CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.441/2007 E SUAS PECULIARIDADES COMO FORMA ALTERNATIVA DE ACESSO À JUSTIÇA

Tatiani Calderaro Dalcin

Lajeado, junho de 2009

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.441/2007 E SUAS PECULIARIDADES COMO FORMA ALTERNATIVA DE ACESSO À JUSTIÇA

Tatiani Calderaro Dalcin

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Profª. Ms. Bianca Corbellini Bertani.

Lajeado, junho de 2009.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

AGRADECIMENTO

A Deus, primeiramente, a quem com grande emoção agradeço por tudo...

Aos meus queridos pais, Luiz Fernando e Carla, não só pelo apoio financeiro, mas por sempre acreditarem que é importante estudar, e me convencerem disso... A vocês que me deram a vida, que me dedicaram incontáveis esforços e amor infinito. Que muitas vezes abdicaram de seus sonhos em favor dos nossos (meu e das gurias). Todo o meu agradecimento pela dedicação de vocês, pelo amor que me fez mais forte, fazendo-me entender que sou capaz de ir mais além...

Às minhas queridas irmãs Katiússia, Vanessa e Karine, pelo carinho e força que me dão, por estarmos sempre juntas nos momentos mais importantes, por "contar" com vocês. P.S: Esqueci de agradecer à Karine, por ceder “espontaneamente” o computador na hora em que eu precisava escrever a minha mono e, que mesmo com sua pouca idade, corria para “segurar” o ônibus quando eu me atrasava...

Ao meu “eterno namorado” Maurício, por estar sempre ao meu lado quando eu precisei, por me “agüentar”. A ti, que foi não apenas namorado, mas acima de tudo, amigo e companheiro. De nada me adiantaria as vitórias, se não tivesse com quem partilhar…

Ao meu querido avô e mestre Gilberto, pelo carinho, exemplo de vida, fonte de admiração e respeito: minha inspiração! Meus objetivos profissionais serão atingidos no dia em que me compararem a ti (que pretensão a minha, hein...)

À minha querida avó Neuza, “mãe com açúcar”: por todo o carinho, por ter sido peça fundamental, ajudando a formar e manter o meu caráter, que sempre acreditou em mim, quando eu mesma duvidava...

Ao meu querido avô Odilo, pelo carinho que tem por mim, pela preocupação, pois mesmo quando eu não “entendia” o que ele falava, sabia que tinha algum fundamento. Agradeço por nunca ter me negado um ensinamento ou uma palavra de apoio...

À minha avó Alda (*In Memoriam*) de quem sinto falta, pois sou humana. Ninguém pode me culpar por querer partilhar minha conquista com as pessoas que amo, muito embora nem sempre elas estejam presentes. Mas, do alto de onde está, está comigo, sempre esteve. Disso nunca duvidei...

Aos meus tios, tias, primos, primas, dindos, dindas, afilhado, afilhada, cunhados, co-cunhada, sogro, sogra, por estarem sempre presentes na minha vida, dando força e coragem, pelo carinho e companheirismo, pela acolhida recebida em suas casas que pude considerar o prolongamento da minha própria ...

Ao Oficial Rogério Brochado, por ter me convidado a “entrar” na área Notarial e Registral, e com quem aprendi muito do pouco que sei...

Ao Oficial Alexsander Jost, por permitir que eu continuasse aprendendo cada vez mais, sempre compartilhando o seu conhecimento. Agradeço pelo empréstimo dos livros, que muito contribuíram para a conclusão deste trabalho, pela compreensão do meu “cansaço e stress” – por vezes “estampado” no meu rosto, neste último ano de faculdade – pelo apoio, pelas boas conversas...

Aos meus amigos, a todos, sem exceção, que tiveram um papel fundamental naquilo que conquistei, pois sem medir esforços, sem titubear, me ajudaram, me ouvindo, me socorrendo mesmo quando nem pedia, e muitas vezes apenas estando presentes nos momentos mais difíceis...

Aos meus colegas, com os quais passei inúmeras noites na UNIVATES, às vezes em sala de aula, outras no centro de convivência (o famoso prédio “9”), muitas no restaurante (he, he); criamos laços e muitos deles indissociáveis, feitos no dia em que nos encontramos nessa instituição, e que se perpetuarão com certeza. A vocês, obrigada.

Aos professores, que foram reais tutores em seu papel e souberam encontrar o melhor momento para mostrar o Direito como realmente é...

Por fim, um agradecimento todo especial à minha orientadora, professora Bianca Corbellini Bertani, por acreditar em mim e aceitar acompanhar-me na elaboração do presente trabalho. Por sua imensa dedicação e pela segurança transmitida durante a orientação...ah, e

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

por responder tão rapidamente os e-mails com os ajustes finais da mono... Tenho grande admiração e respeito por teu trabalho como professora e advogada.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

"A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta". (Rui Barbosa)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

RESUMO

O ordenamento jurídico há muito reclama por procedimentos que sejam céleres e contribuam para desafogar o judiciário. Este trabalho tem como escopo mostrar as alterações que a Lei 11.441 de 04 de Janeiro de 2007, introduziu no ordenamento jurídico, a qual é de grande relevância social, pois altera dispositivos do Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa – desde que observadas as condições expressas na nova lei – procedimentos anteriormente determinados somente pelas vias judiciais. Nesse sentido, fez-se uma análise sobre a exigência desse tipo de legislação, que faculta a utilização da via extrajudicial – no caso em tela, especificamente no que tange a realização dos referidos atos junto ao tabelionato de notas, na realização de escrituras públicas – além de reavaliar a competência-chave do Judiciário. Procurou-se analisar se a medida atingiu os objetivos a que se propôs: agilizar, simplificar e reduzir custos no atendimento à população, além do descongestionar o Judiciário. Este humilde trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas busca expor um novo olhar sobre o assunto, esperando poder ajudar, de alguma forma, nesse perene mister.

Palavras-chave: separação e divórcio - via administrativa - tabelionato de notas - escritura pública – celeridade – manutenção da segurança jurídica.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Apud	Citado por
Art.	Artigo
CF, CF/88	Constituição Federal Brasileira
CNNR	Consolidação Normativa Notarial e Registral
DOU	Diário Oficial da União
p.	página
CPC	Código de Processo Civil
CG	Corregedoria Geral
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
LDE	Lei do Divórcio Extrajudicial
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
N°	Número
§	Parágrafo

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

SUMÁRIO

1Considerações Iniciais..... 11

2 ACESSO À JUSTIÇA..... 15
2.1 Definição de “acesso à justiça”..... 20
2.2 Acesso à justiça: conscientização em direitos fundamentais..... 22
2.3.Acesso à justiça e procedimentos extrajudiciais: a busca de soluções alternativas 25
2.4 Formas Alternativas de Solução de Conflitos..... 27
2.4.1 A Mediação..... 27
2.4.2 A Arbitragem..... 28
2.4.3 A Conciliação..... 31
2.4.4 Os Procedimentos Administrativos ou Extrajudiciais..... 32

3 AS INOVAÇÕES NO ÂMBITO SOCIAL OCASIONADAS PELA LEI 11.441/07 E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS..... 35
3.1. A separação e o divórcio consensuais na Lei 11.441/2007: uma análise dos seus requisitos de validade e a sua facultatividade..... 35
3.2 A escolha do Tabelionato de Notas para lavrar a escritura 46
3.3 A indicação do advogado pelo tabelião..... 48
3.4 A gratuidade das escrituras de separação e divórcio..... 50
3.5 O segredo de justiça das informações constantes na escritura..... 52
3.6 Temas polêmicos e aspectos controvertidos: breves considerações..... 53
3.6.1 A possibilidade de se escriturar a conversão da separação judicial em divórcio..... 53

3.6.2 O restabelecimento de Sociedade Conjugal..... 54
3.6.3 A (im)possibilidade de se escriturar a separação ou o divórcio no tabelionato de notas, quando a mulher estiver grávida: a situação do Nascituro..... 56
3.6.4 A escritura como título hábil, inclusive para a execução de alimentos nas separações e divórcios extrajudiciais..... 57
3.6.5 O estado civil do separado extrajudicialmente..... 60

4 A MANUTENÇAO DA SEGURANÇA JURÍDICA DAS SENTENÇAS NOS DIVÓRCIOS E SEPARAÇÕES EFETUADOS PELA VIA ADMINISTRATIVA.... 62
4.1 Breves Considerações sobre a importância dos Princípios para o Direito..... 62
4.2 Princípios Típicos do Direito Notarial..... 65
4.2.1 Princípio da Economia..... 65
4.2.2 Princípio da Forma..... 66
4.2.3 Princípio da Imediação..... 68
4.2.4 Princípio da Rogação ou Instância..... 69
4.2.5 Princípio do Consentimento..... 70
4.2.6 Princípio da Unicidade do Ato..... 71
4.2.7 Princípio da Matricidade ou conservação..... 73
4.2.8 Princípio da Legalidade..... 74
4.2.9 Princípio da Comunicação ou Publicidade..... 76
4.2.10 Outros Princípios Notariais..... 77
4.3 A Manutenção da segurança jurídica das sentenças em face da presença do tabelião e do advogado..... 79

5CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 84

REFERÊNCIAS..... 87

ANEXOS 93

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com frequência, têm sido realizadas modificações na legislação processual, com o intuito de simplificar os trâmites processuais e baratear os custos de certos atos jurídicos. De fato, somente nos últimos três anos foram editadas quase dez leis para modificar o Código de Processo Civil, sendo que uma das últimas alterações foi realizada por meio da Lei n. 11.441, publicada em 05 de janeiro de 2007. O citado diploma normativo, que nem período de *vacatio legis* teve, modificou o Código Civil para possibilitar a realização do inventário, da separação e do divórcio consensuais pela via administrativa.

Por outras palavras: o inventário, a separação e o divórcio, que durante tantos anos demandaram para sua realização a manifestação de um magistrado, podem, agora, nos casos previstos em Lei, ser realizados por meio de escritura pública, a ser lavrada pelo tabelião. Afastou-se, portanto, a necessidade de, nos casos previstos em Lei, haver pronunciamento jurisdicional para que seja realizado o inventário ou mesmo a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial.

O fundamento norteador da elaboração da Lei 11.441/07 – que já vem sendo chamada de “Nova Lei de Divórcio” apesar de abranger também o inventário por sucessão e a partilha de bens – está consignado no parágrafo inicial do “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, publicado no DOU em dezembro de 2004 elaborado em conjunto e assinado pelos Presidentes dos três Poderes da República. Tal Pacto, em seu parágrafo inicial, traz à tona que poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam

investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Nesse sentido, busca-se responder ao seguinte questionamento: A Lei 11.441/2007, quanto à separação e divórcio consensuais realizados na via administrativa, é uma das formas alternativas de acesso à justiça, mantendo a segurança jurídica?

Assim, para realização do estudo proposto e buscando atingir os objetivos a que se propôs, foi utilizado o método dedutivo, tendo em vista a utilização de argumentos gerais acerca da identificação das alterações trazidas pela lei 11.441/2007, na agilização dos trâmites de caráter consensual, desafogamento do Judiciário e redução de custos para o cidadão. Sendo assim, ao analisar a repercussão trazida pela lei em comento, é possível mensurar o provável impacto gerado no âmbito jurídico, bem como, verificar se a Lei 11.441/2007 manteve a segurança jurídica e desburocratizou tais feitos jurídicos.

A abordagem utilizada foi a investigativa, em que o tipo de pesquisa consiste no bibliográfico, uma vez que foram utilizados livros, compilações, artigos, revistas jurídicas, legislação, análise de jurisprudências, bem como, material bibliográfico encontrado na internet.

Num segundo momento, chegar-se-á ao ponto específico, por meio do qual serão analisados os princípios constitucionais do “acesso à justiça”, bem como, apresentados os aspectos controvertidos da Lei 11.441/07, analisando questões polêmicas, sempre estabelecendo paralelo quanto à aplicabilidade da referida lei e as novas alterações acarretadas no Código de Processo Civil, principalmente no que tange à manutenção da segurança jurídica do mesmo.

Esta monografia está dividida em três capítulos. O primeiro capítulo será destinado à necessidade de analisar o significado de “acesso à justiça”, afastando-se de pronto a idéia de que pode ser considerado apenas como o acesso aos Tribunais, ou seja, o acesso via Poder Judiciário, bem como, consolidar a efetividade do acesso à justiça como o direito fundamental. Será enfocada – mesmo com a dificuldade em se estabelecer uma definição específica do que seja a justiça propriamente dita – a conceituação do “acesso a justiça” eficaz, acessível aos que dela precisam e em condições de dar resposta imediata às demandas, ou seja, uma Justiça capaz de atender a uma sociedade em constante mudança. O item seguinte traça um panorama acerca do “acesso à justiça” como conscientização em direitos fundamentais, a partir da compreensão do direito como meio de emancipação do homem,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

desenvolvendo uma consciência crítica de cidadania fundada na concretização dos direitos fundamentais. Tendo em vista que a justiça não se restringe à esfera do Judiciário, o último tópico deste capítulo abordará os métodos alternativos de resolução dos conflitos, que devem ser também prestigiados, estimulando os jurisdicionados a buscar justiça fora dos tribunais públicos, como forma de se obter decisão mais rápida e eficaz.

No capítulo seguinte, far-se-á um estudo acerca da separação e o divórcio consensuais na Lei 11.441/2007, analisando seus requisitos de validade e sua facultatividade. Em tópico próprio, analisar-se-á a escolha do tabelionato de notas para lavrar a escritura, a indicação do advogado pelo tabelião, a gratuidade nas escrituras de separação e divórcio extrajudiciais, a questão do segredo de justiça. E ainda, será dedicado espaço aos temas polêmicos e aspectos controvertidos da lei em comento, principalmente no que tange à possibilidade de se escriturar a conversão de separação consensual em divórcio, o restabelecimento da sociedade conjugal, a impossibilidade de se escriturar a separação ou o divórcio no tabelionato de notas, quando a mulher estiver grávida, a escritura como título hábil para a execução de alimentos nas separações e divórcios extrajudiciais, bem como, o estado civil do separado extrajudicialmente ou juridicamente.

O último capítulo consiste na abordagem da importância do princípio da segurança jurídica, buscando demonstrar que a segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e, principalmente, no caso, a segurança jurídica. Assim, este capítulo tem por objetivo identificar especialmente a manutenção da segurança jurídica dos feitos jurídicos, através dos princípios norteadores do direito notarial, principalmente no que tange à fé pública do tabelião e ao princípio da segurança jurídica propriamente dita.

Nesse sentido, entende-se que o tema merece ser objeto de estudo, em face de sua grande relevância na seara do Direito de Família e Sucessões, na tentativa de modernizar o processo civil brasileiro, reduzindo parcela do volume de atividade do Judiciário e liberando-se os magistrados para que direcionem as suas atividades às demandas que realmente precisam de intervenção judicial. Igualmente, a lei em comento acarretará novas alterações no Código de Processo Civil e na rotina dos Cartórios, pois esta veio acompanhada de uma série de controvérsias, as quais serão analisadas mais profundamente ao longo deste trabalho.

Portanto, este breve estudo se justifica como meio de difusão desta nova tentativa de modernizar o processo civil brasileiro, reduzindo parcela do volume de atividade do Judiciário e liberando-se os magistrados para que direcionem as suas atividades às demandas que

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

realmente precisam de intervenção judicial, oriunda dessa tão discutida lei, a qual acarretará novas alterações no Código de Processo Civil e na rotina do Cartórios, pois veio acompanhada de uma série de controvérsias, as quais serão analisadas mais profundamente ao longo deste trabalho.

Diante do exposto, defende-se no presente estudo que é inegável o caráter desburocratizador da Lei 11.441/2007, uma vez que o presente diploma legal segue a tendência mundial de retirar do Judiciário os atos de jurisdição voluntária, de forma a agregar ao serviço qualidade de prestação privada e desobstaculizar a Justiça.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

2 ACESSO À JUSTIÇA

> "Quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele: 'Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade! Ao que Pilatos perguntou: 'O que é a verdade?' Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz. Dessa forma, emerge da pergunta de Pilatos - o que é a verdade? -, através do sangue do crucificado, uma outra questão, bem mais veemente, a eterna questão da humanidade: o que é a justiça? Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres - de Platão a Kant - meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor".

Com essas considerações, Kelsen (2001) – logo após o prefácio de sua obra "O que é a Justiça" – ressaltou a dificuldade em se estabelecer uma definição específica do que seja a justiça, propriamente dita. Assim, antes de se partir para um estudo mais aprofundado do conceito de "acesso à justiça", faz-se mister tecer breves considerações no que tange à "justiça".

Aguiar (1987) é incisivo em afirmar que é pouco provável que haja uma definição universal de justiça que agrade a todos, "por isso a sentença vinda dos tribunais de "justiça" nada tem de justo e sim de direito, porque é nele, no direito escrito ou não, que se baseiam os juízes e os tribunais em suas decisões". Assim, para o autor, a justiça pode ocorrer para um e não para outro, mas para o Estado e para os tribunais o direito está posto e esse é o seu real objetivo.

Reportando-se novamente aos ensinamentos de Kelsen (2001, p.12) tem-se na justiça

"uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social". E indaga:

> mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social.

Para Chauí (1994), a justiça é a disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, sendo por isso considerada a maior das virtudes, a virtude completa: o justo nos faz viver conforme as leis e a eqüidade; o injusto nos leva à ilegalidade e à desigualdade.

Ferraz Júnior (2002, p. 155), ao discorrer sobre o assunto, explica que:

> No caso específico de uma teoria da justiça, pode-se perceber, então, que o seu objeto é, por natureza, apenas relativamente determinável. É possível dizer com rigor que, por exemplo, a justiça deve ser praticada. Mas é bem mais difícil definir quais são as ações justas, donde a exigência, em Aristóteles, de uma ética não imperativa, no estrito plano da moral.

Assim, percebe-se que "justiça", como vivência, é muito mais do que decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Daí vem a necessidade de analisar o significado de "acesso à justiça", afastando-se de pronto a idéia de que pode ser considerado apenas como o acesso aos Tribunais, ou seja, o acesso via Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988, através do preâmbulo e dos valores fundamentais inseridos em seu corpo constitucional, elegeu a justiça como um dos valores supremos da sociedade e a solução pacífica de controvérsias com um dos princípios de maior relevância para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Surgem os meios extrajudiciais de resolução de disputas, que lado a lado com o Poder Judiciário efetivam o ideal de justiça social inseridos na Constituição Federal de 1988, excluindo a idéia de que somente a atividade jurisdicional é a única instituição capaz de alcançar o ideal de justiça social. Desta forma, os aludidos meios extrajudiciais, no papel de pacificadores de controvérsias, contribuem para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça encontrem outro caminho para se efetivarem no seio da sociedade.

A busca da concretização dos direitos fundamentais[1] constitui o maior desafio do

[1] A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos: a) Direitos individuais e coletivos: são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estão previstos no artigo 5º e seus incisos; b) Direitos sociais: o Estado Social de Direito deve garantir as

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Estado na contemporaneidade. Nesse sentido, no intuito de restaurar o Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enuncia extenso rol de direitos individuais homogêneos,[2] coletivos[3] e difusos[4], qualificando-os de fundamentais e outorgando-lhes a supremacia peculiar às normas constitucionais.

No que tange à necessidade de consolidar a efetividade do acesso à justiça como o direito fundamental, corolário do princípio democrático e exigir a efetivação dos direitos fundamentais decorrentes da Constituição, devem estar à disposição de todos os cidadãos, meios legítimos, institucionais ou não, tendentes à consolidação da cidadania.

É oportuno vislumbrar a necessidade de uma concepção ampla de tal princípio, pois o acesso à Justiça não se resume ao mero direito de protocolar uma ação perante o Poder Judiciário, em busca da satisfação de um direito subjetivo. Ao contrário, como bem explicita Cappelletti (1988):

> este pensamento conduz a uma visão desfocada daquele direito fundamental, uma vez que o acesso à Justiça pode ser concebido como o pressuposto basilar - o mais fundamental dos direitos humanos - do Estado Democrático de Direito Constitucional, que pretenda garantir eficazmente, e não apenas proclamar os direitos de todos. Daí a necessidade de se compreender o acesso à Justiça como direito fundamental, que deve ser efetivado, concretizado, por todos os meios legítimos, judiciais ou extrajudiciais.

---

liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos são referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social. Estão elencados a partir do artigo 6º; c) Direitos de nacionalidade: nacionalidade, significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos; d) Direitos políticos: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Está elencado no artigo 14; e) Direitos relacionados à existência , organização e a participação em partidos políticos: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Está elencado no artigo 17.

[2] **Interesses Individuais Homogêneos**: São aqueles de natureza divisível, cujos titulares são pessoas determinadas. Como exemplo podemos apontar, conforme ilustrado por Ricardo Ribeiro Campos, o caso de consumidores que adquiriram veículos cujas peças saíram defeituosas de fábricas e também a hipótese de instituição de tributo inconstitucional. Verificamos nestas duas hipóteses que mesmo havendo a possibilidade de a lesão atingir várias pessoas, cada uma delas, individualmente, poderá pleitear jurisdicionalmente a reparação a sua lesão, buscando atingir a preservação de seu bem jurídico.

[3] **Interesses Coletivos**: São aqueles de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica. Ricardo Ribeiro Campos exemplifica que seria direito coletivo ação que visasse impedir o desrespeito à observância do quinto constitucional na composição dos Tribunais em detrimento da classe de advogados ou dos Membros do Ministério Público. Verifica-se neste caso a impossibilidade de um advogado ou um membro do Ministério Público ingressar individualmente com uma ação judicial, pois o direito é indivisível, devendo a ação ser pleiteada pelo órgão representativo da categoria.

[4] **Interesses Difusos:** São aqueles indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas. Como exemplo, cita-se o direito à paz pública, à segurança pública, ao meio ambiente. Ricardo Ribeiro Campos traz como exemplo a ação que tivesse como interesse impedir a poluição de um Rio, pois o direito ao meio ambiente saudável é direito de todas as pessoas indeterminadamente.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

A partir dessa assertiva têm-se os meios extrajudiciais de disputas como instrumentos que irão, lado a lado com a atividade jurisdicional, tentar concretizar as liberdades civis na medida em que, na mesma dimensão e força, conseguem efetivar e garantir os direitos fundamentais. Portanto, aos poucos, tenta-se mudar a mentalidade da cultura judicial litigante muito arraigada em formalismos jurídicos e, através da difusão desses meios extrajudiciais de solução de conflitos, pacificar as controvérsias existentes, antes mesmo de se ingressar com um árduo e demorado processo judicial.

Ressalta-se que a utilização dos referidos meios não substitui a atuação do Poder Judiciário, ao contrário, seria inconcebível um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Judiciário forte e independente, mas há períodos, em que as transformações são tão rápidas que se tornam claramente perceptíveis e, por vezes, de difícil assimilação.

Na visão de Tesheiner (2007), é o que ocorre atualmente, com o processo civil, sujeito à modificações anuais, ou mesmo mensais, que vão tornando “irreconhecível o velho Código do tão recente ano de 1973”.

Campilongo (1987), citando Cappelletti, adverte que Juristas em geral e processualistas de modo particular são concordes que o acesso à justiça pode ser "encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos". E lamenta que: “paradoxalmente, nossas estruturas de ensino jurídico, práticas judiciais, hábitos profissionais, pesquisa e teorias jurídicas, prestação de serviços legais, etc., não têm dado o devido valor ao tema “acesso à justiça” ”.

A sociedade cobra uma atuação avançada e voltada para a solução dos conflitos, com uma nova mentalidade e visão de Justiça.

Watanabe(1988, p.128/129) reflete bem essa dimensão quando afirma que:

> a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do devido processo legal. Adotando, portanto, uma visão instrumentalista do direito processual, pode-se afirmar que todas as suas normas devem ser

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

criadas, interpretadas e aplicadas sob o prisma da efetividade do acesso à justiça.

Em relação ao acesso à justiça como um princípio, Dinamarco (2003, p.372) aborda que “acesso à justiça é mais do que um princípio, é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial”.

Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Torres(2005, p.35), entretanto, ao dissertar sobre este assunto, afirma que:

> o acesso ao judiciário não se faz somente através de princípios, se faz principalmente, através de um sistema organizacional, democrático e real aproximação dos conflitos sociais ao Poder Judiciário, afastando a grande desconfiança dos cidadãos frente às instituições públicas, para não ser surpreendido e até substituído e pela iniciativa de uma “justiça privada”.

O acesso a uma ordem jurídica justa passa pela Reforma do Judiciário, que se vê diante de problemas estruturais e históricos que interferem diretamente nessa questão. Dentre elas o autor destaca:

> a morosidade na prestação jurisdicional, a carência de recursos materiais e humanos, a ausência de autonomia efetiva dos poderes, a centralização geográfica das instalações, muitas vezes, dificultando o acesso da pessoa que mora na periferia, o corporativismo de membros e ausência de um controle externo por parte da sociedade, são alguns problemas, devendo portando, serem resolvidos.

Cabe ao Judiciário a difícil tarefa, indo ao encontro dos problemas, buscar solucioná-los com rapidez, principalmente, incentivando a conciliação entre as partes em litígio “ora, um sistema jurídico incapaz de colocar em ação, em condições satisfatórias, uma política para recepcionar as insatisfações ocorrentes na sociedade, perde a legitimidade e compromete a existência da democracia”.

O acesso à Justiça, inscrito no rol dos direitos fundamentais, ainda clama por efetividade, que só será alcançada quando os cidadãos tiverem consciência crítica de seus direitos e puderem contar com um sistema jurídico cada vez mais acessível à sociedade.

As soluções da melhora pelo acesso à justiça não se encontram apenas no plano das reformas processuais. As normas devem ser entendidas, vistas e praticadas como um solucionador do acesso à justiça.

Na Constituição cujo preâmbulo abriga a intenção de instituir um Estado Democrático,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

destinado a assegurar o exercício dos direitos, e elege a justiça como um dos valores fundamentais de uma sociedade que se pretende fraterna e pluralista, não poderia também deixar de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional. Porém e também nesse contexto, não podem ser deixados de lado, os meios alternativos, conhecidos como solucionadores do acesso à justiça.

Ainda sob a ótica de Torres (2005), o tema "acesso à Justiça", portanto, tem uma constatação global, a exigir dos povos instrumentos que efetivamente atendam aos direitos dos cidadãos "os Estados precisam ter a atenção voltada para mecanismos alternativos de solução de conflitos. É sabido que esse direito fundamental apresenta-se como uma idéia ampla, e o Judiciário é somente um dos meios para esse desiderato".

Busca-se um olhar para soluções possíveis extrajudicialmente. Assim, abordar-se-á no presente estudo, as alterações trazidas pela Lei 11.441/07 que possibilitou a realização de Separações, Divórcios, Inventários e Partilhas pela via administrativa, ou seja, extrajudicial, também como uma das formas de acesso à justiça.

2.1 Definição de "acesso à justiça"

O acesso à justiça é um direito expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O princípio pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos competentes, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação específica para o exercício do direito. O princípio do acesso à justiça significa que o legislador não pode criar obstáculos a quem teve seu direito lesado, ou esteja sob a ameaça de vir a tê-lo, de submeter sua pretensão ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, leciona Grinover (1990, p.244):

> é necessário acentuar o conteúdo da idéia de acesso à Justiça que não há de significar simplesmente o acesso ao Poder Judiciário; não só porque também existe o direito à assistência pré-processual, mas também num sentido mais amplo: é que acesso à Justiça significa, e deve significar, não apenas o acesso aos tribunais, mas o acesso à um processo justo, o acesso ao devido processo legal, àquele conjunto de garantias tão importantes que fez com que Mauro Cappelletti dissesse constituir o mais importante dos direitos, na medida em que dele depende a viabilização dos demais direitos.

Ainda, para a autora, o acesso à Justiça deve ser "efetivo e material, o que significa dizer que a resposta apresentada pelo Estado deve dirimir o conflito existente ou legitimar a

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

situação ofertada em prazo razoável". Na sua concepção, não basta que o poder judiciário receba a demanda e garanta o direito de ação processual, ou seja, o direito de agir dirigindo-se apenas ao órgão jurisdicional, deve também garantir uma decisão justa, sob pena de nada adiantar esta garantia constitucional.

Watanabe (1988, p.128) discorre também, nessa mesma linha de raciocínio:

> a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das norma jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti".

Cesar (2002, p.49) coloca em questão a conceituação do acesso à justiça. Dispõe o referido autor que "dentro de uma concepção axiológica de justiça, o acesso à lei não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual".

Quando se aborda "acesso à Justiça", pensa-se logo numa Justiça eficaz, acessível aos que dela precisam e em condições de dar resposta imediata às demandas; enfim, uma Justiça capaz de atender a uma sociedade em constante mudança.

Segundo Cappelletti e Garth (1988), a expressão "acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. O sistema deve ser igualmente acessível a todos devendo produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. Concluem que sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada pelas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Observam, porém, que o seu enfoque sobre o acesso à Justiça é primordialmente sobre o primeiro aspecto (acessibilidade), sem perderem de vista o segundo. E concluem: "Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo".

Sobre o assunto, assim dispôs Rodrigues (1994, p.29):

> a expressão em comento é deveras vaga, ensejando que a doutrina a ela ofereça dois sentidos, válidos e não excludentes, atuando em complementariedade. O primeiro,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica de expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Para ele, até bem pouco tempo, o entendimento que se empregava, restringia o significado somente ao acesso aos órgãos judiciais. Atualmente, existe uma posição unânime no fato de que o acesso à justiça não se limita a um direito à ordem jurídica, ou seja, não é o acesso à justiça a admissão do processo, ou simplesmente a possibilidade do ingresso em juízo.

Dinamarco (1998, p.304) acerca do assunto, é incisivo em afirmar que "o acesso à Justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderia obter".

Dissertando sobre o mesmo assunto, Figueira Júnior (1994, p.30) corrobora tal idéia. Assim:

> Faz-se mister a existência de mecanismos geradores da efetividade do processo, cuja realização verifica-se por intermédio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos pelo autor, com rapidez, isto é, dentro de um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido.

Na concepção de Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p.33), "acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente".

Assim, os conceitos expostos neste tópico são importantes para o embasamento deste trabalho, porém, não há como firmar sobre o tema "acesso à justiça" uma teorização definitiva. A discussão sobre o acesso, deve ser focada na estipulação de consensos mínimos, nunca na inútil busca de um modelo perpétuo.

Na verdade, por acesso à justiça deve-se entender como a proteção a qualquer direito (individual, coletivo ou difuso) sem qualquer restrição (judicial ou extrajudicial). Não basta simplesmente a garantia formal da defesa dos direitos e o de acesso aos tribunais, mas a garantia de proteção material desses direitos, assegurando a todos os cidadãos, independente de qualquer condição social.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

2.2. Acesso à Justiça: conscientização em direitos fundamentais

Reconhecido como direito fundamental, o pleno acesso ao Judiciário, em sua acepção normativa, encontra-se disposta no art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal de 1988[5].

Campilongo (1991) adverte que na tipologia tradicional o "acesso à justiça" é confundido com o acesso aos tribunais. Se o acesso à justiça, na tipologia tradicional, é confundido com acesso aos tribunais, vem a questão do acesso à justiça ante as desigualdades vivenciadas.

Sobre o assunto, Silva, J. (1998, p.222/223) ensina que:

> Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV. CF/ 88)". Mas realmente essa igualdade não existe, "pois está bem claro hoje, que tratar "como igual" a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça (cf. Cappelletti, Processo, Ideologia e Sociedade, p. 67) .

Torres (2005, p.49) tece uma crítica à complexidade e formalismo exagerado do processo civil mostrando a inconformidade com a excessiva demora na conclusão de uma causa judicial, realizando uma abordagem sobre diversas reformas processuais, referindo os projetos que visam a simplificação dos procedimentos para melhorar a atividade jurisdicional, procurando identificar as causas que obstaculizam efetividade de uma jurisdição mais eficaz:

> o acesso à justiça, como um direito fundamental, recomenda uma atuação sintonizada com outros mecanismos estruturais e organizados das comunidades, numa ação direta no local dos fatos, ali procurando resolver situações que normalmente não chegariam jamais ao Judiciário, quer pela ausência dos poderes constituídos, quer pelos altos custos de um processo, em razão das despesas diversas, como papéis, documentos, e trabalhos de profissionais, quer pela demora na tramitação dos feitos, uma marca que se propaga e que já se torna, infelizmente, uma realidade constrangedora e desestimulante para buscar a justiça nos fóruns e tribunais.

Sobre este tema, Sarlet (2006, p.35) salienta que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado. Ainda dissertando sobre o mesmo assunto, o autor assevera que "os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados".

Bezerra (2001, p.121) reforça a idéia de que "todo o espírito da Constituição é

[5] Art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF de 1988 "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" e "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

eminentemente social, de justiça social, depreende-se que o acesso à justiça, a par de ser um direito do cidadão, guinda-se à qualidade de direito fundamental constitucionalmente garantido".

Segundo o autor em comento, para lutar pela concretização dos direitos é preciso antes de tudo, que a pessoa tenha consciência de que possui direitos. Tal proposição, apesar de óbvia, não tem merecido uma análise mais profunda dos operadores do direito.

No entendimento de Cappelletti e Garth (1988), o primeiro momento do acesso à Justiça é o conhecimento por parte do cidadão de que é sujeito de direitos fundamentais, fator este que condiciona a efetividade de toda ordem jurídica constitucional e, principalmente, do princípio democrático.

Para estes autores, o conhecimento dos direitos não se confunde com a mera informação, devendo ser entendido como "conscientização", que envolve não apenas o "saber que têm direitos", mas também o desenvolvimento de novas formas de ver a vida, de conceber a realidade e de pensar, de modo a produzir mudanças de percepção e de comportamento:

> Evidentemente, falar-se em conscientização em direitos fundamentais não significa pressupor que os cidadãos sejam meros receptores de conhecimento, totalmente ignorantes de sua condição humana, ou que o processo pedagógico seja de "mão única". Ao contrário, o programa de educação em direitos fundamentais deve ser construído através do diálogo e da troca de experiências, objetivando a *consciência* (dinâmica) crítica da realidade e não somente a *ciência* (estática) dos direitos.

É neste contexto que o estudo de Cappelletti (1990, p. 129) destaca três ondas renovatórias garantidoras do acesso à justiça, adiante esclarecidas, quais sejam, a assistência judiciária gratuita aos desprovidos de condições financeiras para a contratação de técnicos habilitados na defesa de seus direitos e dispensa do pagamento das custas judiciais; a implementação de meios de resolução de conflitos inerentes aos interesses difusos e coletivos e a instituição de meios alternativos de resolução de conflitos e simplificação dos meios processuais de resolução de conflitos.

Os problemas principais do movimento reformador tem sido os seguintes:

a) o obstáculo *econômico*, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, aonde seus direitos correm o risco de serem puramente aparentes;

b) o obstáculo *organizador*, através do qual certos direitos ou interesses "coletivos" ou "difusos" não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação das

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, ou "organização" daqueles direitos ou interesses;

c) finalmente, o obstáculo propriamente *processual*, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.

Atualmente, o maior fator de descrédito da população em face do Poder Judiciário é a morosidade da prestação jurisdicional. Neste contexto, Patah (2005) reunindo pensamento de outros autores, coloca que as razões da tão propalada crise da Justiça decorrem de diversos fatores, tais como:

a) aumento do número de ações decorrentes dos novos direitos da terceira e quarta gerações;

b) legislação minuciosa e protecionista de cunho individualista ultrapassada;

c) utilização de recursos meramente procrastinatórios;

d) reduzido número de juízes;

e) falta de: fiscalização no cumprimento do dever funcional dos magistrados, qualificação dos operadores do direito e incentivo à solução extrajudicial dos conflitos, entre outros.

Sejam quais forem os motivos, Dinamarco (1998, p.304) defende que:

> o processo como instrumento de pacificação social deve ser capaz de produzir resultados efetivos na vida das pessoas (efetividade da tutela jurisdicional), como também de fazê-lo logo (tempestividade) e mediante soluções aceitáveis segundo o direito posto e a consciência comum da nação (Justiça).

Por sua vez, a doutrina processualista sublinha que o princípio da brevidade deriva da própria concepção do processo como um mal que, como tal, deve ser eliminado do cenário jurídico o mais rapidamente possível.

Urge, portanto, aperfeiçoar o cidadão, verdadeiro operador dos processos de mudança social, para, a partir da compreensão do direito como meio de emancipação do homem, desenvolver-se uma consciência crítica de cidadania fundada na concretização dos direitos fundamentais, entre os quais está o acesso à justiça.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

2.3. Acesso à justiça e procedimentos extrajudiciais: a busca de soluções alternativas

É indiscutível, na atualidade, o esgotamento do Poder Judiciário como instância exclusiva para resolução de conflitos. A morosidade dos procedimentos, a ineficácia das decisões, os altos custos das ações, acabam por afugentar o grosso da população dos tribunais, privando-a, na maioria das vezes, da efetivação de seus direitos fundamentais.

Mesmo com todas as inovações e alterações introduzidas no ordenamento jurídico, ainda persistem inúmeras limitações que impedem um efetivo acesso à justiça (judicial). Para Grinover (1998), existe uma verdadeira crise da administração da justiça, já que o aparelho judiciário e a administração da Justiça não acompanharam o extraordinário progresso científico do direito processual.

Segundo Torres (2005, p.35), falar em acesso à justiça é viabilizar a discussão sobre uma série de fatores, englobando a estrutura da instituição do Poder Judiciário, que se quer democratizar, aberta, próxima do cidadão, e com meios legais adequados que ensejem a agilização do processo. Para o autor, “não se oportuniza esse princípio constitucional se os órgãos estatais não estiverem presentes, orientando e informando sobre o direito de cada um, como é o caso de uma Defensoria Pública organizada e de um Judiciário atuante”.

Porém, para Morais (1999, p.80) o acesso à Justiça está amplamente ligado ao “binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições, e à busca de tutela especifica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos”.

Segundo o autor, os métodos alternativos de resolução dos conflitos, fora da justiça pública devem ser também prestigiados, estimulando os jurisdicionados a buscar (procurarem) justiça fora dos tribunais públicos, como forma de se obter decisão mais rápida e eficaz.

Como disse:

> o problema do acesso à Justiça não é uma questão de "entrada", pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, advogado mantido pelo Poder Público, advogado escolhido pela própria parte, sob o patrocínio da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de "saída", pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas "portas de emergência", representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida.

Tendo em vista que a justiça não se restringe à esfera do Judiciário, Capelletti e Garth (1988) defendem que a busca de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça inclui

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

historicamente três momentos (ou três ondas):

a) Assistência judiciária para os pobres: a ser superado, em que as pessoas que nenhum ou pouco acesso à informação e à representação adequada, deveriam ser auxiliadas. Inicialmente, eram nomeados advogados particulares, sem contraprestação, que pelo desinteresse evidente, em função da gratuidade, passaram a cometer reiteradas falhas. Surge então a figura do Estado. Este remunera o advogado particular, favorecendo a isonomia na escolha do profissional, do pobre em relação ao rico. É o método do "advogado remunerado pelos cofres públicos", ou seja, advogados exclusivos para prestarem assistência judiciária – os Defensores Públicos. Ocorre que não é possível o Estado manter advogado em número suficiente para fornecer atendimento individual e qualificado.

b) Representação dos interesses coletivos e difusos: Surge com o crescimento da importância dos direitos sociais que tendem a beneficiar os mais frágeis (crianças, idosos, deficientes), e é um obstáculo que vem sendo superado, pois a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. Havia entraves quanto aos direitos que pertencessem a um grupo, estes não se enquadravam às regras processuais de legitimidade, procedimento, atuação dos juizes, representação adequada.

c) O acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça: está relacionada com os métodos alternativos de solução de conflitos. É livre e irrestrito o acesso à justiça. Porém, está condicionada a realidade prática e a existência de obstáculos. Os entraves não-jurídicos seriam a pobreza, a falta de informação e os fatores simbólicos, psicológicos e ideológicos que afastam da justiça (por medo, insegurança, sentimento de inferioridade). Os entraves jurídicos são denotados a partir da limitação da legitimidade para agir, a duração dos processos, o formalismo, a estrutura do judiciário, ausência de assistência extrajurídica.

Nesse sentido, melhorar o acesso à justiça é uma exigência que encontra resposta no desenvolvimento de procedimentos complementares dos processos jurisdicionais, estando estes muitas vezes melhor adaptados à natureza dos litígios. Dessa forma, os meios alternativos de resolução de litígios podem ser utilizados em diferentes áreas do direito, podendo ser utilizados em diferentes contextos, quer no âmbito de processos judiciais quer enquanto mecanismos voluntários, abrangendo diversas formas de composição: a) Arbitragem; b) Conciliação; c) Mediação; e, mais recentemente, d) Procedimentos Administrativos.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Assim, o conceito de mecanismos de resolução alternativa de conflitos utilizado no presente estudo corresponde às formas de administração de controvérsias estabelecidas fora do processo judicial, os quais serão estudados brevemente em tópicos próprios.

2.4 Formas Alternativas de Solução de Conflitos

2.4.1 A Mediação

Os conflitos fazem parte da vida, sejam eles individuais, sociais, institucionais, empresariais, profissionais, políticos entre outros. A mediação, por sua vez, é um processo baseado em regras, técnicas e saberes cujo objetivo é gerir a qualidade da comunicação entre os intervenientes em conflito, no sentido de privilegiar a resolução dos problemas que os opõem, construindo eles próprios as suas soluções.

Sabe-se que a mediação é uma das formas extrajudiciais para a solução não formal de conflitos. Nessa seara, existem várias definições para o conceito de Mediação de Conflitos. Busch e Folger (1994, p.103) apud Falsarelli (2003) asseveram que a medição é "um método no qual uma terceira parte imparcial facilita um processo pelo qual os disputantes podem gerar suas próprias soluções para o conflito".

Para Warat (2001), a mediação é uma "forma ecológica de resolução de conflitos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal".

No entendimento de Garret (1994, p.40) apud Falsarelli (2003), a mediação é definida como um processo voluntário de resolução de conflitos, no qual um terceiro coordena as negociações entre as partes. Diferentemente do juiz, o mediador não tem autoridade para impor a decisão sobre os disputantes. Ao contrário, "o mediador conduz o processo, por meio da discussão do problema, dos temas que precisam ser resolvidos e das soluções alternativas para a solução do conflito. As partes, entretanto, é que decidem como construirão o consenso".

Por sua vez, Falsarelli (2003, p.78-79) preleciona do sentido de que:

> voltada para a construção do consenso, a mediação sugere que onde há conflito, disputas e dificuldades humanas, há a oportunidade para a reconciliação, a comunicação, o entendimento, o aprendizado. O paradigma visivelmente presente na proposta da mediação desafia o sistema oficial de resolução de disputas baseado na lógica adversarial, o qual pressupõe um sistema binário, dialético, pelo qual as partes confrontam-se entre si perante uma autoridade cuja decisão será coercitiva e amparada no ordenamento legal.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Percebe-se que a mediação possibilita a transformação da “cultura do conflito” em “cultura do diálogo” na medida em que estimula a resolução dos problemas pelas próprias partes. A valorização das pessoas é um ponto importante, uma vez que são elas os principais e responsáveis pela resolução da divergência.

Como se depreende do estudo do tema em tela, a mediação é um meio alternativo de solução de controvérsias, em que um terceiro auxilia as partes a chegarem, por si próprias, a um acordo. A solução de conflitos configura o principal objetivo da mediação, através do diálogo – que deve ter como fundamento a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação – é o caminho seguido para se alcançar essa solução. O segundo objetivo da mediação é a prevenção de conflitos, estimulando a cultura da comunicação pacífica.

Por fim, vê-se que não só os juizes investidos nas funções jurisdicionais são capazes de resolver conflitos das pessoas, mas outros profissionais treinados, da área jurídica ou de fora dela, desde que tenham as técnicas, visando à importância da “democratização” nos meios judiciários, onde se insere a mediação.

2.4.2 A Arbitragem

Buscando-se uma alternativa mais rápida e econômica que os meios jurídicos convencionais para solução de controvérsias entre pessoas e empresas, houve a edição da Lei 9.307/96, conhecida como Lei de Arbitragem.

Alguns doutrinadores asseveram que a arbitragem constitui o meio alternativo para a solução de litígios. Não compete com o Judiciário nem contra ele atenta, pois o Poder Judiciário independente e forte constitui o esteio do Estado de Direito. Ela é a técnica, pela qual a divergência pode ser solucionada, por meio da intervenção de terceiro (ou terceiros), indicado pelas partes, gozando da confiança de ambas. Com a assinatura da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, a arbitragem assume o caráter obrigatório. Pode ser realizada por um árbitro ou por mais de um. Neste caso, estará constituído o Tribunal Arbitral. A sentença arbitral tem força judicial.

Nesse sentido, Maia Neto (2001) traz que a norma jurídica que trata da aplicação da arbitragem “permite que partes em conflito dispensem submeter o julgamento à justiça estatal,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

permitindo que escolham uma pessoa da confiança de ambas, denominado árbitro, a quem caberá decidir o conflito".

Segundo o autor, para utilizar esta alternativa de resolução de conflitos, as partes devem firmar uma convenção de arbitragem, via cláusula compromissória, contratada anteriormente ao eventual litígio, ou através do compromisso arbitral, que é firmado quando surge a controvérsia. Ele alerta sobre o procedimento da arbitragem, o qual somente pode ser adotado sobre direitos patrimoniais disponíveis, baseia-se no princípio da autonomia de vontade das partes, que podem estipular o rito a ser seguido pelos árbitros, observando os princípios processuais do devido processo legal.

Costa (2001, p.51), lembra que:

> A constitucionalidade da arbitragem decorre da idéia básica da desmistificação do monopólio da justiça nas mãos do Estado-juiz, haja vista que a atividade jurisdicional não é de sua exclusividade, v.g., quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, I, da CF), etc .[...] Com isso, os princípios da ubiqüidade da justiça e do juiz natural mantêm-se íntegros e ilesos com o advento da arbitragem facultativa em nosso ordenamento pátrio.

Posiciona-se de forma clara a respeito dessa discussão, Nery Jr. (1999, p.357) que apresenta:

> Não se pode tolerar, por flagrante inconstitucionalidade, a exclusão, pela lei, da "apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir a justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.

Teixeira[6] (1997, p.39-48), manifesta sua opinião:

> Conhecido é o prestígio que o constituinte brasileiro tem dado ao princípio consagrado no art. 5º, inc. XXXV da atual Constituição, segundo o qual 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Cuida- se de comando constitucional que o Judiciário brasileiro cultiva com justificado zelo e que tem merecido da doutrina acentuado relevo. Daí a defesa que a cultura jurídica do País dele faz, posto que na Constituição de 1946 em proteção ao cidadão e como advertência ao legislador, a espelhar o repúdio do constituinte de então às arbitrariedades do período ditatorial que se findara, como anotou Pontes de Miranda ao qualificá-lo de 'princípio da ubiqüidade da Justiça', 'a mais típica e a mais prestante' criação do constituinte de 1946. A exemplo do que também ocorreu em relação ao modelo anterior, não faltarão vozes, e respeitáveis, como já estão a ser ouvidas aqui e acolá, de que o novo instituto poderia representar uma fenda na solidez dessa garantia.

[6] Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

E segue o autor, justificando, contudo, que esse temor não é mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei 9.307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões[7].

Assim, analisando as lições de vários autores, depreende-se que embora preservadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, a rapidez na solução do conflito é o primeiro ponto favorável à arbitragem, que se opõe à notória morosidade da justiça estatal, comprometedora de sua eficácia.

E como se não bastassem estas vantagens, e comungando do pensamento de Maia Neto (2001), a opção pela arbitragem resulta em custos menores, especialmente em função do prazo para definição do litígio, estabelecido pela lei em seis meses, conforme o artigo 22 da Lei 9307/96[8], sendo certo que o maior ônus imposto pela justiça estatal tem sido justamente o demasiado tempo de duração das ações judiciais, além do fato da decisão produzir entre os litigantes os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário, uma vez serem os árbitros juízes de fato e de direito, sem que haja possibilidade de recursos.

Ademais, como observa Maia Neto (2001), nem por isso o judiciário é afastado do procedimento, sendo possível intervir e decidir quando surgem incidentes no curso do processo, bem como sobre eventual irregularidade formal da sentença arbitral, além de ser o responsável pela execução coativa da decisão.

---

[7] A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório anterior. A duas, pela igual possibilidade de argüir-se a nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3º, c/c art. 741, CPC). A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada pelo art. 41 ao inciso III do art. 584 do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a coercio e a executio. A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g., o Superior Tribunal de Justiça –, se a Constituição, reformada, assim vier a determinar). A cinco, porque do Judiciário é o controle 'sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento'. A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º). Como se nota, prevê a nova lei a presença do Judiciário para responder à convocação da parte que eventualmente sentir-se lesada. Essa, aliás, é uma das características do modelo arquitetado, limitando-se o Judiciário a ser convocado quando da presença de lesão. Em outras palavras, apenas no confronto é que se busca o Judiciário.

[8] Art. 22 – O(s) árbitro(s) deverá(ão) prolatar a Sentença Arbitral por escrito, obedecendo ao disposto nos artigos 26 e 27 de Lei 9307/96, na sessão que encerrou a instrução processual, ou no prazo máximo de dez (10) dias, desde que não ultrapasse os cento e oitenta (180) dias contados do início do procedimento arbitral.Parágrafo Primeiro: O prazo para a prolação da sentença disposto no caput deste artigo poderá ser prorrogado em caso superveniente, quando da decisão da sentença depender de laudo pericial ou quando pendente do Poder Judiciário decisão sobre direitos indisponíveis e nos moldes do parágrafo único do artigo 23 da Lei de Arbitragem ou, ainda, quando por decisão do(s) árbitro(s) ou das partes e diante da peculiaridade do litígio entender-se necessário mais tempo para a prolação da sentença.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Diante do exposto, torna-se claro ser a arbitragem uma alternativa de acesso à justiça – considerando que o desempenho do Poder Judiciário tem sido moroso e muitas vezes ineficiente – mostrando-se um porto seguro àqueles que procuram uma solução ágil dos conflitos.

2.4.3 A Conciliação

A conciliação[9] é um meio alternativo de resolução de litígios, que utiliza um terceiro imparcial, interveniente, que conduz o processo em conjunto com as partes, para que estas cheguem voluntariamente a um acordo. Por outras palavras, a conciliação é uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um Conciliador investido de autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio pelas partes.

O conciliador observa os aspectos objetivos do conflito, estimula uma resolução rápida da questão, e assiste as partes, promovendo e propondo soluções para que estas alcancem um acordo da sua responsabilidade. Nota-se que a conciliação tem suas próprias características onde, além da administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, este mesmo conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria a ambas as partes.

Nesse sentido, Wolkmer (1997, p.312) adverte para a necessidade de se buscar soluções alternativas ao modelo monista estatal de jurisdição, apontando formas de resolução institucionalizadas e vias não institucionalizadas, apresentando posicionamento esclarecedor, quanto ao mecanismo da conciliação[10]:

> A "conciliação" pode ser vista como uma prática judicial (instaurada a partir do processo) ou extrajudicial (alternativa para evitar o processo estatal), mais ou menos formal, podendo ou não ser institucionalizada, capaz de mediar controvérsias entre partes antagônicas, conflitos de interesses e litigiosidade provenientes das relações de consumo. O crescimento dos conflitos de natureza coletiva e a impossibilidade da engenharia processual individualista de canalizá-los determinam, cada vez mais, na sociedade industrial de massa, a operacionalização alternativa do instituto da "conciliação", considerando que sua natureza pode ser judicial ou extrajudicial,

9 Definição do Conselho Nacional de Justiça disponibilizada no site www.conciliar.cnj.gov.br

10 Hoje no Brasil a conciliação está prevista nos Juizados de Pequenas Causas – Lei 7244/84; nos Juizados Especiais - Lei 9099/95; Instituto da Arbitragem – Lei 9307/96; Juízes de Paz – Lei Complementar 59, de 18/01/2001; CPC atual, que prega que o Juiz deve tentar a conciliação a qualquer tempo; Juizados de Conciliação – Resolução 460/2005; Centrais de Conciliação de Varas de Família – Resolução 407/2003.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> pública ou privada, facultativa ou obrigatória, a 'conciliação' revela-se não só como variante à solução dos litígios, mas, igualmente, como direção mais diferenciada e espontânea aos rituais canonizados da processualista estatal.

Tal posicionamento segue uma tendência da doutrina nacional de alargamento da definição de conciliação, aplicando-a quase que como gênero, como sinônimo de resolução alternativa, denotadora da necessidade de se buscar uma forma mais fácil de definição para conflitos.

Para o autor, o critério que deve nortear a conciliação extrajudicial como ruptura e alternativa à justiça formal do Estado, não está na aplicação da lógica fundante da atual legislação positiva, mas num novo tipo de interpretação emancipatória, norteada pela legitimidade de novas identidades sociais e firmada na equidade, na ordenação de justos interesses e na satisfação plena das necessidades humanas fundamentais.

Nesse sentido preleciona Walter Nunes:

> Uma sociedade bem organizada tem várias oportunidades de solucionar suas questões. A conciliação, que começou a ser estimulada desde a criação dos Juizados Especiais, é o avanço natural das organizações de classe, e a Justiça mais aproximada do interesse das partes. O movimento vai não só sensibilizar os órgãos da Justiça sobre a importância disso, como também fazer os envolvidos se aprofundarem no desenvolvimento de técnicas de conciliação. [texto digital]

Assim, a Justiça de Conciliação favorece o processo de paz social ao fomentar a cultura do diálogo e tornar a Justiça mais efetiva e ágil, com a redução do número de conflitos litigiosos e do tempo para a análise dos processos judiciais. Não há vencedores e vencidos e, sim, pacificados.

2.4.4 Os Procedimentos Administrativos ou Extrajudiciais

“Extrajudicial: Locução empregada para designar atos que se fazem ou se processam fora do juízo, isto é, sem a presença do juiz”.

Muitos são os conflitos que podem ser resolvidos mediante negociação extrajudicial com enorme economia de dinheiro e tempo para as partes. No entanto, aspectos jurídicos relevantes devem ser considerados, de modo que só se deve implementar uma negociação administrativa ou extrajudicial, com o amparo de um trabalho de advogados competentes, competência decorrente do notável saber jurídico e da experiência de atuação, o qual saberá quando se faz imperioso relevar a negociação extrajudicial e passar para o plano processual (judiciário).

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Nesse sentido, falar-se-á, principalmente, no procedimento administrativo ou extrajudicial notarial – cuja jurisdição é preventiva – uma vez que o presente estudo visa aprofundar as alterações trazidas pela lei 11.441/2007, a qual permitiu a realização de inventário, separação e divórcio consensuais pela via administrativa.

A lei em comento, foi originada pelo Projeto de Lei 4.725, de 2004, cuja exposição de motivos que indica os princípios e finalidades buscadas por seu autor, demonstra a efetiva necessidade de disponibilizar o acesso à justiça pela via administrativa, visando à simplificação dos procedimentos.

Conforme Ferreira (2007, p.13), toma-se como exemplo o procedimento para uma separação. A burocracia do processo judicial envolve: a) petição de separação b) documentos; c) distribuição; d) formação dos autos; e) parecer do Ministério Público; f) designação da data da audiência; g) publicação no diário Oficial; h) audiência; i) sentença; j) publicação da sentença; k) atestação do trânsito em julgado; l) mandado de averbação.

São doze etapas, portanto, que podiam em alguns casos serem cumpridas em conjunto, como a sentença que é seguida do mandado de averbação. No procedimento notarial, a burocracia resume-se a: a) documentos; b) lavratura; c) leitura e assinaturas; d) traslado para averbação. Há, portanto, uma economia de oito etapas.

O referido autor ressalta que a 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 *juris dictio,* ou seja, a palavra da Lei aplicada aos fatos pela tutela estatal.[11]

Para Carnelutti[12], caracteriza a jurisdição voluntária, a prevenção do litígio, que é uma das razões essenciais da atividade notarial. Já, para Wach e Calamandrei[13], a jurisdição voluntária também se destina à formação de atos e negócios jurídicos, tendo uma função constitutiva, igualmente típica da atividade notarial.

Assim, segundo Ferreira (2007), em breve resumo, o procedimento notarial resume-se às seguintes fases:

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

[11] A conceituação mais freqüente de jurisdição envolve a palavra final do Estado e uma pretensão de alguém, decidindo pela prevalência do interesse de um pelo outro. Entendemos que há jurisdição também quando não há litígio. Sobre o assunto, José Frederico Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, autor que entende não haver jurisdição na atividade notarial. Para ele, há administração pública de interesse privado.
[12] Apud Ovídio Baptista da Silva, Curso de processo civil, p.44.
[13] Idem.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

inclusive extranotariais – tendentes à lavratura da escritura ou ata. Neste momento, e nos subseqüentes, o notário assessora e adverte os clientes sobre as prescrições legais e os efeitos do ato ou negócio que formalizará;

2) Minuta: na qual o tabelião redige uma minuta que é discutida e aprovada pelos clientes;

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);

4) Conclusão: quando o ato é assinado pelos interessados, pelo escrevente, se houver, e pelo tabelião;

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 efeitos nas esferas administrativa e particular. A segunda, na qual o tabelião conserva o documento para publicidade futura.

Assim, resta evidente que o procedimento administrativo notarial não tem as características ou tampouco segue os princípios do direito processual civil. Este procedimento, mais “enxuto” em comparação com o judicial, realizado com a observância dos princípios que serão expostos no último capítulo deste trabalho, está agora a serviço dos atos de inventário, partilha, separação e divórcio, sendo os dois últimos atos, analisados mais profundamente neste estudo.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

3 AS INOVAÇÕES NO ÂMBITO SOCIAL OCASIONADAS PELA LEI 11.441/07 E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

As inovações estabelecidas pela Lei 11.441/2007 que alteraram o Código de Processo Civil são relativas à possibilidade de realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual, mediante escritura pública, ou seja, a forma administrativa. Esta lei tem o escopo de desafogar o Poder Judiciário, agilizar os procedimentos desta natureza e baratear custas, pois tais procedimentos sendo amigáveis, agora podem se realizar diretamente em cartório evitando assim o caminho judicial. Partindo desse pressuposto, o presente capítulo tem por objetivo explorar as inovações trazidas pela Lei 11.441/2007, bem como, apresentar seus pontos controvertidos, no que toca à separação e divórcio consensuais por escritura pública.

3.1. A separação e o divórcio consensuais na Lei 11.441/2007: uma análise dos seus requisitos de validade e a sua facultatividade

É comum ouvir que *"para casar é muito fácil, difícil é separar"*. Infelizmente os procedimentos dissolutórios do casamento[14] são lentos e penosos, principalmente quando existe o litígio entre as partes envolvidas. A Lei 11.441/2007 que trouxe a possibilidade da

[14] Monteiro (2004) definiu o **casamento** como "a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos". No mesmo sentido, para Silvio Rodrigues, casamento é "o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência".

realização de separação[15] e divórcio[16] consensual, além de inventário, partilha, em tabelionato de notas, retirando a intervenção do Estado do âmbito da vida privada dos cônjuges.

Para Ferreira(2007), a lei veio dar voz ao anseio da população em geral, vez que não raro a queixa de o processo de separação ou de divórcio ser mais complexo do que o procedimento para contrair núpcias.

No entender de Simão e Tartuce (2007), um aspecto positivo da Lei 11.441 é o de que muitos ex-cônjuges não gostavam de ter de justificar os motivos da separação para o juiz. Com a possibilidade da separação e divórcio de forma extrajudicial, não haverá mais a necessidade de expor os motivos do fim do relacionamento, desde que haja acordo entre as partes.

Por sua vez, Agapito (2007) acrescenta que as escrituras poderão ser assinadas em diligência, ou seja, o tabelião pode ir até o escritório do advogado ou à casa das partes se elas se sentirem constrangidas de comparecer ao cartório.

Antes da Lei 11.441/07, conforme dispunha o antigo art. 982 do CPC, o inventário e a partilha eram sempre processados judicialmente, mesmo que todas as partes fossem capazes; ou seja, a tutela jurisdicional sempre tinha de ser acionada, apesar de toda a consciência que a pessoa maior e capaz tem para bem dispor de sua vontade.

A separação e o divórcio eram sempre judiciais; a partir da nova lei, poderão ser consensuais, e feitos também no cartório de notas, desde que apresentada a documentação necessária nos termos do art.33 da Resolução 35 do CNJ[17] e presentes alguns requisitos, conforme art. 1.124-A[18], inserido no CPC pelo novo instituto legal.

---

[15] Para Nery e Nery (2002), **Separação Judicial** é um negócio jurídico bilateral que tem como propósito adequar legalmente aquilo que ocorre no plano dos fatos, isto é, conferir o status de separados àqueles que já não coabitam mais no mesmo lar. Revela-se uma verdadeira hipótese de distrato, em que as partes - cônjuges - acordam acerca da dissolução da sociedade conjugal, fazendo concessões mútuas para atingir o seu desiderato. (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002).

[16] **Divórcio** - do lat. *divortiu* significa dissolução do vínculo matrimonial, ficando os divorciados livres para contrair novas núpcias. Em outras palavras, com o divórcio, a relação jurídica antes existente entre os cônjuges, decorrente do casamento, se extingue, podendo o cônjuge divorciado contrair novas núpcias. (Constituição Federal/88; Código Civil 2002)

[17] 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) certidãode propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

[18] Art 1124-A- A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo dos cônjuges quanto à retomada pela mulher de seu nome de solteira ou à manutenção do nome adotado quando do casamento

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Pela nova legislação, é possível o procedimento cartorário para a dissolução conjugal amigável, não havendo filhos menores ou incapazes, observados os prazos legais exigidos[19], e mediante escritura pública que deverá forçosamente proceder a partilha de bens comuns, dispor sobre eventual pensão alimentícia e, ainda, o acordo quanto ao nome adotado em razão do casamento.Tal ato só deverá ser lavrado se os cônjuges forem assistidos por advogado comum ou, advogados de cada um, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. Serão gratuitos tais atos aos declaradamente pobres[20].

Cassetari (2007), acerca do supramencionado artigo, elenca que a separação e o divórcio pela via administrativa exigem os seguintes requisitos:

a) Ser consensual, ou seja, as partes concordarem com a sua realização:

Primeiramente, no que tange ao consenso, Barbosa (2006) assevera que é importante haver concordância dos indivíduos em relação ao destino de suas posições jurídicas. Sobreleva que sua anuência seja autêntica e não decorrente de pressões e desinformações de qualquer uma das partes. Para a autora, a comunicação e o diálogo são essenciais para o afastamento das animosidades e o estabelecimento da relação em bases conciliatórias. Nesse sentido, questiona:

> como obter o consenso em momentos de acirramentos, animosidades e perdas? A mediação surge como importante técnica em tal contexto ao contemplar uma forma de gerir os conflitos com enfoque precípuo nas pessoas e em seus verdadeiros interesses. Tal método promove uma abordagem mais profunda da controvérsia ao funcionar como um acompanhamento das partes para que possam gerir seus conflitos e formular uma decisão célere, ponderada, eficaz e satisfatória em relação ao impasse instalado.

---

§1º - A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e para o registro de imóveis.
§2º - 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.
§3º - A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da Lei.

[19] Para a **Separação**: Art. 1.574 CC: 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; Para o **Divórcio**: Art. 1.580, §2º CC: O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos; Art. 226, § 6º CF: 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.

[20] Art. 1.124-A, § 3º do CPC, a gratuidade do procedimento extrajudicial dependerá apenas de declaração do interessado a respeito de sua impossibilidade financeira, não sendo necessário fazer prova da falta de recursos para seu custeio:"[...] § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei". E Art. 7º da resolução 35 do CNJ: "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".

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

No dicionário jurídico organizado por J.M. Othon Sidou, a separação consensual é conceituada como um modo preliminar de extinção da sociedade conjugal por mútuo consentimento. Já o divórcio consensual acarretaria a dissolução definitiva da sociedade conjugal, independentemente da indicação de causa.

Desta forma, para ser consensual basta existir mútuo consentimento dos cônjuges na separação; para o divórcio ser consensual, basta, também, existir consenso em definitivamente extinguir o vínculo conjugal, sem discussão do motivo que originou tal desejo.

Ademais, conclui que o requisito da consensualidade na separação e no divórcio extrajudiciais se dá somente para exigir dos cônjuges concordância em pôr fim à sociedade conjugal, conforme preceitua o art. 1.571 do Código Civil:

> **Art. 1.571**. 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 estabelecida neste Código quanto ao ausente.
> **§ 2º** Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Ainda acerca da questão da consensualidade, e seguindo a linha de raciocínio empregado pelo autor supracitado, Gaburri (2007) destaca que o procedimento extrajudicial, trazido pela lei em análise, restringe-se àquelas hipóteses de ausência de litigiosidade ou quando esta puder ser composta amigavelmente entre os contratantes, e se não envolver interesse de menores ou incapazes. Todo o procedimento, em resumo, visa resolver a partilha de bens entre maiores e capazes.

Deste modo, reitera o autor que, caso perceba o tabelião que um dos contratantes esteja dispondo, no todo ou em parte, de sua meação ou mesmo renunciando à pensão alimentícia da qual notoriamente necessita, deverá recusar-se a lavrar a escritura.

Ainda no que concerne à consensualidade, Hertel (2007, p.226) preceitua que:

> para a realização da separação ou do divórcio pela via administrativa, o Legislador exigiu o preenchimento de alguns requisitos. O primeiro deles é que os interessados estejam de comum acordo quanto às condições da dissolução, ou seja, somente admite-se a utilização da via administrativa quando a dissolução for consensual. Qualquer divergência entre os cônjuges obstará a utilização da via administrativa.

Dá-se o desfazimento do casamento sem a intervenção judicial e sem a atuação do Ministério Público, através de simples manifestação de vontade dos cônjuges. Sendo assim, a

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

dissolução da sociedade conjugal por consenso, muitas vezes é uma atitude muito mais sensata do que foi o casamento, e este não necessita de qualquer intervenção do Poder Judiciário.

b) não haver filhos menores ou incapazes das partes, hipótese em que a via judicial é obrigatória:

O art. 1.124-A, incluído ao CPC pela lei em comento dispõe que a separação e o divórcio consensuais poderão ser realizados por escritura pública caso não haja filhos menores ou incapazes do casal, e observados os demais requisitos legais.

No entendimento de Cahali e Rosa (2007, p.100), para a lavratura das escrituras de que trata o artigo em debate, o notário deverá se certificar de que o casal não possui filhos menores ou incapazes:

> a incapacidade se refere à falta de capacidade de fato, sendo esta a aptidão para o exercício dos direitos da vida civil sem a necessidade de assistência ou de representação. Assim, a incapacidade é o reconhecimento, pela lei, da inexistência dos requisitos para que uma pessoa possa exercer os seus direitos, e decorre de duas situações distintas, a menoridade ou a interdição.

Afirmam ainda os autores, que a incapacidade decorrente da idade cessa aos dezoito anos, quando a pessoa passa a ter capacidade de fato e pode exercer livremente os atos da vida civil. “A emancipação, prevista no art. 5° do Código Civil, representa a aquisição da capacidade civil antes da idade legal, mas não resolve a menoridade. Ou seja, mesmo emancipada, a pessoa continua sendo menor”.

Para Gaburri (2007), com a emancipação dos filhos menores nos termos do art. 5° do Código Civil, em que pese cessar a incapacidade, persiste a menoridade. Deste modo conclui-se pela necessidade do procedimento judicial, mormente pelo fato de que poderão os pais emancipar seus filhos menores para que, com intuito fraudulento, lhes sejam possibilitadas as vias extrajudiciais. Observa ainda o autor que, valendo-se da separação e divórcio extrajudiciais, vale dizer, mediante escritura pública, não haverá intervenção do MP, tampouco audiência perante o juiz, que não homologaria a separação ou o divórcio caso vislumbrasse alguma tentativa de fraude.

Nessa linha de raciocínio, Hertel (2007, p.226) destaca que havendo filhos, salvo se todos capazes, a dissolução por meio da via administrativa é vedada. “Note-se que, mesmo que um filho seja maior, mas sendo ele incapaz, por qualquer outro motivo, não haverá possibilidade de ser realizada a dissolução administrativa do enlace matrimonial”.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Cahali e Rosa (2007, p. 100/101) fazem uma análise sobre esta perspectiva, ressaltando que a questão é colocada à discussão, porque o artigo trata expressamente das duas hipóteses como impedimento para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio. “Não poderá o notário lavrá-la caso haja filhos menores do casal, ainda que emancipados, ou de filhos incapazes, menores ou interditos”.

Outra, porém, é a orientação do Conselho Nacional de Justiça, que, através do art. 47 da Resolução 35[21], demonstra admitir a utilização da via extrajudicial se os filhos menores forem emancipados.

Outro ponto importante a esse respeito se refere à extensão que a expressão “filhos menores ou incapazes do casal” tem. Explicam os autores supra:

> em um primeiro momento, tem-se a impressão de que a regra impeditiva vale somente para os filhos havidos do casamento. Ou seja, se o casal tivesse um filho menor nascido desse casamento e quisesse se separar, teria que fazê-lo judicialmente. Se o filho fosse anterior ao casamento e apenas de um dos cônjuges, o casal poderia optar pela via judicial ou pela administrativa.

Entretanto salientam os autores que a interpretação mais coerente com os princípios constitucionais vigentes aponta para outro sentido, uma vez que o art. 227 da Constituição Federal estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado, dentre outros, resguardar as crianças e os adolescentes de todas as formas de preconceito:

> **Art. 227** - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> **[...] § 6º** - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ademais, 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.

Moraes (2007) também não diverge desse entendimento:

> a meu ver, com a amplidão do termo, a lei não fecha a possibilidade da separação pela via administrativa no caso de haver filhos comuns, biológicos e sócio-afetivos, bem como de filhos não-comuns, ou seja os de cada cônjuge. Ao contrário, fica

[21] Art. 47 da Resolução 35: 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.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> aberta a possibilidade da separação quando a filiação for sócio-afetiva, ou de cada cônjuge, mesmo que a separação não preserve os interesses desses filhos.

Cahali e Rosa (2007, p.101) vão mais além. Para os autores, poderá ocorrer, ainda:

> que um dos cônjuges traga para o casamento filho advindo de outro relacionamento, sem que o pai ou a mãe biológica estejam presentes, por terem falecido, por exemplo. Não resta dúvida de que aquele filho será um "filho do casal", muito embora biologicamente não o seja.

Então, fica claro que as questões de família se mostram muito complexas e é preciso dar-lhes sempre uma interpretação civil-constitucional, oferecendo uma solução hermenêutica que tem em vista o conteúdo e a técnica legislativa, nesta perspectiva.

c) a presença do advogado de ambos os cônjuges ou de um que represente o interesse de ambos:

Preleciona a Lei 11.441/2007, nos artigos 1° e 3° - que instituem, respectivamente, o parágrafo único do art. 982 e § 2° do art. 1.124-A, ambos do Código de Processo Civil que o tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Conforme orientação proferida pelo Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG 01/2007 e publicada no Diário Oficial de 11 de janeiro de 2007, o advogado comparece e subscreve como assistente das partes, não havendo necessidade alguma de exibição de procuração, podendo, no mesmo instrumento, ser constituído procurador para eventuais re-ratificações necessárias, salvo em matéria de direito personalíssimo e indisponível.

Vieira (2007, p. 4) ressalta que é assim que o advogado participará das escrituras públicas lavradas com esteio nas disposições contidas na Lei 11.441/2007, na condição de assistente, oportunamente frisando que a facilitação do procedimento em nada diminui a sua importância, auxiliando as partes a atingir a composição amigável:

> na verdade, torna-se ainda mais importante a participação do advogado, que pode esclarecer às partes – seja em questões relacionadas à dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, seja em questões relacionadas à partilha *post mortem* – os respectivos direitos e deveres, consistindo em grande equívoco as vozes que afirmam que será necessário adequar o valor de honorários diante da novel legislação. Salienta-se que a importância do advogado, agora, é ainda maior, pois, enquanto sob a forma judicial, a prática dos atos previstos pela legislação em análise envolve a presença do representante do Ministério público e do Magistrado, o que permite, algumas vezes, a alteração de alguma cláusula do ajuste, por conta da elucidação de dúvidas ainda existentes.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Sobre o assunto, Cahali e Rosa (2007, p.105) destacam que "é imprescindível a presença do advogado assistente, que será qualificado e assinará a escritura pública, juntamente com o casal". Afirmam, inclusive, que a possibilidade de o ato notarial ser praticado por procurador encontra respaldo no fato de que apenas os atos personalíssimos não podem ser realizados por mandatário.

Logo, nada foi alterado em relação à necessidade da assistência do profissional da área jurídica, ou seja, a participação/assistência do advogado continua sendo obrigatória, e sua escolha cabe exclusivamente às partes, sendo proibido ao tabelionato indicar advogado, conforme estabelece o artigo 8º e 9º da resolução 35/07 do Conselho Nacional de Justiça[22], publicada em 30/04/2007.

Significa dizer que o profissional do Direito escolhido pelas partes para atuar como assistente não poderá acumular a função de mandatário e assistente; ou seja, que o advogado não poderá assinar a escritura, seja de arrolamento, seja de divórcio, como outorgado/mandatário de nenhuma das partes.

Gaburri (2007) comenta o diploma em tela, ressaltando, todavia, que não poderá um dos contratantes ausentes fazer-se representar pelo mesmo advogado que assiste o outro. Neste caso, fazem-se necessários advogados distintos a fim de não se suscitarem, posteriormente, eventuais conflitos de interesses entre os contratantes, bem como para não pairar dúvidas acerca da consensualidade do ato. Assim como se deve admitir que um ou ambos os cônjuges, caso sejam advogados, figurem em causa própria na dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal.

No que tange ao formato da procuração ao advogado, Melo (2007) preleciona que não poderá ser a procuração *"ad judicia"* (a usada para atos judiciais), portanto deve ser *"ad negocia"* (para negócios), logo haverá necessidade de reconhecimento de firma, com base no Código Civil. Contudo, se todas as partes acompanharem o advogado ao cartório não há necessidade de procuração. Para o doutrinador, o ideal é descrever bem o objeto da autorização e o prazo de validade da procuração. Dessas afirmativas, ressalta o autor que:

[22] 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.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> embora a lei não exija a presença física do advogado no cartório e seja vaga quanto aos limites do termo "assistência", alguém terá que ir ao cartório para assinar a lavratura da escritura pública, apesar de ser muito comum que o Tabelião lavre, as pessoas paguem, pessoalmente ou através de terceiros, e apenas compareçam para assinar, principalmente nos inventários isso deverá ocorrer com freqüência. A prática induz a acreditar que o advogado já terá feito a minuta prévia para o Tabelião e com o tempo haverá até uma uniformização.

Por fim, é oportuno lembrar que o trabalho do advogado não se restringe a assistir o ato notarial. Em rigor, seu trabalho se inicia anteriormente, com as tratativas e os acertos necessários ao acordo de vontades, que então deve ser levado a cabo por meio da escritura, e termina em acompanhar o ato notarial para assegurar de que o mesmo corresponde à vontade e aos interesses dos seus clientes-assistidos.

No que tange à obrigatoriedade ou facultatividade de adoção do procedimento extrajudicial e pela disciplina da Lei nº 11.441/07, é facultado aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial.

Na literalidade do novo art. 1.124-A caput do CPC, "A separação consensual e o divórcio consensual (...) poderão ser realizados por escritura pública (...)", levando a uma primeira ideia de que o novo procedimento afigurar-se-ia como mera faculdade posta à disposição dos cônjuges, abrindo-lhes, doravante, dupla via capaz de levar ao mesmo resultado. Poder-se-ia inclusive sustentar tal entendimento valendo-se do disposto no art. 5º, XXXV CF segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Gaburri (2007) observa, entretanto, que se os contratantes querem, por mútuo consenso e preenchidos os requisitos legais, pôr fim ao contrato antes de seu término natural sem que haja prejuízo para nenhum deles, parece que lhes faltaria interesse de agir, tornando-se portanto carecedores de ação em face da desnecessidade e prescindibilidade da tutela jurisdicional. Para o autor, se assim não for entendido, talvez desde logo reste esvaziado de efetividade o regramento do novo procedimento legal.

Observa-se, igualmente, que caso haja conflitos de interesses entre as partes, restar-lhes-ão abertas as vias judiciais, mesmo porque, neste caso, a ausência de consensualidade afasta *ipsu iuri* o rito extrajudicial.

Fernanda e Flávio Tartuce (2007), explicam que:

> pelo princípio-garantia da inafastabilidade da jurisdição, também denominado direito de ação, princípio do livre acesso ao judiciário, princípio da ubiqüidade da justiça e princípio da proteção judiciária, é tarefa dos órgãos judiciais dar justiça a

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> quem a pedir, sendo a todos assegurado o direito cívico de solicitar a apreciação de sua pretensão.

Santos (2007, p.52) friza que a realização da separação ou do divórcio consensuais em Cartório é faculdade dos cônjuges, não impedindo o procedimento judicial, se assim preferirem. Nesses termos, preleciona que um dos primeiros questionamentos suscitados pela nova lei refere-se à obrigatoriedade do procedimento extrajudicial:

> considerando que uma das finalidades da lei é aliviar o Poder Judiciário da enorme carga de trabalho que impede o seu adequado funcionamento, houve quem afirmasse, à primeira hora, que uma vez presentes os requisitos previstos na Lei dos Divórcios Extrajudiciais, era vedado às partes se socorrerem do Poder Judiciário para pedir a separação ou o divórcio.

Para o autor, o argumento é válido, mas tem contra si o princípio da legalidade (CF, art. 5°, II), segundo o qual "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". No caso, o texto da lei que diz que a separação consensual e o divórcio consensual **poderão** ser realizados por escritura pública, e não que **deverão** ser realizadas desse modo, mesmo que as partes não tenham filhos menores ou por outro modo incapazes. Portanto, "trata-se de uma faculdade concedida às partes, e não de uma imposição legal".

Vieira (2007, p.26) recorre às conclusões do Grupo de Estudos instituído por meio da Portaria da Corregedoria – Geral da Justiça do Estado de São Paulo, de n° 1/2007, que assim se transcreve:

> ao criar inventário e partilha extrajudiciais, separações e divórcios também extrajudiciais, ou seja, por escrituras públicas, mediante alteração e acréscimo de artigos do Código de Processo Civil, a Lei n° 11.441, de 04 de janeiro de 2007, não obsta a utilização da via judicial correspondente.

Conforme Farias (2007, p. 4), "já se fala, contudo, em falta de interesse processual na ação judicial de separação consensual, pretendendo-se que, uma vez permitida a separação em Cartório, não cabe o acesso ao Judiciário". E completa:

> com a devida vênia, não podemos concordar com semelhante entendimento. A lei é expressa em facultar aos cônjuges a celebração da separação ou do divórcio em Cartório, não são eles obrigados a tanto. Podem os cônjuges perfeitamente optar pelo procedimento judicial. Ademais, a Lei n.º 11.441/07 deixou incólumes os arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil(59), que regulam a separação judicial consensual. Se tivesse ela a intenção de impedir o processo judicial, teria simplesmente substituído esses dispositivos pelas novas regras; ao contrário, acresceu apenas um artigo (1124-A), sem alterar nenhum daqueles. Fica evidente a intenção da lei de dar uma opção aos cônjuges, não obrigá-los ao procedimento extrajudicial.

Sobre o assunto, o autor é ainda mais polêmico ao questionar:

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> o entendimento no sentido da obrigatoriedade pode conduzir a uma conclusão absurda: se os cônjuges efetivamente não quiserem fazer a separação pela via extrajudicial, negando-se-lhes o acesso ao Poder Judiciário para tanto, terão eles que simular um dissenso para que possam efetivar a separação judicial litigiosa, o que é um disparate. E outro: em um processo judicial litigioso, ao conciliar os cônjuges, poderá o Juiz obter deles a transformação do processo litigioso em consensual. Terá ele então que extinguir o processo e remeter os cônjuges às vias cartorárias?

O questionamento é respondido pela própria disciplina da Lei 11.441/2007, a qual refere que "a qualquer momento, podem desistir de uma, para promoção da outra; não podem, porém, seguir com ambas simultaneamente".

Por fim, na opinião de Farias(2007, p. 67-68):

> o novo procedimento pode ser utilizado imediatamente por qualquer interessado, podendo as partes que eventualmente promovem ações dissolutórias em juízo desistir do andamento da demanda e extinguir o seu casamento por intermédio da nova possibilidade cartorária, eis que a lei atinge os casamentos pendentes.

O autor defende, ainda, que as ações que estiverem sendo processadas nas varas de famílias sejam extintas pelo juiz – de ofício, inclusive – sem resolução do mérito, por perda do interesse de agir.

d) observar os requisitos legais de prazos, existentes no Código Civil

O Notário deverá também observar se foram cumpridos os prazos determinados por Lei (6.515/77[23] e 10.406/02[24]) para realização do ato. O Código Civil estabelece que a separação consensual somente poderá ser arguida se transcorrido mais de um ano[25] a contar da data da constituição do matrimônio:

O divórcio consensual poderá se verificar em duas hipóteses:

1) quando antecedida de separação, após o decurso de um ano do trânsito em julgado da sentença que desconstituiu o matrimônio, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos ou, ainda, um ano a contar da data da escritura pública de separação, nos termos do artigo 1580[26].

[23] Art 44 - Contar-se-á o prazo de separação judicial a partir da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, mesmo nos de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges.
[24] Art. 1.580. 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.
[25] Art. 1.574. 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.
[26] Art. 1.580. 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.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

2) quando não é antecedido de prévia separação, mediante a comprovação de mais de dois anos a contar da separação de fato, que pode ser provada documentalmente (endereços diferentes do cônjuge etc) ou testemunhal, com a presença de duas testemunhas que atestem a veracidade da alegação dos cônjuges.

Contudo, na escolha dessas testemunhas deverão ser observado os artigos 228 do Código Civil[27] e 405 do Código de Processo Civil[28].

3.2 A escolha do Tabelionato de Notas para lavrar a escritura

A escolha do cartório competente é simples: a escritura pode ser lavrada em qualquer cartório de notas; entretanto, devendo a averbação ser feita no Registro Civil onde foi lavrado o casamento, bem como nos respectivos Registros Imobiliários, da situação dos bens, se for o caso. Ainda conforme Farias (2007), as escrituras públicas de inventário e partilha, bem como

---

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.
§ 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.

[27] **Art. 228**. Não podem ser admitidos como testemunhas:
I - os menores de dezesseis anos;
II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;
III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;
IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;
V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

[28] **Art. 405** - Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
§ 1º - São incapazes:
I - o interdito por demência;
II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;
III - o menor de 16 (dezesseis) anos;
IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.
§ 2º - São impedidos:
I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;
II - o que é parte na causa;
III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.
§ 3º - São suspeitos:
I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;
II - o que, por seus costumes, não for digno de fé;
III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;
IV - o que tiver interesse no litígio.
§ 4º - Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (Art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

de separações e divórcios consensuais, que são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, não dependem de homologação judicial. Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07 (artigo 8º da Lei nº 8.935/94), é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

Tratando-se de competência territorial relativa, não se há de questionar a incidência ou não do artigo 100, inciso I do Código de Processo Civil, pois o chamado foro privilegiado, consagrado no Código, tem cabimento apenas nos processos judiciais, e foi instituído em benefício da mulher.

Já a competência do Notário é regulada pelo artigo 8° da Lei n. 8.935/94, a qual preconiza a livre escolha das partes, qualquer que seja seu domicílio ou lugar de situação de bens objeto do ato ou negócio. Se as partes estão de acordo e convictas de que a dissolução do casamento é a melhor solução para ambos, e a cônjuge aceita lavrar a escritura no domicílio do seu consorte, não há fundamento legal para o Notário negar-se a realização de tal ato.

Assim, Fernanda e Flávio Tartuce (2007) reiteram que nas hipóteses da Lei n. 11.441/07, a lavratura de escritura pública não constitui ato jurisdicional, não se devendo falar propriamente em julgador e em sua suposta "competência". Eis porque o já mencionado grupo paulista de estudos afirmou que "para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07 (artigo 8º da Lei nº 8.935/94), é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil":

> ora, a lei processual não estabeleceu qualquer regra sobre a matéria e assim procedeu de forma consentânea com o panorama existente no tocante a outros atos atribuídos aos Tabelionatos de Notas. À lei processual não compete dispor sobre tais conteúdos por ser totalmente estranho ao seu objeto natural. Eventualmente uma lei estatal específica poderia abordar o tema para evitar problemas e fraudes, o que parece de todo recomendável em um país de proporções continentais com diversificadas realidades locais.

Eis porque o citado grupo de estudos do Tribunal de Justiça de São Paulo recomenda a criação de um Registro Central de Inventários e de outro de Separações e Divórcios, para concentrar dados e informações dos atos notariais lavrados, prevenir duplicidade de escrituras e facilitar as buscas".

Assim, como muito bem explicita Rosa (2007, pág.58), “a atividade notarial tem regramento próprio, pela Lei 8.935/94, que estabelece, em dois artigos, a competência do notário para a prática dos atos”:

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> o artigo 8° garante ao outorgante a liberdade de escolha do tabelião de notas, independentemente do domicílio das partes ou do lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio. A única ressalva em relação à territorialidade está prevista no artigo 9°, que veda a prática de atos pelo notário fora do Município para o qual recebeu a delegação.

Da mesma forma, reza o artigo 619-J, acrescentado à Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul:

> art. 619-J - As partes poderão escolher livremente o Tabelionato para a lavratura da Escritura de Inventário, Partilha ou Adjudicação, Separação, Divórcio e de Restabelecimento da Sociedade Conjugal, independentemente do domicílio dos interessados ou do lugar de situação dos bens objeto do ato.

Por fim, conclui-se que é livre a escolha do tabelião de notas na lavratura dos atos notariais de que trata a Lei 11.441/07, devendo ser observado os critérios de territorialidade somente para os atos averbatórios dos registros Civil e de Imóveis.

3.3 A indicação do advogado pelo tabelião

No tocante a indicação do advogado pelo tabelião e antes de iniciar uma análise mais detalhada à luz do artigo 9° da Resolução n° 35 do Conselho Nacional de Justiça, faz-se mister explicitar o presente diploma legal:

> **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.

Tal vedação vem de encontro ao que preceitua o Provimento nº 118/2007 do CFOAB, que dispõe sobre a aplicação da Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, disciplinando as atividades profissionais dos advogados em escrituras públicas de inventários, partilhas, separações e divórcios:

> Art. 1º Nos termos do disposto na Lei nº 11.441, de 04.01.2007, é indispensável a intervenção de advogado nos casos de inventários, partilhas, separações e divórcios por meio de escritura pública, devendo constar do ato notarial o nome, o número de identidade e a assinatura dos profissionais.
> § 1º Para viabilizar o exercício profissional, prestando assessoria às partes, o advogado deve estar regularmente inscrito perante a Ordem dos Advogados do Brasil.
> § 2º Constitui infração disciplinar valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber, angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros, e assinar qualquer escrito para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado, sendo vedada a atuação de advogado que esteja direta ou indiretamente vinculado ao cartório respectivo, ou a serviço deste, e lícita a advocacia em causa própria.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Depreende-se do estudo do diploma supracitado, que entre tais irregularidades, estão captações indevidas e antiéticas que vão desde a indicação desleal de separações de alguns cartórios para determinados advogados, bem como de profissionais, que teriam cometido infrações éticas ao canalizarem serviços escriturais para determinados cartórios. Um dos comandos do provimento estabelece que "constitui infração disciplinar valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber, angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros". Também será infração assinar qualquer escrito para fim extrajudicial que o advogado não tenha feito, ou em que não tenha colaborado.

Outrossim, é vedada a atuação de advogado que esteja direta ou indiretamente vinculado ao cartório respectivo, ou a serviço deste. Há jurisprudência nos tribunais nesse sentido:

> [29]ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL – INDICAÇÃO DE ADVOGADOS POR TABELIÃES DE NOTAS E SEUS AUXILIARES, PARA OS FINS DA LEI N. 11.441/2007, QUANDO A PARTE ESTIVER DESASSISTIDA DE PROFISSIONAL DO DIREITO – VEDAÇÃO ÉTICA – CAPTAÇÃO DE CAUSAS E CLIENTES – MERCANTILIZAÇÃO DA PROFISSÃO – CONCORRÊNCIA DESLEAL. **É vedada** a indicação de advogado por parte dos Tabeliães de Notas e seus auxiliares, para a escritura de inventário, separação e divórcio consensual, quando a parte os procurar diretamente, sem estar assistida por profissional do direito, por ser uma forma oblíqua e perigosa mercantilização da profissão, vedada pelo artigo 5º do CED, e caracterizar o agenciamento de causas, inculca e captação de clientela, com ou sem a intervenção de terceiros, infrações disciplinares previstas no artigo 34 – III e IV do EOAB. Outra situação, que se deve ficar atento, é a concorrência desleal, em face da possibilidade de se fazer verdadeiras associações e parcerias entre advogados e Tabeliães de Notas e seus auxiliares. O advogado deve ser da confiança da parte e não do Tabelião de Notas e seus auxiliares. Quando a parte for carente, deve ser encaminhada ao Convênio OAB PGE. Proc. E-3.452/2007 – v.u., em 19/04/2007, do parecer e ementa do Rel. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI – Rev. Dr. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF – Presidente Dr. CARLOS ROBERTO F. MATEUCCI.

No que tange à preocupação no sentido de que se poderão formar grupos de advogados “indicados” pelos Tabeliães, Vieira (2007, p. 29) considera não parecer correta, uma vez que parte-se da premissa de que o exercício do cargo público se dá com o exercício da boa-fé. É claro que, em sendo, eventualmente, constatados casos em que tal ocorra, “caberá à OAB e à Corregedoria Geral de Justiça a respectiva fiscalização, e, a partir da comprovação do fato, a punição dos infratores com base na legislação aplicável”.

[29] Ementa aprovada pela Turma de Ética Profissional do TED da OAB/SP em sua 498ª sessão de 19 de abril de 2007, disponível em: http://www.academus.pro.br/implementos/eticas/impressao etica. Acesso em 25 de maio de 2009.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

3.4 A gratuidade das escrituras de separação e divórcio

Não menos importante é a questão da gratuidade do procedimento extrajudicial para os necessitados. Primeiramente, Santos (2007, p.60) preocupou-se em diferenciar assistência judiciária de gratuidade judiciária, visto que são coisas absolutamente distintas, mas que normalmente são confundidas:

> assistência judiciária é a nomeação de advogado pelo Estado para promover ações ou defender a parte em juízo, sempre e quando esta alegar e demonstrar que não tem condições de arcar com os honorários do advogado particular. Por força da Constituição, esse serviço deve ser prestado pela Defensoria Pública.

Já a gratuidade judiciária é instituto completamente diferente e independente da assistência judiciária "é a isenção do pagamento das custas e despesas do processo, inclusive honorários dos peritos e honorários advocatícios da parte contrária em caso de sucumbência, concedido à pessoa que alegar insuficiência de recursos".

Convém anotar que a Constituição determina a prestação de assistência jurídica, e não apenas de assistência judiciária. Por isso, a prestação dessa modalidade de serviço público deve ir além do processo judicial, alcançando também as sindicâncias e os procedimentos administrativos.

Ainda segundo Santos(2007, p.63), a isenção alcança a escritura e os demais atos notariais. Isso quer dizer que, além da escritura, os interessados são isentos de pagar os registros e averbações dela decorrentes. Porém, alerta que:

> nunca é demais lembrar que a isenção não alcança outros atos preparatórios para a escritura de separação ou de divórcio. Por exemplo, se o imóvel a ser partilhado ainda não tiver escriturado em nome dos interessados, achando-se em nome do antigo dono, essa escritura e seu respectivo registro não são alcançados pela isenção prevista em lei.

Segundo o disposto no § 3º do art. 1.124-A, CPC, a gratuidade do procedimento extrajudicial dependerá apenas de declaração do interessado a respeito de sua impossibilidade financeira, não sendo necessário fazer prova da falta de recursos para seu custeio: **"[...] § 3º** A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei".

Silencia a lei sobre a questão da gratuidade quando trata do inventário e partilha (art. 1º) e partilha (art.2º) por escritura pública, porém, a deficiência legislativa não pode prejudicar a boa hermenêutica. Depreende-se da leitura dos resultados divulgados pelo Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG 01/2007, que em todos os artigos da lei em apreço a

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

gratuidade deve ser concedida quando ocorrente a situação prevista no referido § 3º, ou seja, quando os interessados declaram que são pobres sob as penas da lei, reafirmando que a gratuidade prevista na Lei n° 11.441/07 (§3º do artigo 1.124-A do CPC - cujo *"caput"* disciplina as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais) também compreende as escrituras de inventário e partilha consensuais pela via administrativa.

Melo (2007), sobre esta questão, destaca que, "quem comprovadamente for carente deve ter o direito à gratuidade, mesmo que assessorado por advogado particular, pois tem o direito de escolher um profissional de sua confiança".

Também se entende que os tabeliães não poderão exigir que os interessados provem sua pobreza, mas simplesmente que afirmem essa situação de fato.

Nesse sentido, Farias (2007) ressalta que se deve ler então o significado da pessoa necessitada à luz da valorização humanitária bem presente no texto constitucional vigente. Para o autor, dispensa-se a prova da necessidade da gratuidade com o procedimento administrativo, cabendo somente a parte alegá-la expressamente conforme aduz o artigo 4° da Lei 1.060/50. Afirma, ainda, o autor:

> havendo a descabida exigência da prova de pobreza ou miserabilidade por parte do tabelião, caberá seguramente, a impetração do mandado de segurança (na vara de registros públicos) pelo particular prejudicado pela exigência ilegal e abusiva da autoridade pública (art.198 da Lei 6.015/73).

Porém, o Desembargador Nagib Slaibi Filho(2007) faz uma importante observação:

> A falsa declaração de hipossuficiência para efeitos de gratuidade de justiça constitui crime previsto nas leis 7510/86 e 10.537/83. Por sua vez, o dispositivo do parágrafo 3º atende às determinações da Lei 1.060/50, artigo 4°, que dispõe: art. 4°. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Ressalta ainda o autor, que a gratuidade por assistência judiciária em escritura pública não isenta a parte do recolhimento de imposto de transmissão, que tem legislação tributária específica.

Também não é demais relembrar que, em relação ao procedimento judicial, no TJRJ a questão da gratuidade imposta pelo artigo 5º inciso LXXIV da Constituição da República está sumulada: "Súmula 39 - É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade".

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Esse entendimento se funda no princípio de que o direito do acesso à justiça não é absoluto e tem por limite a vedação do abuso do direito, previsto no art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Por fim, podemos dizer que é possível pleitear assistência jurídica (e não judiciária) gratuita nos procedimentos previstos na LDE, visto que é um direito individual previsto no art. 5°, LXXIV, da Constituição, direito este que não está restrito aos atos judiciais, mas alcança também os procedimentos extrajudiciais, como é o caso da separação e o divórcio tratados na Lei 11.441/2007.

3.5 O segredo de justiça das informações constantes na escritura

Em se tratando de questões envolvendo a dissolução da sociedade e/ou vínculo conjugal, caso as partes desejarem que o caso seja resguardado pelo segredo de justiça, deverão fazê-lo pela via judicial. Assim elenca o Diploma Legal referente ao assunto:

> art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.
> Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Sobre o tema, o Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG 01/2007 assim refere: "[...] 5.11. Não há sigilo para as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais. Não se aplica, para elas, o disposto no artigo 155, II, do Código de Processo Civil, que incide apenas nos processos judiciais".

A respeito desse assunto, Santos (2007, p.53) comenta a divulgação do comunicado n° 236, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, alertando os magistrados de primeiro grau no sentido de que o interesse das partes em recorrer à via judicial pode consistir na preservação do segredo de justiça previsto no art. 155 do Código de Processo Civil, não aplicável aos divórcios e separações extrajudiciais, cujos atos por sua natureza devem ser púbicos. E vai mais além, citando o fato de o Desembargador Federal Henrique Geachinto Herkenhoff, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em e-mail remetido ao Grupo de Estudos da Professora Giselda Hironaka, adota posição contrária, tendo afirmado que "ninguém pode pretender que fique em segredo o fato de que se divorciou ou

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

separou, visto que apenas os motivos que levaram à dissolução do casamento é que pertencem à esfera de intimidade, motivos esses que não são discutidos em cartório".

Por fim, engajada no pensamento do doutrinador supra, é imperioso ressaltar que as partes podem ter interesse no sigilo sobre o patrimônio e a respectiva partilha, o que restaria devassável se fosse adotado o procedimento extrajudicial. Sendo assim, esse interesse no sigilo se constitui em mais um argumento em favor da posição de que o procedimento extrajudicial é facultativo para as partes.

3.6 Temas polêmicos e aspectos controvertidos: breves considerações

3.6.1 A possibilidade de se escriturar a conversão da separação judicial em divórcio

Embora a lei não discipline expressamente essa situação – isto é, de conversão[30] da separação em divórcio por meio de escritura pública – nada obsta a sua realização.

Por sua vez, a possibilidade de se escriturar a conversão de separação judicial em divórcio encontra-se consubstanciada no artigo 52 da Resolução nº. 35 do CNJ**,** a saber:

> **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.

Portanto, da análise do artigo em debate, verifica-se que realizada a separação consensual por meio de escritura pública e decorrido o prazo para ser requerido o divórcio, poderão os interessados, por meio de outra escritura pública, comparecer perante o Tabelião para realização do divórcio administrativo. E, mesmo que a separação tenha sido realizada na via judicial, os interessados poderão, uma vez decorrido o prazo de um ano e desde que estejam em comum acordo, solicitar a realização da conversão da separação em divórcio. Nesse sentido Hertel (2007, p.228) conceitua: "nenhum óbice há na lei. Ao revés, essa exegese coaduna-se *in totum* com a própria *mens legis* oriunda da Lei 11.441/2007, que é afastar do Judiciário questões de exígua relevância".

Lôbo(2007) analisando a questão da conversão de separação judicial em divórcio, destaca que tendo transcorrido o prazo de um ano, contado da data da escritura pública de separação administrativa, os separados poderão realizar nova escritura pública para a

[30] Em geral, conversão é a transformação de uma coisa em outra. No caso em tela, seria transformar a separação em divórcio.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

conversão daquela em divórcio. Tendo em conta os fins sociais da lei e do princípio da desjudicialização que a anima, não há vedação legal para que o divórcio por conversão seja consensual e mediante escritura pública, mantidas as condições acordadas na escritura de separação.

Salienta o autor que a "exigência de processo judicial para o divórcio por conversão não é razoável, pois o divórcio direto consensual, que não é antecedido de qualquer ato ou providência, pode ser feito inteiramente pela via administrativa". Tampouco há impedimento legal para a escritura de divórcio por conversão da separação consensual judicial.

Simão e Tartuce (2007) asseveram que, no caso de divórcio por conversão, em que pese a esse respeito a lei nada mencionar, entende-se pela possibilidade da conversão da separação judicial em divórcio extrajudicial, desde que provados o trânsito em julgado da sentença de separação e o transcurso do lapso de um ano, como legalmente exigidos: "Não seria razoável permitir aos cônjuges o divórcio direto por escritura e vedar-lhes o divórcio extrajudicial por conversão da separação judicial".

Por fim, afirma que não há aderência da mesma natureza que impeça a conversão da separação judicial em divórcio extrajudicial, pois não há possibilidade de alteração das condições anteriores e a facilitação para a separação e o divórcio de pessoas capazes e sem filhos menores ou incapazes é a finalidade da lei.

Ainda, dissertando sobre o mesmo assunto, Farias (2007, p.66) destaca que a conversão de separação judicial em divórcio entende-se ser plenamente possível mesmo que tenha havido anterior separação judicial litigiosa ou amigável. "Assim, é possível o manejo da escritura pública para pôr fim ao casamento, seja através do divórcio direto, seja mesmo pelo divórcio conversão."

3.6.2 O restabelecimento de Sociedade Conjugal

Consoante o art. 1.577 do Código Civil, os cônjuges podem restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, seja qual for a causa que motivou a separação judicial. Nessa seara, Santos (2007, p.55) lembra que esse restabelecimento da situação anterior não interfere na coisa julgada, pois a sentença que desconstitui a sociedade conjugal não extingue a relação jurídica de direito material, isto é, o casamento. Além disso, a reconciliação do casal não implica propriamente revogação da sentença que decretou a separação, mas trata-se de um outro ato que restabelece a situação anterior à separação.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

A reconciliação das pessoas que já se separaram encontra amparo no artigo 48 da Resolução nº. 35 do CNJ**,** podendo ser empregado tanto nos casos de Separação Judicial quanto na Separação Extrajudicial, bastando para tanto, além das documentações já conhecidas para a lavratura da Escritura Pública (documentação das partes), a apresentação da Certidão de Casamento com a devida averbação da Separação ou da Certidão da Sentença de Separação. Assim:

> 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.

Neste sentido andou bem o artigo 51 da mesma Resolução que diz ser possível somente averbação do restabelecimento depois de efetivada averbação da Separação, podendo inclusive serem simultâneas. Todavia, não há que se falar em restabelecimento de União Conjugal de cônjuges divorciados que, no esteio da Lei nº. 6.515/1973**,** somente poderão fazê-lo mediante novo casamento.

Destaca também, o doutrinador supra, que esse foi o tema que mereceu mais atenção do Grupo de Estudos da Corregedoria Geral de Justiça do TJSP, tanto que o item 6.3 das suas conclusões possui dez subitens[31] para tratar do assunto.

Por derradeiro, é relevante destacar os ensinamentos de Santos (2007) de que não seria lógico que o casal fosse dispensado do procedimento judicial para obter a separação jurídica e, ao mesmo tempo, não pudesse se valer dessa facilidade para reconstituir o mesmo vínculo.

---

[31] 6.3. Restabelecimento de sociedade conjugal:
6.3.1. Pode ser feita por escritura pública.
6.3.2. Ainda que a separação tenha sido judicial.
6.3.3. Nesse caso (6.3.2), necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.
6.3.4. Nesse caso (6.3.2), o Tabelião deve comunicar o Juízo e as partes apresentar a escritura ao Oficial de Registro Civil em que constar o assento de casamento, para a averbação necessária.
6.3.5. Havendo, com o restabelecimento, alteração de nome (voltando algum cônjuge a usar o nome de casado), a comunicação ao Oficial de Registro Civil em que constar o assento de nascimento, para a anotação necessária, far-se-á pelo Oficial de Registro Civil que averbar o restabelecimento no assento de casamento.
6.3.6. Para a hipótese de separação consensual por escritura pública, é necessário prever a anotação do restabelecimento nesse ato notarial. Se a separação ocorreu em tabelionato diverso daquele que fizer o restabelecimento, o Tabelião que o lavrar deve comunicar aquele, para a referida anotação (tal como já ocorre com as procurações, seus substabelecimentos e suas revogações).
6.3.7 A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações, salvo no que se refere ao uso do nome.
6.3.8. Em escritura pública de restabelecimento deve constar expressamente que em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens (artigo 1.577, parágrafo único, do CC).
6.3.9. A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal depende da averbação da separação no registro civil, podendo os dois atos ser averbados simultaneamente.
6.3.10. É admissível restabelecimento por procuração, se por instrumento público e com poderes especiais.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Ademais, conclui-se que o intuito do legislador foi exatamente o de facilitar a vida das pessoas, desobrigando-as de recorrer ao Poder Judiciário para constituir ou desconstituir a sociedade conjugal e o casamento.

3.6.3 A (im)possibilidade de se escriturar a separação ou o divórcio no tabelionato de notas, quando a mulher estiver grávida: a situação do Nascituro

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 2° assim dispõe: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Nos termos de nossa legislação surge um impasse, pois, embora não tenha personalidade, que apenas começa com o nascimento com vida, o nascituro pode titularizar direitos, como por exemplo, o direito à vida (vedação ao aborto), ou a busca de alimentos gravídicos.

Nesse contexto, Tartuce (2007) informa que duas são as principais teorias no tocante ao início da personalidade jurídica do nascituro, as quais serão abordadas muito superficialmente: a natalista e a concepcionista. Pela teoria natalista, o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois, o Código Civil exigiria o nascimento com vida e o nascituro teria mera expectativa de direitos. Pela teoria concepcionista, o nascituro é pessoa humana, tendo seus direitos resguardados pela lei.

Lembra Tartuce (2007) que a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) só permite a utilização de embriões inviáveis, protegendo sua integridade, indicando, claramente, a adoção da teoria concepcionista.

O inciso I do art. 4ª da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, acolhida pelo Governo brasileiro, expressa que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Para Venosa (2006, p.27), "o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual"; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para quem nem ainda foi concebido.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Entretanto, a lei 11.441/2007 não faz qualquer menção à situação da mulher grávida que resolve separar-se de modo consensual. Ou seja: a lei é lacunosa, uma vez que não afirma categoricamente que, na hipótese de nascituro por ocasião da separação ou divórcio, o casal deverá buscar a tutela do Judiciário, mas apenas que, havendo filhos menores e incapazes, o procedimento será judicial. Dessa forma, o legislador dá destaque ao filho menor e/ou incapaz, esquecendo-se que no rol dos incapazes insere-se a figura do nascituro.

Certamente, a doutrina e a jurisprudência trilharão o entendimento de que, nos casos de ocorrência de gravidez, tanto a separação quanto o divórcio consensual somente serão possíveis com a intervenção do Ministério Público e do órgão julgador. Esta deverá ser a tendência, justamente por aquilo que Venosa (2004) chama de direito eventual. Havendo para o nascituro uma expectativa de direito, analogicamente, aplica-se-lhe a mesma regra incidente sobre o menor ou incapaz. Em síntese, o procedimento será judicial.

Tal posicionamento leva à conclusão de que, no caso de gestantes que queiram separar-se ou divorciar-se consensualmente, o caminho a ser trilhado é o do Judiciário.

3.6.4 A escritura como título hábil, inclusive para a execução de alimentos nas separações e divórcios extrajudiciais

O art. 1.124-A do CPC é explícito em apontar que a escritura pública de separação e divórcio consensual independe de homologação judicial, e é valorada como título executivo:

> Art. 1.124-A - A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.
> § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

Nesse sentido, complementando a legislação supracitada, reza o art. 3º da Resolução 35 do CNJ:

> 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.)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Outrossim, a execução de alimentos está prevista no art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal que diz:

> Art. 5º - 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: LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Vem regulada também pelo art. 475- J e art. 733 e seguintes do Código de Processo Civil.

A execução da prestação de alimentos deve obedecer primeiramente, quando possível, a regra do art. 734 do CPC:

> quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia. Parágrafo único. A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

Com relação à maneira adequada para execução de alimentos quando a obrigação é constituída por escritura pública, a Lei 11.441/2007 foi omissa ao regular tal procedimento administrativo inserido em nosso ordenamento jurídico. A escritura pública lavrada perante o tabelião assegura à lei a qualidade de título hábil para o registro civil e o registro de imóveis, mas a lei não se manifesta no sentido da escritura constituir título judicial na execução de alimentos.

Segundo o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil[32], escritura pública é titulo extrajudicial, mas, segundo Cassetari (2007) esse dispositivo legal não se enquadra no caso em questão, pois, se a escritura pública for considerada título extrajudicial quando se tratar de execução de alimentos, ela não estará cumprindo o objetivo da lei, trazendo insegurança jurídica para o jurisdicionado.

Caso não houver pagamento de pensão alimentícia acordado em escritura pública deve ser executada como título executivo judicial, segundo o art. 733 do Código de Processo Civil, para dar segurança ao ato. Mesmo que não esteja previsto no texto de lei, pois antes da nova

[32] São títulos executivos extrajudiciais: [...] **II** - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

legislação entrar em vigor, a única maneira de se constituir obrigação de alimentos era a sentença.

Nesse sentido, Cahali e Rosa (2007, p.122 e 123) prelecionam:

> Para justificar a posição, entendemos cabível a aplicação por analogia do art. 475-N inciso IV, que confere à sentença arbitrá-la qualidade de título executivo judicial. Em ambas as situações, há a intervenção de um terceiro (árbitro ou notário, aquele decidindo ou homologando acordo entres as partes, este apenas colhendo e atestando a vontade das partes), estranho ao Judiciário, mas cujo ato praticado tem repercussão enquanto título executivo judicial. Sabemos ser ousada aposição, porém, entendemos que esta é a única forma eficaz para dar a esperada segurança jurídica à escritura, ou seja, só lhe outorgando força executiva judicial se terá o rendimento prático pretendido a esta via administrativa.

Assim, embora o art. 585, inciso II, do CPC, trate a escritura pública como documento extrajudicial, no caso de execução de alimentos acordado extrajudicialmente, a escritura tem o mesmo valor jurídico de uma sentença homologada, até porque, uma das finalidades da reforma foi desafogar o Poder Judiciário.

Ademais, em sendo o fundamento da analogia a expressão latina *Ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (A mesma razão autoriza o mesmo direito). Assim:

> Se um dos escopos das reformas é a desburocratização do Poder Judiciário, que poderá canalizar suas energias em prol de outros efeitos fazendo valer a celeridade e razoável duração do processo (art. 5º LXXXVIII, CF/88), não há motivo plausível que justifique a utilização do Judiciário. (PELEJA JUNIOR , 2007, p. 64)

O parágrafo único do art. 580 do Código de Processo Civil nos oferece argumentos, os quais nos autorizam dizer que é perfeitamente cabível execução judicial de escritura pública, na execução de alimentos, tendo em vista que a escritura pública, a qual acorda alimentos, tem o mesmo valor jurídico que a sentença, pois antes da nova legislação, a única maneira de se constituir obrigação alimentar era a sentença.

Com a execução judicial da escritura pública que constitui obrigação de alimentos, passa a ser possível a decretação de prisão do devedor de alimentos, permitido pela Constituição Federal, dando a mesma segurança jurídica que qualquer procedimento judicial, pois a prisão é o meio coercitivo que obriga o devedor de alimentos a cumprir com sua obrigação. É nesse sentido o entendimento de Cassetari:

> na interpretação da Lei 11.441/2007 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

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> que se reconheça a seriedade da pensão fixada extrajudicialmente.(CRISTIANO CASSATARI, 2007, p. 74)

Sobre o assunto, Domingues (2007, p.274) vai mais além:

> seria realmente um retrocesso do sistema não permitir a execução nos moldes do art. 733 do CPC, como supracitado, pois, se assim for, além de latente prejuízo ao credor de alimentos, ter-se-á malfadado benefício ao devedor. Pois, se em um primeiro plano, o jurisdicionado é beneficiado com a agilidade dos procedimentos notariais extrajudiciais para fixar o pensionamento almejado e necessário à sua mantença, em um segundo momento o mesmo cidadão seria obstado ao exercer o direito constituído no documento firmado extrajudicialmente, quando diante de seu descumprimento, vez que o art. 733 do CPC não permite sua execução sob pena de prisão, caso interpretado de forma literal. [...] Todavia, até que a adequada normatização ocorra, os julgadores poderão se basear, além de outras possibilidades, no art. 5º da Lei 4.657/1942 – Lei de Introdução ao Código Civil , qual seja: Na aplicação da lei, o juiz tenderá aos fins sociais que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por fim, com o advento da Lei 11.441/2007, o Judiciário deve ser beneficiado com o desafogamento de infindáveis novas ações e as partes serão beneficiadas com uma agilidade na busca de seus interesses, interesses estes até então não divergentes.

Fica demonstrado a necessidade da execução de escritura pública de alimentos como título executivo judicial, pois com a execução extrajudicial a demora no caminhar processual beneficiaria o devedor em detrimento do necessitando, ressaltando ainda que a lei geraria insegurança jurídica, em franco prejuízo aos interessados, gerando acúmulo de serviços nas varas e indo de encontro a um dos nortes da reforma: desafogar o poder judiciário.

3.6.5 O estado civil do separado extrajudicialmente

Outra questão importante a ser analisada é com relação aos estados civis. Desde a promulgação da Lei em comento, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece as seguintes formas de dissolução da sociedade conjugal: separação judicial (pela via judicial); separação jurídica (pela via notarial); e o divórcio (judicial ou notarial).

Conforme preleciona Santos (2007, p.58), até agora uma pessoa poderia ser solteira, casada, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Mas com a nova lei a separação pode ser judicial ou extrajudicial, de modo que uma pessoa pode também ser separada extrajudicialmente.

Corroborando com o que preleciona o aludido doutrinador, considero que a melhor denominação para esse estado civil é separado juridicamente, para distinguir da mera

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

separação de fato. Para ele, a separação jurídica, portanto, seria um gênero, do qual são espécies a separação judicial e a extrajudicial, no que se refere ao procedimento; a consensual e a litigiosa, quanto à convergência das vontades dos cônjuges.

Afinal, conforme se depreende da leitura de vários doutrinadores, mais importante do que a nomenclatura do novo estado civil é o reconhecimento dessas novas formas de se dissolver a sociedade conjugal. E, a possibilidade do casal optar pelo procedimento extrajudicial, sem a intervenção do juiz e da promotoria de justiça, nos termos da nova Legislação, deixa claro que o processo necessário (a dissolução do vínculo matrimonial, somente através da intervenção do judiciário) não contempla as novas formas de dissolução da sociedade conjugal, “nascendo pois um novo estado civil”, e de conseqüência, nova modalidade de dissolução da sociedade conjugal: separados juridicamente e divorciados juridicamente.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

4 A MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA DAS SENTENÇAS NOS DIVÓRCIOS E SEPARAÇÕES EFETUADOS PELA VIA ADMINISTRATIVA

4.1 Breves Considerações sobre a Importância dos Princípios para o Direito

Os princípios constitucionais deixaram de servir como mero instrumento de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, adquirindo eficácia imediata, e tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça.

Do latim *principium*, a palavra "princípio" significa começo, origem de qualquer coisa. Muito bem explicado no Dicionário Michaelis, é: "*1* Ato de principiar. 2 Momento em que uma coisa tem origem; começo, início. 3 Ponto de partida. 4 Causa primária. 5 Fonte primária ou básica de matéria ou energia". Outrossim, levada a um prisma jurídico, a palavra em tela toma outra angulação.

Muito se tem discutido na doutrina sobre qual seria a finalidade dos princípios no direito. De doutrina para doutrina, percebe-se que não existe um entendimento único, surgindo, logicamente, teses em vários sentidos. Porém, todos caminham em um paralelo de forma a reconhecer a sua juridicidade, fundamentalidade e fecundidade das demais regras do Direito.

Do ponto de vista da ciência do Direito, Beviláqua (1980) preleciona que:

> princípios, é sabido, são vetores de interpretação de todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, e funcionam como "super-normas", que não apenas esclarecem o sentido das demais, como prevalecem sobre elas em caso de aparente conflito. Os princípios "são os elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias.

Conforme se depreende do estudo da obra de Diniz (1997, p.211), na antigüidade os princípios eram tidos como fonte de direito natural:

> segundo Aristóteles, princípio era uma fonte, uma causa de ação, tornando-se um freio dos fenômenos sociais. Já Cícero, analisando o conjunto de codificação civil romana, diz que os princípios serviriam para resolver casos novos.

Porém sustenta ainda a supramencionada autora que:

> no direito moderno a questão é mais controvertida, o Professor Tércio Sampaio de Ferraz Júnior diz que os princípios compõe a estrutura do sistema e não o seu repertório; Unger diz que são meros expedientes para liberação das passagens legais que não mais atendem a opinião dominante; Hoffman diz que são permissões para livre criação do direito por parte do magistrado; Serpa Lopes define-os como simples fontes interpretativas e integrativas de normas legais, sem qualquer força criadora; os racionalistas compactuam com o pensamento esposado na antigüidade, definindo os princípios como fonte de direito natural, corrente esta sustentada por Del Vecchio, Espínola, Zeiller, idéia esta também aceita pela codificação civil espanhola e austríaca, onde respectivamente nos artigos 6º e 7º, encontra-se a prescrição dos princípios gerais do direito como direito natural.

Segundo De Plácido e Silva (1993, p.447), os princípios significam "as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de qualquer coisa". Para o autor, os princípios, por serem o alicerce, vislumbram - se mais importantes que a própria norma jurídica: consubstanciam, "a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo - se em perfeitos axiomas".

Melo Filho (1986, p. 26) ressalta com maestria:

> O princípio possui uma função especificadora dentro do ordenamento jurídico: ele é de grande valia para a exegese e perfeita aplicação, assim dos simples atos normativos que dos próprios mandamentos constitucionais. O menoscabo por um princípio importa na quebra de todo o sistema jurídico. É que o direito forma um sistema, é um axioma que nem sequer precisa ser demonstrado, já porque axioma (de universal acatamento, diga-se de passagem), já pela proibição lógica do regressum ad infinitum (da infinita reciclagem das premissas eleitas).

Assim, para o autor, "um princípio por ser mais geral do que uma norma tem por objetivo inspirá-la, valendo dizer que se aplica em qualquer circunstância". Trata-se da importância dos princípios para o direito, que segundo Geraldo Ataliba, apud Lemes (1997, p.32), "os princípios são a chave e essência de todo direito; não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos".

Mello (1991, p.300) segue na mesma linha de raciocínio, porém vai mais além quando os defende dizendo que:

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Bonavides (1991, p.260) destaca que "a relevância dos princípios, alçado à superioridade e hegemonia na pirâmide normativa, está não apenas no aspecto formal, mas, sobretudo no material". Assim, para o autor:

> o ponto marcante da grande transformação em tema de princípios, diz, encontra-se no caráter e no lugar de sua normatividade, a qual, conduzida pelas influências da doutrina moderna, passou dos Códigos para as Constituições, convertendo-se – os princípios -, de fontes de mero teor supletivo, em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Ainda, no que tange ao seu conteúdo valorativo, assinala que:

> os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.

Nesse sentido, Reale (1969, p.54) conceitua:

> princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Com relação ao assunto em tela, Canotilho (1997, p.173) evidencia que:

> a existência de regras e princípios constitucionais, formando uma estrutura sistemática, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios, em que o sistema ideal compõe-se de regras e princípios, coexistindo ambos no sistema jurídico, os segundos constituindo-se em fundamentos jurídicos para as primeiras, como uma "idoneidade irradiante que lhes permite 'ligar' ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.

Finalmente, os princípios garantem uma função de integração sistemática entre os vários ordenamentos, ideia esta também sustentada por Ascensão (1994), que diz que "se temos uma ordem normativa representada por um sistema, tem de ser travejado e percorrido por princípios ou orientações fundamentais, que resultam justamente na sua unidade".

Dessas lições depreende-se que os princípios estão para o direito, assim como o ar está para o ser humano. Renegá-los, seria o mesmo que negar a existência do direito.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Assim, é inegável a importância dos princípios gerais do direito, independente da corrente jurídica que se adote.

4.2 Princípios Típicos do Direito Notarial

Vários são os princípios “aplicáveis” aos serviços notariais. Acredita - se que sobre o assunto em voga, pairem mais de vinte princípios dos mais diversos conteúdos. Alguns doutrinadores do assunto, entretanto, trataram de dividi-los em:

a) Princípios Atípicos, ou seja, decorrentes de outras áreas. São eles: Princípios Constitucionais da Administração (o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência), Princípios do Direito Privado (o da liberdade de contratar ou autonomia da vontade, o da obrigatoriedade do contrato ou *pacta sunt servanda,* o da supremacia da ordem pública, o da probidade e da boa-fé, e o da função social do contrato) e Princípios do Direito Registral (Princípio da Publicidade, Princípio da Fé Pública, Princípio da Prioridade, Princípio da Especialidade, Princípio da Disponibilidade, Princípio da Continuidade e Princípio da Legalidade).

b) Princípios Típicos do Direito Notarial, aqueles que são da própria natureza da atividade e que muitas vezes se “mesclam” com os Atípicos, com os quais o notário também pode operar.

Diante da amplitude do tema, optou-se pela análise dos princípios específicos que informam as relações notariais, ressaltando-se sua importância da realização prática no cenário brasileiro atual. Por fim, e por amor a brevidade, uma vez ressaltada a importância dos princípios, volta-se os esforços para a análise aprofundada de onze dos mesmos, que são os Princípios Típicos do Direito Notarial, e análise superficial de outros três princípios notariais, que estão sempre presentes, como meio de garantir a manutenção da segurança jurídica das sentenças nos divórcios e separações efetuados pela via administrativa, cerne deste capítulo.

4.2.1 Princípio da Economia

O vocábulo economicidade se vincula, no domínio das ciências econômicas e de gestão, à “idéia fundamental de desempenho qualitativo. Trata-se da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico". Essa é a visão de Bugarin (2004, p.107), que cita ainda:

> a inserção do princípio da economicidade no plano positivo exprime e consagra uma nítida opção dos constituintes de 1988 por uma radical e estrutural mudança na esfera de legitimação do espaço público na sua missão de ponto de recepção e reflexão concreta e construtiva dos enormes e urgentes anseios individuais e coletivos presentes em nossa perversa realidade socioeconômica.

Torres (1991, p.37) por sua vez, afirma que o "conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça".

Já Reis (2000, p. 5) entende, nesse diapasão que:

> se impõe "exame das relações custo/benefícios processos administrativos que levam a decisões, especialmente as de maior amplitude, a fim de se aquilatar a economicidade da escolha entre os diversos caminhos propostos para a solução do problema, para a implementação da decisão".

Finalmente, no tocante à aplicação do princípio da economia, Ferreira (2007, p. 36) comenta que o fazer notarial deve buscar a opção mais econômica para as partes, desde a escolha do ato a realizar, conformando-os às necessidades e às condições das partes, inclusive quanto aos seus aspectos tributários. Para ele, o notário tem o dever de buscar escolher a forma pública tributariamente menos gravosa para as partes. "Não se trata de buscar elidir-se da tributação, mas oferecer às partes as alternativas, quando existentes". É o caso, por exemplo, das leis tributárias municipais que oferecem a alternativa de pagar o tributo relativo ao usufruto na sua constituição ou na sua extinção.

Por fim, cabe ressaltar que não basta o tabelião escolher o instrumento jurídico a ser lavrado, este deve ser o mais barato e eficaz para as partes, com a menor incidência de tributos, sempre oferecendo as opções aos interessados que o procuram.

4.2.2 Princípio da Forma

Esse princípio, também chamado de *forma dat esse rei*, proclama que todo o ato jurídico, para que possa ser conhecido e produzir efeitos, necessita de uma forma, de uma exteriorização.

Sander (2005) sustenta que, diante da grande variedade de formas previstas no direito positivo vigente, há liberdade de escolha, porém segue como sendo necessária para determinados negócios, que a lei exige uma forma determinada e especial, ou seja, "a forma de ser", esta é necessária para a sua existência.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Para a autora, existem as formas particulares que são criadas na esfera privada pelos particulares, sem a intervenção estatal na sua confecção. Por outro lado, existem as formas públicas, mais solenes e que recebem a intervenção de um oficial público, a quem a lei confere autoridade e poderes para tanto. São as formas outorgadas com a intervenção de um oficial público.

Dentre as formas públicas, encontram-se as notariais, ou seja, as formas nas quais o oficial público que intervém é o notário. Assim:

> As formas notariais são eminentemente documentais, pois perpetuam os atos no tempo, face ao princípio da certeza e segurança jurídica. O notário realiza seu mister documentalmente e, mesmo quando não seja ele o redator do ato, sua intervenção, ainda que em instrumentos privados, se reveste de formas documentais. As escrituras públicas, evidentemente, são constitutivas, quando a lei exige essa solenidade. Ser convencional quando as partes acordem que o negócio jurídico se tem por perfeito, quando elaborado por instrumento público.

A forma pública dos atos notariais são essenciais a sua formalização, estando revestida de juridicidade, ou seja, adequada às normas de direito. Para Ceneviva (2002, pág.43) “os atos notariais devem ser praticados por profissionais habilitados, em livros próprios, sempre de modo a preservar a intenção e a verdade da manifestação neles contida”. Ainda, a “inobservância do requisito formal dos atos notariais podem gerar a nulidade, em casos como a lavratura de testamento público, do pacto antenupcial, e a anulabilidade conforme o caso”.

“A Forma é inerente a todo fato ou ato jurídico”. Comungando desse entendimento, Ferreira (2007, p.37) lembra que 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 forma. Na forma, os direitos adquirem solidez”.

Argentino Néri apud Ferreira (2007) sintetiza a forma como uma “conseqüência do princípio ativo que se traduz em ato, em realização”. Consagrada pela experiência, é um elemento de rigor e precisão em toda a instrumentação jurídico-notarial. É assim, um princípio real de direito notarial.

É importante ressaltar que, em decorrência da forma, a lei confere eficácia e autenticidade ao documento notarial, não dependendo de prova dos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade (Código de Processo Civil, art. 334).

Portanto, conclui-se que os documentos públicos ou privados, são constitutivos e probatórios. Os primeiros dão vida ao negócio jurídico, os segundos provam um negócio jurídico anterior, mas não o modificam. Havendo divergência, sempre prevalecerá o

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

instrumento público, pois, a força probante do ato notarial é a maior do ordenamento jurídico, tendo o efeito de "prova plena" *iuris tantum*.

Diante do exposto, tem-se que todos os atos lavrados nas serventias notariais precisam seguir as formas previstas em lei, que é precaução da segurança.

4.2.3 Princípio da Imediação

No processo judicial, o princípio da imediação[33] exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos).

No âmbito notarial, Kollet (2003, p.25) define o princípio da imediação como a "relação de proximidade entre as diferentes partes que intervém na função notarial, pois há uma relação entre o notário e os interessados em lavrar o documento público e entre o notário e o documento público".

Ferreira (2007, p.37) também não diverge desse entendimento. Para o autor, a imediação é "garantia do adequado e correto fluxo de idéias, de que o notário, próximo das partes, compreenderá a vontade delas e poderá oferecer o aconselhamento e instrumentos adequados". Assim:

> há grande subjetividade na qualificação notarial, decorrente da percepção e da cognição do notário e das partes e suas relações. O conceito de imediação se desenvolve sobre estas relações e também entre as partes e o instrumento público. A atividade notarial sempre ocorreu com imediação. A captação da vontade das partes; a elaboração, a crítica e a reedição contínua de minutas para leitura e o estudo das partes exemplificam a ocorrência da imediação.

Outrossim, o autor destaca que o contato, a imediação não implica, nos dias de hoje, a presença física. As partes e os notários podem se relacionar por telefone, correio eletrônico e, até mesmo, por um sítio na internet que possibilite o fluxo de informações. Comenta ainda que:

> a imediação pode ocorrer também através dos prepostos, nos limites de sua autorização, como previsto na Lei 8.935/1994 (art.20). Não é essencial ao princípio que o próprio notário tenha contato com a parte, sendo bastante o atendimento dos prepostos que operam como uma *longa manus* do tabelião.

[33] Imediação: O fato de estar imediato; vizinhança, proximidade, contigüidade.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Por derradeiro, evidencia-se ser o princípio da relação de proximidade entre as diferentes partes que intervêem na função notarial. É o agir com relação às partes e o negócio jurídico a ser formalizado.

4.2.4 Princípio da Rogação ou Instância

Fazendo uma análise dos estudiosos do direito, no que tange ao princípio da rogação ou instância, o tabelião necessita de provocação – pedido para poder atuar – atuação esta que normalmente se dá de forma tácita e verbal, sendo permitido nos casos em que se exige cautela o pedido formal com rogação subscrita.

Esse princípio consiste na liberdade de ação do interessado no registro, que não é obrigado a solicitá-lo; tampouco o cartório, salvo raras exceções, tem o direito de promovê-lo por conta própria. No Brasil esse princípio perdeu parcialmente sua substância, salvo no tocante às averbações, porque a lei admitiu que o apresentante do título fosse "qualquer pessoa".

Assim, para Balbino Filho (2001):

> a solicitação de qualquer ato registral/notarial é simples, independe de forma especial e pode ser expressa ou tácita. É expressa quando o requerente manifesta claramente ao registrador/tabelião sua vontade de obter o lançamento. A pretensão é tácita quando o registrador/tabelião, por experiência própria, detecta a vontade do interessado. Como regra geral entende-se que o mero fato de apresentar documentos à Serventia constitui uma solicitação para a prática dos atos registrais/notariais inerentes a todo o seu conteúdo.

Nessa linha, segue os ensinamentos de Ferreira (2007, p.38), o qual assevera que o tabelião não atua de ofício; a prestação do serviço notarial depende sempre de uma rogação, de um pedido. A rogação pode ser, e é, tradicionalmente, tácita e verbal. Alguns casos merecem cautela e o tabelião deve pensar em solicitar um pedido formal, uma rogação assinada. Afirma ainda, o autor:

> conveniente é a apresentação de pedido, assinado por uma das partes, em caso de atas notariais. Ocorre que ata, uma vez solicitada e feita, prevalece, permanece válida, mesmo que o solicitante se recuse a assiná-la. Neste caso, o tabelião deve completá-la com a declaração de recusa e motivo (se for indicado pela parte) e assiná-la.

Ainda no que concerne à Lei 11.441/2007, o autor alerta para a conveniência da rogação escrita para os atos de inventário e partilha, separação e divórcio.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Assim, a rogação pode ser um ato complexo, quando as partes comparecem para aconselhamento e postulações que podem não se conformar com a lei. O tabelião e as partes vão se aproximando – princípio da imediação – até o momento em que há convicção da vontade de formalizar o ato ou negócio jurídico.

4.2.5 Princípio do Consentimento

Primeiramente, buscando entendimento no ramo da psicologia social**,** Maijerink, apud Endenburg (1998) explica que o consentimento rege a tomada de decisão. Para ele, consentimento não significa o mesmo que "consenso". Consenso é a expressa concordância, é quando a decisão confere com o que eu quero. Consentimento significa que eu posso consentir, que não tenho objeção contra a proposta, embora a minha decisão pudesse ser outra.

Da explanação supracitada, decorre o "princípio do consentimento", o que se busca definir a seguir:

Engelhardt (1998, p.17) propôs uma alteração da sua definição do princípio da autonomia, escrita em 1986, para uma nova forma denominada de Princípio do Consentimento, na sua segunda edição (1996):

> [...]rebatizei o "princípio da autonomia" como o "princípio do consentimento" para indicar melhor que o que está em jogo não é algum valor possuído pela autonomia ou pela liberdade, mas o reconhecimento de que a autoridade moral secular deriva do consentimento dos envolvidos em um empreendimento comum. O princípio do consentimento coloca em destaque a circunstância de que, quando Deus não é ouvido por todos do mesmo modo (ou não é de maneira alguma ouvido por ninguém), e quando nem todos pertencem a uma comunidade perfeitamente integrada e definida, e desde que a razão não descubra uma moralidade canônica concreta, então a autorização ou autoridade moral secularmente justificável não vem de Deus, nem da visão moral de uma comunidade particular, nem da razão, mas do consentimento dos indivíduos. Nessa surdez a Deus e no fracasso da razão os estranhos morais encontram-se como indivíduos.

Nesse sentido, Ferreira (2007, p.39) leciona que: "não se admite ato notarial sem consentimento, salvo a exceção feita à ata notarial". Assim, mesmo que o ato tenha se materializado com a assinatura do tabelião, necessária se faz a concordância e assinatura das partes na parte abaixo do ato notarial lavrado, confirmando assim a conformidade com a outorga notarial.

O autor frisa que o princípio do consentimento não diz respeito ao requisito essencial do contrato, mas à faculdade de concordar com a outorga do ato notarial, ressaltando que:

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> parece excesso lembrar, mas é indispensável que o consentimento seja livre dos defeitos do negócio jurídico, especialmente de 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.

Aliás, para título de exemplificação, pelo art. 32 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, têm-se que: "Art. 32 O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito".

Ademais, extrai-se do estudo da doutrina do autor em voga que a assinatura implica consentimento para o ato e o que nele se contém, na sua totalidade, sem exceção ou condições. A leitura integral do ato, o questionamento às partes sobre sua compreensão e eventuais dúvidas, a cautela de esclarecê-las, mesmo que tímidas ou banais, resguardam o ato notarial de ataques posteriores consente com dúvidas ou má compreensão do ato.

4.2.6 Princípio da Unicidade do Ato

Questão mais controvertida, porém não menos importante, é o princípio da unicidade do ato notarial. Por ele, ato deve conter uma unicidade de contexto, tempo e lugar. Fazendo uma análise dos doutrinadores do direito notarial sobre o assunto em tela, verifica-se que na sua quase totalidade, defendem o princípio da unicidade do ato como princípio instrumental e não formal.

Segundo Rezende (1997, p.115), neste caso, não se trata de unicidade como princípio formal, mas sim, como princípio instrumental:

> o documento notarial a ser elaborado não poderá sofrer interrupções, tampouco mostrar-se descontínuo. Estaria mais precisamente posicionado se fosse entendido como o princípio da unidade instrumental, já que unicidade do ato é entendida como sendo a elaboração, leitura, assinaturas e encerramento, portanto, atos seguidos ou sucessivos.

Como se nota, o princípio da unicidade do ato é instrumental, que após sua elaboração, leitura e assinatura por qualquer dos interessados, não poderá mais ser alterado sob alegação de qualquer outro interessado. Não deverá ser alvo, nem mesmo com o consentimento do outro – obviamente verbal – de modificações.

Vasconcelos e Cruz (2000, p.110) esclarecem que esse princípio, como imaginam muitos juristas, "não trata da unidade como princípio formal, mas sim como princípio instrumental. O documento notarial deve ser elaborado, sem interrupção". Para os autores,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

esse princípio estaria mais preciso se o fosse declarado como “princípio da unidade instrumental, pois como princípio da unicidade do ato, entende-se como a sua elaboração, leitura, assinaturas e encerramento, sem solução de continuidade”. Assim:

> nos negócios jurídicos formais do direito romano clássico era necessário que toda a cerimônia se celebrasse sem solução de continuidade, com unidade de tempo e lugar, em um só ato, sob pena de nulidade. Esse, sim, é o princípio da unidade do ato. A aplicação desse princípio encontra-se elencada no ordenamento positivo vigente, como, por exemplo, na elaboração dos testamentos.

Analisando por outro prisma, Ferreira (2007, p.40) acredita que a “realidade cotidiana da atividade notarial demonstra justamente o oposto da unidade do ato, ao menos quanto ao tempo”:

> a audiência é um primeiro contato, de aconselhamento, de esclarecimento de dúvidas e de conhecimento da lei e dos feitos que decorrerão do ato ou negócio jurídico. A ela se segue um ritual de confirmação que, para muitos, pode se prolongar por dias, não raro, meses.

Para Follmer (2004, p.101), o princípio da unicidade do ato indica que o “instrumento público realizado pelo tabelião deve ser lavrado num único ato. É característico do ato notarial ser realizado num mesmo momento, pois não se admitem interrupções”. Porém, a autora explica que:

> o testamento público, disposto nos arts. 1.864 e ss. do NCC , não foge à regra da unicidade do ato, pois, mesmo na hipótese de o notário deslocar-se ao local onde se encontra o testador, por exemplo, no hospital, quando for iniciada a lavratura do aludido testamento, ele não poderá ser interrompido. É óbvio que, se o testador tiver alguma crise de saúde aguda, o tabelião permitirá que o médico atenda o mesmo, suspendendo provisoriamente a sua feitura – desde que as testemunhas possam assistir a todo o procedimento médico. Tal prática é utilizada para evitar qualquer tipo de nulidade posterior. Tão logo o testador melhore – minutos após o atendimento médico – prossegue-se o testamento, para evitar a violação ao princípio da unicidade do ato.

Ainda no que se refere ao princípio da unicidade do ato, a autora lembra que os “instrumentos públicos são lavrados num texto contínuo, sem parágrafos e espaços, justamente para evitar qualquer tipo de fraude ou violação”.

Portanto, depois de elaborado, lido e assinado, o documento público não poderá ser alterado. Tal prática garante às partes a segurança jurídica quanto aos atos praticados.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

4.2.7 Princípio da Matricidade ou Conservação

Num primeiro momento, cabe fazer um breve comentário, somente a título de informação, da importância da conservação preventiva, que é o estudo e o controle das principais fontes de degradação, neste caso, especialmente, de livros e documentos. Constitui-se, na realidade, em uma série de medidas preventivas contra a ação dessas fontes de degradação, com a finalidade de evitar o alastramento e a disseminação de seus efeitos danosos. Em linhas gerais, os principais agentes de destruição de acervos podem ser divididos em três categorias: fatores internos de degradação; fatores externos ou ambientais de degradação; ação do homem sobre o acervo.

Porém, este não é o foco de estudo deste subitem, ao que passamos ao princípio da matricidade ou conservação propriamente dita.

Segundo Rezende (1997, p.74), o notário deve manter absolutamente bem conservados e em ordem todos os livros, papéis, folhas, material de microfilmagem, maquinário, computadores e demais documentos pertencentes à Serventia que lhe foram confiados, constituindo-se, conseqüentemente, num sistema estável e permanente em virtude de perdas, extravios e deteriorizações.

Ainda, comungando do entendimento de vários doutrinadores, ressalta-se que o princípio da conservação é de muita importância para o caso do testamento cerrado, por exemplo, visto que o testamento cerrado fica avulso na serventia notarial, ensejando assim fácil perda ou deterioração. O notário deve conservar todos os documentos, livros e papéis que lhe forem confiados. A defesa exercida pelo titular de Notas deve ser interpretada como defesa do próprio Estado, visto que a segurança do negócio jurídico testamento, imposta pelo Estado está nas mãos do notário.

Para Ferreira (2007, p.42), o princípio da matricidade indica que:

> todo o ato notarial é conservado nos livros, nos protocolos notariais. Ressalta que no Brasil, constituem exceção a esta regra o auto de aprovação de testamento cerrado, as atas notariais extra-protocolares e os atos de autenticação de cópias e reconhecimento de firma.

O autor explica que o arquivamento incumbe ao tabelião, que poderá utilizar sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico, ou qualquer outro meio de reprodução, buscando processos que facilitem as buscas. Nesse sentido, reza a Lei 8.935/1994, arts. 41 e 42:

> Art. 41. Incumbe aos notários e aos oficiais de registro praticar, independentemente de autorização, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços, podendo, ainda, adotar sistemas de computação, microfilmagem, disco

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> ótico e outros meios de reprodução.
> Art. 42**.** Os papéis referentes aos serviços dos notários e dos oficiais de registro serão arquivados mediante utilização de processos que facilitem as buscas.

Ainda, o referido autor preleciona que os livros de papel que forem armazenados em outra mídia poderão ser levados ao arquivo público, ficando o tabelião responsável pela guarda, conservação, autenticidade e integridade do banco de dados eletrônico.

Sobre o assunto, Vasconcelos e Cruz (2000, p.110) esclarecem que o "notário não é dono dos livros e papéis, os quais estejam sob sua guarda, mas apenas depositários. Esses livros e papéis são do Estado":

> o Estado, no ato de delegação, atribui ao notário o dever de conservar tudo aquilo que lhe é confiado como de documento. Assim, deve o notário conservá-los, como se fosse o próprio Estado, sob pena de responsabilidade. A conservação deverá ser feita de forma que impeça a sua destruição.

Por fim, conclui-se que a defesa exercida pelo notário, quanto aos documentos por ele conservados, deve ser interpretada como defesa do próprio Estado, pois a segurança dos negócios jurídicos imposta pelo Estado está em suas mãos.

4.2.8 Princípio da Legalidade

No tocante ao princípio da legalidade, o tabelião não pode descumprir os preceitos legais, ou seja, o que na lei está ditado fazer. Todas as formalidades contidas no Código Civil, o tabelião de notas está obrigado a cumpri-las. O notário deve adequar a vontade das partes ao ordenamento jurídico, controlando a legalidade do negócio jurídico. O juízo da legalidade impõe ao notário o dever de examinar os requisitos legais, negando autorização quando existam, a seu juízo, defeitos ou faltas de cumprimento de requisitos legais.

Nessa linha de raciocínio, Rezende (1997, p.142) traz que o notário deve adequar a vontade das partes ao ordenamento jurídico, controlando a legitimidade do negócio. Em sua vertente negativa, o juízo da legalidade impõe dever de examinar todos os requisitos legais nos atos que venha a intervir, negando autorização quando existam motivos justos, denunciando defeitos ou falta de cumprimento relacionada aos elementos jurídicos, tudo sob apurado critério técnico e legal.

O princípio da legalidade, segundo Mello (1997, p.58) é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo:

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> [...]. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Meirelles (1997, p. 82) ao abordar o tema lembra que:

> A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. [...] As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe**.**

Comenta ainda que os notários e registradores no exercício da função pública devem se submeter ao princípio da legalidade, só podendo praticar os atos de seu ofício permitidos por lei. Mesmo sendo a função pública exercida em caráter privado, este não tem o condão de submeter a atividade ao princípio da autonomia da vontade, que prevalece nas relações privadas. Sendo a função pública delegada pelo Estado ao particular, devem prevalecer os princípios norteadores da Administração Pública.

Nessa linha, Lima (2003, p.23) evidencia que:

> No que diz respeito a notários e registradores, o art. 3° da Lei 8.935/94 os qualifica como profissionais do direito. Logo, têm o dever de conhecer os princípios e normas atinentes aos seus ofícios. As suas competências são taxativamente definidas em lei (art. 6°/13). Outrossim, o art. 31, I, considera infração sujeita a sanção disciplinar, a inobservância das prescrições legais e normativas.

Ainda, no que se refere ao princípio da legalidade, Ferreira (2007, p.43) assevera que "o controle da legalidade feito pelo notário produz o efeito de assegurar, jurídica e economicamente, a integridade dos direitos à sociedade".

O princípio da legalidade tem, portanto, uma função econômica tão importante quanto a profilaxia legal que visa à segurança jurídica. A Atividade notarial previne litígios e, desta forma, assegura os investimentos.

Ademais, conclui o autor que o tabelião tem o dever de informar às partes sobre as leis incidentes nos atos ou negócios que realizam. "É conveniente lançar no ato a indicação da lei quando as partes queiram ressaltá-la".

Desta mesma forma, quanto aos atos da lei 11.441/2007, o tabelião poderá aceitar disposições que contenham declarações sobre situações de fato, como um abandono,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

infidelidade, guarda de crianças (menores, em tempo anterior à lavratura da escritura) etc., dispondo sobre o acordo de vontades que leva ao consenso formalizado pela escritura pública.

Follmer (2004, p.91) classifica a legalidade como o princípio basilar que sustenta todo o nosso ordenamento jurídico pátrio, pois, independentemente de que área do direito estejamos abordando, o princípio da legalidade deve ser respeitado:

> para alcançar a legalidade dos atos notariais, o tabelião necessita, muitas vezes, atuar - além de fiscal dos requisitos legais – como um intérprete da vontade das partes, bem como, um conselheiro jurídico, que traduzirá às partes os efeitos jurídicos que tal ato poderá ocasionar.

Sem dúvida alguma, respeitar o princípio da legalidade é um dos maiores compromissos do notário, pois ele deverá atender à vontade das partes – ou da parte – desde que respeitados os preceitos legais definidos por nosso ordenamento jurídico.

4.2.9 Princípio da Comunicação ou Publicidade

Segundo preleciona Balbino Filho (2001) "a publicidade é a alma dos registros públicos. É a oportunidade que o legislador quer dar ao povo de conhecer tudo que lhe interessa a respeito de determinados atos. Deixa a par de todo o movimento de pessoas e bens". Para o autor, a função pública é aquela atividade própria e característica do Estado, cuja organização e o cumprimento regular e contínuo interessam diretamente à coletividade. O notário exerce uma função pública, num quadro de profissão liberal, ou seja, é ele titular independente de uma função pública.

Esse princípio não trata apenas da natureza jurídica dos serviços notariais e registrais, mas também de suas funções administrativas. Os delegados desse poder público são providos de fé pública para cumprimento de suas tarefas. O art.1º da Lei dos Notários e Registradores, Lei 8.935/94 estabelece: "art. 1° - Serviços notariais e de registro são a organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Nesse sentido, reportamo-nos à lição de Follmer (2004, p.103) que muito bem menciona a publicidade como "princípio que rege, inclusive, a atividade notarial, além da registral, pois a própria Lei n° 8.935, de 1994 menciona que os serviços notariais são destinados – entre outras funções – a garantir a publicidade". E esclarece:

> [...]o instrumento público elaborado pelo notário gera efeito entre as partes, enquanto o registro deste instrumento no registro de imóveis gera efeito contra

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> terceiros. Não obstante tal máxima do direito notarial e registral, entende-se que a atividade notarial também possui caráter de publicidade [...] ressalta-se, portanto, que o princípio da publicidade se aplica ao notário, porém de forma restritiva, uma vez que alguns atos notariais não possuem a publicidade plena desde a sua feitura, como por exemplo o testamento público.

Como visto, todo ato notarial e documento arquivado no tabelionato é público, salvo exceções. Segundo Ferreira (2007, p.45):

> os atos notariais não são públicos por conta da publicidade, mas da delegação pública, do caráter público que a lei lhes atribui. Em decorrência do princípio da publicidade dos atos administrativos e da tradição histórica notarial, há a publicidade dos atos.

Porém, esta publicidade não é irrestrita. O autor assevera que a Lei 8.159/1991 prevê o sigilo de determinados atos, os quais são considerados originariamente sigilosos, dados ou informações cujo conhecimento irrestrito ou divulgação 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 dos dados constantes dele, o que deverá ser pedido motivadamente ao juiz:

> evidentemente, poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, inclusive administrativa, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável a defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.

Assim, seguindo na mesma linha de raciocínio do autor em tela, quando o ato notarial contenha dados que violem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ele será, originalmente, sigiloso.

Ainda, de suma importância para a manutenção da segurança jurídica das sentenças nas separações e divórcios pela via extrajudicial, tem-se o Princípio da Notoriedade ou da Fé Pública do Tabelião e o Princípio da Segurança Jurídica, que dada a sua indispensabilidade e relevância atreladas à presença do advogado no ato da lavratura das respectivas escrituras, merecem ser analisados em tópico próprio de fechamento do presente capítulo.

4.2.10 Outros Princípios Notariais

A doutrina enumera e classifica os princípios de formas distintas. Sem maior aprofundamento, cito a existência de outros princípios da atividade notarial, que estão

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

presentes sempre: o princípio da autoria ou responsabilidade, o da independência ou imparcialidade e o do dever de exercício, segundo a perspectiva de Ferreira (2007).

Com relação ao **princípio da autoria ou responsabilidade**, o notário é o autor responsável pelos documentos elaborados, conforme as informações e dados fornecidos pelas partes. Este princípio supõe uma função de colaboração técnica e jurídica para com os particulares, somada à obrigação de assessoramento e aconselhamento quanto aos meios mais adequados para que possam atingir fins líticos. A menção de ser escrita sob minuta não o exime de responsabilidade, indicando apenas que uma das partes, ou todas, ofereceu minuta que foi aceita e subscrita pelo notário.

O **princípio da impessoalidade** está previsto no art. 27 da Lei 8.935/1994. O tabelião não poderá praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou parentes, na linha reta ou na colateral, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau.

O vocábulo “pessoalmente” causa confusão. Ocorre que a fé pública é delegada ao tabelião que, por sua vez, contrata e subdelega funcionários a execução das tarefas. O tabelião, ou seu substituto, deve completar o ato, ao final, com a sua assinatura.

No que tange ao **princípio da independência ou imparcialidade**, previsto indiretamente em nosso ordenamento através das vedações contidas no artigo 25 da Lei 8.935/1994, já comentado no princípio da impessoalidade. De fato, não se concebe tabelião a serviço de uma das partes. O tabelião, mesmo que contratado por uma das partes do negócio, está a serviço de todas, devendo orientar imparcialmente cada uma delas, alertando sobre os reflexos e efeitos do ato que pretendem realizar. Cabe ressaltar que estes elementos, em consonância com os demais, tratam do dever de assessoramento às partes e reflexão sobre a vontade, assegurando a liberdade sem dependência hierárquica na prestação de sua função.

A sua posição de imparcialidade (ou neutralidade), por eventual conflito entre as partes contratantes, deixa-o como uma espécie de terceiro totalmente estranho à relação negocial, permitindo uma segurança quanto ao equilíbrio e à garantia jurídica, pois o Notário não poderá, sob pena de responsabilidade, tomar para si o interesse de uma das partes.

Finalmente, o **princípio do dever de exercício,** em que o notário não pode se negar a realizar atos de sua função. A não ser que a recusa se justifique, de forma fundamentada, no caso de ferir qualquer dos princípios supra ou os princípios de Direito. Importa na obrigação de *múnus*, sem qualquer tipo de discriminação, exceto a decorrente e impeditiva da qualificação notarial (ato a que falte algum elemento essencial).

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

4.3 A Manutenção da segurança jurídica das sentenças em face da presença do tabelião e do advogado

Não há que se falar em manutenção da segurança jurídica das sentenças do Código de Processo Civil, no que tange à separação e divórcio, (inventário, partilha) consensuais pela via administrativa, sem a aplicação do Princípio da Notoriedade ou da Fé Pública do Tabelião e o Princípio da Segurança Jurídica atreladas à presença indispensável do advogado na seara extrajudicial.

Primeiramente, no que tange à conceituação, Follmer (2004, p.97) define a fé pública como "aquilo que é de conhecimento de todos como algo verdadeiro. Ela decorre da lei e consiste em considerar como verdadeiro um determinado fato".

A fé pública, ensina Azevedo (1975), atribuída aos tabeliães, "atende às exigências da ordem jurídica, de modo que os documentos notariais devem superar as suspeitas tranqüilizando o corpo social".

Para Pugliese (1989, p.70), traduzindo pensamento de Firmo Silva, a fé pública é fruto da confiança, que surge pela boa fé, pela veracidade, garantida pelo valor que é conferido ao documento, oral ou escrito, isentando de dúvida, face à presunção que surge em razão da autoridade de onde emanou, que presumidamente, admite-se ter cumprido às formalidades necessárias, para ao final atestar como dogma a declaração.

No dicionário Aurélio, vê-se dentre os significados de fé e fé pública, os seguintes: Fé: "firmeza na execução de uma promessa ou de um compromisso; crença, confiança; asseveração de algum fato; testemunho autêntico que determinados funcionários dão por escrito acerca de certos atos, e que tem força em juízo". Fé pública: "Presunção legal de autenticidade, verdade ou legitimidade de ato emanado de autoridade ou funcionário devidamente autorizado, no exercício de suas funções".

Assim, o Estado atribui constitucionalmente a determinadas pessoas o direito de representação para algumas tarefas. Entre estas estão incluídos os notários. A fé pública atribuída a estes se dá em decorrência constitucional, em cumprimento de algumas formalidades, mas restrita a garantir e certificar uma segurança jurídica nas relações sociais, buscando a paz social.

Nesse sentido, Rezende (1997, p.53), preleciona que:

> esse mesmo Estado, na multiplicidade e desenvolvimento de suas quase infindáveis atividades como representante do povo, atribui, nos termos da Constituição, a

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

> determinados cidadãos, o direito de representação para determinadas e específicas tarefas, os quais concorrem para a paz social, pessoas nas quais estão concentradas ações de intensa repercussão no mundo dos negócios.

O referido autor assevera que a fé pública, nesta conjuntura individualizada na figura do notário, "é uma das mais amplas já conhecidas, pois ao detentor dessa atribuição cabe-lhe a expressão da verdade, ou melhor, vige a crença popular de ser correto, autêntico em tudo aquilo que dita e escreve, salvo incontestável prova em contrário". Dessa forma, a fé pública é fundamental para a sociedade, uma vez que garante a segurança da veracidade dos atos.

Para 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 declarar no ato notarial como verdadeiros, têm a presunção de veracidade".

Dessa afirmativa, ressalta o autor que a "notoriedade advém da convicção do notário sobre determinado fato ou situação jurídica. Decorre de um juízo de ciência ou valor que faz e assume como verdade para o ato que redige". Assim, "independente dos meios utilizados para chegar e esta convicção, é um juízo de responsabilidade exclusivo do notário que cria uma presunção de verdade suscetível de impugnação judicial".

Ainda segundo o autor, tal é o teor das conclusões 9 e 10 da Declaração de Princípios do Sistema de Notariado Latino, aprovadas pelo Conselho Permanente da União Internacional do Notariado – UINL, entidade que congrega os notários do mundo todo, em março de 1986, em Haia, Holanda:

> 9. os documentos notariais gozam da uma dupla presunção: de legalidade e exatidão. A presunção de legalidade implica em que o ato ou negócio jurídico que o documento formaliza reúne as condições requeridas para sua validade e, em particular, que o consentimento em presença do notário. A presunção de exatidão significa que os fatos que o documento relata que tenham ocorrido em presença do notário ou que ele conheça por notariedade, são reputados verdadeiros.
> 10. as presunções de legalidade e de exatidão às quais se refere o artigo procedente não poderão ser contestadas senão por via judicial.

O princípio da notariedade está expresso nos arts. 334 e 364 do Código de Processo Civil[34]. Portanto, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção legal de

[34] **Art. 334** do CPC - Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos, no processo, como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade
Art. 364 do CPC - O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

existência ou veracidade, lançados na escritura pública sobre fé pública e responsabilidade do notário. Ademais, o documento público faz prova dos fatos que o tabelião declarar que ocorrem em sua presença. Assim, para Ferreira (1997, p.42):

> a fé do notário a propósito das declarações recebidas é absoluta quanto à existência delas relativa quanto ao conteúdo. De todo modo, qualquer contestação à existência ou ao conteúdo das declarações somente pode ser feita na via judicial por parte com legitimação ativa.

Ainda no que concerne à fé pública, Follmer (2004, p.97) destaca que os instrumentos notariais possuem presunção de veracidade até que se prove o contrário, ou seja, tais documentos possuem a presunção *juris tantum:*

> um instrumento público é um documento aberto, redigido publicamente, portanto podemos afirmar que o caráter público não está somente a serviço das provas, mas sim objetiva, acima de tudo, a busca da verdade.

Nesse sentido, evidencia a autora:

> para o tabelião dotar um instrumento de fé pública, compete-lhe verificar a presença de determinados requisitos legais, presentes no nosso ordenamento jurídico, pois o Estado atribui ao notário a fé pública, mas, para que este possa declará-la, faz-se necessária a observância dos requisitos legais exigidos para cada documento, bem como a lisura na atuação do notário, calcada na imparcialidade, independência, etc., características estas que sustentam a função notarial e que ora estão sendo analisadas nos presentes princípios que regem tal profissão.

Sobre o assunto, Vasconcelos e Cruz (2000, p.3) prelecionam que os notários são "instrumentos a serviço da justiça, pois sua atuação, necessariamente equilibrada e institucionalizada, pode ser ao mesmo tempo uma ação equilibradora, permitindo composição de interesses contrapostos eventualmente em conflito extrajudicial".

Por fim, o fundamento da existência da fé pública encontra-se na vida social, que requer estabilidade em suas relações, para que venham alcançar a evidência e permanência legal.

Outrossim, dentre os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito que necessariamente informam a conduta estatal, o princípio da segurança jurídica ocupa lugar destacado como consectário da dignidade da pessoa humana e da secular necessidade de estabilidade nas relações sociais.

A importância do princípio da segurança jurídica, antes que passemos a conceituá-lo, remonta aos primórdios da elaboração da idéia do Estado Democrático de Direito e, neste

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

pensar, assinala Canotilho (1991, p.384) se constituiria tal princípio em uma das vigas mestras da ordem jurídica.

Segundo Couto e Silva, um "dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância da segurança jurídica", que se liga visceralmente à moderna exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, aí incluídas aquelas, ainda que na origem, apresentem vícios de ilegalidade. Para o autor, "a segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito".

Nicolau Junior (2005), assim postula:

> As pedras fundamentais em que se assenta toda a organização política do Estado Democrático de Direito são a dignidade humana e o respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, conforme destacado no preâmbulo e no artigo primeiro de nossa Carta Magna.

Para o autor, a segurança jurídica, espécie do gênero direito fundamental, ocupa lugar de destaque no ordenamento jurídico atual, tanto que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são postulados máximos de cumprimento inclusive pela legislação infra-constitucional.

Conforme nos ensina Barroso (2002, p.49), a segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.

E, no dizer de Nassar (2004, p.18), "em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada". Agregando-se a esse conceito vem a força imperiosa da acomodação fática por via da consolidação dos direitos exercidos e não disputados que se origina no instituto da prescrição, vale dizer, a estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo.

A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica. Eis que, no dizer do culto magistrado Nicolau Junior (2005, p.21), "a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes".

Por fim, com base no que foi exposto, evidencia-se que quanto à segurança jurídica, é preciso observar que o Tabelião, assim como o Juiz no processo judicial, deve zelar pela correta aplicação da lei. Por essa razão, pode se negar a lavrar a escritura pública, conforme art. 32 da Resolução nº 35/2007[35] do CNJ.

A presença obrigatória do advogado (profissional liberal) ou do defensor público (agente político do estado) assistindo às partes – conforme já tratado em tópico próprio – também é essencial à administração da Justiça, nos termos do art. 133 e 134 da CF[36].

Como visto, além da segurança jurídica auferida ao casal, a obrigatoriedade da assistência prestada pelo advogado ou pelo defensor público garante a manutenção dos princípios gerais de direito no tocante ao equilíbrio, proporcionalidade e isonomia no resguardo dos direitos dos cônjuges, bem como refletirá o exercício máximo de seus direitos garantidos constitucionalmente pela Constituição Federal.

Por todas essas considerações, a realização de separação e divórcio na forma extrajudicial é uma alternativa que deve considerada, valorizada e implementada, sempre que possível.

[35] Art. 32 da Resolução nº 35/2007 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 declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito". Nesse sentido, doutrinadores sobre o tema, analisando as conclusões do Grupo de Estudos instituídos pela Portaria CG nº 01/2007, afirmam que a negativa do tabelião em lavrar a escritura cabe também nos casos de separação e divórcio pela via administrativa.

[36] **Art. 133 da CF/88** – "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". **Art. 134 da CF/88** - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente monografia, inicialmente se realizou um estudo acerca da “justiça” e do “acesso à justiça”, seus conceitos, posicionamento dos doutrinadores, bem como, de sua aplicabilidade no universo jurídico. Nesse sentido, foram tecidas considerações sobre os direitos fundamentais, sejam eles, individuais, coletivos ou difusos, elencando seus princípios formadores.

Sobre a consolidação da efetividade do acesso à justiça através da conscientização de direitos fundamentais, evidenciou-se a necessidade da percepção da consciência (dinâmica) dos direitos e não só da ciência (estática) dos mesmos, visando à efetividade, tempestividade e justiça.

Acerca das soluções alternativas para a solução dos conflitos – principalmente na seara da Mediação, Arbitragem, Conciliação e Procedimentos Administrativos ou Extrajudiciais – desmistifica-se a idéia do “acesso à justiça” apenas como “acesso ao Poder Judiciário”. Existe justiça fora dos tribunais. Ademais, fica claro que existe sim, a busca pelo aumento da qualidade dos serviços prestados aos usuários do sistema jurídico, bem como o equilíbrio entre tempo e o alcance do direito buscado. É imprescindível se alcançar uma atuação mais pronta e eficaz da justiça, eliminando certas mazelas características do Judiciário brasileiro, além de coibir a árdua demora na entrega da prestação jurisdicional que, juntamente com a injuriosa burocracia, são elementos perniciosos à pacificação social e ferem de forma fulminante o direito ao acesso à justiça.

Com efeito, há a necessidade de que a prestação da tutela jurisdicional atenda à realidade sócio-jurídica a que se destina, atuando como instrumento à efetiva realização de direitos, uma vez que não basta facilitar o ingresso à justiça a todos que acreditam ser

detentores do direito material. Deve-se, acima de tudo, buscar, de forma efetiva e tempestiva, produzir soluções satisfatórias para os que dela necessitem. É imprescindível atender a todos e solucionar os conflitos de todos com qualidade, pacificando com agilidade.

As inovações no âmbito social ocasionadas pela Lei 11.441/2007 – principalmente nos casos de separação e divórcio sem a intervenção do Estado-Juiz na vida dos cônjuges, quando presentes os requisitos de validade – de fato vieram a facilitar tal ato consensual, poupando as partes de maiores constrangimentos nessa decisão não litigiosa.

Utilizar-se a via administrativa ou extrajudicial, nos casos permitidos em lei, é imperiosa para se evitar os transtornos de espera de uma ação judicial, que sempre gera aos jurisdicionados uma demora, uma incerteza, acarretando prejuízos de difícil reparação quando se necessita desta prestação jurisdicional urgente. Optar-se pela solução extrajudicial viabiliza ao Poder Judiciário ganho de tempo para se dedicar às decisões de questões mais complexas.

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

Ainda, importante considerar a facilidade imposta pela lei que, ao eliminar a audiência de conciliação obrigatória nos processos judiciais de separação e divórcio, não possuiu o condão de vulgarizar o casamento, mas sim, tão somente desburocratizar a separação e o divórcio, o que sem dúvidas conseguiu, mantendo-se o acesso à justiça e a segurança jurídica.

Sem nenhuma sombra de dúvidas a nova Lei trouxe um grande avanço para o Poder Judiciário, que poderá solucionar com maior rapidez processos que realmente envolvam conflitos, salientando que quando o fim do casamento ocorre de forma consensual, é totalmente dispensável que sua dissolução dependa da intervenção do Juiz.

Quanto à análise dos princípios constitucionais que norteiam o Direito Notarial, verifica-se sua eficácia imediata como garantidores da manutenção da segurança jurídica, principalmente em face da fé pública do tabelião e da presença indispensável do advogado aos atos realizados extrajudicialmente. Nesse sentido, evidente a importância de ter o procedimento notarial regras próprias e obedecer aos princípios e à operação específica da atividade notarial. Além da função de formalizar a vontade, os tabeliães têm a mesma atribuição que teria um juiz em um procedimento judicial desta natureza, uma vez que é um

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

profissional do direito, capacitado a formalizar os atos consensuais das partes maiores e capazes, e idôneos para facilitar enormemente a vida privada. Assim, o valor do documento notarial repousa em sua executividade e eficácia preventiva, possibilitando a segurança jurídica.

De tudo isto, tem-se que a sociedade não quer apenas a desburocratização, mas exige também segurança em relação aos atos, razão por que é fundamental que se encontre o ponto de equilíbrio entre os dois pesos dessa balança. Este é o desafio que os cartórios aceitaram para enfrentar a burocracia estatal e oferecer mais celeridade, sem pôr em risco a segurança jurídica que os procedimentos buscam garantir.

Portanto, a nova lei não reduz a segurança jurídica dos atos por ela permitidos via escritura pública, ampliando o acesso à justiça. O motivo é simples: além de todos os princípios norteadores do Direito Notarial, não se excluíram – e nem poderia - da apreciação do judiciário os atos dos tabeliães. A separação, divórcio ou inventário por escritura pública estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário, inclusive porque as respectivas serventias são fiscalizadas pela Corregedoria Geral de Justiça.

É, pois, possível concluir que a Lei 11.441/2007 tem sido aprovada e reconhecida como um meio efetivo para acessar a justiça, alcançando seu objetivo de simplificação de procedimentos, racionalidade e celeridade para as ações, facilitar a vida do cidadão e desonerá-lo, desafogar o Poder Judiciário e concentrá-lo na jurisdição litigiosa. Outrossim, a inovação disponibiliza aos cidadãos um mecanismo extrajudicial rápido, seguro e eficiente para a regularização de situações em que não existe conflito entre as partes, preservando-se a segurança jurídica da relação estabelecida.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

REFERÊNCIAS

AGAPITO, Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes. Tribuna do Direito. São Paulo, ano 14, n° 166, fev.2007.Disponível em:<http://www.tribuna do direito.com.br>. Acesso em:28 out.2008.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 2.ed.São Paulo: Alfa-Ômega, 1987.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1994.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito Imobiliário Registral**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34.ed.São Paulo: Saraiva, 2005

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Constas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernando. *Assistência Jurídica e Realidade Social: Apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In* DISCUTINDO A ASSESSORIA POPULAR. Rio de Janeiro: FASE, 1991.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos.** Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 50.

CANOTILHO, J.J.G. **direito constitucional**. CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. São Paulo: RT, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASSETTARI, Christiano. **A Separação e Divórcio Consensuais Por Escritura Pública**. 2 ed. São Paulo: Editora Método 2007.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94).** 4. ed. ver. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania.** Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Introdução à história da filosofia:dos pré-socráticos a Aristóteles**, vol. 01. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CHEMIN, Beatris F. (Org.). **Guia prático da Univates para trabalhos acadêmicos**. Lajeado: Univates, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2003.

COSTA, Nilton César da. Poderes do árbitro. **De acordo com a Lei 9.307/96.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DICIONÁRIO JURÍDICO DA ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. Planejado, organizado e redigido por J.M. OTHON SIDOU. 5ª Edição. Rio de Janeiro

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

ENDENBURG, Gerard. **Sociocracy, the organization of decision making**. Eburon, Delft Holanda.1998.

ENGELHARDT H.T. **Fundamentos de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

FALSARELLI, Gláucia. Justiça Comunitária: por uma justiça de emancipação. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Disponível em: <http://carceraria.org.br//>. Acesso em: 16 maio 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei 11.441/07).Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger Ferreira em co-autoria com Francisco José Cahali, Antonio Herance Filho e Karin Regina Rick Rosa. **Escrituras Públicas - Separação, Divórcio, inventário e Partilha Consensuais**. São Paulo: RT, 2007.

FILHO, Álvaro Melo. **Revista de Direito Imobiliário- IRBI, N° 17/18**, Janeiro - Dezembro de 1986; Co - Edição Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, Editora Revista dos Tribunais; págs. 25 a 50.

FOLLMER, Juliana. **A atividade notarial e registral como delegação do poder público.** Porto Alegre: Norton Editor, 2004.

GABURRI, Fernando. **Primeiros apontamentos sobre separação e divórcio extrajudiciais.** Disponível em http://www.ibdfam.com.br. Acesso em 12.maio.2008

GLOSSÁRIO VADE MECUM – Paulo César Fulgêncio, página 279

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual.** 1990. p. 244.

HERTEL, Daniel Roberto . **Inventário, separação e divórcio pela via administrativa**. Revista de Processo, 2007.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução: Luis Carlos Borges.

KOLLET, Ricardo Guimarães. **Tabelionato de Notas para concursos**. 1. ed. Porto Alegre: Norton Livreiro, 2003.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Princípios da Administração Pública: reflexos nos serviços notariais e de registro**. Revista Autêntica. Belo Horizonte: Editora Lastro. Edição 02. Dez. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio e separação consensuais extrajudiciais . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1433, 4 jun. 2007. Disponível em: . Acesso em: 28 abr. 2009.

MAIA NETO, Francisco. Arbitragem: a justiça alternativa . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2093>. Acesso em: 16 maio 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família, vol 2, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**. Alternativas à Jurisdição. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NASSAR, ELODY, **Prescrição na Administração Pública**, São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NICOLAU JUNIOR, MAURO, **Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?**, in www.jurid.com.br, disponível em 10/03/05, acesso em 25/03/05.

NUNES, Walter. Presidente da Associação dos Juízes Federais (Ajufe), "Movimento pela Conciliação", notícia disponível em www.tj.ms.gov.br

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

PATAH, Claudia Campas Braga. Os princípios constitucionais à luz da celeridade processual e a penhora on line . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6428>. Acesso em: 14 maio 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 1.º vol. São Paulo:Saraiva,1969.

REIS, Palhares M. **A eficiência na Constituição**. *Correio Braziliense*, Brasília, fev. de 2000. Suplemento Direito & Justiça.

REZENDE, A.C. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 1. ed. Campinas: Copola Livros editora, 1997.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** vol. 6, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

SANDER, Tatiana. **Princípios Norteadores da Função Notarial**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 133. Disponível em: **http://www.boletimjuridico.com.br.** Acesso em: 4 mai. 2009.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais (lei 11.441/07)*. **TJRS**, 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs. gov.br/institu/c_estudos/doutrina/separacoes_divorcios.doc>. Acesso em 28, maio. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6.ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre:Livraria do Advogado Ed., 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jur**, Vol. 3, Editora Forense. 12ª ed. Rio de Janeiro - RJ. 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, vol. 1

TARTUCE, Fernanda. Cabe pedido de assistência judiciária gratuita nos procedimentos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007? Qual o alcance do benefício de gratuidade estabelecido no § 3º do art. 1124-A do CPC? *In Separação, divórcio e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei n. 11.441/07*. São Paulo: Método, 2007

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Volume 6. Direito das Sucessões*. São Paulo: Método, 2007

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 737, p. 39-48, jan. 1997.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Em Tempo de Reformas - O Reexame de Decisões Judiciais**. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). Meios de impugnação ao julgado civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO Jr, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.I. São Paulo: Editora Forense, 2007.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo**. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade**. Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes; CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues. **Direito Notarial. Teoria e Prática.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VIEIRA, Cláudia Stein. Em debate. In: Boletim IBDFAM. Belo Horizonte, jan.-fev./2007, v. 42,

_____. **Conservação preventiva, porquê?** Rev. Páginas Arquivos & Bibliotecas. Lisboa, n. 15, 2005.

WARAT, Luis Alberto.**O Ofício do Mediador**. Vol. 1. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in **Participação e Processo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico.** 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

ANEXOS

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A - Lei n° 11.441/2007..... 94

ANEXO B – Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007..... 96

ANEXO C – PROVIMENTO Nº 118/2007 CGJ..... 102

ANEXO D – Conclusões aprovadas pelo grupo de estudos instituído pela portaria cg nº 01/2007, quanto à prática dos atos notariais relativos à lei federal nº 11.441/2007..... 107

ANEXO A - Lei n° 11.441/2007.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

LEI Nº 11.441, DE 4 DE JANEIRO DE 2007.

Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 982 e 983 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

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

Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial." (NR)

"Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Parágrafo único. (Revogado)." (NR)

Art. 2º O art. 1.031 da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.

....." (NR)

Art. 3º A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

"Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo

cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º 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.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei."

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revoga-se o parágrafo único do art. 983 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

ANEXO B – Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007.

Resolução Nº 35, de 24 de Abril de 2007.

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

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. 2° 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.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

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 n° 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 n° 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 n° 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.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

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 conterá 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 n.º 11.441/07 aos casos de óbitos ocorridos antes de sua vigência.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

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.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

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.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

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

Ministra Ellen Gracie
Presidente

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

ANEXO C – PROVIMENTO Nº 118/2007 CGJ

OFÍCIO-CIRCULAR Nº 461/2007-CGJ

PROCESSO Nº 10-07/003273-1

PORTO ALEGRE, 17 DE SETEMBRO DE 2007.

REPUBLICAÇÃO. LEI 11441/07. INTERVENÇÃO DO ADVOGADO. INVENTÁRIO, PARTILHA, SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO POR ESCRITURA PÚBLICA. PROVIMENTO 118/2007-CFOAB.

SENHOR TABELIÃO:

EM FACE DE SOLICITAÇÃO ENCAMINHADA A ESTE ÓRGÃO PELA SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL DA OAB, REFERENTE À PARTICIPAÇÃO E CABAL IDENTIFICAÇÃO DO ADVOGADO NOS CASOS DE INVENTÁRIOS, PARTILHAS, SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS POR MEIO DE ESCRITURA PÚBLICA, CONFORME DISPOSTO NA LEI 11441/2007,

REITERO A VOSSA SENHORIA A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 616 E 619-C DA CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA NOTARIAL E REGISTRAL, BEM COMO DOS ARTIGOS 8º E 9º DA RESOLUÇÃO 35/07-CNJ E ENCAMINHO, EM ANEXO, PARA CONHECIMENTO, O PROVIMENTO 118/2007-CFOAB, DO CONSELHO FEDERAL DA OAB.

ATENCIOSAS SAUDAÇÕES.

DESEMBARGADOR JORGE LUÍS DALL'AGNOL
CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

ILUSTRÍSSIMO SENHOR
TABELIÃO

REGISTRE-SE E PUBLIQUE-SE.

ROSANE MARIA SABINO DA SILVA
SECRETÁRIA DA CGJ

PROVIMENTO Nº 118/2007

DISPÕE SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.441, DE 4 DE JANEIRO DE 2007, DISCIPLINANDO AS ATIVIDADES PROFISSIONAIS DOS ADVOGADOS EM ESCRITURAS PÚBLICAS DE INVENTÁRIOS, PARTILHAS, SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS.

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, NO USO DAS

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

ATRIBUIÇÕES QUE LHE SÃO CONFERIDAS PELO ART. 54, V, DA LEI Nº 8.906/94, TENDO EM VISTA AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 11.441, DE 4 DE JANEIRO DE 2007, E CONSIDERANDO O DECIDIDO NOS AUTOS DA PROPOSIÇÃO Nº 2007.31.00203-01,

RESOLVE:

ART. 1º NOS TERMOS DO DISPOSTO NA LEI Nº 11.441, DE 04.01.2007, É INDISPENSÁVEL À INTERVENÇÃO DE ADVOGADO NOS CASOS DE INVENTÁRIOS, PARTILHAS, SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS POR MEIO DE ESCRITURA PÚBLICA, DEVENDO CONSTAR DO ATO NOTARIAL O NOME, O NÚMERO DE IDENTIDADE E A ASSINATURA DOS PROFISSIONAIS. § 1º PARA VIABILIZAR O EXERCÍCIO PROFISSIONAL, PRESTANDO ASSESSORIA ÀS PARTES, O ADVOGADO DEVE ESTAR REGULAMENTE INSCRITO PERANTE A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. § 2º CONSTITUI INFRAÇÃO DISCIPLINAR VALER-SE DE AGENCIADOR DE CAUSAS, MEDIANTE PARTICIPAÇÃO NOS HONORÁRIOS A RECEBER, ANGARIAR OU CAPTAR CAUSAS, COM OU SEM INTERVENÇÃO DE TERCEIROS, E ASSINAR QUALQUER ESCRITO PARA FIM EXTRAJUDICIAL QUE NÃO TENHA FEITO, OU EM QUE NÃO TENHA COLABORADO, SENDO VEDADA A ATUAÇÃO DE ADVOGADO QUE ESTEJA DIRETA OU INDIRETAMENTE VINCULADO AO CARTÓRIO RESPECTIVO, OU A SERVIÇO DESTE, E LÍCITA A ADVOCACIA EM CAUSA PRÓPRIA.

ART. 2º OS CONSELHOS DA OAB OU AS SUBSEÇÕES PODERÃO, DE OFÍCIO OU POR PROVOCAÇÃO DE QUALQUER INTERESSADO, NA FORMA DO DISPOSTO NO ART. 50 DA LEI Nº 8.906, DE 04.07.1994, REQUISITAR CÓPIA DE DOCUMENTOS A QUALQUER TABELIONATO, COM A FINALIDADE DE EXERCER AS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DESTE PROVIMENTO.

ART. 3º AS SECCIONAIS E SUBSEÇÕES DIVULGARÃO A MUDANÇA DO REGIME JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI CITADA, SUBLINHANDO A NECESSIDADE DA ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO PARA A VALIDADE E EFICÁCIA DO ATO, PODENDO, PARA TANTO, REIVINDICAR AS CORREGEDORIAS COMPETENTES QUE DETERMINEM A AFIXAÇÃO, NO INTERIOR DOS TABELIONATOS, DE CARTAZES INFORMATIVOS SOBRE A ASSESSORIA QUE DEVE SER PRESTADA POR PROFISSIONAIS DA ADVOCACIA, FICANDO PROIBIDA A INDICAÇÃO OU RECOMENDAÇÃO DE NOMES E A PUBLICIDADE ESPECÍFICA DE ADVOGADOS NOS RECINTOS DOS SERVIÇOS DELEGADOS.

ART. 4º OS CONSELHOS SECCIONAIS DEVERÃO ADAPTAR SUAS TABELAS DE HONORÁRIOS, IMEDIATAMENTE, PREVENDO AS ATIVIDADES EXTRAJUDICIAIS TRATADAS NESTE PROVIMENTO.

ART. 5º OS CONSELHOS SECCIONAIS PODERÃO REALIZAR INTERLOCUÇÕES COM OS COLÉGIOS NOTARIAIS, A FIM DE VIABILIZAR, EM CONJUNTO, A DIVULGAÇÃO DO REGIME JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI CITADA.

ART. 6º ESTE PROVIMENTO ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO.

BRASÍLIA, 7 DE MAIO DE 2007.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

CEZAR BRITTO
PRESIDENTE

LÚCIO FLÁVIO JOICHI SUNAKOZAWA
RELATOR

PUBLICADO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DO DIA 17 DE OUTUBRO DE *2007, QUARTA-FEIRA.*

Nota de responsabilidade:
As informações aqui veiculadas têm escopo meramente informativo e reportam-se às fontes indicadas. O Colégio Registral do Rio Grande do Sul não assume qualquer responsabilidade pelo teor do que aqui é veiculado. Qualquer dúvida, o consulente deverá consultar as fontes indicadas. As opiniões veiculadas nestas páginas não expressam necessariamente a opinião da diretoria do Colégio Registral e dos editores deste informativo. As matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade de quem as subscreveram.

Por ordem do Exmo. Sr. Desembargador GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor Geral da Justiça, publicam-se a manifestação do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG 01/2007 e a decisão proferida ao cabo dos trabalhos.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça, Desembargador GILBERTO PASSOS DE FREITAS:

Findos os trabalhos do Grupo de Estudos instituído por Vossa Excelência - Portaria CG nº 01/2007, publicada no Diário Oficial de 11.01.2007 -, apresentamos, respeitosamente, a presente manifestação, acompanhada das conclusões aprovadas.

Destaca-se, de início, que, atento aos fins expressos na referida Portaria CG nº 01/2007, o Grupo de Estudos limitou-se ao exame de implementação da Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, no âmbito notarial e suas

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

implicações no Registro Civil das Pessoas Naturais, sem avançar em matéria jurídica de ordem diversa, expressando, pois, as conclusões aprovadas quanto à prática dos atos notariais correspondentes.

Outrossim, por ora, entendem os integrantes do Grupo de Estudo não ser conveniente a imediata edição de ato normativo a respeito, aguardando-se sejam decantadas as principais questões e eventuais dúvidas emergentes da novidade legislativa, sem prejuízo de publicação das conclusões aqui apontadas, não só para divulgação do resultado dos trabalhos, como também para, provisoriamente, servir de orientação geral.

Esperando, deste modo, ter atendido à honrosa deferência, aproveitamos a oportunidade para renovar nossos protestos de elevada estima e respeito.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2007.

(a) JOSÉ ROBERTO BEDRAN

Desembargador

(a) JOSÉ RENATO NALINI

Desembargador

(a) MARCELO MARTINS BERTHE

Juiz de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO

Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) VICENTE DE ABREU AMADEI

Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça

(a) VITORE ANDRÉ ZILIO MAXIMIANO

Defensor Público

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

(a) MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ

Advogada

(a) PAULO TUPINAMBÁ VAMPRÉ

Tabelião de Notas

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

ANEXO D – Conclusões aprovadas pelo grupo de estudos instituído pela portaria CG nº 01/2007, quanto à prática dos atos notariais relativos à Lei Federal nº 11.441/2007.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

CONCLUSÕES APROVADAS PELO GRUPO DE ESTUDOS INSTITUÍDO PELA PORTARIA CG Nº 01/2007, QUANTO À PRÁTICA DOS ATOS NOTARIAIS RELATIVOS À LEI FEDERAL nº 11.441/2007.

1. **CONCLUSÕES DE CARÁTER GERAL**

1.1 Ao criar inventário e partilha extrajudiciais, separações e divórcios também extrajudiciais, ou seja, por escrituras públicas, mediante alteração e acréscimo de artigos do Código de Processo Civil, a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, não obsta a utilização da via judicial correspondente.

1.2. Pela disciplina da Lei nº 11.441/07, é facultado aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial. A qualquer momento, podem desistir de uma, para promoção da outra; não podem, porém, seguir com ambas simultaneamente.

1.3. As escrituras públicas de inventário e partilha, bem como de hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, não dependem de homologação judicial.

1.4. Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07 (artigo 8º da Lei nº 8.935/94), é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

1.5. Recomenda-se a criação de um Registro Central de Inventários e de outro de Separações e Divórcios, para concentrar dados e informações dos atos notariais lavrados, prevenir duplicidade de escrituras e facilitar as buscas.

2. **CONCLUSÕES REFERENTES AOS EMOLUMENTOS**

2.1. Enquanto não houver previsão específica dos novos atos notariais na Tabela anexa à Lei Estadual nº 11.331/02, a cobrança dos emolumentos dar-se-á mediante classificação nas atuais categorias gerais da Tabela, pelo critério "escritura com valor declarado", quando houver partilha de bens, considerado o valor total do acervo, e pelo critério "escritura sem valor declarado", quando não houver partilha de bens.

2.2. Recomenda-se alteração legislativa, para previsão específica dos novos atos notariais na Tabela, sugerindo-se estudos pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, com vista a eventual projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, neste sentido, considerando, inclusive, discrepâncias entre o valor dos emolumentos extrajudiciais e o das custas judiciais, as peculiaridades dos novos atos em relação à cobrança de emolumentos quando houver outros atos correlatos na mesma escritura (v.g. renúncia, cessão entre partes, procuração ao advogado, inventário conjunto, doação de bens aos filhos do casal), bem como a gratuidade por assistência judiciária e eventual sistema de compensação dos atos gratuitos com o recolhimento da parte dos emolumentos que cabe ao Estado.

2.3. Para a obtenção da gratuidade de que trata o §3º do artigo 1.124-A, basta, sob as penas da lei e ainda que estejam as partes assistidas por advogado constituído, a declaração de pobreza.

2.4. A gratuidade prevista na Lei n° 11.441/07 (§3º do artigo 1.124-A do CPC - cujo caput disciplina as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais), também compreende as escrituras de inventário e partilha consensuais.

2.5. Havendo partilha, prevalecerá como base para o cálculo dos emolumentos, o maior valor dentre aquele atribuído pelas partes e o venal. Nesse caso, em inventário e partilha, excluir-se-á da base de cálculo o valor da meação do cônjuge sobrevivente (APROVADA POR MAIORIA DE

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

VOTOS, VENCIDO O TABELIÃO DE NOTAS PAULO TUPINAMBÁ VAMPRÉ).

3. **CONCLUSÕES REFERENTES AO ADVOGADO**

3.1. O Advogado comparece e subscreve como assistente das partes, não havendo necessidade de exibição de procuração, podendo, no mesmo instrumento, ser constituído procurador para eventuais re-ratificações necessárias, salvo em matéria de direito personalíssimo e indisponível.

3.2. É vedado aos Tabeliães a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer, para o ato notarial, acompanhadas de profissional de sua confiança.

3.3. Se não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o Tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a OAB.

3.4. Em caso de nomeação de advogado dativo, decorrente do convênio Defensoria Pública-OAB, o Tabelião deverá, após a lavratura do ato notarial, emitir a correspondente certidão de verba honorária, nos termos do referido convênio.

3.5. Nas escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais, devem constar a nomeação e qualificação completa do(s) advogado(s) assistente(s), com menção ao número de registro e da secção da OAB.

4. **CONCLUSÕES REFERENTES AO INVENTÁRIO E À PARTILHA**

4.1.Quando houver necessidade, pode ocorrer, na escritura pública, a nomeação de um (ou alguns) herdeiro(s), com os mesmos poderes de um inventariante, para representação do espólio no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes (v.g., levantamento de FGTS, de restituição de IR ou de valores depositados em bancos; comparecimento para a lavratura

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

de outras escrituras, etc.). Uma vez que há consenso das partes, inexiste a necessidade de se seguir a "ordem de nomeação" do Art. 990 do CPC.

4.2. Como quase sempre decorre algum tempo para reunir todos os documentos e recolher os tributos, viabilizando a lavratura da escritura, até então o espólio será representado pelo administrador provisório (artigos 1.797 do CC e 985/986 do CPC). Ou, se necessário, caberá o socorro à via judicial, para a obtenção de alvarás (v.g., para levantamento de valores depositados em banco, etc.).

4.3. Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais, com viúva(o) ou herdeiro(s) representado(s) por procuração, desde que formalizada por instrumento público (Art. 657 do CC) e contenha poderes especiais, ainda que o procurador seja advogado.

4.4. Erros de tomadas de dados na escritura (v.g., RG, CPF, descrição de bens, número da matrícula, etc.) serão retificados mediante outra escritura pública. O advogado pode ser constituído procurador para representar as partes em eventuais escrituras de re-ratificação, evitando o novo comparecimento de todos na serventia.

4.5. Para o levantamento das verbas previstas na Lei n° 6.858/80, é também admissível a escritura pública, desde que presentes os demais requisitos para inventário e partilha referidos nos artigos 982 e 983 do CPC, com a redação dada pela Lei n° 11.441/07.

4.6. O recolhimento do ITCMD deve ser antecedente à lavratura da escritura (Art.192 do CTN) e, quanto ao cumprimento das obrigações acessórias, devem ser observadas as Portarias do CAT e demais normas emanadas da Fazenda Estadual sobre a matéria. Deve haver arquivamento de cópia do imposto recolhido em pasta própria, com expressa indicação na escritura pública da guia recolhida e do arquivamento de sua cópia no tabelionato. A gratuidade por assistência judiciária em escritura pública não isenta a parte do recolhimento de imposto de transmissão, que tem legislação própria a respeito do tema.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

4.7. A promoção de inventário por cessionário, em caso de cessão de direitos hereditários, é possível, mesmo para a hipótese de cessionário de bem específico do espólio e não de toda a massa. Nessa hipótese, todos os herdeiros devem estar presentes e concordes.

4.8. Partes na escritura:

4.8.1. As partes devem ser plenamente capazes, inclusos os referidos no artigo 5º, parágrafo único, incisos I a V, do Código Civil.

4.8.2. Cônjuge sobrevivente e herdeiros, com expressa menção ao grau de parentesco.

4.8.3. Cônjuges dos herdeiros não são partes, mas devem comparecer ao ato como anuentes, salvo se casados no regime da comunhão universal de bens (quando, então, serão partes) ou no regime da separação absoluta (Art. 1.647 CC), quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão (v.g., torna em dinheiro).

4.8.4. Companheiro(a) que tenha direito a participar da sucessão (Art. 1790 CC) é parte, observada a necessidade de ação judicial se não houver consenso de todos herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável. A meação de companheiro(a) poder ser reconhecida na escritura pública, desde que todos herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo.

4.8.5. As partes e respectivos cônjuges (ainda que não comparecentes) devem estar, na escritura, nomeadas e com qualificação completa (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, residência).

4.9. Quanto aos bens, recomenda-se:

4.9.1. Se imóveis, prova de domínio por certidão de propriedade atualizada.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

4.9.2. Se imóvel urbano, basta menção a sua localização e ao número da matrícula (Art. 2º da Lei nº 7.433/85).

4.9.3. Se imóvel rural, descrever e caracterizar tal como constar no registro imobiliário, havendo, ainda, necessidade de apresentação e menção na escritura do Certificado de Cadastro do INCRA e da prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos (Art. 22, §§2º e 3º, da Lei 4947/66).

4.9.4. Em caso de imóvel descaracterizado na matrícula, por desmembramento ou expropriação parcial, o Tabelião deve recomendar a prévia apuração do remanescente antes da realização da partilha.

4.9.5. Imóvel com construção - ou aumento de área construída - sem prévia averbação no registro imobiliário: é recomendável a apresentação de documento comprobatório expedido pela Prefeitura e, se o caso, CND-INSS, para inventário e partilha.

4.9.6. Imóvel demolido, com alteração de cadastro de contribuinte, de número do prédio, de nome de rua, mencionar no título a situação antiga e a atual, mediante apresentação do respectivo comprovante.

4.9.7. Se móvel, apresentar documento comprobatório de domínio e valor, se houver. Descrevê-los com os sinais característicos.

4.9.8. Direitos e posse são suscetíveis de inventário e partilha e deve haver precisa indicação quanto à sua natureza, além de determinados e especificados.

4.9.9. Semoventes serão indicados em número, espécies, marcas e sinais distintivos.

4.9.10. Dinheiro, jóias, objetos de ouro e prata e pedras preciosas serão indicados com especificação da qualidade, peso e importância.

4.9.11. Ações e títulos também devem ter as devidas especificações.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

4.9.12. Dívidas ativas especificadas, inclusive com menção às datas, títulos, origem da obrigação, nomes dos credores e devedores.

4.9.13. Ônus incidentes sobre os imóveis não constituem impedimento para lavratura da escritura pública.

4.9.14. Débitos tributários municipais e da Receita Federal (certidões positivas fiscais municipais ou federais) impedem a lavratura da escritura pública.

4.9.15. A cada bem do espólio deverá constar o respectivo valor atribuído pelas partes, além do valor venal, quando imóveis ou veículos automotores.

4.10. O autor da herança não é parte, mas a escritura pública deve indicar seu nome, qualificação completa (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, residência), dia e lugar em que faleceu; livro, folhas, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; data da expedição da certidão de óbito apresentada; menção que não deixou testamento.

4.11. Documentos a serem apresentados para lavratura da escritura:

4.11.1. Certidão de óbito do autor da herança.

4.11.2. Documento de identidade oficial com número de RG e CPF das partes e do autor da herança.

4.11.3. Certidões comprobatórias do vínculo de parentesco dos herdeiros (v.g., certidões de nascimento).

4.11.4. Certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados, atualizada (90 dias).

4.11.5. Pacto antenupcial, se houver.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

4.11.6. Certidão de propriedade, ônus e alienações dos imóveis, atualizada (30 dias) e não anterior à data do óbito.

4.11.7. Certidão ou documento oficial comprobatório do valor venal dos imóveis, relativo ao exercício do ano do óbito ou ao ano imediatamente seguinte deste.

4.11.8. Documentos comprobatórios do domínio e valor dos bens móveis, se houver.

4.11.9. Certidão negativa de tributos municipais que incidam sobre os bens imóveis do espólio.

4.11.10. Certidão negativa conjunta da Receita Federal e PGFN.

4.11.11. Certidão comprobatória da inexistência de testamento (Registro Central de Testamentos mantido pelo CNB/SP).

4.11.12. CCIR e prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos, para bens imóveis rurais do espólio.

4.12. Os documentos acima referidos devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo documentos de identidade das partes, que sempre serão originais.

4.13. Os documentos apresentados, sem previsão de arquivamento em classificador específico, serão arquivados em classificador próprio de documentos de escrituras públicas de inventário e partilha, com índice. Quando microfilmados ou gravados por processo eletrônico de imagens, não subsiste a obrigatoriedade de conservação no tabelionato.

4.14. A escritura publica deverá fazer menção aos documentos apresentados e ao seu arquivamento, microfilmagem ou gravação por processo eletrônico.

4.15. Traslado da escritura pública deverá ser instruído com a guia do ITCMD recolhida, com eventuais outras guias de recolhimentos de tributos de outros atos constante no mesmo instrumento, se houver, bem como de

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

cópias dos documentos referidos no item “4.11” supra, quando os originais não o acompanharem em virtude de serem microfilmados ou gravados por processo eletrônico de imagens.

4.16. É admissível, por escritura pública, inventário com partilha parcial e sobrepartilha.

4.17. Não há restrição na aquisição, por sucessão legítima, de imóvel rural por estrangeiro (artigo 2º da Lei nº 5.709/71) e, portanto, desnecessária autorização do INCRA para lavratura de escritura pública de inventário e partilha, salvo quando o imóvel estiver situado em área considerada indispensável à segurança nacional, que depende do assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional (artigo 7º da Lei n° 5.709/71).

4.18. Há necessidade de emissão da DOI (Declaração de Operação Imobiliária).

4.19. No corpo da escritura deve haver menção de que “ficam ressalvados eventuais erros, omissões ou os direitos de terceiros”.

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

4.21. A escritura pública de inventário e partilha é título hábil para formalizar a transmissão de domínio, conforme os termos nela expressos, não só para o registro imobiliário, como também para promoção dos demais atos subseqüentes que se fizerem necessários à materialização das transferências (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Bancos, companhias telefônicas, etc).

4.22. A existência de credores do espólio não impedirá a escritura de inventário e partilha ou adjudicação.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

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

4.24. É admissível inventário negativo por escritura pública.

4.25. É vedada lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no estrangeiro.

4.26. A Lei nº 11.441/07, de caráter procedimental, aplica-se também em caso de óbitos ocorridos antes de sua vigência.

4.27. Escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, fiscalizando o Tabelião o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual específica.

5. **CONCLUSÕES COMUNS À SEPARAÇÃO E AO DIVÓRCIO CONSENSUAIS**

5.1. Recomenda-se que o Tabelião disponibilize uma sala ou um ambiente reservado e discreto para atendimento das partes em escrituras de separação e divórcio consensuais.

5.2. Documentos a serem apresentados para lavratura da escritura:

5.2.1. Certidão de casamento atualizada (90 dias).

5.2.2. Documento de identidade e documento oficial com o numero do CPF/MF.

5.2.3. Pacto antenupcial, se houver.

5.2.4. Certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver.

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

5.3. As partes devem declarar ao tabelião, que consignará a declaração no corpo da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e a data de nascimento, conforme respectivos documentos apresentados.

5.4. 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.

5.5. O comparecimento pessoal das partes não é indispensável 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 (artigo 657 do CC), com poderes especiais e prazo de validade de 30 (trinta) dias. Segue-se o mesmo raciocínio da habilitação (artigo 1.525, caput, do CC) e da celebração (artigo do 1.535 do CC) do casamento, que admite procuração ad nupcias. Não poderão as duas partes, entretanto, ser representadas no ato pelo mesmo procurador.

APROVADA POR MAIORIA DE VOTOS - 5 VOTOS CONTRA 3 VOTOS VENCEDORES:

1. DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN

2. DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI

3. DEFENSOR PÚBLICO VITORE ANDRÉ Z. MAXIMIANO

4. ADVOGADA MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ

5. TABELIÃO DE NOTAS PAULO TUPINAMBÁ VAMPRÉ

VOTOS VENCIDOS: 1. JUIZ DE DIREITO MARCELO MARTINS BERTHE

2. JUIZ DE DIREITO MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

3. JUIZ DE DIREITO VICENTE DE ABREU AMADEI

Quanto à locução final (“Não poderão as duas partes, entretanto, ser representadas no ato pelo mesmo procurador”), foi ela mantida por maioria, vencida a ADVOGADA MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ, que votou pela sua exclusão.

5.6. Havendo bens a serem partilhados na escritura:

5.6.1. Distinguir o que é do patrimônio separado de cada cônjuge (se houver) do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso no corpo da escritura.

5.6.2. Havendo transmissão de propriedade entre cônjuges de bem(ns) do patrimônio separado, ou partilha de modo desigual do patrimônio comum, o Tabelião deverá observar a necessidade de recolhimento do tributo devido: ITBI (se onerosa), conforme a lei municipal da localidade do imóvel, ou ITCMD (se gratuita), conforme a legislação estadual.

5.6.3. A partilha em escritura pública de separação e divórcio consensual far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber, com as adaptações necessárias, especialmente com atenção ao que consta nos sub-itens “4.9”, “4.11.6”, “4.11.7” e “4.11.8”, do item “4” (“Inventário e Partilha”) retro.

5.7. Aplicar, no que couber, com as adaptações necessárias, o que consta nos sub-itens “4.4”, “4.8.1”, “4.12”, “4.13”, “4.14”, “4.16”,

5.8. Tanto em separação consensual, como em divórcio consensual, por escritura pública, as partes podem optar em partilhar os bens, ou resolver sobre a pensão alimentícia, a posteriori.

5.9. Traslado de escritura pública de separação e divórcio consensuais será apresentado ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, para a averbação necessária, independentemente de “visto” ou

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

"cumpra-se" do seu Juízo Corregedor Permanente, ainda que diversa a Comarca, promovendo, o Oficial, a devida conferência de sinal público.

5.10. Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de separação ou divórcio consensual, 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.

5.11. Não há sigilo para as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais. Não se aplica, para elas, o disposto no artigo 155, II, do Código de Processo Civil, que incide apenas nos processos judiciais.

5.12. 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 necessária.

5.13. Ainda que resolvidas prévia e judicialmente todas as questões referentes aos filhos menores (v.g. guarda, visitas, alimentos), não poderá ser lavrada escritura pública de separação ou divórcio consensuais.

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

5.15. Escritura pública de separação ou divórcio consensual, 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, também mediante assistência de advogado.

6. **CONCLUSÕES REFERENTES À SEPARAÇÃO CONSENSUAL**

6.1. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual:

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

6.1.1. prova de um ano de casamento.

6.1.2. manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas que expressam.

6.1.3. declaração de impossibilidade de reconciliação por convivência matrimonial que se tornou intolerável.

6.1.4. ausência de filhos menores ou incapazes do casal.

6.1.5. assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.

6.2. Não se admite separação de corpos consensual por escritura pública.

6.3. Restabelecimento de sociedade conjugal:

6.3.1. Pode ser feita por escritura pública.

6.3.2. Ainda que a separação tenha sido judicial.

6.3.3. Nesse caso (6.3.2), necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

6.3.4. Nesse caso (6.3.2), o Tabelião deve comunicar o Juízo e as partes apresentar a escritura ao Oficial de Registro Civil em que constar o assento de casamento, para a averbação necessária.

6.3.5. Havendo, com o restabelecimento, alteração de nome (voltando algum cônjuge a usar o nome de casado), a comunicação ao Oficial de Registro Civil em que constar o assento de nascimento, para a anotação necessária, far-se-á pelo Oficial de Registro Civil que averbar o restabelecimento no assento de casamento.

6.3.6. Para a hipótese de separação consensual por escritura pública, é necessário prever a anotação do restabelecimento nesse ato notarial. Se a separação ocorreu em tabelionato diverso daquele que fizer o

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

restabelecimento, o Tabelião que o lavrar deve comunicar aquele, para a referida anotação (tal como já ocorre com as procurações, seus substabelecimentos e suas revogações).

6.3.7. A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações, salvo no que se refere ao uso do nome.

6.3.8. Em escritura pública de restabelecimento deve constar expressamente que em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens (artigo 1.577, parágrafo único, do CC).

6.3.9. A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal depende da averbação da separação no registro civil, podendo os dois atos ser averbados simultaneamente.

6.3.10. É admissível restabelecimento por procuração, se por instrumento público e com poderes especiais.

7. **CONCLUSÕES REFERENTES AO DIVÓRCIO CONSENSUAL**

7.1. A Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto, como o indireto (conversão de separação em divórcio). VENCIDO O DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN, EM RELAÇÃO AO DIVÓRCIO DIRETO.

7.2. Quanto ao divórcio consensual indireto extrajudicial:

7.2.1. Separação judicial pode ser convertida em divórcio por escritura pública.

7.2.2. Nesse caso, não é indispensável apresentar certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento.

7.3. Quanto ao divórcio consensual direto extrajudicial (VENCIDO O DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN):

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

7.3.1. Há necessidade de prova de dois anos de separação de fato. Para tal, não bastam apenas documentos. Deve o tabelião colher as declarações de pelo menos uma pessoa que conheça os fatos, na qualidade de terceiro interveniente. Em caráter excepcional, na falta de outra pessoa (o que deve ser consignado pelo Tabelião), é aceitável o plenamente capaz que tenha parentesco com os divorciandos.

7.3.2. O Tabelião deve se certificar da presença de todos os requisitos necessários à lavratura do ato notarial antes do seu início, inclusive quanto à prova do lapso temporal de separação fática.

7.3.3. Caso não comprovado o lapso temporal necessário, o Tabelião não lavrará a escritura. Deve formalizar tal recusa, lavrando a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido.

7.3.4. As declarações do terceiro interveniente serão colhidas no próprio corpo da escritura pública de divórcio.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2007.

(a) JOSÉ ROBERTO BEDRAN

Desembargador

(a) JOSÉ RENATO NALINI

Desembargador

(a) MARCELO MARTINS BERTHE

Juiz de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO

Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos da Capital

(a) VICENTE DE ABREU AMADEI

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça

(a) VITORE ANDRÉ ZILIO MAXIMIANO

Defensor Público

(a) MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ

Advogada

(a) PAULO TUPINAMBÁ VAMPRÉ

Tabelião de Notas

1. Acolho a manifestação e aprovo as conclusões apresentadas pelo Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG nº 01/2007 (DOE de nos limites da função administrativa de direção da Corregedoria Geral da Justiça, considerando não oportuna, por ora, a edição de provimento referente ao novo serviço extrajudicial emergente da Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, determino a publicação das conclusões apresentadas, para divulgação do resultado dos trabalhos do Grupo de Estudos e para, provisoriamente, servir de orientação geral, salvo a do mencionado subitem "5.5".

2. Forme-se expediente próprio para as medidas necessárias em vista da implantação de um Registro Central de Inventários e de outro de Separações e Divórcios, nos moldes do Registro Central de Testamentos, já existente.

3. Nos termos da sugestão inserta no subitem "2.2" das conclusões apresentadas pelo Grupo de Estudos, e, ainda, atento ao § 3º do artigo 29 da Lei Estadual nº 11.331, de 26 de dezembro de 2002, oficie-se à Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania, encaminhando-se cópia das manifestações e conclusões mencionadas, bem como desta decisão, para acompanhamento e aprimoramento da legislação relativa aos emolumentos,

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)

especialmente com vista aos estudos para eventual projeto de lei de disciplina específica dos emolumentos referentes aos novos atos notariais.

4. Oficie-se aos integrantes do Grupo de Estudo, em agradecimento à colaboração com esta Corregedoria Geral da Justiça, pelos relevantes estudos e trabalhos realizados.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2007.

(a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS

BDU – Biblioteca Digital da UNIVATES (http://www.univates.br/bdu)