(Parecer n. 284/2019-E)

MANIFESTAÇÃO DO COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO, CONTRÁRIA AO "DIVORCIO IMPOSITIVO". EVENTUAL IMPOSSIBILIDADE DE REGRAMENTO ADMINISTRATIVO DA MATÉRIA A FALTA DE LEGISLAÇÃO. SUGESTÃO DE ENCAMINHAMENTO À CORREGEDODORIA NACIONAL DE JUSTIÇA.

Trata-se de manifestação do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo referindo impossibilidade da previsão do denominado "divórcio impositivo" por regra administrativa.

É o breve relatório.

A criação de regramentos administrativos do serviço extrajudicial pelas Corregedorias Gerais de Justiça tem natureza jurídica administrativa.

O artigo 733 do Código Civil estabelece a possibilidade de divórcio consensual por meio de escritura pública, nos seguintes termos:

> *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.*

Imprescindível, portanto, o acordo de vontade entre os cônjuges e a utilização da forma de escritura pública.

Não há outra previsão legislativa de divórcio na via extrajudicial que não essa.

Um ato administrativo regulamentar não pode criar obrigações sem previsão em normas jurídicas, guiadas pela Constituição Federal.

A atividade administrativa regulamentar não tem poder para criar direitos e obrigações sem previsão legislativa em sentido amplo.

Pertinentes as ponderações de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 1.019):

> *Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares.*
>
> *Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outra palavras, não basta a simples relação de não contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.*

Mesmo com compreensão mais ampla da noção de legalidade para fundamentar e legitimar a ação administrativa, ao tratar da genérica dependência de lei para Administração, refere Carlos Ari Sunfeld (*Direito administrativo para céticos*. Malheiros: São Paulo, 2017, p. 256):

> *Para agir, o administrador deve contar com algum tipo de outorga de competência feita por lei, ainda que de modo relativamente amplo e aberto. Em princípio, a Administração não é autônoma, não pode agir sem base em lei alguma, não pode editar atos e normas totalmente autônomos.*

O divórcio, na via extrajudicial, exige **(i)** consenso entre os cônjuges, **(ii)** escritura pública e **(iii)** obediência às previsões compatíveis previstas no artigo 731 do Código de Processo Civil – partilha de bens comuns e disposições concernentes à pensão alimentícia entre os cônjuges.

Nessa perspectiva, não é possível a regulamentação pela Administração Pública de divórcio extrajudicial de modo contrário ao previsto em lei.

A legalidade administrativa, segundo Gustavo Binenbojm (*Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 153/154), pode manifestar-se de dois modos básicos: como princípio de preferência de lei (ou princípio da precedência, compatibilidade, ou preeminência) ou como princípio da reserva da lei (ou conformidade). Ao comentar o primeiro princípio, afirma:

> *O princípio da preferência de lei significa, para o direito administrativo, que o administrador público, em sua atuação, seja ela regulamentar, seja de atos concretos, não pode contrariar o que prescreve a lei, que terá preeminência em face de qualquer outro ato contrário a ela. Os atos contrários à disposição legislativa serão, assim, inválidos.*

A obrigatoriedade, prevista em lei, da escritura pública para realização do divórcio extrajudicial não pode ser afastada por norma administrativa

ante a decisão legislativa da atuação do notário, objetivando, entre outras funções, a segurança preventiva e, em campo mais amplo, a concretização do justo.

Mónica Jardim (*Escritos de direito notarial e registral e direito registral*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 12) trata da segurança preventiva da atividade notarial da seguinte forma:

> *A intervenção notarial harmoniza os interesses das partes, dissipa mal entendidos e interpretações erróneas, equilibra as relações, configura-as legalmente e dota-as - mediante a redução a documento público - de força probatória e executiva, e por último, fomenta o respeito pela autonomia de obrigações, reduzindo, consequentemente, custos pessoais, psicológicos, económicos e sociais ao evitar consequências inicialmente não queridas, tais como o litígio, com os seus habituais corolários de ruptura de relações, incerteza quanto ao tempo a despender e quanto à solução final, que só agradará a uma das partes, pois se uma ganha, é porque outra perde.*

Ricardo Dip (*Prudência notarial*. São Paulo: Quinta, 2012, p. 33), ao tratar da relevância profissão notarial, expõe:

> *O que, efetivamente, dá forma à especialização notarial são dois atributos funcionais que não se satisfariam sem a liberdade da profissão notarial: a assessoria e o conselho, que pressupõem a independência jurídica do notário e sua vocação primacial ao que é justo, sem excluir a agregada persecução da res certa.*
>
> *Podem conviver essas características notariais porque o serviço público tende a preponderar na tarefa documentária, ao passo que a independência jurídica do notário mais se calca nas funções de assessoramento e conselho.*

Ainda que o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal não estabeleça impedimentos para decretação do divórcio, é certo que não há norma legal que permita seu decreto de modo unilateral na via extrajudicial.

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal consagra o devido processo legal como um direito fundamental, razão pela qual a indisponibilidade desse direito impede atuação que imponha regramento diverso da via jurisdicional.

A Administração Pública tem o dever de atuar na realização dos direitos fundamentais (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 140 e ss.).

Nessa perspectiva, eventualmente, o chamado "divórcio impositivo" realizado na via extrajudicial, com a vontade de apenas um dos cônjuges e sem a forma de escritura pública, não seria passível de regulamentação na esfera administrativa de forma autônoma.

A situação jurídica ativa considerada como direito potestativo é a que atribui a seu titular o poder, mediante o exercício de uma faculdade, de alterar a ordem jurídica criando uma posição desfavorável a outro sujeito em obediência à realização do interesse do titular do direito potestativo em virtude da constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica passiva. Note-se que essa condição, também chamada de poder formativo, confere ao titular da situação jurídica de direito potestativo um grau máximo de tutela pelo ordenamento, uma vez que, com o exercício do poder que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico poderá (ou não, segundo seu interesse), independentemente da vontade do titular da situação jurídica passiva, portanto, unilateralmente, criar efeitos jurídicos não apenas em sua esfera, mas, igualmente, naquela do sujeito que sofre o exercício da faculdade concedida ao titular da situação jurídica ativa e nada pode fazer para neutralizar ou impedir a atuação do titular do direito potestativo.

A compreensão do divórcio como exercício de um direito potestativo não permitiria seu processamento na via extrajudicial, porquanto no direito de família o exercício de direitos potestativos deve ocorrer, por falta de previsão específica, na via jurisdicional.

Nesse sentido, o entendimento de Agnelo Amorim Filho (*As ações constitutivas e os direitos potestativos*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil vol. 2. p. 25 - 43, Out / 2011):

> *Ao primeiro grupo pertencem todos aquêles casos em que o direito potestativo está vinculado a relevantes interêsses de ordem pública e por isso o direito positivo submete seu exercício a uma rigorosa fiscalização por parte do Judiciário, impondo a ação como via única e insubstituível de exercício. É o que ocorre, entre outros, nos seguintes exemplos: direito de anular o casamento (art. 222 do Código Civil (LGL\2002\400)); direito de dissolver a sociedade conjugal pelo desquite antes de decorridos dois anos do casamento (arts. 316 e 318); direito que tem o filho ilegítimo (art. 363) de obter o reconhecimento da filiação após a morte do pai (antes da morte do pai êle também tem êsse direito, mas então a via judicial pode ser substituída pelo reconhecimento voluntário, autorizado no art. 355); direito que tem o marido de contestar a legitimidade do filho nascido de sua mulher (arts. 344 é 178, § 3º) direito de promover a interdição (arts. 447 e segs.); direito de excluir o herdeiro nos casos de indignidade (o art. 1.596 usa, indevidamente, o verbo "declarar" em lugar de "decretar"); direito de impugnar o reconhecimento da filiação ilegítima (arts. 362 e 178, § 9º, VI); etc. etc.*
>
> *Nos exemplos citados não se dispensa a propositura da ação nem mesmo quando todos os interessados, inclusive os sujeitos passivos da relação (aquêles que sofrem a sujeição) estão de acôrdo em que o direito seja exercitado por outra via. É por êsse motivo que Calamandrei dá, às ações por meio das quais são exercitados aquêles direitos, a denominação de ações constitutivas necessárias, e a elas faz*

referências em várias passagens dos seus "Estúdios sôbre el proceso civil" (págs. 37, 152, 233, 238, 239 e 240 da trad. castelhana). Embora não tivesse feito uso da mesma denominação, Augusto Thon, em 1878, já assinalava a existência das ações constitutivas necessárias ("Norma giuridica e diritto soggettivo", trad. italiana, 2ª. ed., págs. 249 e 250).

Nessa quadra, não seria possível o exercício de direito potestativo na via administrativa, especialmente em virtude da falta de lei específica.

Eventualmente, pode ocorrer interesse do outro cônjuge em alguma questão prejudicial ao exercício do direito potestativo, a exemplo do ingresso com ação de nulidade do casamento.

Ante o exposto, o parecer que respeitosamente submetemos ao elevado critério de Vossa Excelência é no sentido do encaminhamento da manifestação do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo e das situações acima expostos à E. Corregedoria Nacional de Justiça para consideração que possa merecer.

Sub Censura.

São Paulo, 31 de maio de 2019.

Marcelo Benacchio
Juiz Assessor da Corregedoria

José Marcelo Tossi Silva
Juiz Assessor da Corregedoria

Paulo Cesar Batista dos Santos
Juiz Assessor da Corregedoria

Stefânia Costa Amorim Requena
Juíza Assessora da Corregedoria

CONCLUSÃO

Em 3 de junho de 2019, faço estes autos conclusos ao Desembargador **Geraldo Francisco Pinheiro Franco**, DD. Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Eu, _____, Escrevente Técnico Judiciário do GAB 3.1, subscrevi.

Aprovo o parecer dos MM. Juízes Assessores da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, determino a remessa da manifestação do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo e do parecer à E. Corregedoria Nacional de Justiça para conhecimento.

Publique-se a presente decisão e o parecer.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO
Corregedor Geral da Justiça