

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**LEI Nº. 11.441/07: AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO NOTARIAL EM
BENEFÍCIO DA SOCIEDADE BRASILEIRA – ANÁLISE DA
SEPARAÇÃO, DIVÓRCIO, INVENTÁRIO E PARTILHA
CONSENSUAIS.**

Marcela Ramos de Paula

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**LEI Nº. 11.441/07: AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO NOTARIAL EM
BENEFÍCIO DA SOCIEDADE BRASILEIRA – ANÁLISE DA
SEPARAÇÃO, DIVÓRCIO, INVENTÁRIO E PARTILHA
CONSENSUAIS.**

Marcela Ramos de Paula

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Professor
Francisco José Dias Gomes

**LEI Nº. 11.441/07: AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO NOTARIAL EM
BENEFÍCIO DA SOCIEDADE BRASILEIRA – ANÁLISE DA
SEPARAÇÃO, DIVÓRCIO, INVENTÁRIO E PARTILHA
CONSENSUAIS.**

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Francisco José Dias Gomes

Sandro Marcos Godoy

Giovana Devito dos Santos

Presidente Prudente, 10 de junho de 2011

Tudo flui, nada persiste,
nem permanece o mesmo
o ser não é mais do que o vir-a-ser.

Heráclito de Efésio

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que guia meus passos, permitindo que eu aqui estivesse, e a minha família pela paciência e dedicação despendidas ao longo de todos esses anos.

Agradeço ao meu tio Paulo Roberto Ramos pelo auxílio prestado e dedicação em me ajudar a qualquer tempo.

Venho também agradecer ao mestre e orientador Francisco Dias Gomes pela atenção e incentivo proporcionados durante a produção do presente trabalho.

Agradeço, por fim, aos examinadores que atenderam prontamente ao meu pedido, se fazendo presentes e possibilitando, assim, mais um passo para a conclusão desta etapa.

E expressar minha profunda admiração por todos acima citados, por serem pessoas maravilhosas e essenciais em minha vida, assim como profissionais contemplados.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar as novidades que a Lei nº 11.441/07 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, apresentando, preliminarmente, como se procedia a separação, o divórcio, o inventário e a partilha antes do advento da nova lei, e como pode-se proceder depois do advento desta, tratando de seus requisitos e questões conflitantes, assim como os benefícios advindos. Da leitura do Projeto de Lei nº 4.725, de 2004, que deu origem à Lei nº 11.441/2007, encontram-se os princípios e a finalidade a serem alcançados. A primeira busca é pela simplificação do procedimento, não alterando, contudo, o direito material. Este novo procedimento surge como uma via alternativa para os indivíduos que buscam a separação, o divórcio, o inventário e a partilha, não excluindo, entretanto, a possibilidade das partes optarem pela via judicial. A referida lei criou novas perspectivas para os procedimentos mencionados, oferecendo maior racionalidade e celeridade para os procedimentos consensuais realizados por escritura pública, resguardando ao judiciário as causas de maior complexidade, nas quais há litígio entre as partes, auxiliando, assim, na redução do número de processos. O procedimento pela via administrativa envolve uma menor burocracia, facilitando, assim, a vida do cidadão. Entretanto, por se tratar de uma lei relativamente nova, muitos questionamentos vão surgindo ao longo do tempo, sendo que suas falhas e lacunas devem ser estudadas e resolvidas. Para isso, estão surgindo normas das Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, bem como orientações do Colégio Notarial do Brasil e do Conselho Nacional de Justiça, que servirão de base para análise de assuntos polêmicos, orientando o operador do Direito quanto aos problemas específicos. Desse modo, o estudo desta lei compreende também a apresentação dos principais problemas práticos que surgem no instante da celebração da escritura pública, bem como analisar seus aspectos positivos e negativos. Para a realização do trabalho foi escolhido o método comparativo, através da apresentação do procedimento judicial, e, posteriormente, a exposição dos procedimentos administrativos, assim como as divergências doutrinárias sobre questões pontuais da lei. Foi utilizado também o método dedutivo, no intuito de formar opiniões sobre determinados aspectos normativos da lei, bem como da Emenda Constitucional nº 66.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.441/07. Separação. Divórcio. Inventário. Partilha.

ABSTRACT

The aim of this study is the news that Law no 11.441/07 brought to the Brazilian legal system, preliminarily to demonstrate how to proceed with the separation, divorce, inventory and partition before the advent of the new law and how we can proceed after the advent of this, dealing with your requirements and conflicting issues as well as the benefits that come with it. From the reading of Bill no. 4.725, 2004, which gave rise to Law no. 11.441/2007, it's been found principles and purpose to be achieved by the Executive Power when the preparation of this standard. The first search is for simplification of procedure, not changing, however, the material right. This new procedure appears as an alternative way for individuals who seek separation, divorce, inventory and partition, and fulfill the requirements for capacity and consensus between the parts, thus not excluding the possibility of them opt for judicial way. Offering greater rationality and expedite the consensus procedures made by deed, protecting the legal system causes of greater complexity where there is dispute between the parts, focusing the court on the causes of contentious jurisdiction, also providing for procedures performed through the judicial way more quickly, since consensus causes can be resolved in Registries. Relieving, thereby, the Judiciary Power. The administrative procedure involves less bureaucracy, thus facilitating the citizen's life. However, because it is a relatively new law, many questions arise over time, and its flaws and gaps should be studied and resolved. For that, appear standards from General Internal Affairs of Justice, and with the guidelines of the College of Notaries of Brazil and the Provinces National Council of Justice, as a basis for analysis of controversial issues, guiding the reader with these specific problems. The study of this law aims to present the main practical problems that arise in the moment of conclusion of the deed, and to study their positives and negatives aspects.

KEYWORDS: Law no 11.441/07. Separation. Divorce. Inventory. Partition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DA LEI Nº 11.441/07	12
3 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66	13
3.1 Separação	13
3.2 Divórcio	14
3.3 Procedimento judicial da separação consensual e litigiosa	15
3.4 Procedimento judicial do divórcio direto e indireto	17
3.4.1 Procedimento judicial do divórcio indireto	17
3.4.2 Procedimento judicial do divórcio direto	18
4 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66	20
4.1 Reflexos Processuais da Emenda nº 66	21
4.2 Considerações Gerais	23
5 INVENTÁRIO E PARTILHA	25
5.1 Noções Preliminares	25
5.2 Procedimentos Judiciais	25
6 DESBUROCRATIZAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.441/07	28
7 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS POR ESCRITURA PÚBLICA	30
7.1 Disposições sobre o divórcio extrajudicial	31

7.1.1 Existência de filhos menores	31
7.1.2 Bens comuns do casal	32
7.1.3 Pensão alimentícia	33
7.1.4 Alteração do nome	34
7.1.5 Desnecessidade de homologação judicial	34
7.1.6 Assistência pelo advogado e representação das partes	35
7.1.7 Da gratuidade	37
7.1.8 Da indicação do advogado pelo tabelião	38
7.1.9 Questões referentes ao divórcio	39
7.1.9.1 Da possibilidade de reconciliação pela via extrajudicial	40
7.1.9.2 Da possibilidade de re-ratificação	41
7.1.9.3 Da renúncia aos alimentos	41
7.1.9.4 Da interferência do notário sobre o conteúdo da composição	42
7.1.9.5 Escritura como título executivo judicial	43
7.1.9.6 A facultatividade da realização do divórcio pela via administrativa	44
7.1.9.7 Da escolha do tabelionato para lavratura da escritura pública de divórcio	44
7.1.9.8 Do local para lavratura de escritura	45
7.2 Reconhecimento, dissolução e partilha de bens de pessoas que vivem em união estável por escritura pública	45
8 INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL	47
8.1 Competência territorial para lavratura da escritura pública	48
8.2 Hipótese de lavratura da escritura pública quando houver testamento	50
8.3 Aplicação imediata da nova Lei	51
8.4 Obrigatoriedade da adoção da via administrativa	53
8.5 Requisitos e procedimentos	53
8.6 Da cessão e da renúncia no inventário extrajudicial	58
8.7 Outros procedimentos relativos ao inventário extrajudicial	60
8.8 Registro da escritura pública	62
8.9 Abertura e encerramento do inventário	63
9 DA PARTILHA AMIGÁVEL	64
9.1 Existência de credores do autor da herança	64

10 CONCLUSÃO 66

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 68

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar as nuances da lei nº 11.441/07, seu ingresso no nosso ordenamento jurídico e aplicabilidade no caso concreto, bem como elucidar as vantagens trazidas por esta lei e os problemas ainda encontrados em sua aplicabilidade.

Antes de se aprofundar no estudo da mencionada lei, é necessária a prévia compreensão da separação, divórcio, inventário e partilha e os procedimentos judiciais relacionados a esses institutos, bem como as grandes alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 66 e a revolução ocorrida no Direito de Família.

A importância da presente temática está retratada na nova vertente legislativa que visa desviar as demandas de jurisdição voluntária para a via extrajudicial, através dos tabelionatos, atuando como fator que colaborará para desafogar o Poder Judiciário.

Enfim, o objetivo do trabalho foi demonstrar os benefícios trazidos pela aludida lei ao Poder judiciário e à sociedade como um todo, bem como suscitar as dúvidas, lacunas e discussões pertinentes.

2 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DA LEI Nº 11.441/07

Até recentemente, o cidadão somente tinha a via judicial como forma de atender as pretensões relacionadas à separação, divórcio, inventário e partilha consensuais.

Porém, visando facilitar a vida da população e desafogar o Poder Judiciário, ocorreu o advento da Lei nº 11.441/07, que, agora, permite que os mencionados procedimentos sejam feitos extrajudicialmente, por meio de escritura pública, em tabelionatos de todo o país.

Para que se consiga alcançar a exata extensão dessa inovação jurídica, é necessário o entendimento sobre qual era a panorâmica anterior ao seu advento.

3 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66

O Código Civil brasileiro prevê as formas que põem fim ao casamento em seu artigo 1.571, quais sejam: morte de um dos cônjuges, nulidade e anulação do casamento, separação judicial e divórcio.

A recente Emenda Constitucional Nº 66 de 13.07.2010, deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Assim, por ora, ainda se discute sobre a subsistência ou não da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio

Considerando que a questão ainda não está pacificada, para o desenvolvimento do referido trabalho será essencial estudar a separação judicial e o divórcio, uma vez que a lei objeto deste estudo versa sobre tais institutos.

3.1 Separação

A separação judicial coloca termo à sociedade conjugal, entretanto, o casamento ainda persistirá. Este instituto promove tão somente a cessação das obrigações matrimoniais entres os cônjuges.

Nesse sentido, o artigo 3º da Lei nº 6.515/77 prescreve que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.”

A separação pode ser classificada em: consensual e litigiosa.

A separação consensual ou amigável ocorre quando os cônjuges mutuamente expressam a vontade de romper a sociedade conjugal.

Não há necessidade de apresentar justificativa para o pedido de separação, mas o casal só pode se separar consensualmente depois de decorrido o período de um ano da celebração das núpcias.

Ao contrário da separação consensual, na litigiosa não há a necessidade de prazo mínimo de duração do casamento e, em tal espécie, a separação advém, em regra, da violação grave dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum.

3.2 Divórcio

O divórcio não se confunde com separação, apesar de serem institutos que põem fim ao casamento.

A separação rompe tão somente a sociedade conjugal, enquanto o divórcio dissolve por completo o vínculo matrimonial. A principal diferença de ordem prática entre estes institutos é que o primeiro permite aos cônjuges separados restabelecerem o casamento e impede que contraiam novas núpcias, em contrapartida, o divórcio autoriza as partes casarem novamente e não permite o restabelecimento do casamento.

Desta feita, pode-se dizer que o divórcio promoverá a dissolução efetiva do casamento, permitindo aos ex-cônjuges contraírem novas núpcias.

O instituto do divórcio possui duas modalidades:

a) **Divórcio direto:** é aquele que, antes da Emenda Constitucional nº 66, ocorria quando os cônjuges estavam separados de fato há mais de 2 (dois) anos, não existindo a necessidade de apresentarem as causas da separação, subdividindo-se em: *litigioso*, ou seja, aquele que era requerido por um só dos cônjuges; e *consensual*, quando solicitado por ambas as partes.

b) **Divórcio indireto:** é aquele que, antes da mencionada emenda, poderia ser requerido depois de 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, e, da mesma maneira, também poderia ser realizado de forma *consensual* ou *litigiosa*.

3.3 Procedimento judicial da separação consensual e litigiosa.

Prevê o artigo 34 da Lei nº 6.515/77 que o procedimento da separação consensual está descrito nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil.

Na separação consensual, como anteriormente exposto, não há lide, portanto, o juiz apenas administra os interesses privados, exercendo, desta forma, jurisdição voluntária.

Os cônjuges devem manifestar clara e expressivamente a intenção de romper a sociedade conjugal, sem a necessidade de especificar o motivo da separação.

Somente os consortes têm legitimidade processual para alvitrar tal ação, sendo que, nos casos em que houver incapacidade de uma das partes, haverá a necessidade da representação por um curador.

A manifestação das partes ocorre através de uma petição, subscrita por ambas e pelos advogados de cada uma das partes ou pelo advogado comum, e deve ser juntado à peça, obrigatoriamente, a certidão de casamento e o pacto antenupcial, caso exista.

Segundo o artigo 1.121 do Código de Processo Civil, a petição inicial deve conter:

Art. 1.121 - A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:
I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;
II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;
III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;
IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

O Magistrado tem o dever de tentar a conciliação do casal, sem a participação dos advogados. Entretanto, no momento em que as partes requererem auxílio, o advogado deverá estar presente.

Assim, logo que recebida a petição inicial, o juiz deve ouvir as partes, a fim de verificar se estão deliberando livremente, depois, reduzir a termo as declarações dos consortes.

No caso da existência de filhos menores, o Ministério Público deve ser ouvido no prazo de até 5 (cinco) dias.

Após ouvi-lo, o Magistrado pode homologar o acordo ou, se entender necessário, marcará o prazo de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para um novo encontro, no intuito de ratificar o pedido.

Ao juiz cabe não homologar o acordo feito entre os cônjuges, quando esteja violando direitos dos filhos ou de um dos consortes.

Nestes casos, o Magistrado deve fundamentar e identificar as modificações que achar necessárias. Contra a decisão proferida cabe recurso ao Tribunal de Justiça.

Após a homologação, a sentença é levada ao cartório de registro civil para averbação no registro de casamento.

Para se processar a separação litigiosa é necessário apresentar uma razão jurídica, ou seja, uma grave violação dos deveres do casamento ou qualquer causa que torne insuportável a vida em comum.

Além disso, o artigo 1.573, parágrafo único, do Código Civil atual disciplinou que: “o juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. Assim, a separação litigiosa também pode ser fundamentada apenas na alegação da impossibilidade da manutenção da vida em comum, independente de qualquer causa, culposa ou objetiva

Segue orientação legal da Lei nº 6.515/77 em seu artigo 5º:

Art. 5º- A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

A denominada “separação falência” ocorre quando os cônjuges, sem promoverem a separação judicial, rompem com a sociedade conjugal por mais de 1 (um) ano ininterruptamente e fica demonstrada a impossibilidade de reconciliação, de sorte que qualquer um pode pedir a separação judicial litigiosa por este motivo.

A “separação remédio” acontece quando do casamento sobrevier a um dos cônjuges grave doença mental que impossibilite a manutenção da sociedade conjugal, não havendo perspectiva de cura para a medicina contemporânea.

As causas que podem levar a separação litigiosa estão elencadas nos incisos do artigo 1.573 do Código Civil, porém, trata-se de um rol exemplificativo.

Vale lembrar que o ordenamento jurídico prevê algumas sanções ao cônjuge que, por culpa, der causa a separação, que pode ser desde a perda do direito aos alimentos, com exceção dos indispensáveis a sobrevivência, até a perda do direito de conservar o sobrenome do outro.

3.4 Procedimento judicial do divórcio direto e indireto

A ação de divórcio, assim como a da separação, é personalíssima, assim, apenas os cônjuges são partes legítimas para a propositura da ação, como prevê o artigo 1.582 do Código Civil.

Conforme já mencionado, o divórcio só seria concedido depois de decorrido prazo da separação do casal, que poderia ser de 1 (um) ano da separação judicial (divórcio indireto ou por conversão) ou 2 (dois) anos da separação de fato (divórcio direto).

Os prazos acima mencionados começavam a correr da sentença da separação judicial ou da decisão que concedeu a separação de corpos, e são prazos contínuos.

Com o divórcio ocorre a extinção do direito aos alimentos decorrentes da mútua assistência entre os conviventes, ressalvada a hipótese de ficarem estabelecidos antes da ocorrência do divórcio.

3.4.1 Procedimento judicial do divórcio indireto

Como já mencionado, com o advento da Emenda Constitucional nº 66, inexistiu qualquer requisito para obtenção do divórcio, de modo que a exposição abaixo se justifica apenas em razão do seu valor histórico.

Na forma consensual, a jurisdição era voluntária, o juiz apenas avaliava se estavam presentes os seguintes requisitos: a efetiva separação e o prazo de 1

(um) ano desta e, estando presentes, homologava a conversão da separação em divórcio.

No divórcio consensual indireto, os cônjuges possuíam a faculdade de alterarem as cláusulas relativas às pensões alimentícias dos filhos, à guarda e às visitas, todavia, Fazenda Pública era ouvida, em razão de eventual interesse tributário, assim como membro do Ministério Público, tendo em vista que a conversão constitui em ação referente ao estado da pessoa.

A petição inicial deveria ser assinada por ambas as partes, dispensando-se a fase conciliatória.

No divórcio indireto litigioso, o juiz conhecia do direito e proferia sentença em 10 (dez) dias, se o outro cônjuge não apresentasse contestação ou se não houvesse necessidade de se produzir prova em audiência, sendo que o ônus probatório dos requisitos para conversão caberia ao requerente.

A sentença que julgasse improcedente a conversão não fazia coisa julgada material, podendo os interessados, decorrido o prazo previsto em lei, renovar o pedido.

3.4.2 Procedimento judicial do divórcio direto

Aqui também não era necessário provar a causa da separação, mas apenas que o prazo para o divórcio direto já tinha decorrido.

O procedimento do divórcio direto consensual era o mesmo da separação consensual, previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, no mais, deveria observar os incisos do artigo 40, parágrafo segundo da Lei nº 6.515/77, que teve seu “caput” revogado pela Emenda Constitucional nº 66:

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

(...)

§ 2º - No divórcio consensual, o procedimento adotado será o previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas:

I - a petição conterá a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II - a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III - se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada.

IV - a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

Quanto à tentativa de conciliação e à necessidade da audiência de ratificação, a doutrina divergia sobre a sua necessidade ou não.

Da sentença que convertia ou não a separação em divórcio cabia recurso de apelação.

Já o procedimento divórcio direto litigioso seguia o rito comum ordinário (artigo 40, parágrafo terceiro da Lei do Divórcio) e dispensava a tentativa de conciliação, sendo que a revelia não isentava o requerente de provar o lapso temporal da separação.

4 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66

Segundo estudos realizados pelos doutrinadores norte-americanos Constance Ahrons e Roy Rodgers (1987, p. 13), tiveram grande influência para o surgimento do instituto do divórcio: os movimentos feministas, o aumento da força de trabalho da mulher e a revolução sexual.

No Brasil, o divórcio surge com a Lei nº 6.515 de 1977, todavia, por influências religiosas e questões sociológicas, que não admitiam a existência de uma figura jurídica que dissolvesse o matrimônio, o instituto da separação foi mantido em nosso ordenamento jurídico, servindo como uma fase a ser superada pelos cônjuges antes de chegarem ao divórcio de fato, como forma de dificultar ou postergar a ocorrência deste.

Todavia, a sociedade brasileira evoluiu, bem como seus costumes se transformaram.

Atualmente, o número de casais que se divorciam aumenta gradativamente e isto espelha um novo anseio dos integrantes da sociedade conjugal, que buscam a felicidade, mesmo que isso enseje a separação do casal.

Referida transformação social pode ser observada em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e divulgada em 6 de dezembro de 2007:

Em 2006, o número de separações judiciais concedidas foi 1,4% maior do que em 2005, somando um total de 101.820. Neste período, a análise por regiões mostra distribuição diferenciada com a mesma tendência de crescimento: Norte (14%), o Nordeste (5,1%), o Sul (2,6%) e o Centro-Oeste (9,9%). Somente no Sudeste houve decréscimo de 1,3%. Os divórcios concedidos tiveram acréscimo de 7,7% em relação ao ano anterior, passando de 150.714 para 162.244 em todo o país. O comportamento dos divórcios mostrou tendência de crescimento em todas as regiões, sendo de 16,6% para o Norte, 5,3% para o Nordeste, 6,5% para o Sudeste, 10,4% para o Sul e 9,3%, no Centro-Oeste. Em 2006, as taxas gerais de separações judiciais e de divórcios, medidas para a população com 20 anos ou mais de idade, tiveram comportamentos diferenciados. Enquanto as separações judiciais mantiveram-se estáveis em relação a 2005, com taxa de 0,9%, os divórcios cresceram 1,4%. Esse resultado revela uma gradual mudança de comportamento na sociedade brasileira, que passou a aceitar o divórcio com maior naturalidade, além da agilidade na exigência legal, que para iniciar o processo exige pelo menos um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato. De 1996 a 2006, a pesquisa mostrou que a separação judicial manteve o patamar mais freqüente e o divórcio atingiu a maior taxa dos últimos dez anos. Em 2006, os divórcios diretos foram 70,1%

do total concedido no país. Os divórcios indiretos representaram 29,9% do total. As regiões Norte e Nordeste, com 86,4% e 87,4%, foram as que obtiveram maiores percentuais de divórcios diretos. As informações da pesquisa de Registro Civil referente à faixa etária dos casais nas separações judiciais e nos divórcios mostram que as médias de idade eram mais altas para os divórcios. Para os homens, as idades médias foram de 38,6 anos, na separação judicial, e de 43,1 anos, no divórcio. As idades médias das mulheres foram de 35,2 e 39,8 anos, respectivamente, na separação e no divórcio. A análise das dissoluções dos casamentos, por divórcio, segundo o tipo de família, mostrou que, em 2006, a proporção dos casais que tinham somente filhos menores de 18 anos de idade foi de 38,8%, seguida dos casais sem filhos com 31,1%.

Na esteira desta tendência, a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, alterou o artigo 226, § 6º da Constituição Federal, instituindo no direito de família brasileiro a possibilidade do divórcio sem a necessidade de apresentar os requisitos de um ano da separação judicial ou dois anos da separação de fato, terminando de vez com os prazos para a concessão do divórcio, que, doravante, poderá ser pleiteado sem qualquer condição de prazo ou separação prévia.

A Emenda Constitucional aqui em estudo foi iniciativa dos membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), adotada pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05), e reapresentada posteriormente pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

Trata-se de um avanço do Direito brasileiro, que trará muitas conseqüências sociais e políticas, uma vez que diminui a ingerência do Estado na vida do cidadão, bem como a influência da Igreja nas matérias de Direito Civil.

A desburocratização e eficácia do procedimento para conseguir divorciar-se nada mais são do que tentativas de promoção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia da vontade.

Assim, a Emenda Constitucional nº 66 vem promover, juntamente com a Lei nº 11.441 de 2007, avanços no direito de família brasileiro, seguindo as tendências dos anseios sociais.

4.1 Reflexos Processuais da Emenda nº 66

Com a alteração promovida pela Emenda nº 66, não existe mais a necessidade do cônjuge provar culpa ou os motivos da inviabilidade da manutenção

da sociedade conjugal como ocorriam na separação, tornando dispensável também a produção de provas para comprovar o tempo da separação.

Uma vantagem de se partir diretamente para o divórcio, sem antes ter a necessidade de se realizar a separação, é evitar a duplicidade de processos judiciais, o que gera uma economia a todos os envolvidos.

Tendo em vista o ato jurídico perfeito, as pessoas separadas ao tempo da promulgação da aludida emenda não podem ter sua situação jurídica modificada, isto é, as pessoas separadas não estão imediatamente divorciadas com a alteração ocorrida na Constituição Federal, devendo requerer a decretação do divórcio.

Nos casos em que o processo de separação ainda está em curso, tanto no processo de jurisdição contenciosa quanto a voluntária, o Magistrado deverá oferecer prazo para que as partes possam adaptar o pedido ao novo sistema constitucional, convertendo o requerimento para o divórcio.

Importante ressaltar que referido procedimento não afronta regra procedimental prevista no artigo 264 do Código de Processo Civil, na qual é defeso às partes alterar o pedido e/ou a causa de pedir sem o consentimento do réu, bem como em seu parágrafo primeiro, que veda a modificação do pedido e/ou causa de pedir depois de saneado o processo.

No caso em tela, não se trata de uma mera alteração da causa de pedir e/ou do pedido, mas sim de uma adaptação ao novo sistema legal, por se referir a uma alteração constitucional.

Se transcorrido o prazo concedido, sem que as partes tenham feito a devida alteração, o Magistrado julgará extinto o processo, sem mesmo analisar seu mérito, uma vez que houve a perda superveniente do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido. Entretanto, caso as partes realizem as devidas alterações no prazo fixado, o processo seguirá seu curso normal.

Insta ressaltar que, como a alteração legislativa é muito recente, ainda não se pacificou o entendimento exposto supra, sendo que existem posicionamentos doutrinários contrários, que pregam a subsistência da separação judicial mesmo com o advento da Emenda nº 66.

A subsistência ou não da separação judicial em nosso ordenamento jurídico é questão de grande relevância em relação ao procedimento de separação e divórcio realizados administrativamente, ou seja, por meio dos tabelionatos, após o advento da Lei nº 11.441/07.

Prevalecendo a idéia da abolição da separação, os tabeliães devem se atentar para a não lavratura de escrituras públicas de separação. Caso assim o façam, o documento não terá validade jurídica, tendo em vista não existir mais em nosso ordenamento a previsão deste instituto, tratando-se, portanto, de caso de nulidade absoluta do ato ante a impossibilidade jurídica do objeto (artigo 166, II CC).

Entretanto, quando o casal já estiver separado judicialmente, o pedido de conversão da separação em divórcio ou o pedido do divórcio direto poderá ser efetivado na via administrativa, obedecidos os requisitos legais

4.2 Considerações Gerais

A nova redação do artigo 226, § 6º da Constituição Federal tornou o direito brasileiro mais liberal em relação à dissolução do vínculo matrimonial, não mais existindo a necessidade de provar certos requisitos temporais ou qualquer causa que possibilite a dissolução da sociedade conjugal, bastando apenas instruir o pedido com a certidão de casamento para que o divórcio seja concedido.

Por um lado, os críticos dizem que a não fixação de prazo para a concessão do divórcio permite que simples brigas matrimoniais possam gerar o fim da sociedade conjugal. O prazo seria uma forma de o casal poder amadurecer a idéia de que realmente querem se separar.

Além disso, a separação judicial permite o restabelecimento do matrimônio em caso de arrependimento dos cônjuges, o que não poderá mais ocorrer com o divórcio imediato.

Por outro lado, entende-se que não seria função do Estado estabelecer prazo de reflexão do casal, inserindo-se em uma seara personalíssima, justificada pelo Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família.

Na verdade, o que não se quer aceitar é que referidas alterações possam levar casais a divórcios impensados e à impossibilidade de se retornar ao casamento.

Todavia, a decisão impensada é do casal e não cabe ao Estado interferir, pois se trata de sua autonomia privada.

Outro argumento favorável ao divórcio imediato é de que, se o casal quiser reatar o relacionamento, poderá casar novamente, já que não há na lei limite para isso.

Não se podem entender tais mudanças como uma banalização do matrimônio, mas sim, como uma forma de desburocratizar a dissolução dos casamentos, dando a possibilidade dos indivíduos formarem outros arranjos familiares, uma vez que os pilares da instituição matrimonial são o amor e a felicidade.

Conclui-se, portanto, que o instituto do divórcio passa a ser o único meio de extinção do vínculo e da sociedade conjugal, não mais existindo a dualidade entre divórcio direto e indireto. Trata-se de direito potestativo, não existindo mais a necessidade de imputação de culpa a qualquer uma das partes.

A emenda constitucional aqui tratada valoriza as relações sócio-afetivas, permitindo que casais frustrados em suas relações possam buscar a felicidade em outros projetos, para que as pessoas envolvidas possam decidir suas próprias vidas, acabando com a interferência do Estado nestas relações de caráter eminentemente pessoal.

5 INVENTÁRIO E PARTILHA

Entende-se por inventário o arrolamento e a descrição detalhada dos bens e dívidas que compõem o patrimônio de pessoa falecida. A partir deste procedimento, a partilha pode ser originada, definindo o quinhão que cada herdeiro e/ou legatário receberá após o pagamento dos credores do “de cujus”.

5.1 Noções Preliminares

A lei classifica o inventário em dois grupos distintos: o inventário propriamente dito ou completo, que segue o procedimento normal; e o sumário ou simplificado, também conhecido como arrolamento, que é um procedimento mais simples, mas que só é possível quando os herdeiros capazes estão em consenso com a divisão dos bens arrolados e quando o patrimônio do espólio não ultrapassar o valor de 2.000 OTNs (Obrigações do Tesouro Nacional).

O documento final expedido pelo juízo do inventário é o chamado formal de partilha, que estabelecerá a propriedade de cada herdeiro sobre os bens deixados pelo “de cujus” ou carta de adjudicação, quando se tratar de herdeiro único.

5.2. Procedimento judicial

A abertura do processo de inventário dar-se-á para fim de identificar quais serão os sucessores da herança, de eventuais dívidas e/ou obrigações deixadas pelo falecido, e de realizar futura partilha ou adjudicação aos herdeiros.

O inventário deve ser proposto no último domicílio do falecido e são legitimados para proposição do inventário os indivíduos elencados no artigo 988 do Código de Processo Civil, conforme segue:

Art. 988 - Tem, contudo, legitimidade concorrente:

I - o cônjuge supérstite;

II - o herdeiro;

III - o legatário;

IV - o testamenteiro;

V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

VII - o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;

VIII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

A certidão de óbito é documento indispensável e deve ser juntada à petição inicial, a fim de se comprovar o falecimento do indivíduo e viabilizar a postulação em juízo.

Logo que recebido o inventário, o Magistrado analisará se estão presentes os requisitos necessários para a sua realização e nomeará o inventariante, que deverá representar o espólio, podendo administrar e/ou alienar os bens do falecido com autorização judicial, fazer acordos, pagar dívidas deixadas pelo finado e prestar declarações e contas necessárias aos demais interessados.

Todos os herdeiros serão chamados a figurar na demanda através de seus advogados, podendo se manifestar sobre os bens – e seus valores – deixados pelo falecido, sobre a divisão e também sobre eventuais doações feitas pelo “de cuius” que venham a interferir na divisão dos bens entre os herdeiros.

Da mesma forma, os credores também poderão habilitar seus créditos no inventário.

Será dado prazo para impugnação das primeiras declarações e, caso necessário, será nomeado perito para elaboração do laudo pericial.

Depois de aceito o laudo e resolvida as impugnações, será aberto prazo para declarações finais, calculado os impostos. Dar-se-á vista às partes e à Fazenda Pública e procedendo-se, por fim, o julgamento do cálculo.

Neste momento, inicia-se o procedimento da partilha, no qual cada herdeiro apresentará ao julgador seu pedido de quinhão, e o juiz despachará determinando ao partidor a elaboração do esboço da partilha, ou mediante proposta dos interessados, que posteriormente será levado à apreciação das partes. Ao final, o juiz julgará a partilha.

Com o trânsito em julgado da sentença, será lavrado o formal de partilha ou, nos casos em que haja apenas um herdeiro, expedir-se-á a carta de

adjudicação, sendo que estes documentos permitirão aos herdeiros o registro e o levantamento dos bens.

6 DESBUROCRATIZAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.441/07

Há muito, os juristas brasileiros questionam e tentam achar solução para a morosidade do sistema jurisdicional brasileiro, que sofre com uma justiça tardia e que por tal situação acaba por assim gerar uma injustiça.

A própria Constituição Federal brasileira vigente, em seu artigo 5º, parágrafo LXXVIII, corrobora a agilidade e os meios que a garantem ao indivíduo durante todo e qualquer processo. Trata-se de um valor fundamental que permite a plena realização existencial e social dos seus direitos.

E, como visto o procedimento judicial da separação, divórcio, inventário e partilha impõe aos interessados uma série de providências e requisitos que, por vezes, torna o atendimento da pretensão lento e desgastante.

Ademais, por serem comuns, estas ações representam parte significativa da demanda das varas judiciais que têm competência para tratá-las, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário.

Neste cenário, surge a lei nº 11.441/07, de iniciativa do Ministro Marcio Thomas Bastos, que foi promulgada e entrou em vigência no dia 4 de janeiro deste mesmo ano, permitindo que inventários, partilhas, separação e divórcios fossem feitos pela via administrativa.

As alterações trazidas pela Lei nº 11.441/07 neste sentido proporcionaram maior celeridade aos procedimentos de separação e divórcio, assim como aos de inventário e partilha. O procedimento realizado fora da esfera do Poder Judiciário, além de diminuir o número de feitos em trâmite perante este, proporcionam economia de tempo e dinheiro para as partes envolvidas, bem como para o Estado.

A lei nº 11.441/07 perpetra, dessa maneira, uma revolução silenciosa no sistema judiciário como um todo, já que casos consensuais serão transferidos para os cartórios extrajudiciais, permanecendo o Judiciário apenas como uma esfera superior, visando solucionar eventuais conflitos ou invalidades do ato. Assim os tabeliães serão mais bem posicionados para seu bom aproveitamento, por apresentarem capacidade e respaldo legal para atuar nessas situações.

Enfim, aparentemente, o que se tem é um primeiro passo de uma tendência legislativa de descentralização da competência do Poder Judiciário, atribuindo-a a outros órgãos e setores, com a finalidade de reduzir o movimento judicial e, por decorrência, dar maior celeridade aos feitos, tanto judiciais como extrajudiciais.

7 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS POR ESCRITURA PÚBLICA

A Lei nº 11.441/2007 versa sobre a possibilidade de se lavrar escritura pública para separação e divórcio, ou seja, possibilita que estes institutos sejam alcançados pela via extrajudicial.

Importante ressaltar que a utilização da via administrativa depende do preenchimento de alguns requisitos: as partes devem estar de acordo e não pode haver filhos menores ou incapazes.

Portanto, a existência de filhos emancipados permite a realização do divórcio/separação pela via administrativa, até porque o emancipado se torna capaz para os atos da vida civil.

A escritura pública irá dispor sobre a partilha dos bens comuns e pensão alimentícia, bem como sobre a alteração do nome das partes, que poderão voltar a usar seus nomes de solteiros.

A escolha pela via judicial ou extrajudicial será das partes, já que, mesmo preenchido os requisitos fixados pela Lei nº 11.441/07, poderão optar pela via judicial, no intuito de preservar o segredo de justiça ou por qualquer outro motivo de ordem pessoal.

Como já visto em outro tópico, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, para realizar a separação ou o divórcio consensual eram necessários apresentar alguns requisitos, quais sejam: mais de um ano de casado para conseguir a separação consensual; dois anos de separação de fato para o divórcio direto; e um ano da separação contados do trânsito em julgado da sentença da separação, da concessão da medida cautelar de separação de corpus ou da data da lavratura da escritura pública da separação consensual para a conversão de separação em divórcio.

Todavia, com as alterações trazidas pela mencionada emenda, não é mais necessário demonstrar requisitos temporais, uma vez que, doravante, o divórcio poderá ser obtido diretamente na via judicial ou extrajudicial, sem a prévia necessidade da separação ou do respeito a qualquer prazo.

7.1 Disposições sobre o divórcio extrajudicial

O Código de Processo Civil, em seu artigo 1.124-A, elenca quais são as condições necessárias para se proceder ao divórcio pela via administrativa.

7.1.1 Existência de filhos menores

Um dos requisitos necessários para se realizar o divórcio pela via extrajudicial é a inexistência de filhos menores ou incapazes.

A menoridade cessa aos dezoito anos, entretanto, o Código Civil prevê o instituto da emancipação, isto é, a aquisição da capacidade civil antes que se complete a maioridade.

Surge então uma polêmica, uma vez que o Código de Processo Civil prevê expressamente que é requisito para a separação ou divórcio extrajudicial a não existência de filhos menores, interditados ou incapazes, passando a existir entendimento de que o notário não poderá lavrar escritura de divórcio se houver filhos menores de dezoito anos, ainda que emancipados, pois a menoridade não se resolve com a emancipação.

Sobre este assunto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Resolução 35, em seu artigo 47, firmou entendimento contrário ao exposto acima, autorizando a realização do divórcio extrajudicial quando existirem filhos menores emancipados.

A redação do Código de Processo Civil traz a expressão “filhos menores ou incapazes do casal”. Desta maneira, pode-se ter a impressão que a regra vale tão somente para os filhos havidos no casamento. Todavia, tal entendimento não deve prevalecer.

O artigo 227, § 6º da Constituição Federal prevê os deveres da família, Estado e sociedade quanto à proteção da criança e dos adolescentes de qualquer forma de preconceito, bem como veda qualquer distinção ou discriminação entre os

filhos biológicos do casal e aqueles que não são provenientes do casamento ou que são adotados, conforme texto que segue:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.(...)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Desta feita, não se pode fundamentar que essa regra é válida tão somente para os filhos havidos no casamento, já que deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição Federal.

7.1.2 Bens comuns do casal

Na escritura pública que lavra o divórcio constará: a existência de bens comuns – caso em que devem ser descritos e partilhados –, a fixação de pensão alimentícia e a retomada do nome de solteiro.

Quanto ao momento em que poderá ser feita a partilha, o artigo 1.575 do Código Civil prevê que “a sentença de separação importa na separação de corpos e partilha dos bens”. Assim, entende-se que a divisão dos bens deve ser feita no momento em que for homologada ou lavrada a escritura de separação. Entretanto, o parágrafo único de referido artigo, juntamente com o artigo 1.581 desse mesmo diploma legal, autoriza as partes a realizar o divórcio sem a partilha de bens, que poderá ser feita posteriormente.

Sobre o tema, entende o doutrinador Yussef Said Cahali (2007, p. 20):

Assim, não obstante a ambiguidade do enunciado legal, referindo-se que constarão do ato as disposições relativas a descrição e partilha dos bens comuns, dele constarão apenas as disposições a respeito das quais tiver ocorrido acordo, sempre sem prejuízo da dissolução da sociedade conjugal pela separação ou pelo divórcio. Tais e outras questões – inclusive a descrição e partilha dos bens – de interesse comum dos cônjuges ou serão objeto de aditamento ao contrato originário, ou serão resolvidas pelas vias judiciais. Verifica-se, portanto, que o sistema é parcialmente diferente da separação judicial consensual, na qual, a teor do art. 1.121, I, do Código de

Processo Civil, firmou-se a regra da essencialidade da descrição dos bens do casal como condição de sua homologação, facultando-se para fase posterior apenas a partilha dos bens.

A partilha dos bens no divórcio feita pela via administrativa deve observar no que couber as regras da partilha e inventário extrajudiciais, individualizado os bens particulares, descrevendo os bens comuns aos cônjuges procedendo à partilha conforme o regime de bens adotado pelo casal e disciplinando quanto aos impostos decorrentes da transmissão de bens entre os cônjuges, conforme art. 38 da Resolução 35 do CNJ, que segue:

Art. 38. Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida.

A partilha dos bens feita depois de lavrada a escritura de separação ou divórcio não é recomendável.

Contudo, não se pode impedir os cônjuges de se separarem ou divorciarem quando a partilha a ser realizada no caso concreto for extremamente complexa ou, por qualquer outro motivo, não for do interesse desses.

Nos casos em que a divisão dos bens será feita posteriormente, pela via judicial, o notário deve se atentar para que conste na escritura pública de separação e divórcio uma cláusula expressa informando que a partilha de bens será feita judicialmente, descrevendo, se possível, os bens a serem partilhados.

De qualquer forma, a partilha pode ser feita pela via administrativa, desde que haja consenso entre as partes, tanto na escritura de separação e divórcio, como posteriormente.

7.1.3 Pensão alimentícia

O notário não poderá intervir quanto à fixação da pensão alimentícia, que deverá ser acordada entre os cônjuges, que devem fixar o valor, forma de pagamento, reajustes e todos os detalhes sobre o recebimento.

Os cônjuges poderão renunciar a verba alimentar entre si, desde que tenham acordo individuais. No entanto, poderão, a qualquer tempo, pleiteá-la caso tenham necessidade.

7.1.4 Alteração do nome

Desde o advento do Código Civil de 2002, o legislador autoriza a alteração do patronímico em virtude do casamento, tanto pela esposa quanto pelo esposo, prevendo também a possibilidade de retornar o nome original em casos de separação e divórcio, conforme disciplina o artigo 1.565, parágrafo primeiro.

A respeito do nome, o artigo. 41 da Resolução 35 do CNJ, versa que:

Art. 41. Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de separação, restabelecimento da sociedade conjugal ou divórcio consensuais, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

Portanto, o tabelião, quando da realização da escritura de separação, restabelecimento conjugal ou divórcio, poderá de pronto realizar a averbação no respectivo registro ou oficiar o Oficial competente para fazê-lo.

7.1.5 Desnecessidade de homologação judicial

A escritura pública do divórcio não necessita da homologação judicial para ter validade, servindo como título hábil para os registros imobiliário e civil, e para transferência da titularidade de bens e direitos junto aos órgãos públicos e privados, bem como para ensejar o desconto em folha de pagamento das pensões alimentícias, caso seja assim acordado entre as partes.

Como já explanado, para garantir maior segurança às partes, na escritura pública de divórcio constará a existência ou não de bens e direitos a serem

partilhados. A partilha, que poderá ser feita de forma direta ou genérica, mencionará os bens e a forma de partilha feita pelos cônjuges.

Depois de lavrada a escritura de divórcio, esta será averbada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais em que foi realizado o casamento.

7.1.6 Assistência pelo advogado e representação das partes

Para a realização do divórcio é necessário que os cônjuges estejam assistidos por advogado, que será qualificado e deverá assinar juntamente com as partes. Sua função é o aconselhamento das partes, exame na realização da partilha e demais acordos, assumindo solidariamente a responsabilidade pela lisura das declarações.

Quanto à possibilidade de representação das partes através de mandado procuratório, há ainda muita divergência.

Parte da doutrina, como Yussef Said Cahali (2007, p. 13-14), entende pela possibilidade de realizar o ato de divórcio pela via administrativa através de instrumento de mandado, isto é, um dos cônjuges ou ambos outorgam poderes especiais para que um terceiro realize o ato representando os interessados, pois se está diante de um negócio jurídico de natureza contratual.

Por este entendimento, a constituição e a dissolução do casamento são negócios jurídicos de natureza contratual e, por não serem personalíssimos, o próprio Código Civil admite que o casamento seja celebrado por mandado procuratório, conforme artigo 1.535 I.

Portanto, se o próprio ordenamento admite a realização do casamento através de mandado, seria plenamente possível a lavratura da escritura de dissolução da união por meio de representação.

No mais, a lei possui a intenção de conferir ao procedimento de dissolução do casamento maior facilidade e rapidez para as partes, justificando, mais uma vez, a possibilidade de utilização de mandado procuratório para sua realização.

O Conselho Nacional de Justiça, na Resolução 35, em seu artigo 36, admite expressamente a possibilidade das partes se fazerem representar por

mandado procuratório, com poderes especiais e cláusulas essenciais, bem como fixando prazo de validade de 30 (trinta) dias para o referido instrumento, conforme segue redação.

Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(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.

Por este raciocínio, no divórcio pela via administrativa, seria plenamente possível que um único procurador representasse ambos os cônjuges, até porque se trata de um ato de comum acordo entre eles.

Porém, a conclusão 5.5 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo estabelece que não é possível que as duas partes sejam representadas pelo mesmo procurador.

O doutrinador Christiano Cassettari (2007, p. 32) defende que não poderão ser mandatários: o advogado de uma das partes, o tabelião, qualquer funcionário do tabelionato de notas ou o outro cônjuge, tendo em vista que isso causaria uma insegurança jurídica.

Contudo, parte da doutrina tem se posicionado em sentido contrário à possibilidade de se realizar a escritura pública através de mandado procuratório, como, por exemplo, o doutrinador Cássio S. Namur (2007 – p. 136), que entende pela impossibilidade de realização do divórcio através de representação, aduzindo que não se pode aplicar por analogia o artigo 1.535 do Código Civil, uma vez que nossa legislação quanto à realização de separação e divórcio, por meio de procuração, ainda é omissa.

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul publicou o Provimento 4/2007, incluindo o parágrafo quarto, do artigo 619-C da CNNR (Consolidação Normativa Notarial e Registral) conforme redação: [...] parágrafo 4. Os cônjuges comparecerão pessoalmente para a lavratura do ato notarial, inadmitida a sua representação por procuração. [...].

7.1.7 Da gratuidade

O artigo 1.124-A do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de realizar as escrituras públicas de inventário, partilha, separação e divórcio de forma gratuita para aqueles que se declararem pobres. A finalidade do legislador é dar aos hipossuficientes acesso aos benefícios trazidos pela Lei nº 11.441 de 2007.

A Constituição da República, no artigo 5º, incisos LXXIV e LXXVII, assegura, a todo e qualquer cidadão que comprove sua insuficiência de recursos, a assistência judicial integral, assim como de todos os atos necessários para o exercício de sua cidadania.

Portanto, a gratuidade mencionada na Constituição garante também aos indivíduos pobres a gratuidade para todos os atos decorrentes das escrituras públicas referentes ao inventário, partilha, separação e divórcio, tais como o registro civil, imobiliário e demais pertinentes.

Entretanto, mencionada gratuidade poderia gerar a inviabilidade das atividades notariais, especialmente nos locais em que houver uma comunidade excessivamente carente. Neste sentido, a Corregedoria- Geral de Justiça de Santa Catarina publicou a circular 1/2007: [...] Àqueles que se declarem pobres na forma da lei, os atos notariais e registrais serão gratuitos, assegurados aos notários e registradores o ressarcimento na forma do Provimento 8/2006.

Para a concessão da gratuidade, o indivíduo deverá declarar, sob as penas da lei, na própria escritura pública, a impossibilidade de arcar com as despesas decorrentes do ato notarial, sem que prejudiquem o sustento próprio de sua família. Todavia, a gratuidade não alcançará os impostos decorrentes do ato notarial praticado.

Poderão ainda acordar o interessado e o tabelião o pagamento das despesas do ato notarial, caso ato praticado pelo notário em favor da parte resulte em proveito econômico para esta, admitindo o pagamento posterior.

7.1.8 Da indicação do advogado pelo tabelião

É vedado ao tabelião manter um causídico de plantão no cartório para assistir aos cônjuges que queiram realizar sua separação ou divórcio, ou mesmo atuar como advogado das partes, sendo que o próprio Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/1994, em seu artigo 28, inciso IV, salienta a incompatibilidade da atividade da advocacia com demais cargos ou funções vinculadas direta ou indiretamente a quaisquer órgãos do Poder Judiciário e os que exerçam serviços notariais e de registro.

Referida atitude visa afirmar e proteger a real finalidade pretendida pelo legislador, ao fixar como requisito a presença do advogado no momento da lavratura das escrituras públicas de divórcio e separação, ou seja, fiscalizar o cumprimento da legislação.

Neste sentido, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo publicou a Conclusão 3.2, que veda aos Tabeliães indicar causídicos para acompanhar a realização do ato notarial, devendo as partes levar um advogado de sua confiança ou, se não o tiver, dirigir-se até a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para que lhe seja recomendado.

No mesmo sentido foi a Conclusão 3.3, que orienta o notário, caso as partes não possuam condições financeiras, a encaminhá-las até a Defensoria Pública ou à OAB da cidade.

Todavia, a fiscalização ainda é precária, uma vez que não existem órgãos fiscalizadores nas instituições notariais em todos os Estados.

No Estado de São Paulo, no colégio notarial, existe a Central de Divórcio, Separação e Inventários, apta a informar o total de atos praticados por todos os cartórios do Estado e respectivos advogados.

Seria também de grande valia que fosse acrescentado à legislação ética dos advogados e dos notários um dispositivo normativo proibindo referida prática, aplicando sanções inibitórias caso o profissional a realize.

7.1.9 Questões referentes ao divórcio

A lei permite expressamente que somente o divórcio direto pode ser realizado pela via administrativa, não havendo previsão sobre o divórcio indireto, o que gera uma inconstitucionalidade, pois ofende o Princípio da Isonomia ao dar um tratamento desigual para pessoas que estão em situação igual.

Nesse rumo, o Colégio Notarial do Brasil, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 66, firmou entendimento de que o tabelião não deveria lavrar escritura pública de conversão de separação em divórcio, sendo conveniente aguardar algum posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Contudo, também já se admitia sua realização pela via administrativa, conforme orientação do Conselho Nacional de Justiça, Resolução 35, em seu artigo 52.

De qualquer maneira, era requisito para concessão da conversão a comprovação do transcurso do lapso temporal exigido por lei, comprovado através da certidão de casamento averbada.

A necessidade de comprovação do transcurso do prazo fixado em lei, nos casos de divórcios diretos que antecederam a emenda referida, gerou algumas divergências entre os cartórios, uma vez que alguns requeriam a apresentação pessoal de testemunhas e outros exigiam somente a assinatura de testemunhas para comprovação do decurso do prazo.

No entendimento dos doutrinadores Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 113), a exigência da assinatura de testemunhas para realização pela via extrajudicial do divórcio direto e consensual não deve prosperar, até porque no próprio procedimento judicial do divórcio direto consensual não existe previsão de oitiva de testemunhas.

O Conselho Nacional de Justiça adotou posicionamento intermediário (artigo 53 da Resolução 35 do CNJ), pois entendia que a mera declaração das partes não seria suficiente, necessitando, portanto, de provas documentais ou declaração testemunhal colhida na própria escritura pública.

Ocorre que a questão restou superada com o advento da Emenda Constitucional nº 66, que eliminou qualquer requisito para obtenção do divórcio, de modo que este poderá ser realizado diretamente pela via extrajudicial, mesmo que não tenha ocorrido a prévia separação do casal.

7.1.9.1 Da possibilidade de reconciliação pela via extrajudicial

O restabelecimento da sociedade conjugal só pode ocorrer quando as partes estão separadas, isto é, quando ainda não houve a extinção do vínculo matrimonial, sendo que o restabelecimento era admitido se a separação tivesse ocorrido tanto pela via judicial quanto administrativa.

Nosso sistema admitia a realização do restabelecimento da sociedade conjugal através da lavratura de escritura pública, conforme publicações das Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados de Santa Catarina (Circular 1/2007), Mato Grosso (Circular 2/2007), Rio Grande do Sul (Provimento 4/2007) e São Paulo (Portaria 1/2007).

A Resolução 35 do CNJ prevê as atribuições do tabelião quando da lavratura de uma escritura pública de restabelecimento da sociedade conjugal, quais seja: constar na escritura que as partes foram informadas da apresentação de seu traslado da escritura no cartório de registro para constar a averbação da reconciliação na certidão de casamento; e constar na margem da escritura pública de separação consensual a reconciliação do casal ou comunicar o restabelecimento da sociedade conjugal ao juízo da separação judicial.

Sobre a possibilidade de alteração do regime de bens na reconciliação realizada pela via administrativa, ainda surgem divergências doutrinárias sobre sua admissibilidade, tendo em vista que o artigo 1.639, parágrafo segundo do Código Civil, prevê a necessidade de autorização judicial. No mesmo sentido, o CNJ, na Resolução 35, artigo 50, estabelece o entendimento contrário à possibilidade de alteração do regime de bens quando a reconciliação for realizada pela via extrajudicial.

Com o advento do novo Código Civil, o legislador permite que na reconciliação os cônjuges possam adotar um novo regime de bens. Aliás, a alteração do regime de bens pode ser feita até mesmo na constância do casamento, não havendo motivos para se proibir a alteração do regime de bens quando da reconciliação, desde que não prejudique direitos de terceiros.

Quanto aos indivíduos divorciados, não caberá o restabelecimento. Desta forma, deverão se casar novamente ou até mesmo viver em uma união estável.

Assim, com o advento da Emenda Constitucional nº 66, surgiu o posicionamento de que a separação foi abolida do nosso ordenamento jurídico, tese que, se prevalecer, implicará impossibilidade de reconciliação do casal.

7.1.9.2 Da possibilidade de re-ratificação

As adequações dos termos da escritura deverão ser feitas através de uma nova escritura pública, assim como a alteração de acordo anteriormente firmado entre as partes.

No entendimento de alguns doutrinadores, tais como Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 118), a revisão consensual através de escritura pública pode ser feita até mesmo em relação aos termos da sentença judicial homologatória ou não.

Para que sejam realizadas as adequações e alterações por meio de escritura pública, deve estar presente um advogado, mas não será necessário que seja o mesmo que acompanhou as partes no primeiro ato notarial. Não haverá a necessidade sequer da notificação do primeiro profissional, nem mesmo revogar sua procuração.

7.1.9.3 Da renúncia aos alimentos

A fixação dos alimentos entre os cônjuges nas separações e divórcios realizados pela via administrativa é opcional, não podendo ser considerada um requisito obrigatório para a lavratura das mencionadas escrituras públicas.

De outro modo, o notário poderá fazer constar na escritura pública que os alimentos serão discutidos posteriormente em juízo, uma vez que se trata de uma atividade mais complexa, em que, eventualmente, haverá divergência de interesses entre as partes.

O artigo 1.707 do Código Civil veda ao alimentado a renúncia aos alimentos, tratando-o como um crédito insuscetível de cessão, compensação ou

penhora. Entretanto, a doutrina tem entendido que a irrenunciabilidade dos alimentos trazida pelo ordenamento se refere tão somente aos devidos pelo parentesco, como, por exemplo, dos alimentos devidos aos filhos, não se aplicando tal regra aos alimentos decorrentes do vínculo conjugal, no qual se admite a renúncia.

Enfim, a renúncia aos alimentos também é admitida na separação e divórcio pela via extrajudicial.

7.1.9.4 Da interferência do notário sobre o conteúdo da composição

O artigo 1.574 do Código Civil prevê que o Magistrado pode recusar a homologação de acordo de separação judicial se entender que o que foi acordado não observa o direito dos filhos ou de um dos cônjuges.

No mesmo sentido, no que se refere à participação do notário no conteúdo dos acordos extrajudiciais de separação, divórcio, inventário e partilha, a Resolução 35 do CNJ, nos artigos 32 e 46, estabelece que:

Art. 32. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito.

Art. 46. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito.

Além destas restrições, inexistente a previsão legal de que o notário possa interferir nos demais termos acordados nas escrituras. Nesse sentido, tem entendido o doutrinador Yussef Said Cahali (2007, p.5):

Sem a necessidade de homologação judicial, não cabe ao tabelião questionar o mérito da convenção, para recusar-se a lavrar a escritura: a eventual convenção que, em tese, não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges', causa de recusa da homologação da separação judicial (art. 34, parágrafo 2, da Lei do Divórcio; 1.574, parágrafo único, do CC), reserva-se para discussão em possível ação anulatória do ato jurídico, por vício de consentimento.

A não intervenção do notário quanto ao conteúdo do acordo firmado entre as partes garante a autonomia de vontade destas, em especial em relação às questões referentes aos bens que amealharam durante o casamento.

7.1.9.5 Escritura como título executivo judicial

É de extrema importância estudar a força jurídica da escritura pública diante do seu inadimplemento por uma das partes.

Alguns doutrinadores, como Francisco José Cahali (2007, p. 122), equiparam a escritura pública a uma sentença judicial homologatória, defendendo a posição de que o cumprimento das obrigações dispostas no instrumento público pode ser buscado como se título judicial fosse, respeitando, por óbvio, suas peculiaridades.

Entende-se o referido instrumento como sendo análogo à sentença arbitral, intitulada como título executivo extrajudicial pelo artigo 475-N do Código de Processo Civil, sendo que em ambas há intervenção de terceiros, já que na sentença arbitral o árbitro atua decidindo ou homologando o acordo, enquanto na escritura pública o notário apenas atesta a vontade das partes.

Quanto ao cumprimento de sentença de demais obrigações contidas em instrumento público entende também ser perfeitamente possível, dependendo da natureza da obrigação.

A força executiva agregada à escritura pública possui o condão de outorgar a esta segurança jurídica.

O desembargador Luiz Felipe Brasil (2007), do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entende que restringir a execução coercitiva apenas aos alimentos fixados em juízo irá desestimular a busca pela via administrativa. Eis aqui uma contradição insuperável, já que a intenção sempre foi buscar estimular os acordos extrajudiciais. Por isso, entende admitida a execução coercitiva dos acordos firmados por instrumento público.

7.1.9.6 A facultatividade da realização do divórcio pela via administrativa

A realização do divórcio pela via judicial ou administrativa fica a escolha das partes interessadas, até mesmo porque obrigar aquelas que preenchem os requisitos fixados pela Lei nº. 11.441/07 a utilizarem exclusivamente a via extrajudicial seria impedi-las de ter acesso à justiça. A nossa Constituição Federal garante a todo cidadão que qualquer lesão ou ameaça a seu direito não será excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXV. Portanto, uma garantia fundamental que deve ser observada.

No mais, o próprio legislador, ao acrescentar nos artigos 982 e 1.124-A do Código de Processo Civil o verbo “poderá”, pretende deixar clara a facultatividade da adoção da via extrajudicial para a realização de inventário e divórcio.

O senador César Borges, autor do Projeto de Lei nº. 155 de 2004, justifica a proposta de inventário, partilha, separação e divórcio realizados pela via administrativa como forma de tornar os procedimentos mais simples e menos onerosos, sem eliminar a possibilidade de realização pelos meios judiciais previstos em lei.

A doutrina já é unânime em aceitar a facultatividade desse procedimento, assim como o Colégio Notarial, que em suas recomendações, além de afirmar a liberdade de escolha das partes em adotar o meio que lhes convêm, também reconhece a possibilidade de desistência do meio escolhido no curso do processo ou procedimento para a adoção do outro.

7.1.9.7 Da escolha do tabelionato para lavratura da escritura pública de divórcio

Prevalece o entendimento de que inexistente regra de competência territorial para a realização das escrituras de separação e divórcio.

Conforme o artigo 8º da Lei nº. 8.935/1994, não existe competência territorial dos tabelionatos de notas, ao passo que as escrituras públicas podem ser realizadas em qualquer um desses situado dentro do território nacional.

É certo que o Código de Processo Civil, no seu artigo 10, estabelece a regra de competência territorial para propositura de ações de separação e divórcio como sendo o foro de domicílio da mulher, o que, aliás, muitos tribunais entendem como um dispositivo inconstitucional.

De qualquer forma, esta regra de competência é exclusivamente judicial, de sorte que não se aplica ao procedimento extrajudicial.

Outra justificativa da não aplicação da regra de competência territorial prevista no Código de Processo Civil é a de que, por ser uma competência relativa, cabe a renúncia das partes.

7.1.9.8 Do local para lavratura de escritura

Via de regra, as escrituras públicas serão lavradas nas próprias dependências do cartório. O Colégio Notarial já publicou recomendações a fim de que os notários disponibilizem uma sala ou ambiente reservado e discreto para a lavratura da escritura pública, como forma de garantir maior privacidade ao casal instituir o regulamento do divórcio ou separação.

Se as partes requererem que o ato seja realizado no escritório do advogado, o tabelião deverá se dirigir até o local indicado, levando consigo o livro de notas para que seja lavrada a escritura.

Há entendimentos de que não haveria empecilho das partes assinarem a escritura pública em momentos distintos, por estarem impossibilitadas ou por não estarem no mesmo local.

7.2 Reconhecimento, dissolução e partilha de bens de pessoas que vivem em União Estável por Escritura Pública

O artigo 1.723 do Código Civil relaciona os requisitos necessários para o reconhecimento da união estável, quais sejam: convivência pública, duradoura e contínua, com o intuito de construir uma família, autorizando o legislador, no artigo

1.725, que os companheiros, através de um contrato de convivência, reconheçam formalmente e criem regras para sua união estável.

A declaração de existência de união estável e o contrato de convivência podem ser realizados nos tabelionatos já há algum tempo. Diante disso, não há motivo de se vedar a possibilidade das partes dissolverem a união estável através de escritura pública, podendo até mesmo realizar a partilha dos bens. É possível que se aplique a Lei nº. 11.441/07, por analogia, à união estável.

Por se tratar de uma aplicação da lei por analogia, devemos nos atentar ao requisito previsto no art. 1.124-A do Código de Processo Civil, lavrando escritura pública de dissolução de união estável com partilha de bens quando não houver filhos menores de idade.

8 INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

A Lei nº. 11.441, publicada no dia 4 de janeiro de 2007, alterou a redação do artigo 982 do Código de Processo Civil, que passou a admitir que o inventário e a partilha, quando as partes forem capazes e estiverem de acordo, possam ser realizados por escritura pública nos Cartórios de Registro e Notas.

A partilha, que é uma das etapas do inventário, antes do advento da nova lei, já podia ser realizada administrativamente, mediante a lavratura de escritura pública. Entretanto, sua validade era condicionada à homologação judicial.

O grande avanço proporcionado pela lei acima mencionada foi que as escrituras públicas lavradas pelos notários para a realização do inventário e partilha passam a ter validade de imediato, não dependendo mais da homologação judicial, desde que respeitados alguns requisitos, como: partes capazes, consenso entre os herdeiros e não existência de testamento.

Até mesmo a necessidade do alvará judicial para transferências de bens e levantamento de valores poderá ser dispensada, já que a partilha deduzida em escritura pública registrada servirá como título hábil para tais finalidades.

Neste sentido, versa o artigo 3º da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, conforme segue.

Art. 3. As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)

Cabe aos aplicadores do direito, assim como à sociedade, fazer com que, nos casos em que presente os requisitos, sejam aplicados a nova lei, para que esta realmente atinja as suas finalidades, que são: agilizar os procedimentos em casos de jurisdição voluntária, desburocratizar, desafogar o judiciário e reduzir os custos para o cidadão.

Em razão da nova sistemática de realização do inventário na via extrajudicial, faz-se oportuna a análise de algumas questões jurídicas relacionadas ao tema.

8.1 Competência territorial para lavratura da escritura pública

Nos inventários feitos administrativamente não se aplicam as regras de competência territorial previstas nos artigos 96 do Código de Processo Civil e 10 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), nos quais fixam como foro competente aquele do domicílio do autor da herança e, caso este não tenha domicílio certo, o foro da situação dos bens, sendo que, se o “de cujus” tenha bens em domicílios diferentes, será o foro em que ocorreu o óbito.

A atividade notarial, quanto à competência territorial, possui regramento próprio, isto é, a Lei nº. 8.935/94 disciplina em seu artigo 8º que o outorgante possui liberdade de escolha quanto ao tabelião de notas em que irá lavrar a escritura pública, independentemente do domicílio das partes ou lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio. Entretanto, é vedada a prática de atos pelos notários fora do Município para o qual recebeu delegação, conforme disposição do artigo 9º da lei.

O artigo 1º da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça manifesta expressamente o entendimento de que o interessado em realizar o inventário através de escritura pública está livre para escolher o notário que quiser, não havendo regra de fixação de competência.

Entretanto, alguns doutrinadores entendem que a liberdade de escolha dada ao indivíduo pode gerar desordem. Vejamos, assim, o exemplo dado pela doutrinadora Karin Regina Rick Rosa (2007, p.59):

Veja-se, por exemplo, que a liberdade tal qual enunciada pode ensejar o inventário e a partilha em um notário por alguns herdeiros, quando, em outro município (quem sabe do autor da herança), esteja em discussão ação de investigação de paternidade, reconhecimento de união estável ou mesmo inventário judicial requerido pela afirmada companheira-viúva.

A situação acima apresentada levar-nos-ia a uma insegurança jurídica, assim como a invalidação dos atos praticados pelo notário e, conseqüentemente, causaria prejuízo ao direito dos interessados.

Existem algumas formas de solucionar este problema. A primeira delas é colher declaração expressa dos outorgantes de que estes desconhecem a existência de demais herdeiros, companheiro (a) do falecido (a), bem como ignoram

a existência de ações de reconhecimento de união estável e/ou investigação de paternidade.

Outra forma é a criação de uma central de escrituras públicas, que viabilizaria a unificação dos dados, concentrando as informações de todas as escrituras públicas realizadas e possibilitando maior integração entre os cartórios notariais. É neste sentido a orientação do Conselho Nacional de Justiça, no artigo 10 da Resolução 35, para que os Tribunais providenciem a criação das centrais em âmbito estadual.

No mais, essa liberdade ofertada pelo legislador aos herdeiros do falecido pode originar conflitos de ordem tributária, quando o autor da herança tiver bens em diferentes Estados, tendo em vista que o Imposto de Transmissão Causa Mortis (ITCMD) que incide sobre os bens é de competência estadual.

A Carta Magna, no artigo 155, parágrafo 1º, inciso I, estabelece que o ITCMD relativo aos bens imóveis é de competência do Estado em que este se encontra. Já o imposto que incide sobre os bens móveis é de competência do Estado onde se processa o inventário ou arrolamento dos bens.

Ante o exposto, no caso de haver bens imóveis de propriedade do autor da herança em outros Estados, os interessados, para que tenham a faculdade de escolher o tabelião de notas que lavrará a escritura de inventário, deverão demonstrar a quitação de todos os tributos junto às Fazendas Estaduais, competindo ao tabelionato escolhido a fiscalização dos recolhimentos.

Por fim, vale lembrar que os bens de propriedade do falecido que se encontrem fora do território nacional não podem ser objeto do inventário, quer seja ele judicial ou extrajudicial.

Quanto ao local, em que pese que os notários não possam realizar atos fora da circunscrição em que lhes foram outorgadas as serventias, nada impede que as escrituras públicas sejam concedidas fora do prédio do cartório.

Se solicitado pelas partes, que requererem mais privacidade, o tabelião, levando consigo o livro de notas, em diligência, dirigir-se-á ao escritório do advogado ou qualquer outro local indicado pelos interessados para lavrar a escritura pública de partilha e inventário.

O parágrafo único do artigo 7º da Lei nº. 8.935/94 estabelece:

Art. 7. Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: [...]

Parágrafo único. É facultado aos tabeliães de notas realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato.

Neste sentido, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, através da Portaria CG nº 01/2007, estabeleceu a criação de um Grupo de Estudos para o exame de implementação da Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, publicando uma série de Conclusões, dentre estas, a Conclusão 5.1, recomendando aos tabeliães a disponibilizarem uma sala reservada e discreta para o atendimento e lavratura das escrituras públicas de inventário e partilha, por se tratarem de informações importantes.

8.2 Hipótese de lavratura da escritura pública quando houver testamento

Outra questão jurídica pertinente ao tema se refere à possibilidade da realização do inventário e partilha extrajudiciais quando já existe um testamento elaborado pelo “de cujus”.

A ideia de que seria impossível lavrar escritura pública de inventário, quando da existência de testamento, está equivocada, e essa afirmação se corrobora através da interpretação conjunta dos artigos 982 e 1.031 do Código de Processo Civil.

O artigo 1.031 do Código de Processo Civil prevê três procedimentos de realização de partilha amigável, quando as partes forem capazes: termos nos autos do inventário; instrumento particular; ou por escritura pública. Neste mesmo artigo, há a ressalva da necessidade da homologação judicial como requisito de validade desses atos.

Dessa explicação tiramos a conclusão de que, se as partes forem capazes e estiverem de acordo quanto à partilha, mesmo que o “de cujus” tenha deixado testamento, ela poderá ser feita por escritura pública, mas será necessária a homologação judicial.

A diferença entre a escritura pública que lavra partilha amigável, prevista no artigo 1.031 do Código de Processo Civil, e a partilha consensual, artigo

982 do mesmo código (artigo alterado pela Lei nº. 11.441/07), é que a realização desta última é inviável ante a existência de testamento. No mais, ela não exige a homologação judicial para ser título válido, ao contrário da prevista no artigo 1.031.

O notário poderá lavrar escritura pública, mesmo existindo testamento. Todavia, será necessária a homologação judicial. Esta afirmativa não terá validade quando houver partes incapazes, tendo em vista que o artigo 1.031 restringe apenas a partilha com partes capazes.

8.3 Aplicação imediata da nova lei

Mesmo no caso em que o autor da herança tenha falecido antes do dia 04 de janeiro de 2007, isto é, antes da entrada da vigência da lei que autoriza a realização de inventário e partilha pela via administrativa, será possível a lavratura do inventário por escritura pública, se preenchido os requisitos legais.

Esta abrangência encontra fundamento no artigo 1.211 do Código de Processo Civil, pois a lei modificou norma processual. Portanto, tem aplicação imediata, abrangendo até mesmo fatos anteriores à sua vigência. Nestes termos:

Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

Importante ressaltar que, quanto às regras de direito material, em especial as de vocação hereditária, deve-se levar em conta a legislação vigente na data do óbito, em atendimento ao previsto pelo artigo 1.787 do Código Civil.

Outra questão importante são os casos em que, já existindo processo de inventário judicial, as partes têm interesse em iniciar o procedimento administrativo. Se preenchidos os requisitos exigidos pela lei, as partes podem migrar do procedimento judicial para o administrativo. Contudo, deve-se comprovar a desistência, devidamente homologado pelo Magistrado, do procedimento judicial.

No processo de inventário não existe réu, todos os interessados são considerados autores e como tais podem a qualquer momento desistir da ação, com fundamento no artigo 267, VIII, do Código de Processo Civil, devendo o Magistrado

extinguir o feito sem julgamento do mérito, para que seja intentado o pedido na via administrativa.

Surge assim problema de ordem tributária, uma vez que, mesmo o processo de inventário sendo instaurado no prazo legal, incidirá multa na esfera administrativa quando a escritura for lavrada fora do prazo legal.

Desta forma, seria mais vantajoso para as partes, quando capazes, realizar a partilha por escritura pública na forma prevista pelo artigo 1.031 do Código de Processo Civil, submetendo esta à homologação judicial.

Há uma corrente de doutrinadores, tais como Francisco José Cahali (2007, p. 65), que entendem pela não incidência da multa, porque a via administrativa é um procedimento mais vantajoso pela sua agilidade, bem como pela possibilidade de se aproveitar os impostos já pagos nessa nova fase.

Outra hipótese ocorre quando, inobservada a existência de um procedimento judicial de inventário, é aberto o procedimento administrativo para a realização do mesmo. Contudo, se ainda não foi homologada a partilha na via judicial, esta pode ser promovida pela via administrativa, extinguindo-se o processo de inventário por falta de interesse de agir superveniente, pois a partilha foi alcançada por outro meio igualmente lícito.

Devido o surgimento desses questionamentos, a Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 2º, garantiu às partes a possibilidade de escolha entre o procedimento judicial e o administrativo, podendo pedir a qualquer momento a suspensão do processo de inventário pelo prazo de 30 dias, ou até mesmo desistir da ação judicial e, conseqüente, promover o pedido através da via extrajudicial.

Nesse sentido, também a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo publicou a Conclusão 1.2, reafirmando o poder de desistência das partes pela via escolhida, seja ela judicial ou administrativa, ressaltando, todavia, a impossibilidade do seguimento de ambas simultaneamente.

8.4 Obrigatoriedade da adoção da via administrativa

Outro questionamento feito é quanto à obrigatoriedade da adoção da via administrativa, quando presentes os requisitos da Lei nº. 11.441/07

Há entendimentos que asseguram que, quando preenchidos os requisitos legais, a via administrativa se torna o único meio para realização do inventário.

Todavia, outros doutrinadores, como Christiano Cassettari (2007, p. 60), asseguram que se trata de um meio opcional, cabendo às partes interessadas optar pela via que lhe for mais conveniente. A primeira de suas justificativas é que o entendimento da aplicação da lei como obrigatória é inconstitucional, pois viola o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O segundo argumento é que o legislador se atentou à questão, ao incluir na redação do artigo 982 do Código de Processo Civil, que o inventário poderá ser feito por escritura pública.

Nesse aspecto, o Colégio Notarial do Brasil já firmou entendimento de que a aplicação da lei é facultativa, bem como o CNJ, que em seu artigo 2º atribui às partes a escolha pela via administrativa ou judicial.

8.5 Requisitos e procedimentos

O primeiro passo quanto aos requisitos e procedimentos é a identificação e qualificação do autor da herança, indicando data e local do falecimento, bem como o estado civil do falecido, se deixou herdeiros, bens e ainda a existência ou não de testamento.

A herança deixada pelo “de cujus” é chamada de espólio e trata-se de uma universalidade de bens, sem personalidade jurídica, de modo que, em alguns casos, é fundamental a existência de um administrador provisório, que contribuirá na representação e defesa dos interesses do espólio.

A nomeação de inventariante no procedimento administrativo é obrigatória, conforme artigo 11 da Resolução nº. 35 do Conselho Nacional de

Justiça. Entretanto, não será obrigatório seguir a ordem legal do artigo 990 do Código de Processo Civil.

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na Conclusão de nº. 4.1, estabelece:

[...] se houver necessidade, pode ocorrer, na escritura pública, a nomeação de um (ou alguns) herdeiro(s), como os mesmos poderes de um inventariante, para representação do espólio no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes (v.g., levantamento de FGTS, de restituição de IR ou de valores depositados em bancos; comparecimento para lavratura de outras escrituras, etc.). Uma vez que há consenso das partes, inexistente a necessidade de se seguir a “ordem de nomeação” do artigo 990 do CPP.

O notário descreverá os bens a serem inventariados, distinguindo os bens particulares, os bens de propriedade conjunta do casal e as dívidas do falecido.

Os documentos que são necessários apresentar estão elencados no artigo 22 da Resolução nº. 35 do Conselho Nacional de Justiça, conforme segue transcrito:

Art. 22. Na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos: a) certidão de óbito do autor da herança; b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; g) certidão negativa de tributos; e h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado.

Existindo apenas um único herdeiro, maior, capaz e que terá direito a receber a totalidade da herança deixada pelo “de cujus”, o tabelião lavrará escritura de inventário e adjudicação dos bens.

É essencial a emissão da Declaração de Operação Imobiliária, conhecido pela sigla DOI.

Também é essencial o notário advertir os interessados que o ato praticado só passará a produzir efeitos contra terceiros depois de registrado no órgão competente (Cartório de Registro Imobiliário ou Civil, DETRAN, Junta Comercial etc.).

Como já mencionado, o registro é extremamente importante, todavia, a ausência deste não significa a invalidade e nem a ineficácia do ato jurídico para as

partes envolvidas. O que ocorre se o registro não for realizado é que o ato jurídico não terá validade perante terceiro, uma vez que somente com o registro passa a ter efeito “*erga omnes*”, ou seja, contra todos.

Em alguns Estados o notário está incumbido de fazer a comunicação da lavratura do inventário ao Cartório de Registro Civil que lavrou o óbito, facilitando o acesso aos interessados, deixando um registro público certo.

Quanto à presença das partes, todos os herdeiros maiores e capazes devem comparecer na lavratura da escritura.

A maioria e capacidade do indivíduo deve ser analisada no momento da lavratura da escritura e não no momento do óbito. Não poderá ser realizado o inventário pelo procedimento notarial quando houver herdeiros incapazes, bem como no caso de um dos herdeiros fizer cessão de direitos hereditários a um indivíduo incapaz.

O Código de Processo Civil permite a adoção do procedimento notarial quando o herdeiro for menor, mas emancipado, nos moldes do artigo 5º do Código Civil, situação na qual o menor alcançará a maioria civil.

Caso os herdeiros sejam casados, é necessário que compareçam também seus respectivos cônjuges, exceto se forem casados em regime de separação total de bens ou pelo pacto de participação final de aquestos, hipótese em que deverão apresentar o pacto com a renúncia expressa da vênua conjugal, conforme orientação do artigo 17 da Resolução nº. 35 do Conselho Nacional de Justiça.

O viúvo (a) também será parte na escritura, também terá direito à meação ou herança, até mesmo se casado pelo regime de separação obrigatória, segundo interpretação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Caso todos os herdeiros reconheçam a união estável do falecido, assim como ocorre nos casos do casamento, o companheiro deve comparecer, a fim de preservar sua meação e/ou herança, ou até mesmo para anuir com a partilha realizada pelos herdeiros, renunciando a eventuais direitos sucessórios. Se houver conflitos entre os interessados, a solução deve ser obtida pela via judicial.

A doutrinadora Karin Regina Rick Rosa (2007, p.71) entende ser possível a via administrativa do inventário com o comparecimento simultâneo do indivíduo separado de fato do falecido (a), bem como do(a) companheiro(a) deste (a)

com quem foi assumido uma união estável posterior, assim como dos demais herdeiros, necessitando para tanto a concordância de todos os interessados.

Evidentemente, deve ser parte da escritura pública de inventário o cessionário do direito hereditário.

Quanto à representação dos interessados, esta deverá ser feita através de mandado de procuração devidamente constituído nos termos do artigo 657 do Código Civil. A procuração deve ter forma pública e conter expressamente os poderes específicos para a qual foi formulada.

A Resolução nº. 35 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 12, veda a cumulação das funções de mandatário e de assistente das partes.

No que tange à capacidade para realização do ato, o tabelião não poderá lavrar escritura pública de inventário quando existir interessado incapaz. A incapacidade aqui referida é de exercício, e não de direito.

No que se refere à capacidade do nascituro, aquele que já foi concebido, mas ainda se encontra no ventre materno, há ainda muita divergência doutrinária sobre o tema. Segundo Gustavo Tepedino (2004, p.7), o ordenamento jurídico brasileiro majoritariamente entende que o nascituro não é titular de direitos subjetivos, tratando-se de mera proteção jurídica.

Entretanto, o artigo 1.798 do Código Civil, prevê a possibilidade de o nascituro assumir sua herança.

De qualquer maneira, deverá ser realizado o inventário pela via judicial quando houver entre os herdeiros um nascituro.

É requisito obrigatório que as partes estejam acompanhadas de advogados para a realização do ato notarial de inventário.

A ausência do advogado durante a realização do ato, bem como a inobservância de sua qualificação e assinatura, gera a nulidade do ato jurídico praticado pelo descumprimento da solenidade e da forma prescrita.

Sobre o entendimento do advogado Yussef Cahali (2007, p. 19):

A participação do advogado, como interveniente necessário da escritura pública, e como tal reconhecido, dispensa a apresentação de procuração. [...]. Nessas condições, a falta de assistência do advogado aos cônjuges, com a falta de sua assinatura no ato notarial, é causa de nulidade absoluta ou insanável da escritura pública, eis que preterida solenidade que a lei considera essencial para sua validade (CC, ART. 166). Não convalida, assim, a escritura, uma eventual 'ratificação' de seus termos pelo advogado então ausente, devendo o ato notarial ser renovado, ex novo.

O legislador possibilita aos interessados comparecerem à lavratura da escritura pública para realização do inventário, assistidos cada um por seu advogado ou todos assistidos pelo mesmo advogado, uma vez que as partes estão de acordo, inexistindo conflito de interesses.

Se o interessado comparece juntamente com seu advogado no ato da lavratura da escritura pública, não haverá necessidade de apresentarem instrumento de procuração, pois não se trata de uma representação, já que o advogado apenas assiste à parte durante a prática do ato.

Diferente ocorre quando o interessado não está presente durante a prática do ato. Neste caso, será necessário o mandato para terceiro ou até mesmo para o advogado.

Quando o próprio interessado for advogado, poderá atuar em causa própria, não sendo necessária a presença de outro.

O tabelião deve recomendar às partes que procurem um advogado de sua confiança, e caso não possuam, que procurem a OAB. Não se pode, todavia, fazer a indicação de advogado, nem mesmo manter um de plantão no tabelionato. Caso as partes não tenham condições financeiras de arcar com as despesas procedimentais, o tabelião deverá encaminhá-las à Defensoria Pública ou à OAB.

Sobre a possibilidade de se lavrar escritura pública para realização de inventário se o falecido deixar testamento há divergência entre a doutrina.

Alguns doutrinadores, como Christiano Cassettari (2007, p. 49-51), entendem que o testamento não é necessariamente um instrumento com a exclusiva finalidade de disposição patrimonial do falecido referente à sua propriedade, mas sim uma forma de tornar público determinados atos. Alguns exemplos são: o reconhecimento de uma união estável, emancipação de um filho, reconhecimento de uma paternidade etc.

Nesse sentido, não seria razoável vedar aos herdeiros capazes e concordes a possibilidade de realizarem o inventário extrajudicial, quando houver um testamento que não disponha sobre alteração de regras de transferência da propriedade de herdeiros legítimos.

Contrariamente entende o doutrinador Francisco José Cahali (2007, p. 76), que não admite a possibilidade de realizar inventário pela via administrativa quando da existência de testamento, uma vez que a análise das formalidades e

conteúdo deste foge à competência do tabelião, não cabendo a este avaliar a validade, eficácia e abrangência do instrumento e suas cláusulas. Desta forma, quando presente o testamento, o inventário necessariamente deve ser realizado pelo Poder Judiciário.

Todavia, caso exista pronunciamento judicial que tenha invalidado o testamento (por exemplo, por vício de manifestação de vontade), podem as partes optar por realizar o inventário pela via administrativa. Neste caso, deverá constar na escritura pública esta circunstância, bem como a data em que se deu o trânsito em julgado da decisão.

Se alguns dos herdeiros morrem antes da partilha extrajudicial, esta só poderá continuar se a partilha dos bens do herdeiro falecido for feita antes e seus herdeiros possam participar em nome próprio na segunda partilha. Também poderá caso o segundo inventário possa ser realizado pela via extrajudicial e que todos os interessados estejam de acordo quanto ao primeiro inventário que estava pendente. Todavia, o espólio não é considerado parte capaz, não podendo no inventário pela via administrativa haver interessados incapazes, devendo neste caso proceder pela via judicial.

A possibilidade do inventário pela via administrativa, no caso do falecido que vivia em união estável, é outra questão que merece abordagem.

O instituto da união estável possui previsão no artigo 1.723 do Código Civil e é caracterizada pela convivência entre homem e mulher com a finalidade de constituir família, de forma pública, duradoura e contínua.

O reconhecimento da união estável deve ser feito pelo Poder Judiciário. Contudo, para os efeitos do inventário extrajudicial, pode ser realizado pela via administrativa, nos casos em que os herdeiros do autor da herança admitem a existência da união estável.

8.6 Da cessão e da renúncia no inventário extrajudicial

O ordenamento jurídico brasileiro permite que os herdeiros transfiram sua cota parte da herança ou até mesmo dela abra mão. Tratam-se dos institutos da cessão de direitos e da renúncia.

A cessão de direitos, como já mencionada, ocorre quando um dos herdeiros transfere para outro herdeiro ou para um terceiro sua quota parte na herança.

Este ato só poderá ser realizado através de escritura pública e seu objeto é o quinhão do herdeiro, já que é vedada a transferência de bens singulares, devendo ser observado o direito de preferência dos demais herdeiros.

Caso o cedente for casado, para a validação do ato, deve haver a vênua conjugal, exceto se casado no regime de separação de bens ou participação final de aquestos, caso em que deve existir previsão expressa no pacto da dispensa da autorização do cônjuge.

A transmissão do quinhão hereditário deve ser realizada no mesmo ato em que for feito o inventário e a partilha, devendo o tabelião se atentar sobre quais impostos incidiram.

O indivíduo que recebe o quinhão da herança é conhecido como cessionário, e este, como parte do ato notarial, poderá promover o inventário extrajudicial, conforme artigo 16 da Resolução 35 do CNJ:

Art. 16. [...] É possível a promoção de inventário extrajudicial por cessionário de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes.

A renúncia é o ato jurídico pelo qual um dos herdeiros abre mão de receber sua cota parte na herança. Este ato deve ser público, efetivado através de termo judicial ou por instrumento público, devendo constar expressamente a vontade da parte em renunciar a sua parte na herança.

O indivíduo só pode renunciar à porção que lhe compete depois da abertura da sucessão. Caso contrário, será considerado ato nulo, uma vez que nosso ordenamento (artigo 426 do Código Civil) veda a realização de negócio jurídico que tenha por objeto a herança de pessoa viva.

Quando um dos herdeiros renuncia seus direitos na herança, o quinhão que lhe compete é transferido aos herdeiros de sua classe, ou seja, se o “de cujus” deixou 04 (quatro) filhos e um deles renúncia a sua parte na herança, sua cota parte será repartida entre os 03 (três) outros irmãos. Caso não exista herdeiros de mesma classe, será transferido para os da classe seguinte. A renúncia não pode ser feita em favor de uma única pessoa, pois neste caso estaríamos diante de uma cessão e

não de uma renúncia. O ordenamento também veda ao herdeiro fixar qualquer condição para a realização da renúncia.

Caso o herdeiro renunciante tiver credores, estes, através de autorização judicial, no prazo de 30 (trinta) dias, poderão aceitá-la em nome do renunciante. Poderão ainda requerer judicialmente a fraude contra credores ou fraude à execução como forma de invalidar a renúncia.

A existência ou não de credores dos herdeiros renunciantes não interfere na lavratura de escrituras de inventários e partilhas extrajudiciais.

A renúncia não será admitida após o herdeiro aceitar a herança, conforme dispõe o artigo 1.804 da Central de Certidões de Cartórios do Brasil.

8.7 Outros procedimentos relativos ao inventário extrajudicial

No caso de erros nas escrituras públicas referentes ao inventário extrajudicial, as correções podem ser realizadas mediante escrituração pública, devendo todos os interessados estar de acordo. Entretanto, tratando-se de mero erro material, a retificação será feita de ofício pelo Tabelião, sem a presença das partes. Assim, o artigo 13 da Resolução 15 do CNJ prevê expressamente:

Art. 13. A escritura pública pode ser retificada desde que haja o consentimento de todos os interessados. Os erros materiais poderão ser corrigidos, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes, ou de seu procurador, por averbação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por escrituração própria lançada no livro das escrituras públicas e anotação remissiva.

A Lei nº. 11.441/2007 não prevê expressamente a possibilidade da realização pelos tabelionatos de outros expedientes relacionados ao inventário e a partilha. Porém, podem ser efetuados como decorrência lógica.

O primeiro desses expedientes é a sobrepartilha. É sabido que a herança é o conjunto de bens que o falecido deixou, sendo que estes devem ser divididos aos herdeiros em sua totalidade. Entretanto, o Código de Processo Civil, em seu artigo 1.040, admite a possibilidade de se realizar a sobrepartilha.

A sobrepartilha ocorre quando parte da herança é partilhada em momento posterior ao inventário, ocorrendo em situações excepcionais, tais como: quando os bens estiverem em lugar distante ao do local do inventário, quando forem os bens litigiosos ou de venda demorada ou difícil, quando bens sonogados e quando forem descobertos depois da partilha.

Não há limite quanto ao número de sobrepartilhas, tão pouco prazo para sua realização, devendo, todavia, respeitar os requisitos e formalidades da partilha inicial.

A sobrepartilha pode ser lavrada em cartório, mesmo que o inventário tenha sido realizado pela via judicial, assim como se pode realizar a sobrepartilha judicial mesmo que o inventário não tenha sido realizado pelo Poder Judiciário.

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo publicou a Conclusão 4.16, entendendo ser admissível, por escritura pública, inventário com partilha parcial e sobrepartilha.

Se ao tempo do óbito havia interessado incapaz, e esta incapacidade cessou na ocasião da sobrepartilha, poderá ser realizada pela via administrativa. Todavia, se houver incapacidade superveniente, mesmo que o inventário tenha sido realizado pela via administrativa, a sobrepartilha não poderá ser realizada desta forma.

Caso a sobrepartilha seja realizada pelo procedimento administrativo, é recomendado ao notário que comunique ao Juízo em que foi realizado o inventário para a respectiva anotação. Entretanto, se realizado perante o mesmo Cartório, deve ser anotado a existência da sobrepartilha na escritura do inventário primitivo.

O segundo expediente que pode ser realizado pela via administrativa é o inventário negativo, que ocorre quando o falecido não deixa bens a partilhar e os seus herdeiros necessitam formalizar a situação.

Nesse sentido, o artigo 28 da Resolução 35 do CNJ confirma a possibilidade de que o inventário negativo seja realizado pela via administrativa.

É de extrema importância fazer o inventário negativo, nos casos em que o autor da herança deixou credores, podendo-se comprovar com este a completa insolvência do falecido, bem como nos casos em que o cônjuge sobrevivente tem interesse em se casar novamente, não podendo sofrer restrições quanto à escolha do regime de bens.

A escritura pública do inventário negativo deve conter necessariamente: identificação do falecido, cônjuge sobreviventes e demais sucessores, data, local do óbito, bem como a declaração da inexistência de bens a serem partilhados. Todos os interessados devem estar presentes durante a lavratura da escritura.

Como já mencionado, o artigo 14 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça autoriza, aos sucessores do falecido, realizar pela via administrativa a lavratura de escritura pública de autorização para levantamento de ativos financeiros retidos em instituições, órgãos públicos e privados.

Pode ocorrer que o autor da herança deixe obrigações. Desta feita, será necessária a indicação de um inventariante para o seu cumprimento. Os interessados poderão fazer a nomeação do inventariante para o cumprimento das obrigações pendentes através de escritura pública, de forma mais simples e ágil.

8.8 Registro da escritura pública

Quanto aos registros e transferências dos bens deixados pelo falecido, versa o artigo 982 do Código Civil:

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Apesar de o dispositivo legal mencionar apenas o registro imobiliário, o Conselho Nacional de Justiça complementa a redação do referido artigo tornando a escritura pública de inventário lavrado em cartório título hábil para o registro e transferência dos bens e/ou direitos, assim como para levantamento de valores em demais órgãos e instituições.

Para o registro e levantamento dos bens dos herdeiros no inventário realizado pela via judicial, é necessário que se expeça alvará judicial. Já quando realizado pela via administrativa, basta a escritura pública para se proceder ao registro e transferência dos bens.

A obrigatoriedade do alvará judicial vai em direção contrária aos objetivos da Lei nº. 11.441/07, que visa à agilidade e à desburocratização dos procedimentos.

8.9 Abertura e encerramento do inventário

A Lei nº. 11.441/07 alterou os prazos para abertura e encerramento do inventário, para 60 (sessenta) dias da data do falecimento para ajuizar ação, sob pena de multa, e 12 (doze) meses para encerramento, podendo o Magistrado prorrogar este prazo de ofício ou a requerimento das partes.

A multa mencionada incidirá sobre o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). Além da incidência da multa, a perda do prazo legal poderá resultar no detrimento do direito dos herdeiros de exercer a inventariança, uma vez que, transcorrido o prazo sem que os herdeiros tenham promovido a abertura do inventário, os sujeitos descritos no artigo 988 do Código de Processo Civil poderão fazê-lo e, até mesmo, serem nomeados inventariantes.

Quanto à incidência da multa pelo transcurso do lapso temporal fixado em lei para abertura do inventário, há dois posicionamentos doutrinários.

O primeiro deles é de Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 92), que entendem que, da leitura do artigo 983 do Código de Processo Civil, extrai-se que os prazos para abertura e encerramento do inventário e da partilha se aplicam somente quando estes procedem pela via judicial, porque referido artigo menciona apenas os processos de inventário na forma judicial.

Desse entendimento, conclui-se que, mesmo que os interessados tenham perdido o prazo para ingressar com o inventário e partilha pela via judicial, preenchidos os requisitos exigidos pela Lei nº. 11.441/07, poderão ainda realizá-los pela via administrativa, sem necessidade de pagar a multa pelo atraso.

Entendimento diverso é do doutrinador Christiano Cassettari (2007, p. 58), que faz uma análise sistemática de todo o ordenamento, entendendo que o prazo fixado pelo texto legal deve ser respeitado tanto para os inventários realizados judicialmente como para os extrajudiciais.

9 DA PARTILHA AMIGÁVEL

A partilha não se confunde com inventário, uma vez que quando houver menores, incapazes, ou testamento, ele só poderá ser feito pela forma judicial. Porém, ela poderá ser realizada por escritura pública, devendo, entretanto, ser homologada pelo Magistrado.

Quanto à partilha, é dividida em duas modalidades, quais sejam: amigável e a judicial.

A amigável tem natureza contratual e depende da existência de herdeiros capazes e que, através da manifestação da vontade, estabelecem livremente as condições da divisão dos bens do falecido entre os interessados.

A judicial é aquela em que, inexistindo consenso entre os interessados ou existindo consenso com herdeiros incapazes, funda-se em sentença proferida por Magistrado competente.

Há três formas distintas de se realizar a partilha amigável: através de escritura pública, por termos nos autos do inventário ou por escrito particular.

O doutrinador Fabrício Zamprogna Matiello (2003, p. 1.290) entende que, mesmo o artigo 2.015 da Lei nº. 10.406 mencionando a necessidade de homologação judicial, esta só será necessária quando a partilha amigável se proceder por escrito particular, até porque o notário que lavrar a escritura pública é competente para tanto, por se tratar de um oficial público.

9.1 Existência de credores do autor da herança

A existência de credores não impede que o inventário e a partilha sejam feitos pela via administrativa. Todavia, as dívidas eventualmente existentes e reconhecidas pelos herdeiros devem ser especificadas na própria escritura. Neste caso, a dívida pode ser liquidada pelos bens do espólio ou pode se indicar o herdeiro ou herdeiros que assumirão o compromisso de quitar o débito.

Há orientação do Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 35, em seu artigo 27, que admite a realização de inventário e partilha extrajudiciais, mesmo o autor da herança deixando credores

Importante ressaltar que, se o credor do “de cujus” se sentir lesado pela partilha feita entre os herdeiros, poderá alegar fraude contra credores como forma de ver seu crédito garantido.

10 CONCLUSÃO

Através da análise, observa-se que o legislador procura com esta lei simplificar os procedimentos para serem solucionados de forma ágil e com a mesma eficiência e segurança jurídica dos atos judicantes.

A adoção desse procedimento só será válida se presentes os requisitos que se seguem: houver consenso entre as partes e não houver menores imputáveis. Caso contrário, os processos continuam a cargo da justiça.

A diminuição considerável do tempo previsto para a conclusão do processo é facilmente constatada. Enquanto o procedimento pela via judicial pode consumir meses e até anos, pela administrativa resolve-se em questão de horas.

A demora da resposta do Judiciário se deve aos acúmulos burocráticos agravados em razão da grande demanda. Sendo assim, a nova Lei proporciona o desafogamento do sistema e, conseqüentemente, catalisa análise de demandas de jurisdição contenciosa.

Há também a possibilidade de se reduzir os honorários previstos, já que serão desnecessárias petições encaminhadas aos juízes.

Segundo Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p.11):

O Poder Judiciário está no banco dos réus. A imprensa publica acusações de letargia, burocracia, nepotismo, altos salários e ineficiência. A imprensa vive de manchetes, recepciona alguns maus exemplos e pouco divulga os esforços e as melhorias.

Dentre as providencias da Nação para melhorar o Judiciário está a Reforma do Judiciário: um conjunto de projetos de lei que pretende corrigir algumas mazelas sistêmicas, seja do processo, seja da administração.(...)

Finalmente, a lei nº. 11.441/2007 permite a realização de separação, divórcio, inventário e partilha por escritura pública, desde que as partes sejam maiores e capazes e não haja litígio.

A Lei nº. 11.441/07 completou 04 (quatro) anos de sua vigência e o aumento da procura pelos atos praticados extrajudicialmente mostram que foi aprovada pela população em geral. Entretanto, ainda há muito a ser melhorado.

Dados do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo (CNB-SP) apontam que, de janeiro do ano de 2007, data em que a lei entrou em vigor, a dezembro de 2010, cerca de 135 (cento e trinta e cinco) mil processos deixaram de ingressar no judiciário paulista e foram resolvidos perante um tabelionato de notas.

É necessário, contudo, ressaltar que, apesar dos avanços trazidos pela Lei, esta ainda suscita dúvidas a serem dirimidas pela doutrina e profissionais da área a fim de se ter uma maior efetivação em sua aplicabilidade, conseguindo com isso atingir, cabalmente, seus princípios originários.

Perpetra-se uma revolução silenciosa no sistema judiciário como um todo, já que casos consensuais serão transferidos para os cartórios, permanecendo na esfera judicial situações de conflito ou envolvimento de dependentes, nos quais é imperativa a análise e o acompanhamento da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. 1, São Paulo: Renovar, 2007;

BRASIL, Luiz Felipe. **Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais (Lei 11.441/07)**. <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso dia 20 de março de 2010 às 12h00;

CAHALI, Francisco José; FILHO, Antonio Herance; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Escrituras Públicas – separação, divórcio**, 1 ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

CAHALI, Yussef Said. **Separação e divórcio consensual mediante escritura pública**, separata do livro Divórcio e separação. 11. ed. São Paulo: RT, 2005;

CASSETTARI, Christiano. **Separação, Divórcio, Inventário por Escrituras Públicas – teoria e prática**, São Paulo: Método, 2007;

COLTRO, Antonio Carlos Mathias, DELGAÇO, Marcio Luiz. **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais** – 2 ed. São Paulo: Método, 2010;

DAVID, Lygia Ananias. **Inventário administrativo e inventário judicial**.
<http://www.artigonal.com/direito-artigos/inventario-administrativo-e-inventario-judicial-1425376.html> - acessado em: 04 de abril de 2010 às 14h45;

DIAS, Maria Berenice Dias e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil** – ed.3; São Paulo: IBDFAM, 2006;

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

GONÇALVES, Carlos Roberto - **Sinopse jurídica Direito de Família**, ed. 9, São Paulo, 2010;

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Mulheres casam mais quando jovens**.http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1046. Acessado em: 15 de abril de 2010 às 15h35;

MATIELLO, Fabrício Zamprogna, **Código Civil comentado**, São Paulo: LTr, 2003;
MORAES, Lúcia Maria de. **A lei nº 11.441/07**.
<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=9690>. Acesso em: 20 de março de 2010 às 13h45 ;

NAMUR, Cássio S. **Separação, divórcio, partilhas e inventário extrajudiciais – Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007**, São Paulo: Método, 2007;

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.