

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

OS ATOS PRATICADOS POR TABELIÃES COMO ALTERNATIVA
PARA A REALIZAÇÃO DE DIREITOS

MARCOS CLARO DA SILVA

PRESIDENTE PRUDENTE – SP
2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**OS ATOS PRATICADOS POR TABELIÃES COMO ALTERNATIVA
PARA A REALIZAÇÃO DE DIREITOS**

MARCOS CLARO DA SILVA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Ms. Gilberto Notário Ligerio.

PRESIDENTE PRUDENTE – SP
2011

OS ATOS PRATICADOS POR TABELIÃES COMO ALTERNATIVA PARA A REALIZAÇÃO DE DIREITOS

Monografia aprovada como
requisito parcial para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito

Gilberto Notário Ligerio
Orientador e Presidente da Banca Examinadora

Sérgio Tibiriçá do Amaral
Examinador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Presidente Prudente, 18 de Outubro de 2011

“Quanto mais conselho do notário, quanto mais consciência do notário, quanto mais cultura do notário, tanto menos possibilidade de *litis*” – Francesco Carnelutti

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente a Deus, força que move toda a vida na terra, em que me apeguei nos momentos difíceis.

A minha mãe, pelas lições de vida que ela sempre me apresentou, exemplo de esforço, dedicação, e também por ter em todos os momentos da minha existência me indicado o caminho da sabedoria.

Ao tio Donizete, por ter me ajudado de várias formas diferentes, nos momentos em que estive longe de casa.

Aos meus irmãos, aos meus familiares, aos meus amigos, a minha namorada, pelo apoio que sempre me deram para que eu continuasse estudando.

Por fim, ao Professor Gilberto Ligerio, pela paciência e solicitude ao me orientar, e pelos conhecimentos transmitidos desde o segundo da faculdade, permitindo que eu me apaixonasse pelo processo civil, agradeço também aos Professores Sérgio Tibiriçá e Daniel Colnago por terem aceito serem examinadores deste trabalho.

RESUMO

Esta abordagem científica tem por finalidade apresentar de maneira breve os atos praticados por tabeliães, no sentido de serem considerados como instrumento a serviço da tutela jurídica estatal. Primeiro apresentando o conceito de Direito Notarial, para se delimitar o campo de estudo, nas considerações iniciais acerca do tema proposto foi importante consignar se os tabeliães ao praticarem os atos previstos pela lei 11.441/2007 deverão observar as regras de competência do Código de Processo Civil, ainda para os fins deste estudo comparamos o procedimento judicial com o procedimento notarial, prosseguimos posteriormente elaborando um histórico sucinto das atividades notariais e registrais, por conseguinte foi necessário ressaltar a natureza jurídica dos serventuários extrajudiciais, procurando verificar se são relações de Direito Público ou se configuram como relações de particulares em colaboração com a Administração Pública. Posteriormente os atos de tabeliães foram abordados em duas concepções, como administração pública de interesses privados, ou como sendo tutela de jurisdição voluntária. Antes do estudo específico das escrituras de divórcio, separação, inventário e partilha, delimitou-se quais os principais princípios inerentes à atividade notarial e registral. Em outro momento estudou-se as escrituras referidas pela lei 11.441/2007, trazendo os seus requisitos específicos, qual o procedimento que é adotado dentro do tabelionato de notas para sua lavratura. Tema que demandou um estudo detido foi a *emenda do divórcio* que modificou muitos aspectos do direito de família, finalmente procedeu-se a análise da escritura pública de inventário e partilha sempre relacionando tais temas com o Processo Civil, trazendo os atos de tabeliães como forma de aprimorar o Processo como instrumento utilizado pelos órgãos jurisdicionais para resolver os conflitos de interesse de maneira célere.

Palavras-chave: Processo Civil, Tabelionato de Notas, Atos de Tabeliães, Escrituras Públicas, Emenda n.66

ABSTRACT

This scientific approach intends to present briefly the acts performed by notaries in order to be considering as an instrument in the service of jurisdiction. First delimiting which the concept of law notary is, to delimit the area of study, the initial considerations about the proposed theme were important to consignee it the notaries perform the acts specified by the law 11.441/2007 must follow the rules of jurisdiction of the Civil Code, still for purposes of this study, we compared the judicial procedure with the notary procedure, after we go further elaborating a historical summary of the notarial and registry activities, therefore it was necessary to highlight the extra-legal nature of the extra judicial servers, if they are relations of public law or deal with individuals in collaboration with the Public Administration. After, acts of notaries public have been addressed in two views, such as public administration of private interests, or as protection of voluntary jurisdiction. Before the specific study of the scriptures of divorce, separation, and inventory sharing, which is delineated the main principles inherent in the notary and registry activity. Another time was thoroughly studied the scriptures referred to the law 11.441/2007, bringing their specific requirements, which the procedure is adopted within the convincing for your notes issuance. Issue which required a careful study of divorce was the amendment which changed many aspects of family law, finally proceeded to the analysis of the deed of inventory and always sharing such topics relating to Civil Process, bringing the acts of notaries public as a way to improve the process as a tool used by courts to solve conflicts of interest in a quick way.

Key Words: Civil Process. Public Notaries. Notarial Acts. Public Scripture. Amendment n°. 66

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DO DIREITO NOTARIAL	13
2.1 Direito Notarial.....	13
2.2 Os Serviços Notariais e Registrais.....	14
2.3 Competência Territorial dos Serviços Notariais.....	17
2.4 Procedimento Judicial e Notarial.....	20
2.5 Evolução dos Serviços Notariais e de Registro.....	23
3 NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE NOTARIAL	26
3.1 Natureza Jurídica dos Atos Praticados por Tabeliães	29
3.1.1 Atos de tabeliães como jurisdição.....	29
3.1.2 Administração pública de interesse privados.....	31
3.1.3 Posicionamento de José Frederico Marques.....	31
3.1.4 Atos de tabeliães como instrumento de jurisdição voluntária.....	33
4 PRINCÍPIOS DO DIREITO NOTARIAL	37
4.1 Princípio da Publicidade.....	37
4.2 Princípio da Segurança Jurídica.....	39
4.3 Princípio da Economia.....	40
4.4 Princípio da Fé Pública.....	41
4.5 Princípio da Forma.....	42
4.6 Princípio da Rogação.....	43
4.7 Princípio da Imediação.....	43
4.8 Princípio do Consentimento.....	44
5 TABELIONATO DE NOTAS	46
5.1 Conceito de Escritura Pública.....	46
5.1.1 Requisitos para a lavratura de escrituras públicas.....	47
5.2 Escrituras Públicas de Divórcio e Separação.....	49
5.2.1 Conceito de divórcio.....	49
5.2.2 Requisitos específicos para a lavratura.....	50
5.2.3 Procedimento específico.....	58
5.2.4 A separação após a <i>emenda do divórcio</i>	62
5.2.5 A escritura pública como título executivo.....	68
5.3 Escritura Pública de Inventário e Partilha.....	70
5.3.1 Conceito de inventário e partilha.....	70
5.3.2 Requisitos específicos para a lavratura.....	71
5.3.3 Questão tributária.....	78
5.3.4 Procedimento específico.....	78

6 CONCLUSÃO	80
BIBLIOGRAFIA	85
ANEXOS	88

1 INTRODUÇÃO

A atual situação por que passa o Poder Judiciário é extremamente delicada, a prestação da tutela jurisdicional por meio do processo é demasiada longa, sendo ineficiente o meio disponibilizado pelo Estado para a solução dos conflitos de interesse e conseqüente pacificação social.

A partir do momento em que o Estado toma para si a função de terceiro pacificador dos conflitos inerentes ao convívio social, deverá prestar tal função de maneira adequada, posto que proíbe a justiça pelas próprias mãos.

Contudo, não basta apenas criticar o processo como meio estatal à disposição para a consecução da tutela, devendo os operadores do Direito oferecerem meios alternativos e adequados para tanto, como também para desafogar o Poder Judiciário, possibilitando desta forma, a consagração do acesso à justiça efetivo e prestado de forma célere.

Diante de tal panorama fático a comunidade jurídica vem se movimentando para atingir a melhora da situação, que ocorrerá quando o judiciário for apto a atender as pretensões sociais.

Entre as várias medidas pode-se destacar o incentivo à conciliação, a Instituição pelo Conselho Nacional de Justiça de metas a serem observadas pelos tribunais, e claro a utilização do procedimento notarial para prevenir os conflitos de interesse.

Neste diapasão a Lei 11.441/2007 vem estabelecer normas que visam à prática de atos de tabeliães capazes de prevenir a formação de um processo judicial, fazendo valer, assim, a tutela jurídica estatal e, por conseguinte ajudando a obter a celeridade processual tão desejada neste País.

Há de se demonstrar para os efeitos deste estudo, como se dá o procedimento judicial e como se desenvolve procedimento notarial, comparando-se, e analisando-se para demonstrar o tempo que cada um depreende.

Como a referida lei possibilita a partir de sua promulgação a possibilidade das partes optarem pela via notarial no que se refere a divórcios, separações inventários e partilhas, analisaremos se ao praticarem estes atos os tabeliães observarão as regras de competência territorial do Código de Processo Civil.

Como a lei 11.441/2007 previu a realização de separações, divórcios, inventários e partilhas no cartório extrajudicial, antes de adentrar especificamente ao tema proposto, foi importante destacar qual a origem histórica da atividade notarial, para se entender questões relativas aos costumes antigos que até hoje permeiam esta importante atividade estatal.

Assim, analisou-se sobre o conceito de direito notarial, sobre as questões relativas ao procedimento, à competência, e sobre o histórico o que alicerça este trabalho, sendo esta parte do estudo, portanto, um objetivo geral traçado para a consecução dos fins aqui pretendidos.

Tal lei atribui aos tabeliães à possibilidade de lavrar escrituras públicas de inventário, partilha, separação e divórcio, atribuindo a estes instrumentos públicos aptidão para serem registrados no Cartório de Registro de Imóveis, sendo pertinente a análise deste aspecto como requisito para os fins pretendidos por esta pesquisa.

Porém, a doutrina não é pacífica em relação à caracterização dos atos praticados pelos notários, se estes constituem Jurisdição voluntária como atividade administrativa, ou como atividade jurisdicional, por oportuno então analisar-se quais os aspectos que tragam melhores resultados aos efeitos pretendidos pela lei 11.441/2007, efetivando verdadeiramente os atos de tabeliães como alternativa à consecução da tutela jurídica estatal.

Assim várias questões relativas à lavratura das referidas escrituras demandaram estudo detido, pois vários aspectos referentes aos requisitos e aos procedimentos a serem adotados pelos tabeliães não foram trazidos na referida lei, o que levou o Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução n. 35 sanar algumas destas lacunas, mais não todas, demandando estudo profundo dos requisitos para que se opte pela via notarial, posto que os arts. 1.124-A e 982 do Código de Processo Civil não conduzem a uma interpretação clara, sendo necessário, portanto interpretá-los de maneira eficiente, sendo objetivo de grande importância para esta pesquisa.

Como atualmente a lei 11.441/2007 vem sendo aplicada em todo o país, merece atenção das partes assim como dos profissionais envolvidos na realização dos atos por ela previstos, da tratativa adequada com os dispositivos legais ora estudados.

Outro aspecto pertinente a ser analisado, é a entrada em vigor da *emenda do divórcio*, que deu nova redação ao §6º do art.226 da Constituição Federal, redação essa que deu margens a diversas discussões jurídicas, dentre elas destaca-se a extinção ou não do estado civil de separação, sendo necessário abordar os argumentos dos dois entendimentos, posto que uma das posições jurídicas previstas pela lei 11.441/2007 é a separação, sendo objetivo específico desta abordagem estabelecer qual a situação deste instituto jurídico.

Os atos notariais serão abordados como instrumentos capazes de realizarem direitos, efetivando princípios constitucionais de suma importância para a concretização do Estado Democrático de Direito, mesmo que de maneira indireta, concretizando um judiciário acessível e efetivo, utilizaremos para tanto os métodos indutivo e dedutivo, bem como o hipotético dedutivo.

Então para que se consagre os fins pretendidos pela Lei 11.441/2007, é necessário interpretá-la de maneira eficiente, possibilitando a solução das questões de ordem prática que eventualmente surgirem.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO NOTARIAL

2.1 Direito Notarial

O direito notarial pode ser definido como o ramo do Direito Público Interno, sendo o conjunto de normas, leis e princípios que regulamentam a atividade notarial, sua aplicação prática, e a relação estabelecida entre o notário e usuário.

Para Narciso Orlandi Neto (2004, p. 13) o Direito Notarial é o “conjunto de normas (leis, princípios, normas administrativas, jurisprudência normativa) que regem a atividade notarial”, para ele não se confunde Direito Notarial com Direito Registral apesar de terem algumas semelhanças.

Rufino Larraud (1996, p.83), em definição sintética traz a seguinte definição de Direito Notarial: “conjunto sistemático de normas que estabelecem o regime jurídico do notariado”.

Argentino Neri (1980, p.322), ao lidar com o tema, define Direito Notarial como sendo "o conjunto de normas positivas e genéricas que governam e disciplinam as declarações humanas formuladas sob o signo da autenticidade pública".

Dos conceitos trazidos pela doutrina o mais adequado, é o de Argentino Neri, pois tráz a finalidade do Direito Notarial em sua definição, qual seja, dar autenticidade pública às declarações humanas que são prestadas ao tabelião, e que são materializadas em escrituras públicas, por exemplo.

Dar autenticidade pública às declarações humanas é a finalidade precípua do Cartório, quando o usuário busca o tabelião o faz por ter certeza de que ali será formalizada sua vontade, e, que tal ato, trará segurança jurídica, tanto assim é que a publicidade é o princípio maior da atividade notarial, que possibilita dar a escritura pública a força de prova plena nos termos do Código Civil vigente, em seu artigo 215.

Torna-se então, o mais adequado para os fins buscados neste trabalho, pois está intimamente ligado com o raciocínio que será desenvolvido, no sentido de buscar o que, dentro do Direito Notarial, tem o condão de prestar tutela jurisdicional às pessoas, uma norma, princípio ou regramento, que autorize a escritura pública evitar o conflito de interesses.

A tutela jurisdicional deve ser prestada de maneira eficaz, devendo a sua finalidade que é a solução dos conflitos de interesse e a pacificação social serem atingidas, estudaremos então, mais adiante, qual instituto jurídico do Direito Notarial traz eficácia a uma escritura pública, para que ela distribua de certa maneira justiça.

Feitas as considerações acima sobre o conceito de Direito Notarial, analisaremos o que define os serviços notariais e de registro.

2.2 Os Serviços Notariais e Registrais

No que concerne aos Serviços Notariais a própria lei traz o conceito, estando delimitado no art. 1º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1.994, que conceitua os serviços notariais como sendo “os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”

A doutrina por assim dizer, complementa o conceito legalista no dizeres de João Roberto Parizzato (1995, p.13):

Serviços Notariais podem ser definidos como sendo as atividades desempenhadas por oficiais públicos, a quem se confere o encargo de instrumentar na forma legal, os atos jurídicos e os contratos elaborados pelas partes interessadas.

Tratando sobre o mesmo tema nos ensina Walter Ceneviva (2010, p. 39)

Serviço Notarial é a atividade de agente público, autorizado por lei, de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que consubstanciam atos jurídicos extrajudiciais do interesse dos solicitantes, sendo também permitido a autoridades consulares brasileiras, na forma da legislação especial.

As finalidades do conceito de Direito Notarial são as mesmas da conceituação legal de Serviços Notariais e Registrais, sendo desnecessário maiores

comentários quanto a este aspecto, pois tais princípios foram abordados na seção anterior deste capítulo.

A forma de investidura na função de Notário se dá por meio de concurso público de provas e títulos, a partir da Constituição de 1988, trazendo tal regramento no art. 236, sendo então exercidos em caráter privado por delegação do poder público.

O artigo 5º da Lei dos Notários e Registradores – 8.935/94 elenca quais são os serviços notariais e registrais assim dispondo:

Art. 5º Os titulares de serviços notariais e de registro são
I – tabeliães de notas;
II – tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos;
III – tabeliães de protesto de títulos;
IV – oficiais de registro de imóveis;
V – oficiais de registro de títulos e documentos e civis de pessoas jurídicas;
VI – oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas;
VII – oficiais de registro de distribuição.

Os tabeliães de Notas – têm a sua competência definida na mesma lei, em seu artigo 7º, podendo lavrar com exclusividade escrituras e procurações públicas, testamentos públicos e aprovar os testamentos cerrados, lavrar atas notariais, reconhecer firmas e autenticar cópias reprográficas.

De outro lado, os Tabeliães e Oficiais de registro de contratos marítimos – são os delegados do poder público competentes para lavrarem privativamente: os atos, contratos e instrumentos relativos a transações de embarcações a que as partes devam ou queiram dar forma legal de escritura pública, registrar os documentos da mesma natureza, reconhecer firmas em documentos destinados a fins de direito marítimo, expedir traslados e certidões, têm então genericamente competência para lavrar os mesmos atos que o tabelião de notas, porém tais atos devem ser qualificados e em seu conteúdo material se referirem a atos relacionados ao Direito Marítimo.

Por seu turno no que diz respeito Tabelião de Protesto de Títulos – o art. 11º da lei 8.935/94 os define a competência exclusiva para protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação, intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou paga-los, sob pena

de protesto, receber o pagamento dos títulos protocolizados dando quitação, lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação, acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante, averbar o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados, bem como expedir certidões de atos e documentos que conste, de seus registros e papéis, a lei então define todo o procedimento inerente ao protesto de títulos.

A atribuição dos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis de pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdição e tutelas está assim definida no art. 12º da lei 8935/94:

(...) compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

Trata-se de uma atribuição genérica devendo buscar-se em outras legislações quais as atribuições desses oficiais do poder público, a lei também receitua que a competência dos oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais se sujeitaram a delimitação geográfica definida em lei.

A Lei dos Notários e Registradores também define a competência dos oficiais distribuidores dos serviços, descrevendo tal competência em seu art. 13 assim dispondo:

(...) I - quando previamente exigida, proceder à distribuição eqüitativa pelos serviços da mesma natureza, registrando os atos praticados; em caso contrário, registrar as comunicações recebidas dos órgãos e serviços competentes;
II - efetuar as averbações e os cancelamentos de sua competência;
III - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

Esmiuçado o conceito de Direito Notarial e de Serviços Notariais, relacionando-os com o objeto do presente estudo, qual seja a distribuição de paz

social viabilizada pela prática de atos notariais, parte-se para o histórico dos Serviços Notarias e de Registro.

2.3 Competência Territorial nos Serviços Notariais

Tratamos acima da competência material inerente aos Registros Públicos, contudo, necessário se faz abordarmos a competência territorial para a lavratura dos atos de tabeliães.

Não se aplicam aos Serviços Notariais as regras de competência inerentes ao Processo Civil, dois artigos da lei dos notários e registradores trazem regras sobre o exercício da delegação notarial relativamente à territorialidade.

O art. 8^o¹ da referida lei dispõe que é livre a escolha do tabelião pelas partes, qualquer que seja o seu domicílio e o lugar em que se encontrem os objetos do negócio ou ato jurídico.

Entretanto o art. 9^o² da mesma lei estabelece uma regra dirigida ao tabelião, prevendo que ele não poderá praticar atos fora do município para o qual recebeu delegação.

Com o advento da lei 11.441/2007, surgiram diversas dúvidas a respeito de sua aplicação prática, para resolver tais dúvidas o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 35, que em seu art. 1^o³ reforça a disposição trazida pela lei dos Notários e Registradores.

Walter Ceneviva (2010, p.96), ao interpretar tais dispositivos legais, assevera que a liberdade na escolha do tabelião se refere ao notário, mas não ao tabelião marítimo e ao de protestos.

No que diz respeito ao Registro Civil e ao Registro de Imóveis as leis de organização judiciária dividem a área territorial de atuação desses profissionais em circunscrições, podendo haver em cada município diversas circunscrições.

¹ Art 8^o da Lei 8.935/1.994: É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.

² Art. 9^o da Lei 8.935/1994: O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do município para o qual recebeu delegação.

³ Art.1 da Resolução do CNJ: Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/2007, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de Competência do Código de Processo Civil.

Assim, não se leva em consideração as regras de competência estabelecidas pelo Código de Processo Civil para as ações de divórcio, inventário e partilha, sendo de livre a escolha do tabelião de notas pelas partes envolvidas.

Sobre a regra prevista no art. 9º da lei 8.935/1994 explica Walter Ceneviva (2010, p.96):

A norma do art. 9º consiste numa restrição: o município é o âmbito exclusivo no qual o tabelião pode atuar. Cada ato lavrado indicará ou a sede da serventia, ou um lugar na municipalidade. Quando escolhido o tabelião de fora do domicílio das partes ou do lugar do bem negociado, aquelas poderão se deslocar-se para firmarem o instrumento, mas não o tabelião de notas.

Isto posto entende-se que o tabelião pode praticar atos cujas partes ou os bens estejam fora do domicílio para o qual recebeu a delegação, desde que as partes se dirijam até a sede da sua serventia, e não o tabelião se desloque até outro município para lavrar tais atos.

Consolidando esta linha de raciocínio, inclusive para a lavratura das escrituras de divórcio, separação, inventário e partilha, assevera Christiano Cassetari (2007, p. 41):

Não há competência territorial dos tabelionatos de notas, como há, por exemplo, no registro de imóveis e no registro civil, o que permite que as escrituras públicas possam ser lavradas em qualquer tabelionato que esteja localizado em qualquer parte do país.

Entretanto para a prática dos atos especificados pela lei 11.441/2007, pode não ser uma boa regra, visto que poderá gerar insegurança na prática desses atos determinados, sendo necessária pela maioria da doutrina a observância pelo tabelião de alguns aspectos pertinentes ao local dos bens e domicílio dos herdeiros por exemplo.

Tratando sobre tais aspectos, especificamente no que diz respeito à lei 11.441/2007, estabelece Walter Ceneviva (2010, p. 95):

A liberdade da parte na escolha do tabelião, pelo fato de ser limitado a atuar no município da sede de seu serviço, tornou-se mais criticável com a lei 11.441/2007. Ao facultá-la aos legitimados, para as medidas enunciadas, pode gerar dificuldade e sacrificar o conhecimento de terceiros

para os atos jurídicos do direito de família e das sucessões aos quais se refere, a serem completados após a lavratura.

Ainda sobre o mesmo assunto conclui referido autor (2010, p. 95)

A escolha não é submetida às restrições próprias da competência processual, predominante quanto a atos formalizados em juízo. Fica evidente a dificuldade da formalização para optantes por tabelião sediado em lugar diverso daquele em que ocorridos o casamento, sua dissolução, o falecimento, o domicílio do morto, dos herdeiros, da situação dos bens inventariados.

Do trecho acima transcrito podemos entender que para o Professor, há uma regra de competência dos tabeliães a ser seguida, quando os atos a serem lavrados forem os previstos pela lei 11.441/2007, sendo necessário lavrar a escritura pública de divórcio no mesmo município em que houve o casamento.

A doutrina consolida a ideia de que é necessário estabelecer competência para os tabeliães de notas no que se referir aos atos trazidos pela lei 11.441/2007, nesse aspecto salienta Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 59):

Com efeito, diante da diversidade da repercussão da partilha e inventário e mesmo na separação judicial, talvez o ideal seria a previsão legal de competência para os notários. [...] 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 requerida pela afirmada companheira viúva.

Trazendo como solução para a problemática que envolve tal questão, conclui a mesma autora:

A solução mais adequada, e por cautela, é que seja colhida pelo notário, no corpo da escritura, a declaração expressa dos outorgantes, sob as penas da lei, de que desconhecem a existência de outros herdeiros, de companheiro viúvo do falecido, ou de ações de reconhecimento de união estável ou investigação de paternidade.

Parece-nos ser uma boa solução, tanto para o tabelião de notas que lavrar a escritura e para as partes integrantes do negócio jurídico, consignando certa

precaução com relação às questões que possam advir posteriormente à realização das escrituras previstas pela Lei 11.441/2007.

No entanto, a nosso ver, seria de melhor conduta que o tabelião se abstinhasse de lavrar atos fora do município para o qual recebeu a delegação, mesmo que as partes se dirijam até a sua serventia, contudo não é o que acontece na prática, pois geralmente os emolumentos pagos pela lavratura destas escrituras são altos.

Assim sendo, apesar da legislação pertinente à territorialidade inerente à prática dos atos de tabeliões consignar expressamente que as escrituras públicas poderão ser lavradas em qualquer serventia desde que as partes se dirijam até ela, é de se frisar que quando as referidas escrituras tratarem-se dos atos previstos na lei 11.441/2007 é essencial que o tabelião tenha um cuidado maior no que diz respeito ao domicílio das partes e a situação dos bens que serão atingidos por tal negócio jurídico, para a consecução dos fins previstos em tal lei e para preservar os princípios notariais.

2.4 Procedimento Notarial e Judicial

É importante analisarmos procedimento judicial e procedimento notarial, pois tal comparação nos dará a real dimensão da burocracia que envolve os dois procedimentos.

Delimitando o conceito de procedimento asseveram CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2011, p. 301):

O procedimento é [...] apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação dos atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.

Conclui-se, portanto que procedimento é forma, sendo o meio pelo qual o processo se exterioriza, tratando-se de atos que se sucedem para alcançar a

finalidade almejada pelo processo, qual seja a pacificação social e a solução dos conflitos de interesse.

Assim neste capítulo trataremos de forma sucinta quais os atos que exteriorizam o processo judicial de divórcio, e quais os atos necessários para que o divórcio seja realizado dentro do tabelionato de notas.

O procedimento para divórcio judicial envolve doze etapas quais sejam: a) elaboração da petição inicial; b) juntada de documentos; c) distribuição do processo; d) formação dos autos em cartório; e) parecer do Ministério Público; f) designação da data da audiência; g) publicação no Diário Oficial; h) audiência; i) sentença, k) atestação do trânsito em julgado; l) mandado de averbação.

Para almejar a finalidade buscada pelas partes, de se verem divorciadas, utilizando o procedimento judicial acima esmiuçado, o tempo gasto seria de no mínimo um ano, em comarcas muito bem estruturadas e com um volume não muito grande de processos.

Por sua vez o procedimento notarial segundo Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 13), tem quatro etapas, sendo elas: a) apresentação dos documentos pelos interessados, b) lavratura; c) leitura e assinaturas; d) traslado para a averbação no Cartório do Registro Civil onde os interessados são casados, o autor conclui então que há uma economia de tempo e dinheiro muito grande, tal ato poderia ser realizado em no máximo uma semana, e sem utilizar dinheiro público, pois a atividade notarial apesar de ser delegada pela poder público é exercida em caráter privado.

Vale ressaltar que o procedimento judicial não é idealizado para ser lento há dois tipos de demora: a primeira delas pode ser chamada de necessária, para que o provimento final traga segurança jurídica às partes, já a segunda é a patológica, em que se extrapolam os prazos previstos na lei para o cumprimento dos atos procedimentais.

O procedimento notarial pode ser tido como mais célere por não conter em sua realização a demora patológica, além do seu procedimento ser desburocratizado face ao procedimento judicial.

Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 14) admite a existência de um procedimento notarial assim delineando:

Há também um procedimento notarial, qual seja uma sucessão de atos destinados à obtenção de jurisdição, representada pelo traslado ou certidão do ato notarial. Assim, os atos de separação, divórcio, inventário e partilha podem se submeter ao processo notarial. A lei material é a mesma, e a sua aplicação é obtida por duas vias procedimentais.

Também podemos extrair de tal transcrição a ideia de que as escrituras de divórcio, separação, inventário e partilha, são revestidas de jurisdição, pois é a palavra final do estado a uma pretensão, e que tal jurisdição seria representada pelo traslado ou certidão do ato notarial.

Importante ressaltar que não há leis específicas que ditam o procedimento notarial, sendo regidos por legislações esparsas, normas de organização judiciária e pelos costumes notariais, Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p.15) acerca do tema:

Ocorre que, no Brasil, falta uma lei notarial que preveja tanto sobre o direito material quanto o procedimental. Há normas espalhadas por códigos e leis, mas os fundamentos do procedimento notarial estão escorados sobre a longa tradição e costumes dos tabeliães [...] Esses costumes estão positivados, em muitos estados, nas normas de serviços do juízo competente, via de regra editadas pela Corregedoria Geral de Justiça.

Ainda dissertando a respeito do procedimento notarial, esclarece Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p.15)

Temos como curial a conclusão de que a Lei 11.441/2007 oferece à sociedade um outro procedimento além do judicial. E é evidente que este outro procedimento não tem as características ou tampouco segue os princípios do direito processual civil. Para a aplicação desta lei, é necessário seguir o procedimento notarial em nada similar ao procedimento judicial.

Há de se concluir, portanto, que a lei nº 11.441/2007 introduziu um novo tipo de procedimento, propiciando uma alternativa para atos relacionados a divórcio, inventário e partilha, e que para a consecução dos objetivos traçados pela lei, é necessário utilizar-se do procedimento notarial, sustentado pelos costumes dos tabeliães de notas, e muitas vezes pelas normas de organização judiciária.

2.5 Evolução dos Serviços Notariais e de Registro

As primeiras regulamentações sobre os serviços notarias, segundo Márcia Rosália Schwazer (2008, p.104), têm origem no Império Romano, assim como vários institutos do direito civil moderno, mais exatamente pelas mãos do imperador Justiniano I, fomentador do famoso *corpus iuris civilis*, que, em várias novelas, remete-se a atividade notarial.

Os principais aspectos relativos aos serviços notariais presentes na legislação justiniana consistem na instituição do protocolo, na valorização do pacto celebrado entre as partes e no local onde o notário deve exercer as suas atividades, ressaltava já naqueles tempos a importância do protocolo notarial assim transcrito por Márcia Rosália Schwarzer (2008, p. 104):

[...] que os notários não escrevam os documentos em papel em branco senão no que a princípio tenha o nome do gloriosíssimo. Conde de nossas Sacras liberdades, a data em que se fez o documento e o que tais folhas se escreve, e que não cortem o protocolo, senão que o deixem unido.

Márcia Rosália Schwazer ao tratar do histórico dos serviços notariais admite ser em Roma a origem do notariado, local que segundo ela abrigava os mais diferentes tipos de escribas e oficiais, como o notário o tabelião e o tabulário, o primeiro era incumbido de escrever por meio de notas e signos, assimilado ao taquígrafo moderno, o tabulário era o contador público, verificava as contas e recolhia os impostos, o notário moderno pode ser definido como recolhedor de taxas e impostos estatais assim como um fiscalizador de tais obrigações ao verificar, por exemplo, se estão presentes os requisitos para a lavratura da escritura pública de compra e venda de um imóvel. Por derradeiro, o tabelião em Roma era o oficial público desvinculado do Estado tendo como função reduzir a vontade das partes em documentos escritos, dando lhes autenticidade, função que permeia até os dias de hoje a atividade notarial.

A tradição notarial no Brasil veio de Portugal, naturalmente, pois o Brasil foi colonizado pelos portugueses, lá as funções típicas de cartorários são

divididas em tabelionato tratando-se dos cartórios propriamente ditos e as conservatórias que têm outras funções alheias às do notário.

Atualmente as principais regulamentações sobre os serviços notariais aqui no Brasil encontram-se nas seguintes legislações: 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos, Lei 8.935/94 – Lei dos Notários e Registradores, Lei 9.492/97 – Lei do Protesto, além de leis esparsas como a Lei 11.441/2007, e genericamente no Código Civil, pois os Cartórios de Notas ou de Registros Públicos estão presentes na vida civil das pessoas.

Pode-se dizer que toda a vida de uma pessoa será registrada em Cartórios, o seu nascimento, a sua eventual emancipação, o casamento constituindo assim uma nova família, também eventualmente a sua interdição, e no término de sua jornada, o registro de óbito, hipóteses elencadas no art. 9º do Código Civil, quanto aos negócios jurídicos, muitos deles serão lavrados pelo tabelião de Notas e posteriormente Registrados no Cartório Imobiliário.

O sistema Registral brasileiro é misto, assim alinhava Márcia Rosália Schwarzer (2008, p. 109):

(...) por apresentar-se de forma constitutiva e por vezes declarativa. O primeiro é quando cria um direito e gera a ficção de conhecimento para todos, como se dá na compra e venda de um imóvel, na hipoteca registrada no registro de imóveis, (...) por outro lado, é declarativo quando declara o direito como quando do nascimento.

As primeiras legislações que dispuseram sobre as serventias registrais no Brasil datam de meados do século XIX, assim como em diversos países como Portugal e Espanha.

A primeira lei a tratar das serventias registrais de que se tem notícia foi a chamada Lei orçamentária, sendo a Lei nº 317 de 21/10/1843, regulamentada pelo Decreto nº 482 de 14/11/1846, esta lei disciplinou o registro de hipotecas, de imóveis e de semoventes.

Em 1850 vem o “*Registro do Vigário*” sendo as paróquias a circunscrição de propriedade particular, tendo por assim dizer, somente efeito declaratório acerca dos registros – Lei nº 601, de 18/09/1850 regulamentada pelo decreto 1318/1954.

No que diz respeito ao registro civil das pessoas naturais a primeira legislação que tratou do assunto no Brasil foi a Lei nº 798 de 18/01/1852, contudo foi suspensa no mesmo mês de sua criação, passando a novamente entrar em vigor com o advento da Lei nº 1.144.

A Lei nº 1.237 de 1864, mudou a denominação do Registro de Hipotecas, passando a denominar-se Registro Geral, e estabeleceu o Registro de Imóveis, a propriedade de imóvel até então, só se adquiria com a tradição, passando a partir de então a vigorar o sistema Romano de aquisição da propriedade, através de Título respectivamente Registrado na serventia imobiliária.

Chega-se então ao Código Civil de 1916, que criou regras gerais referentes aos registros públicos, o decreto nº 12.343 de 03/01/1917, regulamentou os registros contidos no Código Civil.

Importante salientar também o advento da Lei nº 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos, que disciplina a matéria até os dias de hoje, especificando qual o procedimento para a lavratura dos atos notariais e registrais.

Em 1988 há um marco importante para a atividade notarial e registral, entrando no ordenamento jurídico pátrio a Constituição Cidadã, trazendo em seu texto, mais especificamente no art. 236 regulamentações sobre a atividade notarial e registral, dispondo que tais atividades devem ser providas por concurso público, sendo delegadas ao particular.

No ano de 1.994 surge a Lei 8.935, que regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, trazendo em seu texto importantes regulamentações no que diz respeito à atividade notarial e registral, é chamada de Lei dos Notários e Registradores.

Finalmente, em 2002 entra em vigor o novo Código Civil, o direito civil se relaciona intimamente com os Registros Públicos, pois tratam de fatos relativos à família, patrimônio e negócios jurídicos, havendo, com a entrada no ordenamento jurídico deste diploma legal, diversas modificações no que diz respeito aos registros públicos.

Apesar de não tratar especificamente dos serviços registrais, vale citar a Lei nº 11.447/2007, que modificou diversos dispositivos do Código de Processo Civil, e trouxe a possibilidade de lavrar escrituras públicas de divórcio e separação, inventário e partilha nos tabelionatos de notas.

3. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE NOTARIAL

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência se dividem quanto à definição da natureza jurídica da atividade notarial e registral, formando duas vertentes: a primeira traz a ideia de que as atividades notariais e registrais têm natureza jurídica híbrida, a segunda estabelece que a natureza jurídica de tais atividades seja exclusivamente de Direito Público.

O primeiro posicionamento diz que o regime jurídico que disciplina os serviços notariais e registrais é o de Direito Privado. Porém a função será delegada pelo poder público e será exercida sob a fiscalização do poder judiciário em cada estado.

Esta é a primeira ideia que se tem ao ler o art. 236 da Constituição Federal⁴ que institui que os serviços notariais e registrais serão prestados em caráter privado.

É o entendimento que também podemos extrair quando da leitura do artigo 3º da Lei 8.935/1.994⁵ que receitua que a atividade notarial e registral será delegada pelo poder público, complementando os dizeres do art. 236 da Constituição Federal.

Como a delegação dos serviços notariais e registrais, decorre do poder público, parte da doutrina conclui que estes serviços têm natureza jurídica híbrida, pois apesar de serem exercidos em caráter privado serão delegados pelo poder público, será privada, por exemplo, quanto à remuneração feita diretamente pelo usuário dos serviços notariais e pública na forma de ingresso, que será feito mediante concurso público de provas e títulos.

João Roberto Parizatto (1995, p.14) discorrendo sobre o tema assim conclui:

Os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, tal como estabelece o art. 236 da Constituição Federal. Pela delegação outorgado em forma de concessão do estado, o particular trabalhando por sua conta, passa a praticar atos notariais e de

⁴ Constituição Federal de 1988. Art. 236 Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

⁵ Lei nº 8.935/1.994, Art. 3 Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

registro, que são de competência do Estado, prestando tais serviços de forma privada, mas em nome deste, daí estarem esses atos sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, a quem cabe, representando o Estado, exercer fiscalização sobre os atos praticados por tais notários e oficiais de registro, garantindo-se assim, a autenticidade, segurança e eficácia dos atos por ele praticados a terceiros.

Os serviços notariais e de registro serão então exercidos por particulares, através de delegação do poder público, sendo este o verdadeiro titular de tais serviços, então o particular pratica atos notariais e registrais em nome do estado, havendo desta forma a substituição do Estado pelo cartorário.

Há, contudo, na doutrina, entendimento diverso, no sentido de que os notários e registradores são funcionários públicos em sentido *Latu*, sendo as suas atribuições delegadas pelo Poder Público.

Walter Ceneviva (2010, p.49) ensinando sobre o tema:

“O notário e o registrador não exercem cargo público, mas são agentes públicos. Agem como representantes da autoridade pública, eles mesmos providos de autoridade, posto que **substituem** o Estado, em serviço deste” (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal julgando a incidência de aposentadoria compulsória aos notários e registradores estabeleceu o entendimento de que são funcionários públicos assim dispendo o acórdão publicado na RTJ, 162:772:

sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236 e seus parágrafos da Constituição Federal).

Extrai-se, portanto, da ementa o entendimento que a natureza da Atividade Notarial e Registral é somente de Direito público, “sendo os emolumentos pagos pelos usuários uma remuneração de serviços estatais prestados por delegados do Poder Público” (Celso de Mello – RTJ, 162:772)

Deve-se salientar, contudo, que a decisão acerca do tema não foi unânime dentro do pleno do STF, tendo votado contrariamente os Ministros Marco

Aurélio, Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek, o ministro Marco Aurélio (RTJ, 162:772) assevera não ser possível dizer

na hipótese de delegação, aquele que a exerce visando ao exercício de uma atividade que caberia de início ao Poder Público é um servidor público. Concessionário não é servidor público, da mesma forma que um notário, se enquadrando no art. 236, porque simples delegado, não o é.

Outro argumento que reforça a natureza de Direito Público da atividade notarial e registral é a possibilidade de cabimento de mandado de segurança contra delegados do poder público como informa a Súmula 510 do STF: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 o ingresso na atividade notarial e registral será feito por concurso público de provas e títulos, reforçando então o caráter público inerente a essas atividades, posto que a delegação decorrerá de prévia aprovação em concurso público.

Como se vê há uma forte divisão na doutrina e na jurisprudência sobre a definição da natureza jurídica das atividades notariais e de registro, se estas atividades têm caráter híbrido ou são exercidas por agentes públicos por delegação do Poder Público.

Para os limites desse trabalho entende-se que a natureza jurídica dos serviços notariais e registrais é híbrida, ora de direito privado, ora de direito público. Quando o profissional do direito é aprovado em concurso público de provas e títulos para a delegação da função notarial e registral, ficarão ao seu cargo as despesas, com a instalação da serventia, assim como um empresário quando estabelece seu empreendimento.

Contudo devem ser considerados agentes públicos, até mesmo para a responsabilização criminal, tal atividade tem uma natureza peculiar, sendo exercida por particular que deverá ser equiparado em alguns momentos aos funcionários públicos, pois o cartorário se relaciona pessoalmente com a sociedade no exercício de suas funções, devendo observar os deveres inerentes ao Poder Público, representando o estado perante a sociedade.

Assim, desta forma em alguns momentos o cartorário será considerado um particular, como por exemplo, quando é remunerado pelos usuários dos serviços, assim como quando da instalação da serventia após aprovação mediante concurso público, que ficará as expensas do cartorário.

Em outros momentos, contudo, deverão os notários e registradores serem considerados agentes públicos, devendo seguir os princípios e regramentos do Direito Administrativo, quando, por exemplo, eles se relacionam com os usuários, ou mesmo para efeitos de responsabilização criminal, devendo sempre ter em vista a impessoalidade e a moralidade inerentes ao Serviço Público.

Assim sendo, a natureza da atividade notarial e registral é híbrida, sendo exercida pelo particular, que será equiparado a funcionário público em alguns momentos, por delegação do poder público mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, devendo observar as regras do direito administrativo quando de seu relacionamento com a sociedade e para efeitos de responsabilização criminal, e até mesmo pelo caráter substitutivo da atividade notarial e registral, fator muito relevante para a consecução dos objetivos pretendidos neste trabalho.

3.1 Natureza Jurídica dos Atos Praticados por Tabeliães

3.1.1 Atos de tabeliães como jurisdição

Este breve estudo tem a finalidade de demonstrar se algumas atribuições dos tabeliães de notas e de protesto têm a possibilidade de distribuírem justiça e de certa forma prevenir litígios.

Importante se faz o tema, pois o acesso à justiça é garantido constitucionalmente através do princípio da Inafastabilidade do Judiciário, disposto no artigo 5º, inciso XXXV⁶ da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto uma garantia fundamental.

⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 5, inc. XXXV - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: (...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O Estado brasileiro deve então criar maneiras eficientes para que os cidadãos tenham fácil acesso aos órgãos jurisdicionais, a partir do momento em que passa a monopolizar a solução dos litígios.

Uma das maneiras para a concretização deste princípio é a criação de meios alternativos para o alcance da pacificação social, como a arbitragem a mediação a conciliação e como será demonstrado no presente artigo atos de tabeliães capazes de prevenir os conflitos de interesse, tornando-se também um meio efetivo para tanto.

A partir do momento da criação de maneiras alternativas para a consecução das pretensões sociais, haverá um número menor de pessoas a buscarem a tutela judicial, pois estarão pacificados por este meio alternativo, e, por conseguinte, o judiciário poderá se ocupar de demandas que realmente necessitem da sua estrutura, distribuindo assim, justiça em tempo razoável.

Não basta garantir o livre acesso à justiça, devendo o processo ter uma duração razoável, assegurando assim de maneira efetiva, a tutela jurisdicional. Quando o processo, que é o instrumento utilizado pelo estado para a solução dos litígios, demora mais tempo que o necessário, restringe de certa maneira o acesso à justiça, pois de que adianta garantir o livre acesso à justiça se o instrumento disponibilizado para tanto, for demasiado longo? Seria o mesmo que não ter acesso à justiça.

A partir deste raciocínio a emenda constitucional nº 45 de 2004 introduz no art. 5º da carta magna pátria o inciso LXXVIII⁷, consignando a idéia de que a prestação jurisdicional deve ser célere, devendo o processo durar um tempo razoável, que garanta segurança às decisões do Judiciário.

Os dois princípios acima expostos se relacionam intimamente, pois um complementa o outro, o acesso à justiça só será efetivado se o instrumento utilizado pelos órgãos jurisdicionais for célere.

Sendo assim, ao utilizar atos de tabeliães como forma de prevenir os conflitos de interesse, estar-se-ia verdadeiramente prestigiando estes dois princípios

⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 5, inc. LXXVIII - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: (...) a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

constitucionais, pois uma das maneiras de alcançar estes estados ideais é criando alternativas para a solução dos conflitos de interesse

3.1.2 Administração pública de interesses privados

A Administração pública de interesses privados se dá quando o estado exige para solenizar determinados atos e negócios jurídicos a sua intervenção, ou quando tal solenização é deixada a disposição de quem vier a praticar determinados atos.

O estado intervém em relações de Direito privado, limitando relações jurídicas privadas, restringindo de certa forma a liberdade inerente as relações de caráter privado.

José Frederico Marques (2000, p.94) define Administração Pública de Interesses Privados assim dizendo:

As relações de direito privado estão subordinadas ao poder dispositivo dos interessados. O Estado, no entanto, as regula, ora em caráter supletivo, ora para estruturar seus diversos institutos, ora para restringir esse poder de disposição.

O próximo capítulo abordará a tese defendida por José Frederico Marques, para definir a natureza dos atos praticados pelos cartorários, de acordo com as suas concepções.

3.1.3 Posicionamento de José Frederico Marques

O referido autor, ao analisar qual seria a natureza jurídica dos atos de tabeliães entende que se trata de administração pública de interesses privados, ou seja, o Estado impõe certas limitações às relações jurídicas de Direito Privado, como quando exige o Registro de Título para a aquisição de propriedade imóvel.

Defende este entendimento assim alinhavando (2000, p.99):

Os atos do foro extrajudicial, ou atos praticados por autoridades vinculadas ao poder judiciário, têm, por seu turno, características próprias e, ao demais, se encontram sujeitos à mediata apreciação judiciária, por meio dos recursos disciplinares existentes e, sobretudo, através da jurisdição censória que a magistratura exerce sobre o foro extrajudicial, mediante as correções.

O respeitável processualista usa como principal argumento para a defesa de sua tese, de que os atos de tabeliães constituem administração pública dos interesses privados, o fato de tais atos serem submetidos ao controle judicial posterior, e também por serem passíveis de recursos disciplinares existentes.

Afasta, portanto, que tais atos possam ter natureza de jurisdição voluntária, capazes de tutelar a vida em sociedade, ou que venham a prevenir os conflitos de interesse.

José Frederico Marques (2000, p. 95) também diz que a jurisdição voluntária se filia a um gênero dos atos estatais, sendo este gênero a administração pública de interesses privados, estando inseridos nesta seara os atos praticados pelos tabeliães.

Ainda defendendo seus argumentos, para o autor, há uma linha divisória clara entre jurisdição voluntária e administração pública de interesses privados, assim asseverando (2000, p.95, 96):

As atividades dos órgãos da fé pública e dos departamentos destinados ao registro de atos e relações jurídicas não se incluem na jurisdição voluntária, e sim naquela categoria genérica de tutela administrativa que o Estado exerce sobre interesses privados. A jurisdição voluntária é apenas uma espécie dessa tutela administrativa, que das demais se distingue *ratione auctoritatis*, isto é, por estar atribuída a órgãos do poder judiciário. Assim, não há como confundir o ato do oficial do registro de imóveis que realiza um registro, com o do juiz que autoriza a venda em hasta pública de bens de menores: embora os dois atos estejam em função de administração pública de interesses privados, o primeiro se realiza no foro extrajudicial, e o segundo é praticado por um órgão do poder judiciário.

Interpretando os argumentos acima aduzidos por José Frederico Marques, entende-se que a linha divisória entre a tutela da administração pública dos interesses privados e a jurisdição voluntária, reside no órgão que pratica o ato,

sendo ele órgão dotado de judicialidade será ato de jurisdição voluntária, ou seja, para ele somente magistrados são dotados de tal função Estatal.

Consolidando tal entendimento complementa (2000, p.301):

Os atos submetidos à apreciação do Judiciário, na administração pública de interesses privados, constituem os denominados atos de jurisdição voluntária, que é atividade secundária da magistratura incluída entre os atos de função judiciário em sentido estrito.

Será então, considerada por este Processualista, tutela de jurisdição voluntária, quando estas relações jurídicas forem submetidas ao crivo do poder judiciário, não sendo, quando praticados por quaisquer outros entes Estatais, como, por exemplo, atos praticados por tabeliães, consolidando desta forma seu entendimento acerca do assunto:

Por fim conclui que os atos que não emanarem de decisões dos órgãos jurisdicionais, apesar de entendimento contrário, não se incluem na jurisdição voluntária, “visto que lhes falta o caráter subjetivo de *ato judiciário*”.

Conforme exposto, os argumentos para considerar os atos praticados por tabeliães como administração pública de interesses privados trazidos por Marques são relevantes, e consistentes para consolidar o seu entendimento, no sentido de considerar a natureza atos praticados por tabeliães como administração pública de interesses privados.

3.1.4 Atos de Tabeliães como Instrumento de Jurisdição Voluntária

Defende-se neste trabalho científico a possibilidade dos atos de tabeliães serem tidos como instrumento de pacificação social, devendo portanto serem tidos por ferramenta a serviço da jurisdição voluntária.

No que pese entendimento em sentido contrário, para a defesa da tese jurídica aqui levantada, a direção a ser seguida deve apontar para estabelecer que os atos praticados pelos tabeliães, sejam eles escrituras públicas, de divórcio e inventário, ou no protesto de certidão de dívida ativa, sejam havidos como jurisdição voluntária.

Quando as partes se encaminham ao tabelião para lavrarem uma Escritura Pública de divórcio, o Estado delegando poder ao tabelião, exerce plenamente a função jurisdicional, assim como quando as partes se encaminham ao poder judiciário, pois o resultado prático obtido será o mesmo, qual seja a situação fática e jurídica de estarem divorciados, assim o tabelião substitui o Estado, consolidando suas vontades ao caso concreto de acordo com a lei.

Um aspecto trazido pela doutrina para definir atos praticados por tabeliães como sendo administração pública de interesses privados, reside na ideia de tais atos estarem sujeitos a recursos disciplinares e à correição feita anualmente nas serventias pelo poder judiciário (José Frederico Marques, 2000, p.95). Estes aspectos não podem a natureza de jurisdição voluntária dos atos praticados pelos tabeliães, pois a sentença proferida pelo magistrado também está sujeita a recurso, assim como o Poder Judiciário está sujeito a correição.

O Estado a partir de certo momento histórico toma para si a função de resolver os conflitos de interesse existentes na sociedade, tendo a função de dizer o direito a um caso concreto, dando razão a pretensão de alguém, sendo então a jurisdição caracterizada como a solução final dada pelo estado às pretensões sociais.

Consolidando tal entendimento ensina Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p.13):

Como se vê a nova lei (11.441/2007) assemelha o ato notarial ao processo judicial com caráter de jurisdição voluntária. Há de fato no serviço notarial – todo ele – verdadeira *júris dictio*, ou seja, a palavra da lei aplicada aos fatos pela tutela estatal.

Como dito anteriormente o Estado almeja a consagração dos princípios constitucionais, como acesso à justiça prestado de maneira célere (Art. 5º, inc. XXXV, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988), para tanto disponibiliza meios de prevenir os litígios, delegando assim atribuições aos tabeliães quando introduz no ordenamento jurídico a lei 11.441/2007, possibilitando que a separação, divórcio o inventário e a partilha sejam feitos nas serventias extrajudiciais competentes.

O Código de Processo Civil faculta às partes utilizarem da escritura pública para a feitura, por exemplo, do inventário e da partilha, previsão disposta no seu Art. 982⁸

O texto legal protege os interesses dos menores, sendo necessária neste caso a intervenção do Poder Judiciário, o magistrado nestas hipóteses irá resguardar os interesses dos menores.

A partir da interpretação deste artigo pode se estabelecer também os efeitos do inventário ou da partilha feitos por escritura pública, dizendo o legislador que a escritura constituirá título hábil para o registro imobiliário, transferindo desta feita, a propriedade dos bens do *de cujus*.

Quando o inventário é feito pelo instrumento judicial o efeito prático desejado pelas partes é a efetiva transferência do patrimônio do *de cujus*, efeito também conferido pelo legislador à escritura pública de inventário ou partilha, equiparando então o procedimento notarial ao procedimento judicial, prevenindo assim o litígio.

Reforçando também a tese aqui proposta nas palavras de Carnelutti (2000, p. 95), prevenir o litígio caracteriza jurisdição voluntária, assim discorrendo:

A prevenção da lide é o fim específico do processo voluntário, o qual é para o processo contencioso o que a higiene é para a cura das doenças. Essa prevenção se obtém regulando com justiça e determinando com certeza as relações jurídicas nos casos em que o perigo da injustiça ou da falta de certeza é mais grave.

Carnelutti fala no fim da jurisdição voluntária, qual seja a prevenção dos conflitos de interesse, sendo o propósito buscado pela atividade notarial, quando realiza um divórcio ou inventário.

Além do embasamento teórico para considerar os atos praticados por tabeliães como instrumento de jurisdição voluntária, há ainda a favor dessa posição jurídica as questões práticas que envolvem o tema, como por exemplo, a maior celeridade desses atos quando feitos pelo procedimento notarial.

Outra questão prática a ser apontada é o menor número de demandas a tramitarem no Poder Judiciário, efetivando assim princípios constitucionais já

⁸ Código de Processo Civil, art. 982 Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se à 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.

abordados neste trabalho, realizando um bem social de maneira ampla, ajudando a sociedade a alcançar o acesso à justiça de forma célere.

Assim posto, considerar os atos de tabeliães como forma de tutela jurisdicional, trará grandes benefícios para a sociedade brasileira, além de consagrar princípios constitucionais inerentes ao processo, não havendo nenhum prejuízo fático ao considerar a natureza jurídica de tais atos como jurisdição voluntária, trazendo efetivamente, uma justiça célere, desejo de todos os brasileiros.

4. PRÍNCÍPIOS DO DIREITO NOTARIAL

Segundo o magistério de Humberto Ávila (2004, p.70), princípios podem ser definidos como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Portanto, adotando uma definição mais sintética extraída da transcrição acima pode se definir princípios como sendo normas imediatamente finalísticas que apontam para um estado ideal de coisas⁹ a ser almejado sem descrever uma conduta a ser seguida pra que se alcance tal estado ideal

É importante ressaltarmos qual a posição dos princípios dentro da teoria da norma, pois atualmente os operadores do direito têm usado dos princípios para justificar qualquer tipo de tese a ser defendida, o que pode levar a injustiças, daí a importância prática de definir o que são princípios, para que o Direito seja aplicado de forma coerente ao caso concreto.

Neste capítulo não serão abordados todos os princípios do direito notarial e registral, mas tão somente os que são pertinentes à consecução dos fins propostos nesta pesquisa, deixando claro que a doutrina enumera tantos outros princípios relacionados à atividade notarial e registral.

4.1 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade traduz a ideia de que todo ato lavrado pelo Tabelião de Notas será público, de conhecimento geral, portanto qualquer pessoa que requerer informações sobre determinado ato praticado pelo tabelião as terá.

Para Walter Ceneviva (2001, p. 5), a publicidade é um efeito do registro público, asseverando que o ato registrado, com algumas exceções, é acessível ao conhecimento de todos, interessados e não interessados.

⁹ Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, 4º Ed., p. 70, 71.

O capítulo nº IV da Lei 6.015/1973 trata da publicidade pertinente aos registros públicos trazendo uma série de regras sobrejacentes ao princípio da publicidade, como por exemplo, a obrigatoriedade da lavratura de certidões a qualquer pessoa que as requeiram sem necessidade de informar o motivo ou interesse de tal pedido¹⁰.

Também dispõe sobre mencionado princípio o artigo primeiro¹¹ da lei 8.935/1994, estabelecendo que entre as finalidades dos serviços notariais e de registro está a de garantir a publicidade dos atos e negócios jurídicos lavrados pelos tabeliães e registradores.

O sentido de tal proposição jurídica está na ideia de que tais atos sejam de conhecimento geral, assim quando estes atos forem lavrados em cartório ninguém poderá alegar que não os conhece, acabando com a situação do terceiro de boa fé.

Walter Ceneviva (2001, p.5) discorrendo acerca do tema:

Eficácia é aptidão de produzir efeitos jurídicos, calcada na segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações por ele transpostos. O registro, propiciando publicidade em relação a todos os terceiros, no sentido mais amplo, produz o efeito de afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos baseados na presunção de certeza daqueles assentamentos.

Esta situação reveste os atos lavrados em cartórios de segurança jurídica, pois a publicidade os fará firmes e eficazes, por que ninguém poderá atacá-los, desde que presentes também os requisitos previstos pelo Código Civil para a eficácia e validade dos negócios jurídicos.

Assim o estado ideal almejado pelo princípio da publicidade é garantir que os atos lavrados em cartório sejam de conhecimento geral, evitando assim alegações de desconhecimento destes atos, trazendo segurança para os usuários dos tabelionatos.

Entretanto este importante princípio não é absoluto, comportando várias hipóteses em que os atos notariais serão sigilosos, por exemplo, quando seu conteúdo for pertinente à vida privada ou intimidade das partes.

¹⁰ Art. 16 da lei 6.015/1973: Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.

¹¹ Art. 1º da lei 8.935/1994: Serviços notariais e de registro são os destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Estudando as mitigações que envolvem o princípio da publicidade aduz Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 46)

São considerados originariamente sigilosos, e serão como tal classificados, dados ou informações cujo conhecimento irrestrito possa acarretar qualquer risco à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Em decorrência disso, o acesso a dados ou informações sigilosos é restrito e condicionado à necessidade de conhecer o documento, a totalidade, ou alguns dados constantes dele, o que deverá ser pedido motivadamente ao juiz.

Um exemplo de restrição à publicidade registral, é o registro no livro E do mandado de registro e inscrições que contenha informações sobre adoção, o oficial do registro civil não poderá fornecer estas informações a qualquer interessado, assim como não constará a averbação da adoção na certidão de nascimento da criança, pois nesta situação o fornecimento destas informações poderia violar a intimidade do registrando.

4.2 Princípio da Segurança Jurídica

Segurança jurídica consiste em garantir que os atos praticados pelos tabeliães sejam firmes, dotados de previsibilidade, que garantam que as partes que o celebrarem irão cumpri-los.

Este princípio também está previsto na legislação pertinente aos registros públicos, especificamente no artigo primeiro da lei nº 6.015/1973, que dispõe que os registros públicos são estabelecidos para várias finalidades, dentre elas a segurança jurídica.

Walter Ceneviva (2001, p.5) define segurança como:

libertação do risco, é, em parte atingida pelos registros públicos. Aperfeiçoando-se seus sistemas de controle e sendo obrigatórias as remissões recíprocas, tendem a constituir malha firme e completa de informações.

Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p.34) falando em segurança jurídica, coloca este princípio em outro patamar, dizendo ainda que tal instituição constitui toda a estrutura do sistema notarial e registral, que o notário existe por e

para a segurança jurídica, tanto pelo ângulo particular e privado das partes, como também para a proteção da sociedade

Ainda sobre a mesma instituição o autor referido acima estabelece que a segurança jurídica permite a executividade dos direitos e impede litígios, assim discorrendo (2007, p. 35):

Instrumentos hígidos, redigidos por um especialista e com respeito à lei, permitem a executividade dos direitos e impedem litígios judiciais, sempre custosos, desgastantes, demorados. A segurança jurídica é meta do tabelião na formação do ato, nas técnicas notariais, no atendimento, na relação pessoal com as partes, na boa redação instrumental, na guarda de documentos e no próprio ato.

Portanto a segurança jurídica reforça o posicionamento de que os atos de tabeliães constituem instrumentos de jurisdição voluntária, aptos a realizarem direitos e distribuírem a palavra final do estado às relações jurídicas.

A partir do momento que o ato praticado dentro do tabelionato de notas for revestido pela segurança jurídica estará ele obrigando as partes a cumpri-lo, gerando efeitos práticos como a transferência de patrimônio entre os cônjuges, constituindo a escritura de divórcio título hábil para registro nas Serventias imobiliárias.

4.3 Princípio da Economia

O princípio da economia estabelece que o tabelião deverá buscar a forma menos gravosa para a feitura dos atos notariais, tanto na escolha dos atos a serem realizados, como na questão financeira.

Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p.36) dissertando a respeito deste princípio assim conclui:

O fazer notarial deve buscar a opção mais econômica para as partes. Desde a escolha do ato a realizar, conformando-o às necessidades e às condições das partes, inclusive quanto aos aspectos tributários. O notário tem o dever de buscar escolher a forma pública tributariamente menos gravosa para as partes.

Portanto, é de extrema importância a observância deste princípio, devendo o tabelião assegurar que os atos a serem praticados serão dotados de economia, sendo mais eficazes em nosso sentir, quando observada esta disposição.

4.4 Princípio da Fé Pública

Este princípio constitui-se na ideia de que os atos lavrados pelos tabeliões são verdadeiros, tudo o que é lançado no documento e subscrito pelo tabelião tem presunção de veracidade.

O Código Civil em seu artigo 215¹² dispõe sobre a fé pública especificamente sobre a escritura pública, ato primordial do Tabelionato de Notas, instituindo que quando forem lavrados em notas de tabelião farão prova plena, pois são dotadas de fé pública.

O art. 2º da lei 8.935/1.994, confere a fé pública aos notários e registradores, definindo esses profissionais como delegados do poder público, e portanto dotados de tal qualidade.

A respeito da fé pública notarial esclarece Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 41):

A fé pública, como princípio – e como efeito do ato notarial -, ou princípio da notoriedade, implica em reconhecer que os fatos que o tabelião presencia e também os que não presencia, mas pela cognição indireta decide declara no ato notarial como verdadeiros, têm a presunção de veracidade.

Importante destacar que se trata de presunção relativa, podendo desta forma ser o ato impugnado pela via judicial, caso esta veracidade conferida pela fé pública do notário venha a ser abalada por vícios.

Outro aspecto que merece destaque é o juízo cognitivo que é exercido pelo tabelião ao tomar contato com os fatos ou situações jurídicas, mesmo que indiretamente, ele decide através do seu senso crítico, se utilizará da fé pública que lhe é conferida para dotar os atos por ele praticados da presunção de veracidade.

¹² Código Civil de 2002, art. 215: A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

A respeito disso, Paulo Roberto Gaiger Ferreira, assevera que a notoriedade dos atos praticados pelos tabeliães advêm da convicção que o notário tem sobre determinado fato ou situação jurídica. Aduz ainda que esta notoriedade decorre de um juízo de ciência ou valor que faz e assume como verdadeiro para o ato que redigir, não importando os meios utilizados para que chegue a esta convicção, estabelecendo que se trata de um juízo de responsabilidade exclusiva do notário, e que a presunção de verdade só poderá ser impugnada pela via judicial.

Assim posto, o estado ideal almejado pelo princípio da fé pública, é conferir veracidade aos documentos lavrados pelo tabelião, atribuindo-lhes segurança jurídica, posto que qualquer um que tenha contato com estes atos terão certeza de que as declarações ali lançadas são verdadeiras.

4.5 Princípio da Forma

Em diversos trechos o código civil exige a forma pública para a realização de determinados atos ou negócios jurídicos, a forma pode dizer respeito também ao modo pelo qual serão estes atos se realizarão.

Os atos notariais terão forma pública em decorrência da delegação estatal ao particular tabelião, e serão lavrados na maioria absoluta dos casos sob a forma escrita.

Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 37), explica por que a forma mais segura para a lavratura de atos notariais é a escritura assim delineando:

“A forma é inerente a todo fato ou ato jurídico. A lei determina a forma exigida para o ato e a forma que atende a segurança do ato notarial é a escrita. A forma é um anteparo da segurança e, muitas vezes, não se concebe conteúdo sem formas. Na forma os direitos adquirem liquidez [...] Em decorrência da forma, a lei confere eficácia e autenticidade ao documento notarial. Não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade (Código de Processo Civil, art. 334). A força probante do ato notarial é a maior do ordenamento jurídico, tendo efeito de ‘prova plena’.”

Podemos então comparar forma e fé pública notarial com segurança jurídica, indicando que haverá segurança jurídica quando for respeitada a forma indicada pela lei para a lavratura de determinado ato e este for dotado de fé pública.

4.6 Princípio da Rogação

Este princípio pode ser comparado à inércia inerente no sistema processual brasileiro, assim o tabelião deve ser provocado para que possa lavrar os atos notariais. A respeito desta instituição Paulo Roberto Gaiger Ferreira esclarece que o tabelião não atua de ofício, e que a prestação do serviço notarial depende sempre de uma rogação, podendo ser tácita e verbal, e que em alguns casos merecem cautela e o tabelião deve pensar em solicitar um pedido formal.

Geralmente as partes comparecem à sede do cartório e fazem o pedido oralmente ao tabelião ou a seu preposto, não sendo necessário na maioria dos casos pedido formalmente escrito.

No entanto a doutrina como já dito, entende que é necessário em alguns casos que o pedido formulado ao tabelião seja escrito a respeito disso assevera Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p.38)

[...] é conveniente a rogação escrita para atos de inventário e partilha, separação e divórcio, previstos pela Lei 11.441/2007. Ocorre que a lei impõe um prazo para abertura de sessenta dias, e um ano para a sua conclusão, limitando o procedimento temporalmente (art.983 do CPC, com a redação dada pela Lei 11.441/2007). Os incipientes debates sobre o assunto cogitam de que o prazo se aplica ao processo judicial, mas é de cautela garantir e obter e parte sobre o cumprimento legal do tempo.

Assim sendo, torna-se importante que as partes se dirijam ao Tabelionato de Notas para a consecução das posições jurídicas que almejam, não podendo o tabelião, portanto angariar clientes.

4.7 Princípio da Imediação

Já este princípio inerente ao direito material pode ser comparado ao princípio da imediatidade existente no direito processual brasileiro, assim o tabelião deve ter contato pessoal com as partes e os documentos por ele apresentados para a perfeita lavratura do ato notarial.

No entanto seria desumano pensar que somente o tabelião é quem poderia lavrar os atos notariais, assim a lei 8.935/1994, no art. 20¹³, prevê a possibilidade dos atos notariais serem lavrados por prepostos do notário ou registrador. A doutrina¹⁴ denomina esta situação como sendo de competência imprópria, pois o preposto não é delegado pelo estado para a lavratura dos atos, mais sim pelo tabelião, agindo desta forma sob o seu nome e responsabilidade.

Pelo acima exposto podemos definir que a imediação não precisa ser relacionada estritamente ao tabelião, mas também com seus prepostos que agem em seu nome, é de suma importância que haja uma relação pessoal mesmo que imprópria entre a vontade das partes e os documentos por ela apresentados, para a efetivação de outros princípios como o da fé pública.

5.8 Princípio do Consentimento

O consentimento tem espeque legal no art. 32 da resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça¹⁵, que prevê a possibilidade de recusa do tabelião em lavrar escrituras de inventário e partilha caso suspeite de fraude, ou quando uns dos herdeiros não concorde plenamente com o ato.

Assim o conteúdo do princípio não está relacionado com o requisito inerente aos contratos, e sim com a aceitação plena dos termos da escritura pública seja de inventário ou partilha pelas pessoas envolvidas na lavratura do ato.

É necessário também que o consentimento dado ao ato seja livre dos defeitos do negócio jurídico, a respeito disso mais uma vez o magistério de Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 39)

[...] é indispensável que o consentimento seja livre dos defeitos do negócio jurídico especialmente da coação. É de se presumir que, se a atuação notarial for competente, não haverá hipótese de erro ou ignorância, dolo, lesão, ou manifesto estado de perigo.

¹³ Art. 20 da Lei 8.935/1994: Os notários e os oficiais de registro, poderão para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação de trabalho.

¹⁴ Walter Ceneviva, *Lei dos Registros Públicos Comentada*, Saraiva, 2001, p.8.

¹⁵ Art. 32 da Resolução 35 do CNJ: 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 vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito.

Portanto, o instituto do consentimento é essencial para a perfeita realização de direitos através da via extrajudicial, posto que se respeitado não será fundamento válido para posterior impugnação por via judicial.

5. TABELIONATO DE NOTAS

5.1 Conceito de Escritura Pública

Neste capítulo abordaremos os atos de tabeliães capazes de realizarem direitos, mais especificamente os previstos pela lei 11.441/2007, que introduziu diversos dispositivos no Código de Processo Civil relativos a divórcio, separação, inventário e partilha, sendo traduzidos materialmente em escrituras públicas, sendo importante, pois, delimitar qual o conceito de tão importante documento notarial.

Para João Roberto Parizzato (1995, p. 20), escrituras públicas podem ser definidas como sendo:

[...] o documento ou instrumento, em que se materializa o ato jurídico ou contrato, praticado ou ajustado entre as pessoas. Chama-se esta de pública porque é feita por oficial público, achando-se revestida por todas as formalidades previstas em lei.

Utilizando um conceito legalista Walter Ceneviva (2010, p.76) define escrituras públicas desta forma:

é instrumento dotado de fé pública, fazendo prova plena. Deve conter, além dos requisitos previstos no art. 215 do Código Civil os indicados em leis especiais.

Leonardo Brandelli (2011, p.177), ao definir escrituras públicas assim conclui:

[...] é o ato de vontade mediante o qual o tabelião recebe manifestações de vontade endereçadas à criação de atos jurídicos [...] é o ato notarial pelo qual o notário recebe a vontade manifestada pelas partes e endereçada a ele tabelião, para que instrumentalize o ato jurídico adequado; é o ato por meio do qual o tabelião recebe a vontade das partes, qualifica esta vontade e cria o instrumento jurídico adequado para dar vazão jurídica a esta vontade.

Conclui-se, portanto que a escritura pública é documento à constituição de novas situações jurídicas, sendo instrumento hábil à consecução dos fins

pretendidos pela lei 11.441/2007, é o entendimento que se extrai da transcrição do Professor Leonardo Brandelli, pois as partes formalizarão sua vontade de extinguir a sociedade conjugal por exemplo, cabendo ao Tabelião de Notas instrumentalizá-la através da escritura pública.

5.1.1 Requisitos para a lavratura de escrituras públicas

O Código Civil de 2002 traz diversos requisitos a serem observados para a lavratura de escrituras públicas, para os efeitos pretendidos nesse trabalho estes requisitos serão tidos como gerais, posto que as escrituras previstas pela lei 11.441/2007 possuem outros requisitos específicos além destes é claro.

O dispositivo legal que abarca esses requisitos é o art. 134 do Código Civil de 2002, dispondo que a escritura pública deve conter, além de outros requisitos previstos em lei especial os seguintes:

- a) data e lugar de sua realização;
- b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato;
- c) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes e o número do CPF, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação;
- d) a descrição pormenorizada do imóvel objeto da escritura, com todas suas medidas, características, confrontações, individualização, indicação do título aquisitivo e registro do Cartório de Registro de Imóveis;
- e) a menção da existência ou não de ônus sobre o imóvel objeto da escritura, com as respectivas especificações no caso de existir ônus;
- f) manifestação de vontade das partes e dos intervenientes;

g) o preço certo e ajustado da venda e a forma de pagamento, sendo o caso;

h) a declaração do(s) vendedor(res) de que receberam o preço da transação, dando plena e geral quitação;

i) a declaração dos vendedores de responderem pela evicção, transferindo o domínio, ação e posse sobre o imóvel objeto da escritura;

j) aceitação(s) pelo(s) comprador(es) das cláusulas e condições da escritura;

l) a menção dos documentos apresentados;

m) a declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

n) assinatura das partes e dos demais comparecentes bem como a do tabelião encerrando o ato.

Quando da lavratura das escrituras previstas pela lei 11.441/2007, devemos observar com cautela alguns desses requisitos acima transcritos, pois alguns deles se referem especificamente às escrituras públicas de compra e venda, devendo ter sua interpretação adaptada para a lavratura das escrituras de divórcio, separação, inventário e partilha.

Somente a título de exemplo, o requisito expresso na letra “j”, que estabelece que no corpo da escritura deve haver a declaração da aceitação pelo comprador das cláusulas e condições da escritura, entretanto nas escrituras previstas pela lei 11.441/2007 a palavra comprador deve ser substituída pela expressão outorgante reciprocamente outorgado, tratando-se apenas de uma mera literalidade.

João Roberto Parizzato (1995, p.21) ao analisar os requisitos para a lavratura de escrituras públicas assevera que se algum comparecente não souber assinar alguém assinará por ele, a seu rogo, ainda falando sobre o art. 134 do

código civil aduz que as escrituras públicas deverão ser redigidas em língua nacional, caso o tabelião não entenda a língua de algum dos comparecentes, deverá comparecer tradutor público, para servir de interprete, por fim enaltece o § 5º do art. 134 do código civil, estabelecendo que se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião e não puder identificar-se por meio de documentos, deverão comparecer duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

Evidente que devem estar presentes os requisitos gerais para a realização de negócios jurídicos, que têm espeque no art. 104¹⁶ do Código Civil de 2002, sendo requisitos de validade para a realização de negócios jurídicos, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

5.2 Escritura Pública de Divórcio

5.2.1 Conceito de divórcio

Yussef Said Cahali (2011, p.905) assevera que assim como a separação judicial, o divórcio é causa terminativa da sociedade conjugal, pois dissolve o vínculo matrimonial, concluindo ainda que além de terminar a sociedade conjugal, provoca o desfazimento do matrimônio, possuindo desta forma maior alcance.

È de se concluir, portanto que o divórcio põe fim à sociedade conjugal, e possuindo um feito mais amplo provoca a dissolução do vínculo matrimonial, é o que prevê o caput do artigo 1.571¹⁷ do código civil de 2002 e o §2º do mesmo dispositivo legal.

¹⁶ Art. 104 do Código Civil de 2002: A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁷ Art. 1.571 do Código Civil: A sociedade conjugal termina:

I – Pela morte de um dos cônjuges;

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – pelo divórcio;

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecido neste Código quanto ao ausente.

5.2.2 Requisitos específicos para a lavratura das escrituras de divórcio e separação consensuais

Os requisitos essenciais para a lavratura da escritura pública de divórcio e separação estão elencados no art. 1.124-A do Código de Processo Civil, os quais passaremos a analisar detalhadamente.

I – Deve Haver Consenso entre as Partes

Deve haver consenso entre os cônjuges para a realização do divórcio e da separação no Tabelionato de Notas, ambos devem estar de acordo em por termo a sociedade conjugal, há um dissenso na doutrina a respeito do alcance desta consensualidade, se refere apenas a intenção de por fim à sociedade conjugal, ou se refere também a partilha de bens, fixação da pensão alimentícia, etc.

A respeito disso Christiano Cassetari (2008, p.33), entende que a consensualidade diz respeito tão somente em por fim à sociedade conjugal assim concluindo:

Defendemos que a consensualidade exigida pelo art. 1.124-A do Código de Processo Civil está na concordância das partes em pôr fim à sociedade conjugal pela separação ou divórcio.

Referido professor, entende ainda ser possível a realização da partilha de bens em momento posterior tanto pela via judicial, quanto pela administrativa, ou até mesmo por arbitragem, consigna seu posicionamento alegando que não se pode obrigar duas pessoas a permanecerem casadas por divergência quanto à partilha de bens.

II – Inexistência de Filhos Menores ou Incapazes do Casal

Não poderá haver filhos menores ou incapazes do casal, em sendo o caso a via judicial é obrigatória, essa previsão tem a finalidade de proteger os interesses dos menores ou incapazes, posto que seus interesses poderão ser afetados com a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial.

Em nosso ordenamento jurídico a menoridade cessa quando a pessoa completar dezoito anos de idade, previsão do art. 5º¹⁸ do Código Civil de 2002, assim se os filhos do casal tiverem idade superior a dezoito anos e não forem incapazes o divórcio e a separação poderão ser lavrados pelo tabelião.

Quanto à incapacidade é de extrema necessidade a via judicial, pois os interesses destas pessoas podem ser afetados de forma veemente com a dissolução da sociedade conjugal ou do matrimônio, ressalta-se também a necessidade de intervenção do Ministério Público, sendo os filhos incapazes ou menores, mais um motivo que enseja a necessidade da via judicial nestes casos.

Um aspecto trazido pela doutrina que pode causar certa confusão numa primeira leitura merece destaque, os filhos devem ser entre o casal, ou poderão ser filhos tidos em outros relacionamentos?

Neste sentido Christiano Cassetari (2008, p. 34) entende ser perfeitamente possível a realização da escritura pública de divórcio ou separação quando um dos cônjuges tiver filhos menores de outros relacionamentos, com os seguintes argumentos:

[...] cumpre salientar que, se um dos cônjuges tiver filhos menores com outra pessoa (exemplo: filho menor de um relacionamento anterior), não estará impedido de realizar a escritura de extinção deste novo relacionamento, dado que o impedimento descrito na lei é para filhos comuns do casal que está se separando ou divorciando, salvo se houver formação da parentalidade sócioafetiva.

Por outro lado Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 101) entendem não ser possível que as partes optem pelo Tabelionato de Notas caso haja filhos menores ou incapazes mesmo tidos em relacionamento anterior, assim alinhavando:

[...] a leitura que se deve fazer da expressão 'filhos menores ou incapazes do casal' é aquela que engloba todo e qualquer filho do casal, havido ou não do casamento, ou adotado. Poderá ocorrer, ainda, que um dos cônjuges traga para o casamento filho advindo de outro relacionamento, sem que o pai ou mãe biológicos estejam presentes, por terem falecido, por exemplo. Não resta dúvida que aquele filho será um 'filho do casal', muito embora biologicamente não o seja.

¹⁸ A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada a todos os atos da vida civil.

Entendemos não ser possível a opção pela via notarial quando algum dos cônjuges tiver filhos menores ou incapazes de um relacionamento anterior, apesar da ressalva feita pelo Professor Christiano Cassetari de que o impedimento seria aplicável se houvesse vínculo parental deste filho com o outro cônjuge, trata-se de uma questão de prova, de difícil aferição pelo tabelião, sendo então necessária nesses casos a via judicial.

Outra questão quanto a esse aspecto que merece relevo diz respeito aos menores que forem emancipados pelos pais, entendemos não ser possível a opção pela via notarial quando os filhos relativamente incapazes, mesmo que emancipados, posto que a emancipação deve ser feita em benefício do menor e não para prejudicar seus direitos.

Nesta quadra, é o entendimento consignado por Christiano Cassetari (2007, p. 34), nestas linhas:

Não vemos a emancipação como algo bom para o menor, em regra, visto que ele deixa de contar com a proteção que a dependência dos pais estabelecida na Lei determina. Em razão disso tememos que vários casais, no intuito de separar ou divorciar prejudique seus filhos, emancipando-os, o que não seria aceitável.

É também pertinente quanto a este requisito, outra impossibilidade trazida por Christiano Cassetari, à impossibilidade de escriturar a separação ou divórcio quando a mulher divórcio estiver grávida, abaliza seu entendimento com diversos argumentos, dentre eles o de que a lei põe a salvo os direitos do nascituro, como também que um dos motivos desta proibição legal foi proteger os interesses dos filhos menores, assinalando ainda que deve haver a intervenção do Ministério Público, razão pela qual a via judicial, é obrigatória.

III – Observação quanto aos prazos legais

Os prazos a que esta parte do dispositivo legal em estudo aludem são os previstos nos arts. 1.574¹⁹, 1.580²⁰ e no §2º desse mesmo artigo, ambos do Código Civil de 2002.

¹⁹ Art. 1.574 do Código Civil de 2002: Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

No entanto tais prazos não são mais aplicáveis após a entrada no ordenamento jurídico da Emenda Constitucional nº 66 de 2.010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1.988, permitindo a partir deste momento o divórcio no dia seguinte ao do casamento.

Esta parte do dispositivo encontra-se a partir de então prejudicada, tendo em vista a nova previsão constitucional, que dispensou a necessidade de lapso temporal para requerer o divórcio, entendemos não ser cabível tal exigência também quanto a separação, posto que a separação tem abrangência menor que o divórcio, desnecessário então a observância de prazos tanto em um caso como no outro.

Após o advento da nova redação constitucional, introduzida pela emenda 66, importante debate se deu na doutrina e na jurisprudência para delimitar a existência ou a extinção do estado civil de separação, assunto que será abordado em oportunidade posterior.

IV - Constar no corpo da escritura as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia

Este trecho do art. 1.124-A do Código de Processo Civil diz respeito principalmente ao aspecto econômico que envolve a separação ou o divórcio, indicando a necessidade de que conste da escritura estas disposições.

Conforme já exposto o Christiano Cassetari entende ser perfeitamente possível resolver as questões acerca dos bens do casal em momento posterior à feitura da escritura pública, respeitamos a posição, contudo não concordamos conforme se passa a expor.

Reforçando esse posicionamento jurídico, Karin Regina Rick Rosa e Francisco Jose Cahali (2007, p. 102), partilham do mesmo entendimento, senão vejamos:

²⁰ Art. 1.580 do Código Civil de 2002: Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A escritura pública conterà as disposições sobre os bens comuns, quando houver, procedendo à descrição da partilha, caso haja interesse em realizá-la no mesmo ato; sobre a pensão alimentícia; e sobre a retomada do nome de solteiro pelo cônjuge [...] No que se refere a partilha, tanto no caso da separação quanto no caso do divórcio consensual o casal pode optar por fazê-la no mesmo ato ou posteriormente.

Estabelecer a descrição dos bens comuns e a partilha desses bens em momento posterior não impede a realização do divórcio pela escritura pública, só devendo constar na escritura as questões em que os cônjuges houverem chegado a um acordo, um trecho do estudo feito por Yussef Said Cahali (2011, p.20), merece ser abordado:

Assim não obstante a ambigüidade do enunciado legal, referindo-se que constarão do ato as disposições relativas à descrição e partilha dos bens comuns, dele constarão apenas as disposições a respeito das quais houver ocorrido acordo, sempre sem prejuízo da sociedade conjuga, pela separação ou pelo divórcio.

Cabe ressaltar que a descrição dos bens comuns e a partilha poderão ser feitas tanto pela via judicial como também pela via notarial, cabendo aos cônjuges escolher a via que lhes convier.

Isto posto, conclui-se que não há necessidade estrita de se constar no corpo da escritura pública, seja ela de divórcio ou de separação, a descrição dos bens comuns do casal, e a partilha dos bens, seria desgastante manter a sociedade conjugal, pelo simples fato de não haver acordo entre os cônjuges sobre a questão patrimonial.

Caso queiram e estejam de comum acordo, poderão os cônjuges estabelecerem a pensão alimentícia, definindo o valor a ser pago e por conseguinte o dia de vencimento de cada prestação mensal, não cabe ao Notário intervir nesse aspecto, mas tão somente para prestar esclarecimentos legais.²¹

²¹ Karin Regina Rick Rosa e Francisco José Cahali, Escrituras Públicas – Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais – 2007, p. 103.

V - Acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento

O dispositivo legal ora em estudo aponta para a necessidade de se constar na escritura pública o acordo quanto ao nome, podendo retomar o nome anterior ao casamento, ou manter o nome adotado ao casarem-se.

Insta salientar que conforme previsão expressa do Código Civil de 2002, tanto o homem quanto a mulher podem modificar seus nomes por ocasião do casamento, estabelecida pelo § 1º do art. 1.565²².

A respeito do enunciado pelo dispositivo legal, assevera, Christiano Cassetari (2007, p. 86):

Entendemos, desta forma, que no momento da realização da escritura o cônjuge que adotou o patronímico do outro deve se manifestar se renuncia ou não ao uso do nome de casado. Somente ele é quem pode dizer sim ou não a esta pergunta, renunciado a um direito de personalidade.

Por ocasião do divórcio ou separação consensuais, poderá o cônjuge que modificou seu nome quando da realização do casamento, voltar a utilizar o nome anterior, vale salientar que a alteração é restrita à que se deu no casamento, não sendo autorizando aos cônjuges fazer qualquer outra alteração por ocasião da realização da escritura pública²³.

VI - A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis

O texto legal citado acima dá suporte para todo o raciocínio até aqui desenvolvido, posto que assegura eficácia prática às escrituras públicas introduzidas no ordenamento jurídico pela lei 11.441/2007, instituindo a escritura pública como instrumento capaz de transferir bens imóveis por exemplo, além de consignar a desnecessidade da intervenção do Poder Judiciário quando preenchidos todos os

²² § 1º do art. 1.565 do Código Civil de 2002 – Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

²³ Karin Regina Rick Rosa e Francisco José Cahali, *Escrituras Públicas – Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais* – 2007, p. 104.

requisitos, sendo então a escritura pública plenamente capaz de realizar posições jurídicas novas aos interessados.

Com acerto, Karin Regina Rick Rosa e Francisco José Cahali (2007, p. 104) interpretam este dispositivo legal de forma ampliativa, asseverando que a escritura pública serve como título hábil em tantos outros entes públicos e privados, e não somente para o registro civil e registro de imóveis, consignando nos seguintes termos:

A escritura pública não dependerá de homologação judicial e servirá como título hábil para o registro civil e o registro imobiliário [...] o legislador previu apenas o registro imobiliário, além do registro civil, quando é fato que o casal possa ter outros bens passíveis de registro que sofrerão alteração n caso da separação e do divórcio [...] a escritura pública também é título hábil para a transferência de bens e mesmo direitos junto a órgãos públicos e privados [...].

Assim sendo, compartilhando deste mesmo raciocínio, a escritura pública, desde que esteja descrito em seu corpo os bens comuns e a partilha desses bens, servirá de título para a transferência de um carro junto ao DETRAN, por exemplo, no que pese a lei não ter previsto essa hipótese.

VII - O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial

O legislador ao introduzir este requisito para a lavratura das escrituras públicas previstas pela lei 11.441/2007, agiu com extrema sapiência, a advocacia é função essencial do Estado Brasileiro, o advogado presente no ato resguardará os interesses e os direitos das partes, agindo de certa forma como *custus legis*.

Ressalta-se que o tabelião não poderá indicar advogado às partes, cabendo somente a elas a escolha do profissional de sua confiança, conclusão esta que tem espeque no art. 9º²⁴ da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça.

²⁴ Art. 9º da Resolução n. 35 do CNJ: è vedado ao tabelião a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer ao ato notarial acompanhadas de profissional de sua confiança. Se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Da leitura da parte final do referido dispositivo, como regra caso as partes não tenham condições financeiras, o tabelião deverá indicar a Defensoria Pública, caso não haja naquela localidade este órgão, indicará a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Quanto a este aspecto Christiano Cassetari (2007, p. 48), ao analisar esta exigência, alerta também que o tabelião não poderá manter como funcionário seu advogado para que este assista as partes, assim delimitando:

Entendemos que isso é impossível, antiético e atenta contra a advocacia brasileira. Se isso ocorrer, perde completamente a finalidade pretendida pelo legislador, de exigir a presença do advogado para que fiscalize o cumprimento da legislação.

É dever do tabelião informar as partes que para a realização de divórcios, separações, inventários e partilhas pela via notarial é indispensável a presença de advogado, na podendo em hipótese alguma indicar profissionais, podendo quando muito indicar a Defensoria Pública e a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, claro quando as partes declararem que não possuem meios para arcar com esta despesa.

VIII - A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que de declarem pobres sob as penas da lei

O legislador há muito tempo prevê os benefícios da assistência judiciária gratuita através da lei 1.060/50, assim esta previsão é pertinente às escrituras públicas elencadas pela lei 11.441/2007, pois têm as mesmas finalidades do processo judicial.

Para obtenção deste benefício basta simples declaração dos cônjuges de que são pobres, não podendo arcar com as despesas, é o que institui o art. 7º²⁵ da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, podendo usufruir deste benefício mesmo que tenha advogado constituído.

Cabe ressaltar a presença de preceitos fundamentais nesta previsão legal, como a assistência judiciária integral e gratuita, a doutrina então faz uma

²⁵ Art. 7º da Resolução n. 35 do CNJ: Para obtenção da gratuidade de que trata a Lei 11.441/2007, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

interpretação civil-constitucional e estabelece que a gratuidade deve se estender a todos os atos necessários para o alcance das finalidades pretendidas pela lei 11.441/2007, nesse sentido Karin Regina Rick Rosa e Francisco José Cahali (2007, p. 109):

Para dispor seguimento à linha de raciocínio proposta, vale ressaltar que a Constituição da República estabelece como garantia a todos os cidadãos que comprovarem a insuficiência de recursos a assistência judiciária integral e gratuita [...] Portanto, a interpretação civil-constitucional determina que a gratuidade de que trata o § 3º do art. 1.124-A do Código de Processo Civil se estenda também para todos os atos decorrentes da escritura pública, necessários para sua plena e total eficácia inclusive contra terceiros.

Neste mesmo sentido Christiano Cassetari (2008, p. 52), compartilha o mesmo entendimento, abalizando-o da mesma forma em preceitos constitucionais, nestes termos:

[...] cumpre salientar que a pessoa pobre, que não tem condições de arcar com o custo de confecção de escritura, também não poderá arcar com o pagamento das despesas no Registro Civil para averbação, nem tampouco no Registro de Imóveis para o registro da mesma, motivo pelo qual a gratuidade se estende a todas as serventias registrais e notarias, em veneração ao mandamento constitucional descrito no art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal que estabelece como garantia fundamental a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Estes são em suma os requisitos específicos previstos no Código de Processo Civil para a utilização da via notarial para que os usuários se divorciem ou se separem, preenchidos poderão as partes optarem pelo Tabelião de Notas para a consecução dos fins que pretendem.

5.2.3 Procedimento específico

O procedimento para a lavratura das escrituras públicas de divórcio e separação é de certa forma, bem simples, podendo ser resumido em poucas fases, não há, porém uma lei específica que disciplina o procedimento a ser observado pelo tabelião quando da lavratura de escrituras públicas.

Contudo, a resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça pode ser tida como um norte procedimental a ser observado pelo Tabelião de Notas para a

lavratura das Escrituras de Divórcio e Separação, tendo especial atenção quanto a esse aspecto a partir do art. 33 da referida resolução.

Além da resolução citada acima, pode se ter como procedimento a ser observado pela via notarial, os costumes notariais e as normas de serviço da Corregedoria de Serviço dos Tribunais de Justiça, como dito em oportunidade anterior.

Como procedimento notarial Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 16), indica cinco fases a serem observadas, quais sejam: 1 – Rogatória, 2 – Minuta, 3 – Protocolo, 4 – Conclusão, 5 – Circulação e Conservação, as quais passa-se a analisar segundo os preceitos do Renomado Tabelião de Notas da Comarca de São Paulo:

1. Rogatória: “que consiste na solicitação do atendimento, feita oralmente e já com a entrega de documentos e a autorização para que o tabelião proceda a todos os atos”

As partes então se dirigem à Serventia manifestando interesse em divorciarem-se ou separarem-se, mantendo um primeiro contato com o Tabelião de Notas, apresentado a documentação necessária para a lavratura da escritura pertinente, e quanto ao preenchimento dos requisitos.

O professor Christiano Cassetari elenca os principais documentos a serem apresentados, na seguinte ordem:

- 1) certidão de casamento atualizada dos cônjuges (90 dias);
- 2) documento de identidade oficial e CPF/MF de ambos os cônjuges;
- 3) pacto antenupcial, se houver;
- 4) certidão de nascimento ou outro documento de identidade dos filhos absolutamente capazes, se houver;
- 5) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos se for feita a partilha, ou declaração de inexistência de bens a serem partilhados;
- 6) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos se for feita a partilha, ou declaração de inexistência de bens a serem partilhados;
- 7) declaração de que os bens serão partilhados posteriormente, se for o caso;
- 8) comprovante do pagamento do imposto de transmissão inter vivos (se for o caso)

- 9) no restabelecimento da sociedade conjugal, certidão de casamento com averbação da separação feita no registro civil;
- 10) identificação do(s) advogado (s) assistente(s) por meio da carteira da OAB;
- 11) na conversão da separação em divórcio deve ser apresentado, também, certidão da sentença de separação judicial, ou da liminar em separação de corpos, ou da escritura de separação extrajudicial, para comprovação do lapso temporal (prejudicado);
- 12) no divórcio por conversão, deve ser apresentada, também, a averbação da separação no respectivo assento de casamento (prejudicado);
- 13) prova documental, se houver, da separação de fato há mais de dois anos, ou algum terceiro interveniente que possa comprovar tal situação (prejudicado)
- 14) valor da pensão alimentícia, ou a renúncia dos cônjuges, ou, ainda a declaração de que isto será discutido posteriormente;
- 15) declaração do cônjuge se retomará, ou não, o nome de solteiro (para quem adotou o patronímico do outro quando do casamento)

Estes são os documentos/declarações que as partes deverão apresentar para que estejam aptas a escolher a via notarial para se separarem ou divorciarem-se, muitas vezes as declarações aqui mencionadas são feitas oralmente ao tabelião.

Outro ponto importante são os pontos marcados como prejudicados, tendo em vista a entrada em vigor da emenda do divórcio, que acabou com a modalidade *divórcio conversão*, para a maioria esmagadora da doutrina.

Em breve síntese esta é a fase que dá início ao procedimento notarial, passemos a análise da segunda etapa:

2. Minuta: “na qual o tabelião redige uma minuta que é discutida e aprovado pelos clientes” (Paulo Roberto Gaiger Ferreira, 2007, p.15)

Trata-se de um importante aspecto, que tem influência de princípios do direito notarial como o da imediação já estudado, e com o requisito da consensualidade exigido para a escolha da via notarial, constituindo então importante aspecto na relação estabelecida entre o tabelião de notas e os usuários.

Após a discussão da minuta e sua conseqüente aprovação, a próxima fase trazida por Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 16) é a do:

3. Protocolo: “momento em que o tabelião lavra o ato no livro próprio. Há casos em que o ato é realizado no próprio documento apresentado e que é devolvido aos clientes (autenticações de documentos).”

Esta fase do procedimento notarial tem por finalidade garantir a correta sequência dos serviços que forem solicitados ao tabelião, assim não poderá se concluída uma escritura sem que as notas de protocolo anteriores àquela tenham sido concluídas, ou pela realização final do ato ou pela recusa do tabelião em lavrá-lo, tem espeque no art. 11^o²⁶ da lei 6.015/73.

O próximo momento da exteriorização do procedimento notarial, é o da Conclusão, definido por Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 16) nestes termos:

4. Conclusão: “quando o ato é assinado pelos interessados, pelo escrevente, se houver, e pelo tabelião.”

Constitui importante momento para a lavratura dos atos elencados pela lei 11.441/2007 pela via notarial, pode-se dizer que exprime o princípio do consentimento também já estudado, assim como representa a consensualidade no sentido de que as partes concordam com o que foi previsto na escritura pública.

A derradeira fase do procedimento notarial, conforme definição de procedimento notarial de Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2007, p. 16):

5. Circulação e Conservação: “a primeira ocorre quando o traslado e as certidões são expedidas para que os interessados tenham cópia do ato, possibilitando a circulação e a produção de feitos nas esferas administrativa e particular. A segunda, na qual o tabelião conserva o documento para a publicidade futura”

A primeira parte consiste na materialização dos dispositivos legais, juntamente com o que foi objeto do acordo entre as partes envolvidas, já a segunda parte confere segurança jurídica, porque os atos lavrados pelo tabelião, deverão ser mantidos e protegidos para sempre²⁷.

²⁶ Art. 11 da Lei 6.015 de 1973: Os oficiais adotarão o melhor regime interno de modo a assegurar às partes a ordem de precedência na apresentação dos seus títulos, estabelecendo-se, sempre, o número de ordem geral.

²⁷ Art. 26 da Lei 6.015 de 1.973: Os livros e papéis pertencentes ao arquivo do cartório ali permanecerão indefinidamente.

5.2.4 A Separação Após a *Emenda do Divórcio*

No dia 13 de julho de 2.010, a emenda n 66, alterou de forma contundente questões relativas ao divórcio e a separação, causando enormes debates na doutrina e na jurisprudência, o principal deles é definir se após a referida emenda há ainda o estado civil separação.

A emenda constitucional em abordagem modificou a redação do §6º do art. 226 da Constituição de 1.988, quem em sua redação anterior exigia determinados prazos para a dissolução da sociedade conjugal e do matrimônio, o quadro sinótico a seguir compara a antiga e a nova redação do dispositivo constitucional:

Antiga Redação do § 6º	Nova Redação do § 6º
“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”	“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”

A maioria esmagadora da doutrina, assevera que a modalidade divórcio conversão foi extinta, posto que perdeu seu sentido de ser, tendo em vista que os cônjuges podem divorciar-se no dia posterior ao do casamento, sem necessidade de que seu estado civil seja *separação judicial* ou *separação de fato*.

Neste aspecto, as palavras de Yussef Said Cahali (2011, p. 70):

[...] já não mais existe em nosso direito a dissolução do vínculo conjugal matrimonial por via indireta de conversão da separação judicial em divórcio, que [...] Mas nada mais do que isso resultaria da referida emenda, isto é, somente seria admissível, a partir de agora, o divórcio direto, com supressão do divórcio-conversão [...].

Divergindo acerca deste aspecto Flávio Tartuce junto com José Fernando Simão (2011, p. 205), entende pelo fim do divórcio indireto, nestas linhas:

Em suma, o art. 1.580 do Código Civil está revogado, pois não recepcionado pelo novo texto constitucional. Sendo abolido o divórcio

indireto, vários dispositivos da Lei do Divorcio (Lei 6.515/1977), também devem ser tidos como definitivamente revogados.

Pode-se concluir, portanto que a modalidade divórcio conversão foi extinta do ordenamento jurídico pátrio, devendo todos os artigos que regulam essa modalidade serem tidos por inconstitucionais, ante a nova redação da Constituição Federal de 1988, consignando que este instituto jurídico perdeu sua finalidade.

Outro aspecto, que vem causando grande discórdia, na doutrina e na jurisprudência, é a questão da abolição ou não do estado civil da separação do ordenamento jurídico brasileiro, questão ainda não pacificada pelos tribunais.

Humberto Theodoro Jr. (2011, p.285) assevera em linhas sintéticas a extinção da separação, nestes termos:

Com a emenda constitucional nº 66 de 2010 deixou de existir a separação e o divórcio consensual dispensa qualquer estágio prévio de cessação da convivência conjugal, podendo ser praticado, a qualquer tempo.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, 189) ao lidarem com o mesmo tema, compartilham do mesmo entendimento de Humberto Theodoro Jr., nestas palavras:

Como primeiro impacto da *Emenda do Divórcio*, a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico [...] os presentes autores entendem que não vige mais o *sistema bifásico*, de extinção da sociedade conjugal e do casamento. As ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, em regra, devem ser extintas, sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada.

Por seu turno, o jurista Paulo Lôbo, indica como argumento fortíssimo à extinção do estado civil de separação os fins sociais da norma, além de consignar a extinção do divórcio indireto pelos mesmos motivos, assim delineando:

[...]quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir,

expurgando os resíduos de quantumdespótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.

(Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo629>> acesso em 10 de setembro de 2011.)

Uma parte da jurisprudência pátria tem assinalado para o fim da separação judicial, neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cuja ementa segue:

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A APROVAÇÃO DA PEC 28 DE 2009, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, RESULTOU EM GRANDE TRANSFORMAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA AO EXTIRPAR DO MUNDO JURÍDICO A FIGURA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.

A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL INTRODUZIDA PELA EC 66/2010, ALÉM DE SUPRIMIR O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL, TAMBÉM ELIMINOU A NECESSIDADE DE SE AGUARDAR O DECURSO DE PRAZO COMO REQUISITO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE DIVÓRCIO.

TRATANDO-SE DE NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA, AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EC 66/2010 TEM APLICAÇÃO IMEDIATA, REFLETINDO SOBRE OS FEITOS DE SEPARAÇÃO EM CURSO.

APELO CONHECIDO E PROVIDO.”

(TJDFT, Recurso 2010.0.1.1.064251-3, acórdão 452.761, 6ª Turma Cível, Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJDFTE 02.10.2010, p.221)

Em uma análise mais específica acerca do tema, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, relativamente à Lei 11.441/2007, compartilham o entendimento de que não é mais possível a realização da escritura pública de separação, com as seguintes palavras:

Assim sendo, pouco mais de dois anos após a entrada em vigor, perde efetividade a separação de direito por escritura pública, pela via administrativa, estando revogada nessa parte a Lei 11.441/2007, pois não recepcionada pelo novo Texto Constitucional.

Por sua vez, Yussef Said Cahali (2011, p. 70), defende a manutenção do estado civil de separação, inclusive fazendo diversas críticas a quem pensa de maneira contrária, assim alinhavando:

A rigor, portanto, definitivamente liberado o divórcio, este poderá ser requerido a qualquer tempo, de imediato à celebração do casamento, sem que haja necessidade ou interesse público (sic) de ser declinado motivo em razão do qual se pretende a desconstituição do vínculo matrimonial que o próprio estado havia constituído no momento da celebração [...] A disposição constitucional, em sua nova versão, continua não tendo nenhuma pertinência com a separação legal, a qual agora nem ao menos faz referência, prevista aquela, como sempre esteve, a respectiva disciplina, de forma autônoma e exclusiva, na legislação ordinária.

Continuando sua linha de raciocínio, de que estaria somente revogada a modalidade de *divórcio-conversão*, assevera o autor referido acima:

Na realidade – mesmo que não fosse esta eventualmente a intenção íntima dos autores do projeto -, a emenda n. 66 apenas modificou parcialmente para suprimir o divórcio por via de conversão, sem afetar instituto da separação legal, que se manteve incólume, no que, a teor da própria redação original, mesmo na sua ambigüidade ingênita, era reservado à legislação ordinária: o casamento também poderia ser dissolvido após prévia separação judicial (por mais de um ano), nos casos expresso em lei.

Neste mesmo sentido, temos ainda o posicionamento de Washington de Barros Monteiro em co-autoria com Regina Beatriz Tavares da Silva (2011, p.332), que concluem que mesmo após a *Emenda do Divórcio*, a separação não foi extinta nestes termos:

Sobre a manutenção da separação em nosso ordenamento jurídico, retoma-se a teor da ementa da EC n.66/2010, segundo a qual somente foram suprimidos os requisitos temporais de um ano da separação judicial ou de mais de dois anos da separação de fato. Não ocorreu a supressão do instituto da separação. Se pudesse ter ocorrido a eliminação da separação, chegar-se-ia à absurda conclusão que também a separação de fato estaria excluída de nosso ordenamento jurídico [...] Além de a separação possibilitar o restabelecimento da sociedade conjugal por meio de mera petição juntada aos autos do respectivo processo (Cód. Civil, art. 1.577), de modo que os cônjuges podem preferir essa forma dissolutória, ao invés de romperem definitivamente o vínculo conjugal por meio do divórcio, a manutenção da separação é necessária em respeito ao direito fundamental da liberdade, previsto no art. 5º, VII {...}

De outra banda, a jurisprudência também assinala no sentido da manutenção do estado civil de separação, neste sentido, merece destaque decisão em agravo de instrumento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 LIMITOU-SE A ADMITIR A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE DIVÓRCIO DIRETO PARA DISSOLVER O CASAMENTO, AFASTANDO A EXIGÊNCIA, NO PLANO CONSTITUCIONAL, DA PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO REQUISITO TEMPORAL DE SEPARAÇÃO FÁTICA. 2. ESSA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL EVIDENTEMENTE NÃO RETIROU DO ORDENAMENTO JURÍDICO A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE CONTINUA REGULANDO TANTO A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO COMO DA SOCIEDADE CONJUGAL E ESTABELECENDO LIMITES E CONDIÇÕES, PERMANECENDO EM VIGOR TODAS AS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE REGULAMENTAM A SEPARAÇÃO JUDICIAL, COMO SENDO A ÚNICA MODALIDADE LEGAL DE EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL, QUE NÃO AFETA O VÍNCULO MATRIMONIAL. 3. SOMENTE COM A MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL É QUE A EXIGÊNCIA RELATIVA AOS PRAZOS LEGAIS PODERÁ SER AFASTADA. RECURSO PROVIDO.”
(TJRS, Agravo de Instrumento 70039285457, Sétima Câmara Cível Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sergio Fernandes de Vasconcelos Chaves, j. 1º.11.2010).

Merece transcrição trecho da decisão do eminente desembargador nos mesmos autos de Agravo por Instrumento:

Portanto, é forçoso convir que essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. “
(TJRS, Agravo de Instrumento 70039285457, Sétima Câmara Cível Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sergio Fernandes de Vasconcelos Chaves, j. 1º.11.2010)

È evidente que a doutrina está dividida acerca do assunto, estando longe de ser pacífico na jurisprudência, no entanto o Supremo Tribunal Federal, nem o Superior Tribunal de Justiça se manifestaram a respeito do assunto, contudo estes Tribunais, logo serão instados a se posicionarem acerca deste aspecto tão importante para o direito de família, ocasião em que poderão uniformizar os entendimentos em todo o país.

No que pese os aspectos trazidos pela doutrina para considerar extinto o estado civil de separação, entendemos de forma diferente, sendo então mais coerente a linha de raciocínio desenvolvida no sentido de considerar ainda existente o estado civil de separação.

Através da emenda n.66 foi suprimida apenas a modalidade divórcio conversão, a finalidade do legislador constituinte foi a de propiciar mais uma facilidade para a população, de não mais ter que se verem separados, e tão menos de terem que esperar o decurso de prazos estabelecidos para que pudessem se divorciar.

Manter a separação como estado civil é deixar aberta esta possibilidade a quem assim desejar, possibilitando uma futura reconciliação, não se analisando dados fáticos referentes ao número de reconciliações de quem esteja separado de fato ou de direito.

Um aspecto doutrinário para reforçar esta posição é a divisão feita pela doutrina de sociedade conjugal e vínculo matrimonial²⁸, tendo este instituto uma abrangência maior do que àquele, a separação dissolve a sociedade conjugal não sendo capaz de desconstituir o vínculo matrimonial, o que poderá se conseguir somente pelo divórcio.

É de melhor tom, portanto não considerar extinta a separação, deixando a cargo dos cônjuges a escolha de qual instituto jurídico que lhes for mais conveniente, a separação ou o divórcio, o que preservaria a autonomia de vontade das pessoas, reforçando o caráter negocial do casamento.

Por estes motivos, entendemos ser perfeitamente possível a separação, e, por conseguinte a via notarial para a constituição desta nova posição jurídica, bem assim como o restabelecimento da sociedade conjugal, ou o divórcio direto por consequência

²⁸ Apenas a título de exemplo, consideram sociedade conjugal e vínculo matrimonial institutos diferentes os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Yussef Said Cahali, Christiano Cassetari, dentre outros.

5.2.5 A Escritura Pública como Título Executivo

É importante definir qual a espécie de título executivo constitui a escritura pública, tanto a de divórcio como a de separação, se são títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, aspecto que merece considerações, principalmente quando houver acordo sobre alimentos no corpo da escritura.

O fim desta pesquisa é o de comparar a escritura pública a uma sentença judicial, devendo se demonstrar, portanto, quais meios que materializarão direitos pela sentença judicial, comparando-os e trazendo à discussão teses que propiciem concluirmos que os efeitos decorrentes de uma sentença serão os mesmos de uma escritura pública de divórcio ou separação, razão pela qual devemos entender que são títulos executivos judiciais.

Quanto às definições acima, merecem relevo as palavras de Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 122):

De plano, registramos a posição no sentido de equiparar a escritura pública a uma sentença judicial homologatória de acordo [...] Assim, o cumprimento das obrigações contidas nos instrumento público deverá ser buscado como se um título judicial fosse, adaptando-se, naturalmente, às suas peculiaridades.

Para consignar tal entendimento, oportunas são as palavras de Christiano Cassetari (2007, p. 84):

Entendemos [...] que na interpretação da Lei 11.941/2007 devemos aproximar, ao máximo, as escrituras públicas de separação e divórcio das sentenças que também a decretam, sob pena de a citada norma cair em desuso se existirem muitas diferenças entre elas. Diante disto, acreditamos que a escritura pública que fixa alimentos para os cônjuges é título executivo judicial, pois, para lhe dar credibilidade, há necessidade de as medidas extremas existentes na execução de sentença serem estendidas a elas, para que se reconheça a seriedade da pensão fixada extrajudicialmente.

Cumpra assim, as escrituras públicas de divórcio ou separação, as mesmas finalidades da sentença judicial, posto que têm como já visto o condão de transferir patrimônio, além de serem títulos executivos judiciais.

Daí por que, parte da doutrina indica a possibilidade de ser decretada a prisão civil do cônjuge que não houver pago as prestações alimentares, seguindo o rito previsto pelo art. 733 do Código de Processo Civil.

Neste passo, afirma Christiano Cassetari (2007, p. 84)

A prisão do devedor só é decretada quando a execução dos alimentos estiver baseada no art. 733 do Código de Processo Civil, que exige ela estar embasada em sentença ou decisão que fixa os alimentos provisionais. De maneira residual, entende-se que, se o processo executivo estiver fundamentado em qualquer outra hipótese, como um título executivo extrajudicial (art.585 do Código de Processo Civil), por exemplo, só haverá a possibilidade de penhorar bens do devedor [...] a prisão do devedor pode ser decretada, se não forem pagos alimentos fixados em sentença ou acordo, como as que são estabelecidas em escrituras de separação e divórcio.

Sobre o assunto, também apontam para este sentido, Francisco José Kahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 123):

Assim, o não pagamento de pensão alimentícia acordada entre as partes viabiliza a execução pelo credor, com fundamento inclusive, no art. 733 do Código de Processo Civil, onde se pede a prisão civil do devedor de alimentos.

Sedimentando este entendimento, Maria Berenice Dias, em artigo científico, assim conclui:

A obrigação alimentar não se constitui exclusivamente por meio de sentença condenatória, sendo também possível que decorra de acordo entre as partes, o que não subtrai a exigibilidade do crédito pela via executória judicial. Dentre os títulos executivos extrajudiciais, o mais comumente utilizado é o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores (CPC 585, inc. II). A obrigação alimentar gerada em tais documentos pode ser executada por qualquer das formas previstas em lei e dispõe de força executiva independentemente de homologação judicial. Em face da nova sistemática, que admite separações e divórcios sem a intervenção do Judiciário, não há como exigir a homologação judicial do acordo de alimentos para o credor buscar o adimplemento. A escritura é título executivo extrajudicial e a cobrança segue o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente (CPC 646). Quanto ao débito pretérito, mister a propositura da execução por quantia certa contra devedor solvente, havendo a incidência de multa (CPC 475-J). O devedor é citado para pagar em três dias. Independentemente da penhora, o executado pode oferecer embargos no prazo de 15 dias (CPC 736) contados da data da juntada do mandado de citação (CPC 738). Para a cobrança das últimas três parcelas vencidas cabe a via executória da coação pessoal (CPC 733). Mister o uso do processo executório e a

citação pessoal do devedor para que proceda ao pagamento, no prazo de três dias. Não paga a dívida ou rejeitada a justificção apresentada, cabe expedir mandado de prisão. Cumprida a prisão e não feito o pagamento, como a execução prossegue pelo rito do cumprimento da sentença (CPC 475-J), passando a incidir multa moratória sobre a totalidade do débito. (Disponível em <[http:// www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)> acesso em 12 de setembro de 2011.)

Cumprido ressaltar que a única hipótese em que será admitida a prisão civil por dívida é na execução de alimentos, conforme se vê da leitura do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

No entanto, esse entendimento não é aceito pela jurisprudência, sendo então na prática, utilizado o rito previsto pelo art. 732 do Código de Processo Civil que permite tão somente a penhora de bens do devedor, o que dificulta a eficiência na materialização dos direitos previstos por escrituras de divórcio ou separação.

5.3 Escritura Pública de Inventário e Partilha

5.3.1 Conceito de inventário e partilha

Pode-se considerar inventário como sendo a arrecadação de todos os bens fungíveis e não fungíveis, móveis ou imóveis do de cujus, a partilha pode ser entendida como a distribuição do respectivo quinhão a cada herdeiro, dentro daquilo a que ele tiver direito.

Gabriel José Pereira Junqueira, conceitua inventário da seguinte maneira:

Inventário é o processo que se abre judicialmente para a descrição e partilha de todos os bens do de *cujus* ao tempo de sua morte, individualizando-os com precisão e clareza para o fim especial de proceder à partilha e à divisão que resultará na legalização e transferência do patrimônio aos seus sucessores, atribuindo a cada um deles o que lhe couber.

Acerca da definição de inventário, importante trazer a definição dada pelo eminentes juristas Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (2009, p. 298):

A palavra inventário significa ato ou efeito de inventariar, e é empregada como relacionar, registrar, catalogar, descrever, enumerar coisas, arrolar.

Deriva do latim *inventarium* de *invenire*, isto é, achar, encontrar [...] No estrito sentido sucessório, inventariar significa relacionar, registrar, catalogar, enumerar, arrolar, sempre com relação aos bens deixados por alguém em virtude de seu falecimento, compreendendo, também, a avaliação desses bens.

Já Maria Helena Diniz (2007, p. 368), denomina o instituto como sendo o “processo judicial (CC, art. 1.716; CPC, art. 982), tendente à relação, descrição, avaliação e liquidação de todos os bens pertencentes ao de *cujus*”

Quanto à partilha, Washington de Barros Monteiro (2004, p. 263), assim delimita:

partilha, é a repartição dos bens da herança ou a distribuição do acervo hereditário entre os herdeiros. No direito romano, ela era translativa de propriedade; o herdeiro tornava-se proprietário do quinhão respectivo no momento da partilha, como se nesse instante o tivesse adquirido aos demais co-herdeiros. Perante a nossa lei, porém, ela é simplesmente declarativa e não atributiva de direitos. O herdeiro adquire a propriedade, não em virtude da partilha, mais por ficção, investe seu sucessor no domínio e posse da herança.

Os principais dispositivos legais que orientam o inventário, são os artigos 1.716 e ss. do Código Civil de 2002, e também no art. 982 do Código de Processo Civil, feitas estas considerações iniciais passemos a analisar os requisitos a serem preenchidos para os que optem pela via notarial para o inventário e conseqüente partilha.

5.2.2 Requisitos para a lavratura de inventário e partilha no Tabelionato de Notas

Pode-se dizer que os requisitos para a lavratura de escrituras públicas de inventário e partilha encontram-se nos artigos 982 e 983 ambos do Código de Processo Civil, razão pela qual este dispositivo merece uma análise mais detida.

I – Inexistência de Testamento ou interessado incapaz

Desta primeira análise do artigo em estudo verifica-se a impossibilidade de optar pela via notarial quando o morto tiver deixado testamento, sendo necessária nestes casos a via judicial.

Uma questão quanto a este aspecto trazida pela doutrina é se o testamento obsta a via notarial independentemente de seu conteúdo, o Professor Christiano Cassetari, entende que o testamento só impedirá a possibilidade de escolha da via notarial caso tenha cunho patrimonial, sendo outro o seu conteúdo a via notarial é possível., asseverando ainda que esta disposição patrimonial deve impedir a aplicação da sucessão legítima, alterando as regras de transferência da propriedade aos herdeiros legítimos, concluindo ainda que poderia estar se impedindo que o inventário extrajudicial ocorra, no caso de o testador ter feito um testamento para revogar um anterior, expondo ainda que os herdeiros caso optem pela via notarial deverão apresentar certidão do colégio notarial que demonstre a inexistência de testamento.(CASSETARI, 2007)

No que diz respeito ao testamento, discordamos com o posicionamento do referido professor, quanto à comprovação da inexistência de testamento por apresentação de certidão negativa expedida pelo colégio notarial, tendo em vista que nem todos os tabelionatos de notas do Brasil estão ligados à entidade, tendo atuação mais incisiva no Estado de São Paulo, razão pela qual entendemos que a simples declaração dos herdeiros de que não há inventário já bastaria para suprir este requisito²⁹, assim como quanto à possibilidade de escriturar inventários e partilhas com a existência de testamento, mesmo quando o testamento não envolva patrimônio, neste sentido, agregam Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 76):

A questão que se coloca nessa oportunidade, é a de se saber se só a existência do testamento pode obstar a via administrativa. Por exemplo, verificado o rompimento, a caducidade ou revogação do testamento, mesmo assim seria imprescindível o procedimento judicial? Respondemos afirmativamente a esta questão. Com efeito, existindo o instrumento de testamento, a sua verificação é de competência exclusiva do Poder Judiciário, inclusive com previsão expressa relativa ao respectivo registro.

Do requisito em estudo ora colacionado, denota-se a existência de outro requisito, qual seja a ausência de herdeiros incapazes, cabendo aqui as mesmas considerações feitas em item de mesma natureza pertinente às escrituras públicas de divórcio e inventário, não sendo possível a lavratura quando houver

²⁹ Provimento 2/2007 da Corregedoria Geral de Justiça de Mato Grosso, letra h, item 9.7.5, XI.

herdeiro nascituro neste diapasão ensina o Professor Flávio Tartuce junto com José Fernando Simão (2011, p. 453, 454):

Questão interessante é saber se, em razão da existência de nascituro no ventre materno, a via administrativa seria afastada [...] A questão esbarra no debate a respeito da personalidade jurídica do nascituro. [...] Como já nos declaramos filiados à teoria concepcionista, em nossa conclusão, a existência de nascituro impede a escolha da via extrajudicial.

No mesmo sentido, apontam as conclusões obtidas por Francisco Jose Cahali e Karin Regina Rick Rosa (Escrituras públicas..., 2007, p. 74), de Christiano Cassetari (Separações..., 2007, p. 100).

Outro aspecto abordado quando da pesquisa das escrituras de divórcio e separação foi a impossibilidade da escolha da via extrajudicial, caso os filhos relativamente incapazes fossem emancipados, quando aos herdeiros emancipados pensamos não ser aplicável o impedimento, pois a possibilidade é prevista pelo artigo 12³⁰ da Resolução n.35 do Conselho Nacional de Justiça, nesta linha Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p.73):

Além do implemento da idade, o legislador previu outro modo de cessação da incapacidade. Trata-se da emancipação, prevista no art. 5º do mesmo diploma civil, dos menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. A emancipação, pode o notário lavrar escritura pública para realização de inventário [...] O que a legislação veda é a realização da emancipação com um fim específico.

Cumpre-nos ressaltar que a maioria da doutrina aponta neste sentido, quanto a este aspecto, razão pelo qual, compartilhamos do mesmo entendimento, não vendo nenhum óbice para a escolha da via extrajudicial, quando o herdeiro relativamente capaz for emancipado, sempre tendo em vista que a emancipação deverá ser feita em benefício do menor.

³⁰ Art. 12 da Resolução n. 35 do CNJ: Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo (s) ou herdeiro (s) capazes, inclusive por emancipação, representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais, vedada a acumulação de funções de mandatário e de assistente de partes.

II - Se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e partilha por escritura pública

Assim como previsto nas escrituras de divórcio e separação, quando aquelas se tratarem de inventário e partilha, deverá haver consenso entre os herdeiros, cumpre ressaltar que o consenso deve ser tido relativamente a todos os aspectos, inclusive quanto à partilha dos bens, não sendo possível, a nosso ver partilhar os bens em momento posterior.

Não tecendo grandes considerações a despeito do assunto, conclui Flávio Tartuce juntamente com José Fernando Simão de forma sintética, que caso haja litígio, por óbvio, só a via judicial poderá ser utilizada, uma vez que o inventário extrajudicial somente é viável juridicamente na hipótese de consenso entre os herdeiros (TARTUCE – SIMÃO, 2011).

Convém, por a baila as palavras de Christiano Cassetari (2007, p. 108), no que diz respeito à partilha dos bens ora inventariados:

Se os herdeiros concordarem com a divisão de uma parte do patrimônio e discordarem sobre a outra, não se poderá fazer a escritura de inventário na parte em que há concordância e o inventário judicial na parte em que haja discordância.

Ainda discutindo o assunto, Christiano Cassetari, afirma que discordem do seu entendimento a Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, o Colégio Notarial do Brasil e a ANOREG que firmaram entendimento no sentido de ser possível a ocorrência da partilha parcial

Como o objetivo primordial do inventário em nosso sentir é o de arrecadar os bens do de *cujus*, com a consequente partilha dos bens, deve a consensualidade abranger tanto aspectos patrimoniais, tanto a opção pela via extrajudicial por todos os herdeiros, como procedimento a ser observado para a inventariança e partilha, pois desta forma alcançar-se-ia os fins pretendidos pela 11.441/2007.

Com efeito, ensinam Sebastião Amorim junto com Euclides de Oliveira (2009, p. 394), que todos os interessados na lavratura do inventário devem consentir para a prática do ato, assim asseverando:

Pressupõe-se, naturalmente, o consenso de todos os interessados no reconhecimento dos direitos do companheiro. Subsistindo o litígio, não será caso de inventário por escritura pública, mas sim de via judicial própria.

Têm se também como necessário a discussão acerca da anuência conjugal, é elementar que o cônjuge do herdeiro consinta com todos os termos da escritura pública a ser lavrada, conforme disposição expressa do Código Civil de 2002, exceto quando o regime for o da separação absoluta de bens³¹, ocasião em que será desnecessária sua anuência conforme disposto no art. 1.647 do Código Civil, assim sendo a consensualidade deve atingir a vontade dos cônjuges dos herdeiros.

Ainda nesta seara, cumpre tecer que se o falecido mantinha união estável, este também será parte legítima para integrar o inventário³², claro que esta situação fática deverá ser comprovada ao tabelião, seja por meio de escritura pública de união estável, ou declaração de duas testemunhas que atestem que tinha conhecimento da união estável entre a convivente herdeira e o de *cujus*.

Acerca deste aspecto, consignam Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 70):

Se casados os herdeiros, imprescindível, também, a presença dos respectivos cônjuges, salvo na hipótese de casamento pelo regime da separação de bens ou participação final dos aquestos, havendo, neste caso, expressa previsão no pacto de dispensa da vênia conjugal.

Assim sendo, torna-se imperioso a presença dos cônjuges na prática dos atos jurídicos que irão transferir o patrimônio do *de cuius*, entendimento a que se chega interpretando o ordenamento jurídico de forma analítica.

³¹ Inventários e Partilhas, 22ª Ed., 2009 – Editora Universitária de Direito.

³² Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira – *Inventários e Partilhas*, 2009, p. 394.

III – a escritura de inventário e partilha constituirá título hábil para o registro imobiliário

O registro, como condição a eficácia plena das escrituras de inventário e partilha, deve ser tido por requisito neste caso, pois esta escritura inevitavelmente sempre tratará de aspectos patrimoniais, podendo tratar da transmissão de bens móveis ou imóveis, por esta razão constituirá ela também título hábil ao registro em outras repartições, sejam públicas ou privadas, colocando como exemplo o DETRAN, na transferência de um veículo automotor.

Como já dito anteriormente o registro enseja um resultado prático equivalente ao da sentença judicial, fato de extrema importância para a delimitação dos objetivos pretendidos neste estudo.

Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 68), sustentam a ideia de que o “tabelião deve advertir as partes sobre a necessidade do registro nos órgãos competentes, como o Registro Imobiliário, Registro Civil, DETRAN, Junta Comercial, etc.”

Assim é que o legislador foi extremamente feliz ao colocar esta disposição legal relativamente também às escrituras públicas de inventário e partilha, visto que para efeitos práticos, terão os mesmos efeitos de uma sentença, é com o registro que o negócio jurídico terá efeito *erga omnes*³³.

IV - O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial

A lei faculta às partes que escolham um advogado comum para a assistirem ou que cada um constitua advogado de sua confiança para a lavratura do ato.

Como já dito em oportunidade anterior, o tabelião não poderá manter nas dependências do cartório advogado para esse fim, tão menos indicar advogado às partes conforme disposição expressa da Resolução n. 35 do Conselho Nacional

³³ Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa *Escrituras Públicas*, 2007, p. 68

de Justiça, caso as partes não puderam suportar esta despesa, cabe ao tabelião indicar-lhes a defensoria pública.

V - A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei

Este dispositivo foi inserido posteriormente à edição da lei 11.441/2007, introduzido especificamente pela lei 11.965/2009, ainda quando não estava expresso no Código de Processo Civil, havia dúvida na doutrina acerca da gratuidade quanto às escrituras públicas de inventário e partilha, não cabendo mais tal discussão, por vontade expressa do legislador, cumpre salientar as mesmas considerações feitas quando da lavratura das escrituras de divórcio e separação que contam com dispositivo de igual redação.

Caso o tabelião tenha desconfiança acerca da declaração das partes de que não têm condições para suportar os emolumentos decorrentes da lavratura, deverá expedir ofício devolutivo e entregar as partes, que caso assim entendam, tomarão as medidas que acharem cabíveis.

VI – Prazos a serem observados para a lavratura da escritura pública de inventário e partilha

Esses prazos deverão ser observados pelo tabelião e pelas partes quando estas optarem pela via notarial, o que preconiza Christiano Cassetari (2007, p. 127):

[...] com advento da Lei 11.441/2007, que abriu a possibilidade de execução de inventário extrajudicial, deveremos entender que o citado artigo estabelece o prazo para a realização judicial e extrajudicial do inventário.

Têm se então como requisito a observância dos prazos legais referentes ao inventário e partilha, por expressa disposição legal, caso estes prazos não se verifiquem, entendemos que a via judicial é obrigatória, caso em que as partes deverão explicitar ao juiz os motivos pelos quais não os observarão.

5.3.3 Questão tributária

No que pese não haver previsto expressamente o legislador este requisito, ele está inserido pela doutrina como requisito para a lavratura das referidas escrituras, razão pela qual merece atenção neste estudo, tendo em vista a incidência do ITCMD, imposto Estadual, incidente na transmissão de patrimônio *causa mortis*.

Caso as partes não tenham condições de arcar com os encargos tributários, a via extrajudicial será obrigatória, neste aspecto, sábias são as palavras consignadas por Christiano Cassetari (2007, p. 110):

Quando os herdeiros não dispõem de liquidez financeira para inventariar um determinado patrimônio, prática muito comum é requerer, nos autos de inventário judicial, um alvará que autorize a venda de um bem para que o produto da alienação seja utilizado para o pagamento de tributos incidentes sobre o patrimônio [...] Entretanto, há que pensar se essa possibilidade pode ocorrer, também com interessados concordes e capazes, que optarem pela via extrajudicial. Nesse caso, não há outra saída senão abdicar da via extrajudicial, e realizar a divisão do patrimônio, deixado pelo de *cujus*, judicialmente.

É de se entender, que caso as partes não possam quitar o ITCMD, deverão obrigatoriamente optar pela via judicial, posto que para a perfeita transmissão de patrimônio, é essencial que os tributos relativos a este patrimônio, bem como sobre sua transmissão estejam quites.

5.3.4 Procedimento específico

Quanto ao procedimento para a lavratura da escritura, não há maiores considerações a serem feitas, posto que foi tratado em dois tópicos anteriores, sem maiores delongas, parte que merece estudo mais detido, diz respeito aos documentos que devem ser apresentados pelas partes para a lavratura deste tipo de escrituras.

Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa elencam estes documentos como sendo necessários para a lavratura do inventário e partilha pela via notarial:

- cópia autenticada do RG e do CPF das partes, do de *cujus*, e do inventariante;
- cópia autenticada da certidão de óbito do de *cujus*;
- cópia autenticada da Escritura de Pacto Antenupcial, se houver;
- certidão positiva ou negativa dos bens imóveis, expedidas pelo Registro de Imóveis e Prefeitura;
- documentos que comprovem o domínio e valor de bens móveis, bem como a titularidade sobre ativos financeiros, aplicações, ações, quotas, títulos de clube, linhas telefônicas, direitos decorrentes de contratos particulares, e seus respectivos valores, enfim comprovação sobre o patrimônio (bens e direitos) e estimativa de valor;
- certidão negativa da Receita Federal;
- declaração dos interessados no sentido de que inexistente testamento;
- comprovantes de pagamento do imposto *causa mortis* e, quando devido, o imposto *inter vivos*,

Merece destaque também os artigos 20 a 24 da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre as disposições que devem constar no corpo da escritura pública.

Caso exista um único herdeiro, o art. 26 da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, dispõe que o tabelião de notas, lavrará escritura pública de adjudicação.

Cumpra-se destacar ainda, a possibilidade de se nomear inventariante, quando isto for necessário para a administração adequada do espólio, por força de previsão expressa pelo art. 11 da resolução acima citada.

Quanto á partilha dos bens, segundo Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p.66) “deverão ser arrolados pelo tabelião, distinguindo os bens particulares dos bens comuns do casal, e as dívidas do falecido se houver.”

7 CONCLUSÃO

Neste momento, chegando ao fim da pesquisa, várias foram as conclusões obtidas a respeito dos problemas propostos, quais sejam:

A primeira conclusão é que o Acesso à Justiça é tido como garantia fundamental pelo Estado brasileiro, devendo ser facilitado e aperfeiçoado através de métodos alternativos e medidas que efetivem a promoção de tal preceito constitucional

Num segundo plano, os Serviços Notariais e Registrais foram se desenvolvendo ao longo do tempo, não tendo origem em apenas um lugar, sempre se adequando com a realidade fática vivenciada pela sociedade, hoje a sociedade brasileira busca uma tutela efetiva, devendo então tais serviços se adequarem a esta nova realidade.

Também é evidente que há um procedimento específico inerente ao serviço notarial e registral, no que pese não haver uma lei específica a respeito do assunto, estando este procedimento calcado nos costumes dos tabeliães, bem como em legislações esparsas.

Como a lei 11.441/2007, prevê a constituição de posições jurídicas que antes só poderiam ser constituídas por meio do poder judiciário, tornou-se importante analisar se há competência para a prática dos atos nela previstos, a pesquisa doutrinária revelou que a maioria da doutrina não considera as regras de competência previstas pelo Código de Processo Civil, entretanto no que pese este raciocínio e a expressa disposição legal, entendemos que ao praticar estes atos o tabelião deverá se acautelar para que eles sejam perfeitos, razão pela qual deve ele exigir a declaração das partes de que não há ações de divórcio em trâmite pelo poder judiciário.

Outra conclusão, é que o regime jurídico inerente aos serventuários extrajudiciais é híbrido, ora de direito privado, ora de direito público, a respeito do tema a doutrina e a jurisprudência são divididas. Uma corrente defende a ideia de que tais relações têm apenas e tão somente conteúdo público, a outra parte define que o particular exercerá a função cartorária por delegação Estatal.

Apesar da divergência, o tabelião será em algumas relações funcionário público, quando, por exemplo, se relaciona com os usuários do serviço,

devendo sempre observar os princípios e regramentos atinentes ao Serviço Público. Contudo em outras relações ele será tido por particular, ao arcar com os custos de instalação da serventia, ou quando recebe os emolumentos, caracterizando, portanto um regime jurídico híbrido.

Chegando ao cerne do tema proposto, outro grande dilema doutrinário se estabelece, no sentido de definir se os atos praticados pelos tabeliães constituem a administração pública de interesses privados, ou tutela de jurisdição voluntária.

Uma parte da melhor doutrina entende que tais atos constituem administração pública de direitos privados, pois tais instrumentos são passíveis de recursos posteriores e são submetidos à correição permanente do Poder Judiciário, sustenta também que há uma linha divisória entre atos de administração pública de interesses privados e tutela de jurisdição voluntária, residindo tal linha em razão da autoridade que realiza o ato, sendo jurisdição voluntária somente quando órgãos jurisdicionais o praticarem.

No que pese esse entendimento, há argumentos contrários, pois o Poder Judiciário, verdadeiro titular da Jurisdição também está sujeito aos recursos, quando as partes estiverem insatisfeitas, estando também sujeito à correição permanente pelo próprio Poder Judiciário.

A outra metade da doutrina caracteriza os atos de tabeliães como sendo verdadeiro instrumento de jurisdição voluntária, pois têm o condão de prevenir conflitos, distribuindo, portanto justiça.

Portanto, os atos como inventário e partilha separação e divórcio, quando realizados nas dependências do cartório, caracterizam jurisdição voluntária, pois além de prevenir os conflitos de interesse, possuem os mesmos efeitos da sentença quando declara tais atos, assim o tabelião substitui o Estado que desta forma impõe aos particulares as suas vontades.

Além de tudo pesam neste sentido os efeitos práticos alcançados quando tais atos forem realizados pelos tabeliães, como a celeridade do provimento almejado pelas partes, além da diminuição da carga processos em trâmite no Poder Judiciário, satisfazendo desta forma, garantias fundamentais, quais sejam o acesso à justiça, prestado em tempo hábil. Porém não se trata de uma solução mágica, e sim de mais um método disponibilizado para tanto, devendo ser acompanhado de tantos outros, para conseguirmos tão almejado resultado.

De outra banda no panorama fático que se encontra a ciência do direito, tem em nosso ordenamento jurídico uma grande relevância da norma princípio, então para que não se justifique injustiças pelo entendimento errôneo da aplicação dos princípios, buscamos a melhor definição nas lições de Humberto Ávila, sendo então, normas imediatamente finalísticas, que apontam para um estado ideal de coisas a ser perseguido, sem descrever uma conduta para tanto.

Já em outro momento, e já adentrando o estudo da lei 11.441/2007, ao proceder a análise dos requisitos para a opção pela via notarial para a realização de divórcios, separações, inventários e partilhas, diversas dúvidas de ordem prática e teórica se deram, principalmente quanto ao requisito de não haver menores interessados na relação jurídica, quando por questões óbvios denotou-se a não possibilidade de lavratura da escritura de divórcio caso a mulher esteja grávida, bem como se na mesma situação estivesse a cônjuge do de *cujus*.

Especificamente em relação às separações e divórcios extrajudiciais, assinalamos a impossibilidade da via notarial, caso os cônjuges tenham filhos de relacionamentos anteriores, posto que o objetivo da lei ao prever este requisito é proteger os interesses dos menores, sendo obrigatória nestes casos a via judicial.

Outro aspecto que demandou dúvidas se deu quando da análise da questão dos menores emancipadas, ocasião em que não se possibilitou a opção pela via notarial para divórcios e separações, e que o mesmo não se observa para as escrituras de inventário e partilha.

Ainda falando sobre os requisitos, prevê a letra da lei, a necessidade da presença de advogado quando da lavratura das escrituras públicas alvo deste estudo, entendemos que agiu acertadamente o legislador, posto que o advogado irá proteger os interesses das partes e garantir que a lei seja cumprida, concluimos ainda pela impossibilidade de indicação de profissionais pelos tabeliães, bem como que estes não poderão manter advogados nas dependências do cartório para o cumprimento deste requisito, devendo as partes interessadas constituírem profissionais de sua confiança, quando não puderem serão representadas por defensores públicos.

Observamos também que quando as partes não suportarem, por expressa previsão do legislador as escrituras referidas pela lei 11.441/2007 serão gratuitas, bastando para tanto mera declaração das partes.

Mereceu estudo detido a entrada no ordenamento jurídico da *emenda do divórcio* que causou e ainda causa muitas dúvidas de ordem teoria e prática na doutrina e na jurisprudência, doutrinadores de renome apontam o fim da separação com a nova redação constitucional, enquanto tantos outros apontam pela manutenção deste instituto do direito de família.

Valendo-se da pesquisa elaborada, entendemos que a separação não acabou, posto que a única finalidade por nós encontrada na *emenda do divórcio* foi a de acabar com o prazo exigido para os cônjuges se verem divorciados, outro ponto importante para a constituição deste raciocínio é a possibilidade de reconciliação dos cônjuges, o que não há no divórcio, ocasião em que para se verem novamente casados deverão casar-se novamente, não podendo renovar o casamento anterior.

Ponto também importante para firmar este posicionamento é que a emenda não revogou os dispositivos referentes à separação, podendo os cônjuges escolherem qual via lhes será conveniente.

Assim posto, teve fim o instituto da conversão da separação em divórcio, ou divórcio por conversão, tendo em vista que o instituto perdeu sua essência, não tendo mais utilidade com a entrada em vigor da emenda constitucional n. 66,

Por estes motivos entendemos que caso as partes assim desejam, e cumpram os requisitos legais poderão os cônjuges se separarem, e claro optarem pela via notarial.

Por fim passamos a análise da escritura de inventário e partilha, denotando-se os seus requisitos, os que demandaram maiores preocupações foram o de não haver testamento para a escolha da via notarial, e a questão tributária que envolve a transferência patrimonial do *de cujus*.

Quanto ao primeiro, apontamos que a simples declaração das partes de não haver testamento será útil, no que pese a doutrina exigir certidão da central de testamentos, posto que nem todos os estados do Brasil têm central de testamentos.

Com relação à questão tributária, deverão as partes quitarem os impostos incidentes da transmissão de patrimônio *causa mortis*, questão que tem aspectos diferentes em cada estado da federação, sendo requisito a ser observado pelo tabelião, as outras dúvidas que surgiram quanto aos requisitos das escrituras de separação e divórcio podem ser aplicadas à de inventário e partilha.

Analisando desta forma a lei 11.441/2007 possibilita a realização de direitos através do tabelião, consideramos esta medida acertada do legislador para desafogar o poder judiciário tendo o condão prático de eliminar processos físicos dando lugar a outros de maior relevância, consagrando princípios constitucionais de suma importância, no entanto salientamos mais uma vez que é apenas uma solução, devendo ser encontradas tantas outras para um problema desta magnitude, para que a justiça alcance sua finalidade primordial de garantir direitos.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e Partilhas**. 22ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Lei nº 317 de 21/10/1843**. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>.

_____. **Lei nº 601 de 18/09/1850**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 798 de 18/01/1852**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 1.237 de 24/09/1864**. Disponível em <www.primeirosp.com.br>.

_____. **Lei nº 3.071 de 01/01/1916**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 5.689 de 11/01/1973**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 6.015 de 31/12/1973**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 8.935 de 18/11/1994**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 10.496 de 10/01/2002**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 11.447 de 05/01/2007**. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

CAHALI, Francisco José; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; HERANCE Filho, Antonio; ROSA, Karin Regina Rick. **Escrituras Públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Separações Conjugais e Divórcio**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALAMANDREI, Piero; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. **Direito Processual Civil, vol.1**. Campinas: Bookseller, 1999.

CARNELUTTI, Francesco; **Instituições do Processo Civil, vol. 1**; tradução por Adrian Sotero de Witt Batista – São Paulo: Classic Book, 2000.

CASSETARI, Christiano. **Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública** – 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores Comentada (lei n. 8.935/94)** – 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei dos Registros Públicos Comentada** - 14ª ed. rev. e atual. até 30 de abril de 2001. – São Paulo: Saraiva, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Os alimentos firmados em escritura pública e a execução pelo rito do art. 733 do CPC**. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/alimentos.dpt>> acesso em 10/09/2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

DIP, Ricardo. **Introdução ao Direito Notarial e Registral**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Análise da Importância da atividade notarial na prevenção dos litígios e dos conflitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010 – Trimestral. – Revista de Direito Notarial.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Manual Prático de Inventários e Partilhas**. 4ª ed. – Leme: Mundo Jurídico, 2007.

LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1996

LEAL, Adriano José. **Inventários e partilhas: doutrina, prática, legislação, jurisprudência**. Leme: J. H. Mizuno, 2010.

LÔBO, Paulo. Divórcio: **Alteração Constitucional e suas conseqüências**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 10/09/2011.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária** – Campinas: Millennium, 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil** – Campinas: Millenium, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVAREZ DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil**. 41ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NERI, Argentino I. Tratado **Teórico y práctico de Derecho Notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1980. V. 1

PARIZZATO, João Roberto. **Serviços notariais e de registro, de acordo com a lei 8.935/94: atribuição dos tabeliães e oficiais: manual prático**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

SCHWAZER, Marcia Rosalia – **Curso de Direito Notarial e Registral: da origem à responsabilidade civil, penal e trabalhista** – Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil Vol.5**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

_____ – **Direito Civil Vol.6**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ANEXOS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

RESOLUÇÃO nº 35, de 24 de abril de 2007.

Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro.

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e tendo em vista o disposto no art. 19, I, do Regimento Interno deste Conselho, e

Considerando que a aplicação da Lei nº 11.441/2007 tem gerado muitas divergências;

Considerando que a finalidade da referida lei foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário;

Considerando a necessidade de adoção de medidas uniformes quanto à aplicação da Lei nº 11.441/2007 em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos;

Considerando as sugestões apresentadas pelos Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal em reunião promovida pela Corregedoria Nacional de Justiça;

Considerando que, sobre o tema, foram ouvidos o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil;

RESOLVE:

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES DE CARÁTER GERAL

Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial.

Art. 3º 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.)

Art. 4º O valor dos emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.169/2000, observando-se, quanto a sua fixação, as regras previstas no art. 2º da citada lei.

Art. 5º É vedada a fixação de emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro (Lei nº 10.169, de 2000, art. 3º, inciso II).

Art. 6º A gratuidade prevista na Lei nº 11.441/07 compreende as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais.

Art. 7º Para a obtenção da gratuidade de que trata a Lei nº 11.441/07, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

Art. 8º É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras decorrentes da Lei 11.441/07, nelas constando seu nome e registro na OAB.

Art. 9º É vedada ao tabelião a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer para o ato notarial acompanhadas de profissional de sua confiança. Se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 10 É desnecessário o registro de escritura pública decorrente da Lei nº 11.441/2007 no Livro "E" de Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, entretanto, o Tribunal de Justiça deverá promover, no prazo de 180 dias, medidas adequadas para a unificação dos dados que concentrem as informações dessas escrituras no âmbito estadual, possibilitando as buscas, preferencialmente, sem ônus para o interessado.

SEÇÃO II

DISPOSIÇÕES REFERENTES AO INVENTÁRIO E À PARTILHA

Art 11 É obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no art. 990 do Código de Processo Civil.

Art. 12 Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo(a) ou herdeiro(s) capazes, inclusive por emancipação, representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais, vedada a acumulação de funções de mandatário e de assistente das partes.

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.

Art. 14 Para as verbas previstas na Lei nº 6.858/80, é também admissível a escritura pública de inventário e partilha.

Art. 15 O recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura.

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.

Art. 17 Os cônjuges dos herdeiros deverão comparecer ao ato de lavratura da escritura pública de inventário e partilha quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão, exceto se o casamento se der sob o regime da separação absoluta.

Art. 18 O(A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável.

Art. 19 A meação de companheiro(a) pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo.

Art. 20 As partes e respectivos cônjuges devem estar, na escritura, nomeados e qualificados (nacionalidade; profissão; idade; estado civil; regime de bens; data do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; número do documento de identidade; número de inscrição no CPF/MF; domicílio e residência).

Art. 21 A escritura pública de inventário e partilha conterà a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; e a menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei.

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.

Art. 23 Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão originais.

Art. 24 A escritura pública deverá fazer menção aos documentos apresentados.

Art. 25 É admissível a sobrepartilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial.

Art. 26 Havendo um só herdeiro, maior e capaz, com direito à totalidade da herança, não haverá partilha, lavrando-se a escritura de inventário e adjudicação dos bens.

Art. 27 A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública.

Art. 28 É admissível inventário negativo por escritura pública.

Art. 29 É vedada a lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior.

Art. 30 Aplica-se a Lei nº 11.441/07 aos casos de óbitos ocorridos antes de sua vigência.

Art. 31 A escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, cabendo ao tabelião fiscalizar o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual e distrital específicas.

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.

SEÇÃO III

DISPOSIÇÕES COMUNS À SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS

Art. 33 Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

Art. 34 As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento.

Art. 35 Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das conseqüências da separação e do divórcio, firmes no propósito de pôr fim à sociedade

conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente, sem hesitação, com recusa de reconciliação.

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.

Art. 37 Havendo bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o que é do patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso do corpo da escritura.

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.

Art. 39 A partilha em escritura pública de separação e divórcio consensuais far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber.

Art. 40 O traslado da escritura pública de separação e divórcio consensuais será apresentado ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, para a averbação necessária, independente de autorização judicial e de audiência do Ministério Público.

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.

Art. 42 Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais.

Art. 43 Na escritura pública deve constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida.

Art. 44 É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e no divórcio consensuais.

Art. 45 A escritura pública de separação ou divórcio consensuais, quanto ao ajuste do uso do nome de casado, pode ser retificada mediante declaração unilateral do interessado na volta ao uso do nome de solteiro, em nova escritura pública, com assistência de advogado.

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.

SEÇÃO IV

DISPOSIÇÕES REFERENTES À SEPARAÇÃO CONSENSUAL

Art. 47 São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.

Art. 48 O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

Art. 49 Em escritura pública de restabelecimento de sociedade conjugal, o tabelião deve: a) fazer constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida; b) anotar o restabelecimento à margem da escritura pública de separação consensual, quando esta for de sua serventia, ou, quando de outra, comunicar o restabelecimento, para a anotação necessária na serventia competente; e c) comunicar o restabelecimento ao juízo da separação judicial, se for o caso.

Art. 50 A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações.

Art. 51 A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal somente poderá ser efetivada depois da averbação da separação no registro civil, podendo ser simultâneas.

SEÇÃO V

DISPOSIÇÕES REFERENTES AO DIVÓRCIO CONSENSUAL

Art. 52 A Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto como a conversão da separação em divórcio. Neste caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento.

Art. 53 A declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido.

Art. 54 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministra Ellen Gracie
Presidente

(D.O.U. - quinta-feira, 26/04/2007)