

DO CASAMENTO E DO DIVÓRCIO POR PROCURAÇÃO

Francisco Raulino Neto^[1]
Promotor de Justiça – Piauí

EMENTA: DIREITO CIVIL. ADMISSIBILIDADE DE CASAMENTO E DE DIVÓRCIO ADMINISTRATIVO POR PROCURAÇÃO. DIVÓRCIO JUDICIAL POR PROCURAÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA EFETIVIDADE PROCESSUAL.

SUMÁRIO: 1. JUSTIFICATIVA. 2. INTRODUÇÃO. 3. O QUE SE ENTENDE POR CASAMENTO. 4. CASAMENTO POR PROCURAÇÃO. MANDATO E PROCURAÇÃO. 5. DIVÓRCIO. 5.1. DIVÓRCIO JUDICIAL. 5.2. DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL. 6. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

1. JUSTIFICATIVA

A partir da consulta de um amigo, que mora fora e necessitava se divorciar, começamos a estudar o assunto, já que o divorciando não poderia se deslocar até Teresina, para a realização do divórcio.

Como já sabíamos da possibilidade de casamento através de procuração, e até do divórcio administrativo desta forma, passamos a pesquisar as razões pelas quais ainda não se admitia o divórcio judicial por procuração.

Concluimos que era uma exigência legal arcaica, para uma época em que os modernos recursos de comunicação permitem a superação de obstáculos antes aparentemente intransponíveis.

Até porque, arrimado nos princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade já se pode admitir a hipótese objeto de nosso estudo.

2. INTRODUÇÃO

Não se pode analisar qualquer hipótese relacionada ao divórcio sem antes analisar o casamento que ele faz findar.

Assim o fizemos, partindo da análise do que se entende por casamento, ao longo dos tempos. Chegamos às formas de divórcio, constatando que existe tratamento diverso, quando se pretende divorciar com a utilização de procuração, tanto que no divórcio extrajudicial se admite tranquilamente, enquanto no divórcio judicial, não.

Frente a isso, podemos afirmar, embasado em elementos jurídicos sólidos, que já se pode admitir a possibilidade de divórcio judicial por procuração.

3. O QUE SE ENTENDE POR CASAMENTO

Sílvio Rodrigues, arrimado em Modestino, conceituou casamento como "o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência^[2]".

Para Roberto Senise Lisboa, "casamento civil é a união formal entre sujeitos de sexos diversos entre si, celebrada perante a autoridade investida por lei, que representa o Estado, para a realização da cerimônia^[3]".

O casamento hoje, embora continue sendo uma união formal, já pode ser realizado entre pessoas do mesmo sexo, perante celebrante que represente o Estado.

4. CASAMENTO POR PROCURAÇÃO. MANDATO E PROCURAÇÃO

O casamento pode ocorrer entre presentes e entre ausentes. No primeiro caso, é realizado na presença de ambos os nubentes. No segundo, sucede mediante a representação do nubente que não puder se fazer presente na data da cerimônia.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho consideram o casamento por procuração uma tipologia especial de casamento, ao lado do casamento nuncupativo, do casamento em caso de moléstia grave e do casamento perante autoridade diplomática[4].

Maria Berenice Dias não concebe o casamento por procuração como uma espécie de casamento, mas como uma modalidade de casar (CC 1.542)[5].

Para melhor compreensão do tema, convém distinguir mandato de procuração.

Mandato é o negócio jurídico pelo qual o mandatário recebe poderes do mandante, para em nome deste último praticar atos ou administrar interesses. Este conceito se encontra no art. 653, do Código Civil.

A procuração é o documento ou título, público ou particular, por meio do qual uma pessoa estabelece quais são os poderes outorgados a outrem, para que possa praticar atos ou administrar negócios, em seu interesse.

A procuração, conforme o artigo citado acima, nada mais é do que o instrumento (ou consequência) do mandato.

Em se tratando de casamento por procuração, o nosso Código Civil estabeleceu, em seu art. 1.542, dois requisitos necessários: a forma pública e poderes especiais. Além disso, a eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias (§ 3º, do art. 1.542).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também destacam importante orientação proveniente do Consulado-Geral do Brasil em Lisboa:

"A legislação brasileira permite casamento por procuração. Neste caso, o cidadão português deverá lavrar a procuração em Notário Público e autenticá-la no Consulado-Geral. No texto deste instrumento particular constará igualmente o nome e a qualificação da pessoa com quem pretende casar, o regime de bens e o nome que passará a adotar, (noiva ou noivo) após o casamento"[6].

Sabemos que é possível que um dos noivos se ausente e seja representado por um mandatário. Haverá, entretanto, a possibilidade de realização do casamento com a ausência dos dois nubentes, se estes estiverem representados?

Tanto faz que haja a ausência de um ou de ambos os noivos. A única exigência é que o procurador represente apenas um do casal. Na ausência dos dois, serão necessárias duas procurações, com mandatários distintos, um para cada consorte. Esta restrição existe porque sendo o casamento um ato bilateral, necessária se faz a manifestação de duas vontades, uma do cônjuge varão e outra do cônjuge varoa.

Como vimos até aqui, é prevista expressamente a possibilidade de casamento por procuração, mas nada foi dito sobre a possibilidade da realização do divórcio através de procuração.

5. DIVÓRCIO

5.1. DIVÓRCIO JUDICIAL

O divórcio, ao lado da morte e da invalidez do casamento, é uma das formas de extinção do vínculo conjugal ou o rompimento de todos os laços do casamento.

O divórcio judicial é tradicional no Direito brasileiro, uma vez que, desde a sua consagração por intermédio da Lei nº 6.515/1977, sempre se exigiu a instauração de um procedimento, consensual ou litigioso, perante o Poder Judiciário, para a obtenção da dissolução do vínculo conjugal.

Enquanto o divórcio judicial indireto resultava tão somente da conversibilidade de anterior sentença de separação judicial já transitado em julgado, no divórcio judicial direto houve uma ampliação da eficácia do instituto (até então existente na legislação infraconstitucional), com a Constituição de 1988, que passou a admitir o divórcio desde que o casal estivesse separado de fato há mais de dois anos (art. 226, § 6º).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, pretendeu-se facilitar a realização do divórcio, com implementação de dois pontos fundamentais: (1) a extinção da separação judicial e (2) a extinção da exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.

O Código Civil, em seu art. 1.582, conferiu exclusivamente aos cônjuges a legitimidade para pleitear o divórcio, autorizando, através de legitimação extraordinária, a substituição processual, pelo curador, ascendente ou irmão, em caso de incapacidade (mental), reconhecida por decisão judicial.

"Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão".

Embora o Código Civil não diga expressamente que o divórcio pode ser requerido por procuração, alguns juízes há muito admitem esta possibilidade, inclusive quando um dos cônjuges não comparecer à audiência ou não estiver morando no Brasil.

Esse, por exemplo, é o entendimento do Des. João de Almeida Branco, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que em decisão inédita (Apelação Cível nº 89.409-3/188 – 200501172496, de 23.03.2006), reformando sentença da justiça goiana, concedeu divórcio litigioso por procuração a uma brasileira residente em Nova York, nos Estados Unidos da América, representada por seu pai. O marido, citado por edital, foi representado por uma curadora especial. O Desembargador Relator ponderou que é bastante contundente que nos tempos atuais, com os modernos recursos de comunicação (como a teleconferência e a informática), não são mais cabíveis normas que exigem a presença de seres humanos em certo lugar, para a prática de um ato judicial quando este pode ser praticado por representação. O Desembargador concluiu que "o que se deve ter em mente é que na busca de se dar efetividade ao direito material, desnecessária às vezes é a rigidez da formalidade". A decisão foi unânime.

Levou-se em consideração, também, a existência de dois princípios: da instrumentalidade das formas e da efetividade processual.

De acordo com o princípio da instrumentalidade das formas, o ato processual que alcançar a finalidade para o qual foi elaborado será válido, eficaz e efetivo, mesmo que praticado por forma diversa da estabelecida em lei, desde que não traga prejuízo substancial à parte adversa.

Elpídio Donizetti esclarece que "conquanto não previsto expressamente no texto constitucional tampouco no Código de Processo Civil, o princípio da efetividade decorre do devido processo legal (cláusula geral) e constitui um metadireito (direito sobre direito), que garante que todos os demais direitos se efetivem" [7].

5.2. DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

Diante das exigências sociais, ecoadas na comunidade jurídica, favoráveis à desjudicialização das separações conjugais, quando não houvesse litígio, a Lei nº 11.441/2007 possibilitou a existência de divórcio ou a separação consensual serem feitos nas vias administrativas, mediante escritura pública.

Rolf Madaleno, analisando o divórcio extrajudicial da Lei nº 11.441/2007, tece algumas considerações das quais destacamos três:

"(...) devem ter os cônjuges a livre escolha entre o caminho judicial ou extrajudicial de seu divórcio, até porque contam com o segredo de justiça apenas para a opção judicial, pois os atos jurídicos, quando formalizados pelo notário, são atos públicos, ou seja, seu conhecimento é de domínio público, podendo não interessar aos divorciandos o livre acesso autorizado por lei ao divórcio formalizado por escritura pública.

O divórcio extrajudicial pode ser contratado por escritura pública se o casal não tiver filhos menores ou incapazes, uma vez presente o pressuposto único do prévio casamento, tendo sido eliminados quaisquer outros requisitos antecedentes, como a exigência de prazo de casamento ou de separação de fato ou de direito para o divórcio.

-
-

A Lei nº 11.441/2007 não fazia nenhuma menção expressa ao divórcio por conversão, sugerindo uma leitura mais açodada da legislação: só estar normatizando o divórcio consensual-administrativo-direito proveniente de uma prévia separação de fato do casal igual ou superior a dois anos" [8].

A Resolução CNJ nº 35/2007 disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/2007 pelos serviços notariais e de registro, estabelecendo em seu art. 36 o que se segue:

"Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) seprando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias".

Pelo visto, os cônjuges não são obrigados a comparecer no cartório, podendo se fazer representar no ato por um procurador, desde que constituído por procuração pública, a qual deverá conter poderes especiais e expressos para essa finalidade, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de 30 (trinta) dias. Importante destacar que é vedado ao advogado cumular as funções de assistente jurídico (que assinará a escritura pública como advogado) e procurador de uma das partes.

O art. 733, do Código de Processo Civil, trata da questão ora analisada:

"Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual da 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[9]".

6. CONCLUSÃO

Depois de toda a pesquisa realizada, tornamos a nos indagar: - pode ocorrer divórcio judicial por procuração?

Entendemos que sim.

Isso porque se o casamento, que é um ato personalíssimo, pode ser realizado por procuração, desde que por instrumento público e com poderes específicos.

Se o divórcio extrajudicial admite a procuração, por que não se pode admitir o divórcio judicial por procuração, se não houver a possibilidade de propositura da ação ou comparecimento em audiência?

Os princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade processual respaldam a nossa resposta afirmativa.

BIBLIOGRAFIA

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. rev., atual., ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. VI.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: Direito de família e sucessões. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Vol. V, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. VI, 1979.

[1] Promotor de Justiça da 37ª Promotoria de Justiça (Teresina), com atuação perante a 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Teresina – Estado do Piauí. Membro Colaborador da Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público, perante o CNMP.

[2] RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. VI, 1979, p. 15.

[3] Manual elementar de direito civil: Direito de família e sucessões. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Vol. V, 2002, p. 60.

[4] Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. VI, p. 145.

[5] Manual de direito das famílias. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

[6] Op. cit., p. 147.

[7] Curso didático de direito processual civil. 19. ed. revista e completamente reformada conforme o Novo CPC – São Paulo: Atlas, 2016, pp. 63 e 66.

[8] MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.412.

[9] O CPC/1973 tinha um artigo (1.124-A) correspondente e mais abrangente.