

DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL SEGUNDO A LEI 11.441/2007: UMA ABORDAGEM CRÍTICA E DISCUSSIVA SOBRE AS OMISSÕES DA NOVATA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

MILENA CINTRA DE SOUZA*

“O objetivo da lei foi desburocratizar, simplificar, baratear o serviço, sem perda da seriedade e segurança dos atos jurídicos. Temos que interpretar a Lei no sentido de torná-la eficaz, não no de procurar, com espírito de burocracia, às vezes proposital, impedir o cumprimento completo dessa Lei”
Zelo Veloso (Jurista).

INTRODUÇÃO

Na tentativa de reduzir o número absurdo de processos judiciais acumulados nas diversas varas cíveis espalhadas por todo Brasil, foi editada a Lei nº. 11.441/2007 que, entre outros temas da seara familiar, prevê a figura do divórcio direto consensual na via administrativa, sinônimo de um grande avanço jurídico e social para toda sociedade, tema abordado a seguir.

A verdade é que a Lei 11.441/ 2007, paralelamente ao grande avanço alcançado, é vaga, deixando muita coisa sem analisar ou prever, de forma que todos os profissionais podem ter dúvidas quando da sua aplicação. Levando em conta a particularidade de cada caso concreto, devem os advogados e tabeliões, na falta de uma legislação mais ampla sobre o assunto, aplicar a novata lei da forma mais adequada e sensata, tendo como base as lições dos juristas da área do Direito de Família e Fiscal que vêm discutindo o tema em grupos de estudos montados pelas Corregedorias Gerais em todo país.

A necessidade da presença de testemunha como prova do requisito temporal de dois anos de separação de fato do casal, o local para realização desse divórcio, ou melhor, o cartório competente para realização do mesmo, a possibilidade de representação dos cônjuges no ato da elaboração da escritura pública de divórcio

pelo tabelião, o valor dos honorários advocatícios nesses casos, entre outras, são algumas das questões que, ao se constituírem pontos ocultos na recente legislação, têm provocado dúvidas e discussões na prática forense quando da aplicação da mesma pelos advogados e tabeliões nos quatro cantos do país.

DESENVOLVIMENTO

Como um grande passo à negociação e à mediação familiar, o advento da referida lei desmistificou a idéia de que os cônjuges e seus sucessores necessariamente são adversários e precisam da intervenção do poder decisório do Judiciário para a pacificação social e conciliação de interesses puramente privados. Uma vez preenchidos os requisitos legalmente previstos, possibilitou-se a dissolução definitiva do vínculo conjugal diretamente no cartório, de forma mais célere e sem necessidade de posterior homologação judicial.

Os requisitos mínimos exigidos para o exercício da nova faculdade legal, além do consenso sobre todas as questões emergentes da separação, são: a) a inexistência de filhos menores ou incapazes do casal; b) a escritura pública lavrada por tabelião de notas; c) a observância do prazo de dois anos de separação de fato; e) assistência de advogado, cuja qualificação e assinatura devem constar do ato notarial; f) registro da escritura pública no Cartório de Registro de Pessoas Naturais e no Cartório de Registro de Imóveis se houver bens imóveis na partilha; g) o pagamento dos emolumentos em todos os cartórios extrajudiciais, salvo para aquelas pessoas que se declararem pobres sob as penas da lei (art. 1.124-A, parágrafo 3º da Lei 11441/2007).

A escritura pública lavrada pelo tabelião no cartório escolhido pelo casal deve expressar de forma inequívoca a livre decisão do casal sobre: a fixação da pensão alimentícia (valor e forma de pagamento) que um cônjuge pagará ao outro ou a sua dispensa, se for o caso; a descrição pormenorizada e partilha dos bens em comum, se os houver; a decisão comum no que se refere ao nome dos cônjuges, ou seja, o consenso de ambos sobre a manutenção do nome de casado ou o retorno à utilização do nome de solteiro. Vale ressaltar que, ao tratar-se de divórcio

consensual, os divorciandos devem estar em acordo com todos esses pontos, sob pena de impossibilitar o tabelião de lavrar a escritura pública, na medida em que qualquer litígio deve ser resolvido pelo casal no período anterior à entrada do pedido em cartório.

No que se refere à possibilidade de representação de um dos cônjuges quando da lavratura da assinatura da escritura pública, diante da omissão da nova legislação, existe divergência jurídica, partindo-se, entretanto, do ponto comum da indispensável assistência e presença do advogado na lavratura da escritura, como garantia da defesa dos interesses de ambos os cônjuges.

De um lado, admite-se sim a representação por procurador, com poderes específicos e suficientes, por instrumento público ou particular de procuração, uma vez que não há vedação legal e é simétrico ao ato solene do casamento, que permite a representação convencional do nubente.

Em contrapartida, há os que defendem a impossibilidade da representação nesses casos, alegando ser este um ato personalíssimo, aplicando analogicamente os artigos do Código Civil Brasileiro no que concerne ao divórcio como também à separação judicial. Citam-se, entre outros, o que dispõem os artigos 1576, parágrafo único, e 1582, “caput”, c/c com o art. 1120 do CPC *in verbis*: .

”Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.”

“Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.”.

“Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.”

Deve-se analisar, entretanto, que esses e os artigos geralmente citados por essa corrente de pensamento referem-se ao procedimento judicial no qual os cônjuges devem se manifestar “perante o juiz”, que homologará a separação, se esse for o caso. Aí, entra a figura do juiz que deve propor a reconciliação e

esclarecer as conseqüências da manifestação de vontade do casal, o que não ocorre no procedimento administrativo da escritura pública.

A possibilidade da procuração é, sem dúvidas, mais acertada, com base nos argumentos já citados e utilizados pela sua corrente defensora: inexistência de vedação legal expressa a respeito, como também pela simetria com o ato formal e solene do casamento que permite a mesma. Nessa linha de pensamento, não seria lógico no divórcio consensual direto na via administrativa, criado para simplificar o processo de divorcio no Brasil, não ser cabível a representação por procuração no ato da lavratura da escritura pública, desde que a mesma tenha poderes expressos, pois exorbitam os da simples administração, conforme art. 661 CC, constando da mesma todas as declarações necessárias e que devem constar da escritura.

Na falta de legislação e doutrina abundante a respeito, orientações têm sido expedidas por centros de pesquisas em alguns estados brasileiros:

A CGJ de São Paulo, nas orientações que expediu, autoriza a representação por procurador.

Já no Rio Grande do Sul, a CGJ/RS, através do Prov. 04/07, que alterou artigo da CNNR, normalizou, no **artigo 619-A**, proibindo a utilização de procurações:

“§ 4º - OS CÔNJUGES COMPARECERÃO PESSOALMENTE PARA A LAVRATURA DO ATO NOTARIAL, INADMITIDA A SUA REPRESENTAÇÃO POR PROCURAÇÃO. FIRMADA A ESCRITURA PÚBLICA, A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO CONSIDERAM-SE IRRETRATÁVEIS, SENDO DECLARADA A RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ASSINATURA DE PRÓPRIO PUNHO, QUANDO A SUBSCRIÇÃO A ROGO SE FIZER NECESSÁRIA.”

Questão controvertida também é a necessidade de testemunha quando da comprovação do requisito temporal necessário de dois anos de separação de fato para efetivação do divórcio direto. Apesar de haver quem defenda a idéia de que a simples declaração do casal bastaria, parece ser opinião majoritária os defensores da necessidade de, no mínimo, uma testemunha que conheça os fatos para atestar a separação de fato do casal, opinião defendida, inclusive, pelo grande grupo de

estudos do Colégio Notarial do Brasil, Seção São Paulo, realizado em 13 de janeiro de 2007 que tem servido de parâmetro para os juristas em todo Brasil.

Na mesma linha de pensamento, no Rio Grande do Sul, a CGJ/RS, através do Prov. 04/07, que alterou artigo da CNNR, normatizou, no artigo 619-F, a questão relativa às testemunhas, no seguinte sentido:

*“ART. 619-F – PODERÁ SER LAVRADA ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO DIRETO, DESDE QUE COMPROVADA A SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS, MEDIANTE O COMPARECIMENTO AO ATO NOTARIAL DE **PELO MENOS UMA TESTEMUNHA**, EXCETO NOS CASOS ELENCADOS NO ART. 228, DO CÓDIGO CIVIL.*

PARÁGRAFO ÚNICO - A PROVA TESTEMUNHAL PODERÁ SER SUPRIDA POR DECLARAÇÃO COM RECONHECIMENTO DE FIRMA POR AUTENTICIDADE, QUE SERÁ MENCIONADA NO ATO NOTARIAL E ARQUIVADA NO TABELIONATO, OBSERVADA A VEDAÇÃO DO ARTIGO 228, DO CÓDIGO CIVIL, E O DISPOSTO NO ARTIGO 405, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.”

Em concordância com a necessidade de, no mínimo, uma testemunha para atestar a separação de fato do casal, vale destacar, ainda que, a solução dada pelo Colégio Notarial do Brasil, Seção São Paulo quando da falta dessa única pessoa, excepcionalmente, é que, uma vez consignado tal fato pelo Tabelião, é perfeitamente aceitável a tomada da declaração do plenamente capaz que tenha parentesco com os divorciandos.

O mais recomendável é que a prova desse requisito temporal não se reduza à simples prova documental juntada pelas partes envolvidas, funcionando a testemunha, prova facilmente obtida pelo casal (ex-vizinhos, por exemplo), como terceiro interveniente nesse novo processo de divórcio, desde que observadas as determinações do art. 405 do CPC.

A lei impõe a assistência do advogado ao ato. A assistência do mesmo, apesar de ter seu trabalho simplificado com a nova legislação, não pode se resumir a simples presença formal ao ato para sua autenticação, mas sim participar de forma efetiva no assessoramento e na orientação do casal no momento anterior a ida no

cartório, esclarecendo as dúvidas de caráter jurídico e elaborando a minuta do acordo ou dos elementos essenciais para a lavratura da escritura pública.

Ponto que permanece, na maioria dos estados brasileiros, vago é no que se refere aos honorários advocatícios nesses casos, sendo esse o motivo de grandes dúvidas do advogado na nova prática perante os cartórios.

De acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil é necessário ter uma tabela pré-fixada que estipule os honorários mínimos para todos os serviços a serem prestados pelo advogado. Acontece que, na maioria dos estados da Federação hoje, não há ainda tabela para esse tipo de serviço no cartório extrajudicial tendo em vista o pouco tempo de vigência da lei.

A tendência é a redução dos honorários advocatícios em relação ao trabalho do advogado em Juízo pela simplificação do procedimento perante os cartórios brasileiros. Um exemplo nítido dessa tendência é a Resolução do Conselho Pleno da OAB/DF tendo reduzido em 50% a tabela de honorários cobrados em casos de separação, divórcio e inventário consensuais feitos diretamente nos cartórios. A decisão foi tomada pelo Conselho Seccional para adequar a tabela à nova lei — PLS 155/2004 — que altera dispositivos do Código Civil e do Código do Processo Civil.

Antes, os casos de separação judicial consensual sem bens a partilhar correspondiam a 40 Unidades de Referência de Honorários (URH), ou R\$ 4.058,00 (quatro mil e cinquenta e oito reais). Com a decisão, esse valor cai para R\$ 2.029,00 (dois mil e vinte e nove reais) e ou 20 URHs. O valor de cada URH fixado para fevereiro é de R\$ 101,45 (cento e um reais e quarenta e cinco centavos).

Já nos casos de divórcio direto judicial consensual, sem bens a partilhar, os honorários foram reduzidas de 60 URH (R\$ 6.087,00) para 30 URH (R\$ 3.043,50). Nos dois casos, havendo bens a partilhar, o acréscimo de 5% (cinco por cento) foi reduzido também para 2,5% (dois e meio por cento).

A Ordem dos Advogados do Brasil em todos os estados devem, urgentemente, nomear um grupo de conselheiros e advogados para elaboração da proposta dos valores específicos para esse tipo de trabalho. Na falta dessa orientação nos estados, recomenda-se o advogado ter como base os valores

estabelecidos para os processos judiciais de divórcio, com a opção de cobrar menos tendo em vista a simplicidade e especificidade de cada caso concreto.

A dissolução da sociedade conjugal por consenso muitas vezes é uma atitude muito mais sensata. Não deve haver nada mais constrangedor às partes e à própria autoridade mediadora do que tentar conciliar um casal maduro que já decidiu, muitas vezes até de forma irretroatável entre eles, pelo rompimento do vínculo e, não raro, já está convivendo com outra pessoa, tendo com a mesma formada outra família. Assim, a maior vantagem da novata lei é, sem dúvidas, a desnecessidade de um longo processo judicial, obtendo as partes, com assistência de seu advogado, a dissolução do vínculo conjugal, através dos Cartórios de Notas (cartório que autentica firmas).

O cartório competente para realização do divórcio, diante da omissão da lei, é de livre escolha dos divorciandos que devem entrar em consenso a respeito do mesmo, assim como devem fazer diante dos demais pontos já mencionados acima e que devem constar na escritura pública. Dessa forma, não se aplica as regras de competência do Código de Processo Civil nesses casos, sendo livre a escolha do Tabelião para dissolução do casamento, comumente, o cartório mais perto do domicílio de ambos.

Outro ponto de destaque da lei em questão é a possibilidade do casal proceder à partilha juntamente com o divórcio, como também poderá optar por deixar a partilha para o futuro, lembrando sempre que a escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, fiscalizando o Tabelião o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual específica, como também a vedação legal quando se trata de bens localizados no estrangeiro.

O divórcio produz seus efeitos imediatamente na data da lavratura da escritura pública, porque esta não depende de homologação judicial. O traslado extraído da escritura pública é o instrumento hábil para averbação do divórcio junto ao registro público do casamento e para o registro de imóveis, se houver.

CONCLUSÃO

É perceptível, assim, que a nova lei, apesar de algumas dificuldades que ainda a acompanham quando da sua aplicação, deu um grande avanço à negociação e à mediação familiar, permitindo ao casal já maduro na sua decisão de ruptura matrimonial, efetivar seu divórcio, com assistência do seu advogado, sem precisar se submeter a delongas do Judiciário Estadual em questões menos complexas como a do divórcio direto consensual.

Finalmente, é preciso utilizar da melhor forma o novo diploma legislativo com o escopo facilitador e desburocratizador dos processos de divórcio em todo o país, superando as dificuldades deixadas pelo legislador, o que tem sido feito de forma gradativa nos simpósios e grupos de estudos em várias capitais brasileiras, dirimindo as inúmeras dúvidas dos profissionais envolvidos nessa nova prática jurídica. É nessa linha de pensamento que se encerra o presente trabalho com a lição do ilustre Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça, Dr. Roberto Maia:

“... Nós que trabalhamos com o Direito somos muito conservadores. Até hoje utilizamos expressões em latim e estudamos muito Direito Romano na faculdade. Precisamos perder o medo do que é novo, não enxergar apenas dificuldades, mas sim enfatizar e aperfeiçoar as coisas boas que a nova Lei trouxe.”

(Parte da entrevista concedida pelo Dr. Roberto Maia quando da realização da VIII Edição do Educartório realizado, em 20 de janeiro de 2007 na cidade de São José do Rio Preto tendo como enfoque a Lei 11441/2007).

BIBLIOGRAFIA

→ PEREIRA, Sérgio Gischknow. Direito de Família: Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco e filiação. Editora: Livraria do Advogado, Edição: 1. Ano: 2007.

→ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família, vol. 6. Ed. Atlas, Edição: 7 2007.

→ Portal de Cartórios do Brasil. Disponível em www.cartorio.com.br. Acessado em 5 a 13/06/2007.

→ Conclusões do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG-01/2007, a respeito de separações, divórcios, inventários e partilhas extrajudiciais. Publicadas no Diário Oficial do Estado de São Paulo (Judiciário - Caderno I).

*** MILENA CINTRA DE SOUZA**

Formada em Direito pela Universidade Católica do Salvador

Advogada

Contato: milena89@hotmail.com