âmbito da tutela, as próprias relações interpessoais.

O divórcio, a partir desse referencial, pode ser concebido como instituto de relevante tutela dos direitos da personalidade, não apenas pela visão clássica de tais direitos (v.g alteração do nome de um cônjuge), como também pela própria noção de relação interpessoal que foi mencionada.

Tal enquadramento, no entanto, por ter sua carga de peculiaridade, merece análise própria, que se traduzirá em um capítulo deste trabalho. Mas antes, para que referida valoração seja possível, é preciso tecer considerações, ainda que breves, a respeito do instituto do divórcio (no presente caso delimitado em sua modalidade *extrajudicial*).

3. BREVES NOÇÕES SOBRE O DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

[9] SILVA, Edson Ferreira da. *Direitos de personalidade - os direitos de personalidade são inatos?*. São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 694/1993. p. 21 - 34 .Ago / 1993 | DTR\1993\404

O divórcio, em linhas gerais, é o principal exemplo de dissolução do vínculo conjugal. Define a doutrina que: "o divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial"[10]. Ainda:

> O divórcio dissolve o vínculo conjugal (CC 1.571, §1º). Com o advento da EC 66/10, este é o único modo de dissolver o casamento, quer de forma consensual, quer por meio de ação litigiosa. E, se os cônjuges não tiverem pontos de discordância nem filhos menores, podem obter o divórcio sem a intervenção judicial, perante um tabelião[11].

Já o artigo 1.571, do Código Civil, estabelece que "a sociedade conjugal termina: (…) IV – pelo divórcio"[12].

Por tal característica, por determinar a ruptura de uma situação jurídica relevante, inevitavelmente gera influência em múltiplos campos, a incluir o Direito Constitucional (que trata, em plano fundamental, da entidade familiar e da autonomia da vontade – relacionada ao direito de escolha de cada um), o Direito Civil (no ponto em que trata do patrimônio), o Direito Família, o Direito de Infância e Juventude, dentre outros.

De tal modo, sendo instituto de relevante importância jurídica, o divórcio tradicionalmente foi entregue, por opção normativa, ao crivo do Poder Judiciário, demandando em sua tramitação etapas e pressupostos que, naturalmente, tornavam o processo razoavelmente moroso.

Agregam-se a esses fundamentos, ainda, inegáveis razões morais que influenciavam o Direito (o que, em realidade, se traduz em um exemplo de que embora separadas, a moral e o Direito dialogam permanentemente). Serve de exemplo o fato de que, em exercício de um *paternalismo jurídico*, em detrimento da autonomia, não se tinha por suficiente a simples vontade de um dos cônjuges para realização do divórcio, exigindo-se, em sentido contrário, um longo processo judicial.

Tal *paternalismo jurídico* ainda atuava – de maneira questionável se cotejado com o ideal *liberal* da autonomia da vontade (albergado constitucionalmente) –, mesmo quando os dois cônjuges capazes, de comum acordo, manifestavam a intenção

[10] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 23. ed, São Paulo: Saraiva, 2006.
[11] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317.
[12] BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 23/03/2019.

de por fim ao vínculo conjugal, eis que se exigia, por imposição normativa, um obrigatório estágio de *separação* prévia pelo período mínio de dois anos.

Em linhas gerais, ainda que os cônjuges[13] exercessem a opção individual de rompimento do vínculo conjugal, a autonomia da vontade não se traduzia em elemento suficiente para determinar, de plano, a concretização da intenção. Em realidade, deveriam aguardar pelo transcurso do prazo de dois anos da separação judicialmente decretada, ou deveriam arcar com o ônus probatório, no curso do processo de divórcio, de demonstrar que já se operou a separação *de fato* pelo mesmo prazo.

As razões para que o divórcio estivesse inserido em uma obrigatória tutela judicial, e ainda se submetesse a um forte paternalismo jurídico da própria autonomia da vontade, já foram resumidamente adiantas no começo do capítulo.

Ainda assim, pode-se dizer, em acréscimo, que se acreditava que o divórcio, ao lidar com elementos próprios dos direitos da personalidade (*v.g* o nome dos cônjuges, o vínculo familiar, dentre outros exemplos), apresentava-se como instituto de ampla sensibilidade jurídica, merecedor apenas das amplas formalidades da tutela *jurisdicional*, de modo que não poderia ser gerido, de maneira segura, pelo plano extrajudicial.

Ocorre, porém, que a experiência e o tempo demonstraram que tal premissa, por mais que tenha sido amparada em um discurso bem intencionado, acabou por não encontrar correspondência com a realidade.

A demora da tramitação processual, a violação aos elementos de autonomia da vontade e, sobretudo, as marcas que o processo judicial deixa em todos os envolvidos, indicaram que era hora de se pensar, em nome da efetividade, sobre a desburocratização do *divórcio consensual*, limitado, evidentemente, às hipóteses com partes capazes e sem filhos menores.

O Poder Judiciário tem a missão constitucional de zelar pela boa aplicação do Direito. Mas não deve ser o administrador de todas as tensões. Não se ignora, por exemplo, o grande problema de contingenciamento do Judiciário, sobretudo no contemporâneo cenário de hiperlitigiosidade, inserido em crises institucionais em que tal poder, de maneira crescente, é cada vez mais demandado a intervir.

[13] No parâmetro em análise, para demonstração do argumento, maiores e capazes.

Por isso, a retirada de determinadas questões do âmbito jurisdicional é medida saudável, como forma de administração judiciária, para que o Poder Judiciário consiga entregar melhores resultados em temas de maior sensibilidade, garantindo que suas forças sejam voltadas (e se tornem melhor utilizadas) na efetiva tutela de tensões mais complexas.

Um dos passos mais importantes em tal missão deu-se com a edição da Lei n. 11.441/07, que tornou possível, no âmbito nacional, a realização do divórcio no plano extrajudicial, quando presente a consensualidade, a assistência por Advogado e inexistirem menores ou incapazes envolvidos. O ato, em tal caso, se dá mediante escritura pública que detalhará a partilha dos bens, a pensão alimentícia (ou sua dispensa), e todas as demais questões decorrentes do divórcio, tal qual a modificação do sobrenome.

Dando maior concretude à previsão da lei, com o propósito de regulamentar sua aplicação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, no mesmo ano, a resolução 35/2007. Referida resolução detalha o procedimento a ser observado pelo Tabelião de Notas quando da lavratura da Escritura Pública. Em um dos "considerandos" introdutórios do ato, consignou-se, em referência à Lei n. 11.441/07, que: "*a finalidade da referida lei foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário*".

Com o advento do Novo Código de Processo Civil a salutar medida foi mantida, reforçando-se o caráter de desburocratização e de simplificação que marcaram as recentes alterações do processo civil. No ponto, vale destacar o artigo 733, do NCPC:

> Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial[14].

[14] BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em : <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23/03/2019.

Nessa linha, são também adequados os propósitos da Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal. Referido ato normativo simplificou o divórcio, o tornando, em vida, a única forma de extinção voluntária da sociedade conjugal, mas com a vantagem de não mais se exigir, como seu pressuposto, o prévio período de separação obrigatória.

Aliás, para corrente majoritária na Doutrina, a partir de tal marco normativo, o processo judicial de *separação* deixou de existir, conquanto corrente minoritária ainda encontre utilidade em tal processo (embora tal corrente concorde não mais ser uma etapa obrigatória do divórcio).

O contexto da edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 representou o acolhimento, ao menos em parte, de antigos reclamos doutrinários que pleiteavam, em nome da efetividade e da autonomia, a desburocratização do divórcio.

Para melhor ilustrar a importância de tal Emenda, suas consequências, e no que se baseavam os mencionados reclamos doutrinários, eis as lições de Maria Berenice Dias:

> Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, finalmente foi sepultado o instituto da separação, que só existiu para, em um primeiro momento, assegurar a aprovação da dissolubilidade do casamento, em um país marcadamente conservador e sujeito a forte influência religiosa. Por isso a imposição de duplicidade de formas, amarras e muitas restrições. Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira: *A moral condutora da manutenção deste arcaico sistema, assim como a da não facilitação do divórcio, é a preservação da família. Pensa-se que se o Estado dificultar ou colocar empecilhos, os cônjuges poderão repensar e não se divorciarem; ou, se apenas se separarem, poderão se arrepender e restabelecerem o vínculo conjugal*. O divórcio dito direto só era admitido quando o casal já estava separado há mais de cinco anos quando da emenda constitucional que admitiu a dissolubilidade do casamento (28 de junho de 1977). Fora disso, a única forma de dissolver o vínculo conjugal era por meio da conversão da separação em divórcio. Lentamente a legislação foi enxugando procedimentos, reduzindo prazos e desprezando causas. Mas a mudança se tornou indispensável quando, por construção jurisprudencial, passou-se a antecipar os efeitos da separação. A partir do momento em que a separação de fato começou a ter a mesma eficácia da separação judicial, nada mais justificava a mantença da dupla via para chancelar-se o fim do casamento. Em boa hora foi definitivamente *sepultada a esdrúxula dicotomia, de nenhuma compreensão perante os jurisdicionados, da existência de dissolução da sociedade conjugal, através da separação, e dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio.* Para a implantação imediata da nova sistemática, não foi necessário sequer aguardar alterações na esfera infraconstitucional, pois o

> divórcio – bem ou mal – já estava previsto na legislação civil e processual. Tanto é assim que a novidade vem sendo implantada por juízes e tribunais. Para assegurar a efetividade da mudança, o jeito foi aplicar, no que coubesse, as regras referentes à separação judicial. O que não cabia era esperar de braços cruzados a mudança da legislação ordinária para dar vida à tão sonhada simplificação da vida que a concessão imediata do divórcio acarretou[15].

A partir dessa modificação a manifestação unilateral de um dos cônjuges passa a ser suficiente para o rompimento da sociedade conjugal. De tal modo, substancial parte da doutrina, acompanhada pela Jurisprudência, passou a entender que a EC66/2010 transformou o divórcio em um *direito potestativo*, colocando o outro cônjuge em um estado de sujeição, de modo a pouco importar, na acepção técnica, a discordância da outra parte. Eis elucidativo julgado, do Tribunal de Justiça do Paraná, extraído da Jurisprudência:

> Por se tratar de direito potestativo que não comporta reação da parte adversa, o divórcio se submete à vontade de apenas uma delas, não havendo defesa ou prova que possa obstar esse direito[16].

É natural, no entanto, que a discordância entre os cônjuges crie obstáculos para a utilização da via extrajudicial, conforme requisitos normativos anteriormente explorados. Mas ainda assim, mesmo que em contexto de eventual ausência de consenso sobre determinados pontos, é possível que o divórcio extrajudicial se apresente possível em dada circunstância.

Para tanto, basta observar que em muitos casos os cônjuges possuem plena concordância quanto ao rompimento da sociedade conjugal, representando a vontade imediata de ambos, embora tenham divergências quanto à partilha de bens. Em tais hipóteses, nada impede que os cônjuges realizem a escritura pública de divórcio junto ao Tabelionato de Notas, obtendo as consequências naturais do rompimento da sociedade conjugal (permitindo-se, por exemplo, novo casamento), reservando-se, no entanto, a discussão sobre a partilha dos bens, como ponto de litígio, para outro momento e por via oportuna.

Veja-se, *mutatis mutandis*, que tal raciocínio é adotado de forma recorrente pelos tribunais ao entenderem que o divórcio pode ser decretado antes mesmo da

---

[15] DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já*!. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
[16] BRASIL, TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1619350-7 - Arapongas - Rel.: Mario Nini Azzolini -Unânime - J. 26.07.2017. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 28/03/2019.

partilha, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, o que evidencia a diferença entre os institutos. Sobre o tema:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIVÓRCIO LITIGIOSO - DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 226, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIREITO POTESTATIVO DO CÔNJUGE - POSSIBILIDADE - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO EM RELAÇÃO À PARTILHA DE BENS - EXEGESE DO ARTIGO 1.581 DO CÓDIGO CIVIL E DA SÚMULA Nº 197 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO[17].

Realizadas essas breves considerações (que inegavelmente ilustram um pequeno fragmento de tão vasto tema), passa-se, agora, à demonstração do papel do divórcio extrajudicial na efetivação dos direitos da personalidade, perante a atual realidade social brasileira.

4. O DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. UM DIÁLOGO LIBERAL EM CONTRAPONTO AO PATERNALISMO JURÍDICO

Classificar o divórcio extrajudicial como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade parece tarefa simples. Isto porque alguns dos direitos da personalidade *típicos*, positivados de forma expressa no Código Civil, recebem influência direta do instituto, a exemplo do nome, com o qual a pessoa se identifica na vida social.

Dito isso, em uma primeira leitura, o divórcio extrajudicial já poderia ser considerado como mecanismo de tutela dos direitos de personalidade pelo simples fato de gerar importante repercussão jurídica no rol (exemplificativo) dos direitos da personalidade elencados, no Brasil, no Código Civil.

Destaca-se, como exemplo, que tamanha é a relevância do nome civil como importante elemento da personalidade, na projeção da identificação da pessoa na sua

[17] BRASIL, TJPR, 12ª C.C., AI 1478219-1, Rel.ª Des.ª Joeci Machado Décima Primeira Câmara Cível Agravo de Instrumento nº 1.619.350-7 Camargo, unânime, j. 27.07.2016. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em 28/03/2019.

vida em sociedade, que a Jurisprudência majoritária reconhece, em regra, ser um *direito* da parte manter o sobrenome adquirido do outro cônjuge, mesmo contra a vontade deste[18].

O estudo da importância do divórcio na efetivação dos direitos da personalidade expressamente positivados certamente demandaria longa exposição, sendo a indicação do nome, esclareça-se, apenas uma fração de um extenso tema. Há, também, ampla produção acadêmica quanto ao tema.

No entanto, os propósitos deste trabalho caminham para além dessa concepção, de maneira que será dado enfoque, neste tópico, a uma visão não muito explorada: a de que os direitos da personalidade contemplam, em sua natureza, as próprias relações intersubjetivas das pessoas, promovendo-se, para essa análise, um diálogo entre as importantes noções de *paternalismo jurídico* e da *autonomia da vontade* (esta, um elemento essencial à condição humana).

Para tanto, concorda-se com uma corrente que defende que a autodeterminação (que contempla a autonomia de realizar as próprias escolhas) é um dos pilares essenciais da *dignidade da pessoa humana*, já que se apresenta como um elemento da própria personalidade da pessoa.

Luís Roberto Barroso, com a didática que lhe é peculiar, indica que a autonomia se traduz no elemento ético da *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

[18] Corrente minoritária, no entanto, entendendo ainda haver pertinência na discussão de *culpa* no divórcio (mesmo após a EC 66/2010), compreende que pode o "cônjuge inocente" pleitear judicialmente a retirada do nome do outro cônjuge. De todo modo, ainda nesses casos, o nome não poderá ser retirado se o tempo de uso já for juridicamente relevante, de modo a ter se incorporado na própria identificação da pessoa. Eis julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do ponto: "CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. MANUTENÇÃO DO NOME DE CASADO NO DIVÓRCIO DIRETO. CÔNJUGE NÃO CULPADO NA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EVIDENTE PREJUÍZO. ART. 1.578 E §§ do CC/02. DIREITO INERENTE À PERSONALIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.1. A retirada do sobrenome do ex-marido do nome da ex-mulher na separação judicial somente pode ser determinada judicialmente quando expressamente requerido pelo cônjuge inocente e desde que a alteração não acarrete os prejuízos elencados no art. 1.578 do CC/02.2. A utilização do sobrenome do ex-marido por mais de 30 trinta anos pela ex-mulher demonstra que há tempo ele está incorporado ao nome dela, de modo que não mais se pode distingui-lo, sem que cause evidente prejuízo para a sua identificação 3. A lei autoriza que o cônjuge inocente na separação judicial renuncie, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro (§ 1º do art. 1.578 do CC/02). Por isso, inviável que, por ocasião da separação, haja manifestação expressa quanto à manutenção ou não do nome de casada.4. Recurso especial não provido.(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1482843/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015)

> 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. Desse 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[19].

Ainda, é salutar elucidar que a expressão *autonomia privada* é ordinariamente utilizada, na literatura jurídica, como classificação de um instituto próprio do direito privado, com especial destaque ao âmbito contratual. Daí porque alguns autores, por propósitos didáticos, optam por adjetivar o exercício da liberdade fundamental de escolha (ponto de estudo nesta pesquisa) por outra expressão. Maurício Requião, por exemplo, indica a expressão *autonomia existencial* como mais adequada para se referir ao exercício das liberdades pessoais do indivíduo:

> (...) sobre a autonomia privada, se nota como é termo comumente vinculado a questões patrimoniais, tanto do ponto de vista legal, como doutrinário. Acredita-se aqui que outro sentido se pode dar à palavra autonomia retirando-a do contexto meramente patrimonialista, e transportando-a até a esfera identificada com as liberdades pessoais do sujeito. É nesse sentido que se fala aqui de *autonomia existencial.* A autonomia existencial, portanto, se identifica com a liberdade do sujeito em gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna. É nesse ponto que se encontram questões delicadas como o uso ativo dos direitos da personalidade e

[19] BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 919/2012, p. 127 – 195,Maio/2012

> as discussões sobre o direito à morte digna, eutanásia, aborto, pena de morte, manipulação de embriões, direitos pessoais de família, sexualidade e identidade de gênero[20].

Não restam dúvidas de que há inegável importância nas lições que justificam as diferenças terminológicas entre expressões como autonomia privada, autonomia existencial, autonomia pessoal, dentre outras. Todos que pretendem um estudo mais aprofundado a respeito das múltiplas projeções da *liberdade* devem se debruçar sobre tão interessante assunto. No entanto, os limites objetivos deste trabalho (que se volta ao estudo do Divórcio Extrajudicial pelo paradigma da autonomia) não permitem tamanha digressão. Por isso, a autonomia aqui mencionada (sem a pretensão do acerto terminológico) se refere a um dos elementos centrais da dignidade humana, qual seja, a de exercer o próprio arbítrio e se autodeterminar.

Superada a breve contextualização, cabe valorar, agora, no que consiste o chamado *paternalismo jurídico*.

A expressão *paternalismo* remete a um conceito que originariamente não pertence ao ramo jurídico. Tem origem na concepção de patriarca[21], destacando-se a característica de hierarquia de tal figura em relação a todos os membros da família, de modo a ter ele o controle dos rumos das pessoas que integrassem determinado núcleo familiar[22].

Dentro do Direito o paternalismo passou a ser estudado em diversos de seus ramos internos, destacando-se o Direito Penal e a bioética aplicável ao campo jurídico. Sua principal característica, na perspectiva jurídica, é a interferência do Estado nas livres escolhas das pessoas, limitando a autonomia da vontade. Entende-se, então, que tal marca se amolda perfeitamente ao estudo do Divórcio, em especial se consideradas como premissas as recentes alterações normativas quanto ao rompimento da sociedade conjugal.

Por propósitos didáticos, classifica-se que o tratamento dado pela Constituição brasileira de 1934, quanto ao casamento e ao divórcio, era indicador de um paternalismo jurídico intenso. O casamento, de maneira clara, pertencia ao Estado (e

---

[20] REQUIÃO, Maurício, *Autonomias e suas limitações.* São Paulo: Revista de Direito Privado, v. 60/2014, p. 85-96. Out-Dez/2014

[21] BARRETO NETO, Heráclito Mota. *Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal.* Revistas de Criminologias e Políticas criminais. Minas Gerais. v.1, n. 2, p.112-143. Jul/Dez 2015.

[22] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

não aos cônjuges), sendo indissolúvel. Assim previa o artigo 144: "a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado"[23].

Sem se olvidar de avanços pontuais, destacando-se, dentre eles, a Lei do Divórcio, cabe observar, nos limites estritos desta pesquisa, que a Constituição Federal de 1988, em sua redação originária, também manifestou um claro paternalismo jurídico quanto ao tema, embora de viés mais *moderado*. Isto porque, em seu artigo 226, §6º[24], estabelecia o obrigatório período de "reflexão" dos cônjuges que tivesse manifestado o interesse em romper a sociedade conjugal, impondo-se o prévio período de separação como pressuposto para obtenção do divórcio.

É possível concluir, então, que no marco da redação originária da atual Constituição o casamento não mais pertencia ao Estado, o que representou, certamente, importante avanço quanto à tutela das autonomias humanas. De todo modo, ainda assim se vislumbrava um paternalismo excessivo (mesmo que mais moderado se tomado o paradigma da Constituição de 1934), já que o Estado, por clara influência da moral no Direito, impunha limites ao exercício da autonomia, impedindo que o divórcio em si (isoladamente considerado) se operasse exclusivamente pela vontade das partes, e tudo ocorresse ao livre arbítrio do casal.

A postura intermediária do texto constitucional, ainda permitindo um grau considerável de paternalismo, sofreu contínuas críticas doutrinárias, em especial aquelas amparadas em referenciais liberais que reconhecem a autodeterminação das pessoas como elemento estruturante da noção da *dignidade da pessoa humana*.

Atendendo a tais reclamos, ainda que de maneira parcial, se deu a edição da Emenda Constitucional 66/2010, onde a simples manifestação da vontade das partes passou a ser elemento bastante para o divórcio, independentemente de se buscar a culpa pelo rompimento do vínculo matrimonial.

Atualmente, embora o Estado ainda regulamente o casamento por intermédio de normas cogentes, claramente há preponderância da autonomia da vontade, reafirmando-se que os as decisões a respeito do início ou término da sociedade conjugal representam elementos essenciais à escolha de vida digna de cada pessoa. Assim, o atual tratamento dado ao tema é de um *paternalismo fraco*.

---

[23] BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. De 16 de julho de 1934. Disponível em <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.
[24] BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

Observa-se, conforme ensinam Eduardo Cambi e Elisângela Padilha, que a efetivação da dignidade humana, preservando aquilo que de mais intrínseco há na pessoa, passa pela necessidade de se assegurar que a pessoa participe da construção do seu próprio destino, conclusão que inegavelmente engloba a autodeterminação afetiva:

> A dignidade, em sentido jurídico, é uma qualidade intrínseca do ser humano que gera direitos fundamentais: i) de não receber tratamento degradante de sua condição humana (dimensão *defensiva*); ii) de ter uma vida saudável (dimensão *prestacional*), vale dizer, de ter a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social (conforme os parâmetros de vida saudável da Organização Mundial de Saúde); iii) de participar da construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (*autonomia e cidadania*)[25]-[26].

O divórcio extrajudicial, cujas características já foram vistas em tópico próprio, sem dúvidas se traduz, hoje, em relevante mecanismo de efetivação desse essencial traço da condição humana (leia-se: autodeterminação e autonomia afetiva), notadamente porque se apresenta como meio mais célere e desburocratizado para que a vontade das partes seja juridicamente concretizada.

5. CONCLUSÃO

Em razão dos argumentos anteriormente expostos pode-se concluir, de maneira ampla, que o divórcio extrajudicial é, hoje, importante mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, aponta-se, como conclusões específicas, o que segue:

a) Os direitos da personalidade possuem ampla dimensão na atual conjuntura jurídica. Sendo fruto de longa evolução histórica, dialogando com elementos de índole multidisciplinar, não se enclausuram no restrito rol positivado no CC/02.

b) Os direitos da personalidade se relacionam, de um modo geral, com a própria *condição humana*, albergando todos os elementos que a definem. Neste ponto,

[25] CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. *Dimensões da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Revista de Direito Privado , v. 71/2016, p. 111 – 128, Nov / 2016
[26] Destaque acrescentado.

calha ressaltar, para os propósitos deste trabalho, a visão de que o ser humano, ainda que ontologicamente considerado, é um ser naturalmente *relacional*. Isto quer dizer que é próprio da *condição humana* o estabelecimento de relações intersubjetivas, de maneira que a tutela de tais relações, no atual conceito, se dá como meio de efetivação dos direitos da personalidade. Em suma, não basta, para a adequada proteção dos direitos da personalidade que se promova a tutela do ser isoladamente considerado (seja seu íntimo ou seu corpo).

c) O divórcio, nesta linha de pensar, se traduz em inegável meio de efetivação dos direitos da personalidade. Em primeiro lugar porque o instituto lida, por sua característica, com direitos próprios de tal categoria jurídica, destacando-se, por exemplo, a modificação do nome (e a possibilidade de sua manutenção após o divórcio).

d) Entretanto, o divórcio tem hoje uma face ainda mais especial em seu papel de efetivação dos direitos da personalidade: a sua forma extrajudicial, fruto de um longo fluxo histórico, catalisada por reclamos doutrinários, implica hoje em elevado respeito à *autonomia da vontade* quanto aos próprios destinos afetivos. Como visto, sendo a pessoa humana um ser naturalmente relacional, garantir que o Estado não intervenha de maneira imoderada nas escolhas afetivas é, certamente, importante medida de efetivação dos direitos da personalidade.

e) Historicamente o tema do divórcio sempre foi afetado por intenso paternalismo jurídico, a exemplo do tratamento dado pela Constituição de 1934 que, como visto, deixava claro que o casamento pertencia ao Estado e o vínculo era indissociável. De pouco em pouco tal paternalismo jurídico, violador das liberdades, foi cedendo em razão do maior respeito à autonomia da vontade. A Constituição de 1988 já havia , em sua origem, promovido importante avanço, embora ainda preservasse um paternalismo *moderado*, notadamente quando exigia a separação obrigatória e prévia. Com a Emenda Constitucional 66/2010, no entanto, o paternalismo jurídico se apresenta *fraco*, deixando o divórcio hoje na condição de simples direito potestativo da parte, enaltecendo-se a importante da autonomia da vontade afetiva como salutar elemento da condição humana.

f) De tal maneira, sendo o meio mais célere e eficaz, o divórcio extrajudicial, dentro das limitações legais impostas (*v.g* apenas para maiores e capazes, onde não haja litígio), caracteriza-se atualmente como um importante meio

de efetivação dos direitos da personalidade (dentro de sua concepção relacional), sendo efetivador da *liberdade afetiva*.

REFERÊNCIAS

BARRETO NETO, Heráclito Mota. *Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal.* Revistas de Criminologias e Políticas criminais. Minas Gerais. v.1, n. 2, p.112-143. Jul/Dez 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 919/2012, p. 127 – 195,Maio/2012.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. De 16 de julho de 1934.Disponívelem<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de ProcessoCivil. Disponívelem:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

BRASIL, TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1619350-7 - Arapongas - Rel.: Mario Nini Azzolini -Unânime - J. 26.07.2017. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 28/03/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1482843/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015.

CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. *Dimensões da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Revista de Direito Privado , v. 71/2016, p. 111 – 128, Nov / 2016.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade.* 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já*!. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

_____. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 23. ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade: fundamentação ontológica da tutela***.** 1. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 8/2015 | p. 473 - 478 | Ago / 2015 | DTR\2015\11483.

REQUIÃO, Maurício, *Autonomias e suas limitações.* São Paulo: Revista de Direito Privado, vol. 60/2014, p. 85-96. Out-Dez/2014

SILVA, Edson Ferreira da. *Direitos de personalidade - os direitos de personalidade são inatos?*. São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 694/1993. p. 21 - 34 .Ago / 1993 | DTR\1993\404

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentai nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.